

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI, MERCATI, DIRITTI E TUTELE

Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/D1 – diritto amministrativo

Settore Scientifico disciplinare: IUS10

**LE PARTECIPAZIONI AZIONARIE DEGLI ENTI LOCALI TRA
DISMISSIONE ED ESIGENZE DI GOVERNO DEI SERVIZI PUBBLICI**

Presentata da

Gabriele Torelli

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

Chiar.mo Prof. Marco Dugato

Esame finale anno 2014/2015

INDICE

<i>Introduzione</i>	Pag.	6
---------------------	------	---

CAPITOLO 1

L'EUROPA, LE PRIVATIZZAZIONI E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA: LE CONSEGUENZE NELL'ORDINAMENTO INTERNO A LIVELLO STATALE E LOCALE.

Premessa.	Pag.	11
1. Gli influssi europei sul fenomeno delle privatizzazioni: l'Unione europea avalla l'intervento pubblico nell'economia.	Pag.	13
1.2. L'intervento pubblico nell'economia secondo i principi di non discriminazione e di indifferenza. L'indifferenza è reale?	Pag.	17
2. L'impresa pubblica: una nozione nazionale contraddittoria.	Pag.	21
2.1. L'impresa pubblica: una nozione flessibile europea.	Pag.	27
3. L'arretramento dello Stato: mito o realtà?	Pag.	34
3.1. La creazione di autorità indipendenti <i>ex art. 1bis</i> , l. n. 474/1994 non determina l'arretramento dello Stato.	Pag.	38
4. Il modello imprenditoriale pubblico locale. Verso una effettiva capacità giuridica di diritto privato per gli enti locali.	Pag.	42
4.1. (<i>Segue</i>): La capacità negoziale degli enti locali tra limiti funzionali e limiti territoriali. Un nuovo concetto di "capacità speciale".	Pag.	50
4.1.2. (<i>Segue</i>): Gli enti locali e lo strumento societario: ragioni di una convivenza difficile.	Pag.	54
4.1.3. Una lettura costituzionalmente orientata della nuova impostazione. Un'autorevole conferma: Corte costituzionale, 2 febbraio 1990, n. 51.	Pag.	57
4.2. Verso la proliferazione di società a partecipazione pubblica locale: il progressivo distacco dalla funzionalizzazione.	Pag.	61

CAPITOLO 2

LE SOCIETÀ LOCALI NEGLI ANNI '90 TRA LA PROLIFERAZIONE DEL MODELLO E L'AFFERMAZIONE DEL PROBLEMA DEL FINE.

Una breve premessa.	Pag.	63
1. Il difficile percorso e le “avventure” del vincolo funzionale.	Pag.	67
2. La defunzionalizzazione dell'attività societaria e la pubblicizzazione del fine di lucro.	Pag.	79
2.1. (<i>Segue</i>): Un'ulteriore conferma: il caso delle società <i>holding</i> e l'assenza di compiti operativi.	Pag.	86
3. La “volgarizzazione” del significato di servizio pubblico locale e l'atipicità delle forme di gestione: un evidente <i>favor</i> per la capacità imprenditoriale degli enti locali.	Pag.	93
3.1. (<i>Segue</i>) La confusione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico.	Pag.	103
4. L'affidamento diretto del servizio a società strumentali.	Pag.	113

CAPITOLO 3

LE REAZIONI DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE ALLA PROLIFERAZIONE DI SOCIETÀ LOCALI.

1. La situazione dei primi anni duemila: la copiosa presenza di società locali e la necessità di un loro utilizzo più limitato.	Pag.	122
2. L'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448. Un primo (inutile) tentativo di compressione del numero di società locali, e l'esigenza nazionale di enti locali competitivi sul profilo imprenditoriale.	Pag.	131
2.1. La dipendenza del vincolo funzionale dall'oggetto dell'attività societaria.	Pag.	137
2.2. La definitiva assimilazione tra capacità imprenditoriale pubblicistica e privatistica.	Pag.	141
2.3. La transizione della società mista: da modulo organizzativo del servizio pubblico locale a strumento puramente imprenditoriale.	Pag.	148
2.4. Un risultato (solo apparentemente) inaspettato.	Pag.	153
3. La riforma dei servizi pubblici locali del 2003 tra nuove soluzioni e vecchi problemi.	Pag.	157
3.1. (<i>Segue</i>): ... Con riferimento al regime giuridico delle reti, dotazioni ed impianti.	Pag.	160
3.1.2. (<i>Segue</i>): ... E con riferimento alla modalità di erogazione del servizio pubblico locale.	Pag.	168

CAPITOLO 4

IL TORTUOSO PERCORSO DELLE SOCIETÀ LOCALI TRA SERVIZI PUBBLICI E SERVIZI STRUMENTALI: CONSIDERAZIONI DI SISTEMA

1. Qualche considerazione preliminare.	Pag.	175
2 Le ultime riforme in tema di servizi pubblici locali: l'art. 23bis, d.l. n. 112/2008; l'art. 4, d.l. n. 138/2011; l'art. 34, d.l. n. 179/2012. Brevi cenni.	Pag.	178
3. Un primo tentativo di contenimento della proliferazione delle società pubbliche locali: la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica ed attività di impresa di enti pubblici.	Pag.	184
3.1. L'art. 13, d.l. n. 223/2006 tra tutela della concorrenza e del vincolo funzionale.	Pag.	192
3.2. Un parallelismo tra società strumentali e società per i servizi pubblici locali: i problemi irrisolti attorno al vincolo funzionale.	Pag.	202
3.3. Riflessioni sull'attuale vigenza dell'art. 13, d.l. n. 223/2006.	Pag.	207
3.3.1. (<i>Segue</i>): Focus sulla situazione delle società miste strumentali.	Pag.	215
4. L'art. 3, co. 27 e ss., l. n. 244/2007 (finanziaria 2008): un'importante svolta nel principio di funzionalizzazione dell'attività societaria locale.	Pag.	219
4.1. (<i>Segue</i>): Il rapporto tra l'art. 3, co. 27, e l'attività puramente lucrativa.	Pag.	226
4.1.2. (<i>Segue</i>): Il diritto positivo avalla (indirettamente) le società miste strumentali quali operatori economici <i>tout court</i> .	Pag.	230
4.2. Nel "cuore" dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007: il legame tra partecipazione e finalità istituzionali, e l'espressa esclusione dei servizi di interesse generale.	Pag.	233
5. Gli interventi normativi a tutela del risparmio di finanze pubbliche: l'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010.	Pag.	243
6. Ancora nell'ottica della tutela del risparmio: l'art. 4, d.l. 6 giugno 2012, n. 95 (c.d. decreto in tema di <i>spending review</i>) e la conferma dell'intangibilità delle società di gestione dei servizi pubblici locali.	Pag.	253
6.1. (<i>Segue</i>): La Corte costituzionale assolutizza il principio della tutela della concorrenza.	Pag.	258
6.2. Sulle ceneri della politica di dismissione delle società strumentali <i>ex art. 4, d.l. n. 95/2012</i> .	Pag.	263
6.2.1. (<i>Segue</i>): La confusione regna sovrana: apprezzabili (ma inutili) tentativi del legislatore nel ridefinire le politiche di dismissione.	Pag.	269
6.2.2. Una breve postilla sulle società strumentali alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia.	Pag.	273
7. Il processo in atto di razionalizzazione delle società pubbliche: qualche ulteriore spunto di riflessione suggerito dalla legge n. 190/2014 (legge di stabilità 2015)...	Pag.	276
7.1. (<i>Segue</i>): ... e dal processo di riforma della pubblica amministrazione con il c.d. d.d.l. "Madia". Brevi considerazioni.	Pag.	282

Qualche considerazione conclusiva

Pag. 285

Bibliografia

Pag. 289

INTRODUZIONE

Da quasi trent'anni a questa parte, le società locali hanno subito un importante processo di evoluzione nella loro struttura e nello svolgimento dei compiti loro affidati dalla legge. Sarebbe però errato escludere la loro presenza dal nostro ordinamento anche in periodi precedenti durante l'arco del XX secolo. È noto, infatti, che gli strumenti privatistici hanno sempre affascinato gli enti pubblici territoriali, convinti di beneficiare di maggiore libertà di manovra facendo leva, nello svolgimento dei propri compiti istituzionali, sul modulo societario anziché sulle più rigide strutture pubblicistiche.

Tuttavia, la società per la gestione dei servizi pubblici locali ha ottenuto un riconoscimento normativo solamente con l'art. 22, co. 3, lett. e), l. 8 giugno 1990, n. 142.

Questa data rappresenta un fondamentale spartiacque nell'ambito del diritto societario pubblico, poiché ne è conseguita una crescita esponenziale dei moduli societari costituiti e partecipati dalle amministrazioni periferiche.

Le ragioni del loro radicamento sono diverse.

Tra queste, può ricordarsi la necessità di definire un'amministrazione di risultato, basata su logiche privatistiche piuttosto che pubblicistiche, presuntivamente ritenuta la migliore risposta a decenni di indebitamento e deficitaria gestione della cosa pubblica.

Ma la ragione più significativa è la pretesa delle istituzioni europee di modellare il settore dei servizi pubblici locali (*rectius*: il settore dei servizi di interesse economico generale, per utilizzare la più appropriata terminologia di derivazione comunitaria) sulle regole della concorrenza, garantendo un'apertura del mercato a favore di operatori economici privati. Questi ultimi sono stati così legittimati ad affiancarsi all'ente pubblico per prestare i servizi di cui la collettività necessita; il che ha suggerito di introdurre nuovi strumenti di gestione in luogo di quelli pubblicistici fino ad allora storicamente utilizzati dalle amministrazioni locali (su tutte le vecchie aziende municipalizzate), ma anche di rivisitare la decennale concezione secondo cui le attività di interesse pubblico possono essere svolte solo da soggetti, per l'appunto, pubblici.

Il vivace sviluppo dello strumento societario è stato necessariamente accompagnato da una serie di interventi legislativi, il cui compito era garantire una sintesi tra il modello pubblico e quello privato che si andavano intrecciando. La conseguente ipertrofia normativa non ha certamente agevolato la costruzione di un regime giuridico ordinato, ed anzi ha spesso contribuito a causare delle incertezze e vuoti normativi significativi, solo a volte colmati dalla presa di posizione di dottrina e giurisprudenza. Ragion per cui l'opera di ricostruzione sul

regime giuridico delle società pubbliche non è affatto semplice: anche l'indagine sul loro futuro si muove nell'ambito delle ipotesi, non potendosi rinvenire alcuna certezza.

Già dopo uno sguardo approssimativo, il settore delle società locali regala dunque importanti spunti di riflessione: alla difficoltà di individuare il dettato legislativo applicabile e renderne un'adeguata interpretazione, viste le diverse iniziative legislative intervenute nel corso del tempo talvolta in modo raffazzonato, si aggiunge la difficoltà di conciliare la compresenza di soggetti pubblici ed investitori privati in un settore tradizionalmente appannaggio dei primi.

Ma le vicende degne di nota non si esauriscono qui.

Tra le altre questioni che si impongono all'attenzione di chi si approccia allo studio della materia, non può tralasciarsi l'interazione tra il principio di concorrenza ed il principio di funzionalizzazione, inteso come declinazione del principio di legalità nell'attività societaria degli enti locali.

Valorizzare la competizione economica non ha significato solamente attuare un'apertura del mercato dei servizi pubblici locali ad imprenditori privati; tutt'altro. La crescente attenzione dedicata dalle istituzioni comunitarie al principio della concorrenza, sia a livello normativo sia a livello giurisprudenziale, ha avuto il non trascurabile effetto di stimolare lo spirito imprenditoriale degli enti locali in misura certamente maggiore rispetto a quanto accaduto prima del 1990.

L'abbattimento delle barriere del mercato dei servizi pubblici è stata quindi solamente una delle conseguenze derivate dall'atteggiamento pro-concorrenziale di derivazione europea, cui sono seguite altre vicende, su tutte quella di solleticare l'iniziativa economica degli enti locali, convinti di poter impiegare lo strumento societario in modo molto più malleabile rispetto a quanto non era loro concesso utilizzando i più tradizionali strumenti di diritto pubblico (le vecchie aziende municipalizzate su tutti).

La capacità di agire di tali enti, aldilà del generale riconoscimento ai sensi dell'art. 11 c.c., ne è uscita certamente rafforzata, considerato anche che, in passato, si era talvolta rinvenuta qualche opinione della giurisprudenza amministrativa contraria all'utilizzo dei modelli privatistici in luogo di quelli pubblicistici per lo svolgimento di attività istituzionali.

C'è però un elemento che non dovrebbe essere intaccato dalla valorizzazione della capacità imprenditoriale delle amministrazioni, ovvero la tutela dell'interesse pubblico, punto di riferimento imprescindibile per qualsiasi attività ad esse ascrivibile, sia di stampo autoritativo sia di stampo privatistico. Ragion per cui, se è possibile ipotizzare una capacità di agire di tenore pressoché analogo tra persone giuridiche di diritto pubblico e di diritto privato,

vi sono remore ben maggiori nel riproporre la stessa assimilazione sul versante della autonomia privata. La perdurante presenza dei motivi di interesse pubblico in qualsiasi attività svolta dall'amministrazione, ed a prescindere dalla natura dei mezzi adottati, pare precludere un'effettiva coincidenza.

Proprio su questa considerazione si muove l'intera indagine.

Il fascino esercitato dallo strumento societario sugli enti locali, i quali si sentono legittimati a comportarsi e pensare come fossero un imprenditore privato, insinua un tormentoso dubbio: la libertà di costituire e partecipare in società potrebbe aver fatto dimenticare loro – o comunque posto in secondo piano – l'obbligo di perseguire gli scopi istituzionali per cui sono stati creati, e per cui è stato consentito loro di stipulare contratti associativi.

Per togliere spazio ad ogni incertezza, occorre verificare se Comuni e Province si sono lasciati cullare dal sogno di potersi atteggiare alla stregua di imprenditori privati, ovvero se sono rimasti fedeli ad un'attività societaria coincidente con le proprie finalità istituzionali. O, eventualmente, se è possibile se hanno individuato un punto di equilibrio tra i due estremi.

Lo sviluppo di una risposta soddisfacente deve necessariamente passare per l'analisi della struttura della compagine societaria pubblica, del suo oggetto sociale, delle sue modalità di azione, ma soprattutto per le ragioni che spingono gli enti locali ad acquisire partecipazioni in società.

Nell'approfondire questi aspetti, lo studio si focalizzerà sulle due tipologie societarie che hanno incontrato maggiore fortuna nell'ambito locale: le società per la gestione dei servizi pubblici e le società strumentali. Il diverso regime dettato dal legislatore per i due moduli e la loro diversa genesi non si oppongono, anzi incoraggiano, un costante confronto (sviluppato soprattutto nell'ultimo capitolo della ricerca) tra gli stessi.

Il paragone dovrebbe aiutare a comprendere con maggiore facilità se, ed in quali ipotesi, le partecipazioni degli enti locali sono state motivate, nell'uno e nell'altro caso, dalla volontà di garantire la soddisfazione delle proprie finalità istituzionali ovvero dall'ambizione speculativa, indotta dalla spinta pro-concorrenziale del sistema.

Nel compiere queste valutazioni non potrà mancare uno sguardo alle politiche di dismissione promosse a partire dal 2006.

La proliferazione di società verificatasi a cavallo tra il vecchio ed il nuovo millennio ha indotto il legislatore a dettare una serie di riforme nel tentativo di frenare la crescita del fenomeno societario, troppo dispendioso in termini di costi, e troppo spesso invocato per

logiche di convenienza politico-clientelare piuttosto che per reali esigenze dell'amministrazione o della collettività.

L'obbligo di cessione delle quote, accompagnato in alcuni casi dall'obbligo di scorporo, si è generalmente riferito solo ad alcuni complessi societari: il suo ambito di applicazione è stato perimetrato in dipendenza dall'oggetto sociale definito nello statuto della società. Ciò significa che, si è voluto consapevolmente incoraggiare l'affermazione e la stabilità di alcuni complessi societari in mano pubblica, per una serie di motivi che saranno poi considerati.

Ma la scelta del legislatore nella definizione delle politiche di dismissioni ha riverberato i propri effetti anche sul profilo del vincolo funzionale. L'esenzione dall'obbligo di alienare le partecipazioni detenute, da un lato, consente chiaramente il mantenimento delle stesse; dall'altro, sottintende che la presenza in certe società è tollerata anche laddove il collegamento tra il possesso delle quote azionarie e le finalità istituzionali dell'ente non sia nitido, o addirittura non sussista.

Le politiche di dismissione, nate per limitare il numero delle società locali ed attuare un risparmio di risorse pubbliche, sono dunque anche cartina tornasole della moralizzazione dell'attività societaria degli enti locali: dalla loro applicazione (o disapplicazione) si è spesso potuto desumere se l'ordinamento presta attenzione o meno al carattere funzionale dell'azione amministrativa tramite società.

In definitiva, lo studio sulle partecipazioni azionarie degli enti locali impone di considerare due aspetti fondamentali, tra loro in costante tensione: l'esigenza di garantire a detti enti il governo dei servizi pubblici, stante la loro missione istituzionale in ossequio alla tradizione giuridica, e l'esigenza di frenare lo sviluppo delle società, soprattutto in un periodo come quello attuale in cui le risorse pubbliche scarseggiano.

Ma il quadro di fondo si complica ulteriormente perché al convivio si inserisce un terzo commensale, invitato ed invocato a più riprese dalle istituzioni europee, cui si è già accennato poco sopra: il principio di concorrenza, assunto nel corso degli anni a valore centrale nel diritto societario pubblico. In questo caso, però, la sua discesa in campo non si limita a stabilire l'apertura del settore dei servizi pubblici locali agli imprenditori privati; il suo scopo è anzi imporsi *a priori* nel settore dei servizi pubblici locali, plasmando un sistema in cui soggetto pubblico e soggetto privato devono competere sullo stesso piano nell'aspirazione ad aggiudicarsi il servizio.

La progressiva ed inesorabile affermazione di tale principio impone di considerare sotto una nuova luce l'attività delle società locali e, soprattutto, i motivi sottesi all'ingresso in società degli enti locali.

Questo sarà il filo conduttore dell'intera ricerca: analizzare come la valorizzazione del principio di concorrenza, nuovo epicentro dell'universo giuridico delle società pubbliche locali, si è rapportato al vincolo funzionale in tema di partecipazione, all'oggetto sociale dell'organigramma societario ed alle politiche di dismissione.

CAPITOLO 1.

L'Europa, le privatizzazioni e la tutela della concorrenza: le conseguenze nell'ordinamento interno a livello statale e locale.

Premessa. 1. Gli influssi europei sul fenomeno delle privatizzazioni: l'Unione europea avalla l'intervento pubblico nell'economia. 1.2. L'intervento pubblico nell'economia secondo i principi di non discriminazione e di indifferenza. L'indifferenza è reale? 2. L'impresa pubblica: una nozione nazionale contraddittoria. 2.1. L'impresa pubblica: una nozione flessibile europea. 3. L'arretramento dello Stato: mito o realtà?. 3.1. La creazione di autorità indipendenti *ex art. 1bis*, l. n. 474/1994 non determina l'arretramento dello Stato. 4. Il modello imprenditoriale pubblico locale. Verso una effettiva capacità giuridica di diritto privato per gli enti locali. 4.1. (*Segue*) La capacità negoziale degli enti locali tra limiti funzionali e limiti territoriali. Un nuovo concetto di "capacità speciale". 4.1.2. (*Segue*) Gli enti locali e lo strumento societario: ragioni di una convivenza difficile. 4.1.3. Una lettura costituzionalmente orientata della nuova impostazione. Un'autorevole conferma: Corte costituzionale, 2 febbraio 1990, n. 51. 4.2. Verso la proliferazione di società a partecipazione pubblica locale: il progressivo distacco dalla funzionalizzazione.

Premessa.

L'Unione europea ha imposto, attraverso la politica delle privatizzazioni, una riconsiderazione del ruolo dell'amministrazione all'interno del sistema economico di ogni Stato membro poiché ha affiancato ad essa, nella gestione e nella cura delle esigenze della collettività, il soggetto privato.

Nonostante ciò, in un periodo in cui tale fenomeno politico-economico si andava affermando, era convinzione di alcuni¹ che la teoria di una inconfutabile ed incontestabile supremazia dell'imprenditore privato rispetto a quello pubblico fosse di difficile dimostrazione. Negli anni attuali, sembrerebbe spingere verso una formale equiparazione tra i due anche il fatto che lo stesso apparato europeo non precluda né all'uno né all'altro la possibilità di svolgere attività di interesse generale², vista la flessibilità di cui all'art. 345 TFUE³. L'impostazione europea non preclude all'amministrazione di agire concretamente in

¹ J. VICKERS, G. YARROW, *Privatization: an economic analysis*, 1988, 35-40, sostengono che nel settore dei servizi pubblici non vi è una prova «generale e decisiva» che faccia propendere in favore dell'uno o dell'altro modello organizzativo, in quanto tale ambito non è caratterizzato da una vera e propria concorrenza. Vi sarebbe, invece, una tendenziale maggior efficienza dell'impresa privata laddove la concorrenza sia effettiva.

² Per tutti, sul concetto di interesse generale utilizzato dalle istituzioni europee, ed alle sue forti analogie con il concetto di interesse pubblico, legato alle esperienze dei servizi pubblici di area nazionale, si veda L. BERTONAZZA, R. VILLATA, *I servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (a cura di), *Trattato europeo di diritto amministrativo*, Milano, Giuffè, 2007, 1798 ss.

A riguardo si veda anche il contributo di G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 5, 1219 ss.

³ Secondo cui «I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

ambito imprenditoriale: semplicemente è consapevole del fatto che essa possa facilmente violare le regole della concorrenza, bene giuridico da tutelare non solo con riferimento alle attività meramente economiche, ma anche a quelle funzionali alle esigenze della collettività. In altre parole, l'Unione europea non è contraria alla figura dell'impresa pubblica, bensì si oppone ad una sua azione libera da qualsiasi vincolo, promuovendo controlli su di essa e procedimentalizzandone l'azione.

Il fenomeno delle privatizzazioni si inserisce dunque in questo iato e tenta, nei limiti del possibile, di limare lo scarto tra imprenditori di opposta natura giuridica. Tuttavia, garantire la parità tra produttori economici non significa solamente impedire che l'impresa pubblica vanti dei privilegi: significa anche consentirle di poter liberamente operare sul mercato senza che le sue peculiarità le precludano di agire alla stregua di un privato. Un leale confronto concorrenziale è necessario anche alla luce di interessi costituzionalmente tutelati. Si pensi all'art. 3 Cost., il cui principio di uguaglianza sostanziale rende omaggio ad un confronto necessariamente paritario tra imprese pubbliche e private, oppure all'art. 117, co. 2, lett. e), il quale include la concorrenza tra le materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato. Il riferimento più ovvio è però quello di cui all'art. 41 Cost., presidio a tutela della libertà di iniziativa economica, il quale sottintende che il privato sia legittimato a svolgere anche i servizi pubblici (o per utilizzare la terminologia più cara all'Unione, i SIEG), in quanto categoria in cui è radicato il profilo economico.

Da quanto brevemente anticipato emerge un profilo fondamentale circa la politica delle privatizzazioni: essa non ha realmente condannato l'amministrazione pubblica ad un ruolo secondario, ma ha inteso più semplicemente ridefinirne i margini di azione, con l'obiettivo di rendere una miglior tutela dell'assetto concorrenziale. Ciò è vero sia in ambito statale sia locale. Nel primo caso ne è derivata una riconsiderazione del suo *modus operandi*, con la transizione da compiti di gestione a compiti di regolazione. Nel secondo, invece, si è verificata la paradossale situazione per cui le privatizzazioni, anziché limitare gli enti locali, hanno assicurato loro un utilizzo più esteso di strumenti privatistici che in precedenza erano preclusi, in quanto considerati incompatibili con lo svolgimento dei propri compiti istituzionali. Nel prosieguo del lavoro, si tenterà di motivare queste prime impressioni emerse dallo studio del fenomeno.

1. Gli influssi europei sul fenomeno delle privatizzazioni: l'Unione europea avalla l'intervento pubblico nell'economia.

Le imprese pubbliche sono presenti da decenni all'interno del nostro ordinamento nazionale, così come in altri ordinamenti europei. È dunque facile intuire, così come segnalato dalla migliore dottrina⁴, che si siano verificati fenomeni di privatizzazione anche in epoche antecedenti rispetto agli anni '90. Tuttavia, è appurato che in questo arco temporale si sia assistito ad una accelerazione di tale processo in concomitanza di due importanti fattori: l'indebitamento dello Stato, comprensivo anche delle spese sostenute dagli enti territoriali, e l'influsso politico europeo⁵. In effetti, nell'ottica dell'integrazione economica dei mercati, la presente tematica risultava un elemento imprescindibile per poter favorire l'abbattimento delle barriere nazionali, il mantenimento delle quali avrebbe causato, al contrario, una minaccia reale alla circolazione dei capitali e, più generalmente, alla garanzia di una dimensione economica unitaria⁶.

Se si rammenta che l'Unione europea non considera rilevante il regime di proprietà delle imprese, lasciando ai singoli Stati la capacità di determinarne la natura – affermazione che comunque verrà precisata nel prosieguo del lavoro – le ragioni delle pressioni comunitarie devono ricercarsi in altri aspetti. L'ordinamento europeo si è sempre distinto per dettare delle normative che valorizzassero l'imparzialità quale elemento basilare per sviluppare un effettivo piano concorrenziale; ne deriva che il più efficace sponsor della privatizzazione sia stata la doverosa resa di un piano di parità tra tutti i soggetti (pubblici e privati) operanti all'interno di un unico mercato⁷. Questa lettura viene corroborata da una semplice ed aggiuntiva constatazione: se da un lato la promozione di strumenti privatistici consente

⁴ È interessante notare ciò che a riguardo scrive S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 2, 378 ss, secondo cui le privatizzazioni in Italia «non sono una novità». Per esempio, il compimento delle privatizzazioni si è avuto con riguardo all'I.R.I. nel periodo dal 1933 al 1958 per una quota tra il 60% ed il 70% del totale delle partecipazioni. Ancora, l'A. segnala che tale processo ha riguardato anche aziende minori dal 1959 al 1982; inoltre, dal 1983 si è verificata una media di cinque privatizzazioni di aziende all'anno.

⁵ ID, in *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 579 ss, individua sette motivi che conducono alle privatizzazioni: l'inadeguatezza del diritto pubblico, l'inefficienza del settore pubblico, il doveroso freno da porre alla politicizzazione, il progresso tecnologico che consente di utilizzare più servizi attraverso una sola rete, l'eccesso di dimensioni dello Stato che ha prodotto difficoltà gestionali interne, il bisogno di finanziare il Tesoro, le pressioni comunitarie.

⁶ A. TIZZANO, *Diritto comunitario e sviluppo del principio di libera concorrenza in Italia*, in *Il dir. Un. Eu.*, 1996, 3, 720-721, ritiene che il sistema del Trattato, perlomeno nell'assetto delineato originariamente, non preveda in alcun modo la privazione nei confronti degli Stati membri della possibilità di definire una propria politica economica. Anzi, la responsabilizzazione di questi ultimi in tale ambito è evidente, e non può essere tralasciata in nome del regime comunitario. È ovvio che, in aggiunta a ciò, essi dovranno contribuire, sotto la direzione dell'Unione, a sviluppare un sistema concorrenziale il cui funzionamento non sia minacciato né dalle proprie istituzioni né dalle imprese proprie o di un proprio cittadino. Questo è l'aspetto di più difficile risoluzione: individuare il giusto bilanciamento tra le esigenze collegate alla politica economica degli Stati membri e la necessità di far funzionare al meglio il mercato secondo le regole concorrenziali.

⁷ Tra i tanti, L. AMMANNATI, *La privatizzazione in Italia: alla ricerca di un progetto*, in ID (a cura di), *La privatizzazione delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995, 5 ss, scrive che «l'obiettivo irrinunciabile a livello comunitario è [...] la condizione di parità tra soggetti economici pubblici e privati e a questo fine la progressiva liberalizzazione delle attività economiche tradizionalmente esercitate in regime di monopolio».

un'attività imprenditoriale "ad armi pari"⁸ tra imprenditori pubblici e privati, dall'altro implica l'ulteriore effetto di garantire uno statuto di regole omogeneo per gli operatori economici all'interno di tutti gli Stati membri, in maniera tale da assicurare un interventismo strutturalmente analogo in tutta l'eurozona. Ciò significa che lo strumento privatistico rileva non solo per la realizzazione di un'effettiva dimensione economica unitaria e competitiva, ma anche e soprattutto per raggiungere il presupposto di tale obiettivo, ossia una regolazione uniforme dell'intervento pubblico nell'economia all'interno dei vari Paesi dell'Unione. Se, infatti, vi fossero delle discipline normative frammentate e disomogenee per lo statuto europeo dell'ente pubblico imprenditore ne discenderebbe che il corretto funzionamento del mercato unico non verrebbe garantito, oltre che per un difetto di imparzialità tra soggetto pubblico e privato, anche per un motivo che sta a monte: il diverso atteggiamento che un ordinamento nazionale adotta nel regolare il comportamento dell'imprenditore pubblico, rispetto alla disciplina sviluppata in un altro Stato membro⁹.

Quest'ultimo non è un dettaglio di poca rilevanza, poiché la politica economica di un Paese favorirebbe o ostacolerebbe, a seconda della sua impostazione, la circolazione dei capitali, non conformandosi all'obiettivo dell'Unione di definire un programma economico omogeneo nei propri confini territoriali. Quindi operatori privati di un diverso Stato preferirebbero agire all'interno dell'una piuttosto che dell'altra area della eurozona non tanto sulla base di una convenienza economica dovuta ai flussi del libero mercato, quanto per ragioni attinenti al fatto che uno Stato dispone di un apparato di intervento nell'economia ben meno invasivo rispetto a quello di altra nazione, con l'appetibile prospettiva di non dover affrontare nella competizione un antagonista presumibilmente privilegiato. Ma così facendo, si verrebbe a creare uno squilibrio importante sul piano dell'assetto concorrenziale, con un disincentivo ad investire in prossimità di quelle aree in cui l'intervento pubblico sia più marcato. È evidente che ciò causerebbe un allargamento (maggiore rispetto a quello già

⁸ E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2003, 3948, sottolinea che le privatizzazioni costituiscono lo strumento mediante il quale lo Stato elimina situazioni di privilegio ed immunità che lo riguardano direttamente e, così facendo, riscrive il rapporto tra amministrazione e cittadini, tra soggetti pubblici e soggetti privati, impiantandolo su un piano di parità. Corollario di questa impostazione è l'attribuzione ai secondi di funzioni di competenza dei primi, sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale.

Dunque, dalle pressioni comunitarie deriva l'obbligo, per gli Stati nazionali, di eliminare l'area del diritto speciale ed i privilegi riservati alle imprese pubbliche, con riferimento agli aiuti finanziari ed all'esclusione della concorrenza.

⁹ Sull'opportunità di strutture pubbliche omogenee a livello europeo, si veda M. CAMELLI, *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 5-6, 1177, il quale riproponendo le parole di Cassese (secondo cui l'unificazione europea «è avvenuta non mediante l'unificazione di apparati pubblici, ma mediante l'unificazione dei mercati») sottolinea che tale situazione abbia arrecato un *vulnus* allo Stato, da intendersi come imposizione di un vincolo, in precedenza inesistente.

esistente) della forbice tra la forza economica dei diversi Paesi, con il conseguente malfunzionamento dell'intero meccanismo.

Chiaramente, il disequilibrio deve essere prevenuto ed evitato. La sfida si è rivelata piuttosto complicata, in quanto l'instabilità può essere determinata da due diverse cause, una diretta ed una indiretta: la prima riguarda l'(ab)uso delle imprese pubbliche¹⁰ da parte dello Stato, la seconda la fornitura di aiuti concessi da quest'ultimo nei confronti di operatori economici di qualsiasi natura giuridica¹¹. Ciò significa che il soggetto pubblico è potenzialmente in grado di destabilizzare l'assetto economico concorrenziale attraverso plurimi comportamenti, ed è doveroso ricordare che il metodo indiretto degli aiuti di Stato implica effetti altrettanto deleteri per l'assetto concorrenziale auspicato dall'Unione. È, dunque, comprensibile che l'ordinamento sovranazionale abbia assunto alcune precauzioni a riguardo. Innanzitutto il legislatore ed il giudice comunitario hanno promosso una nozione estensiva di impresa pubblica (*infra*), ma tale scrupolo non poteva di per sé ritenersi sufficiente per contrastare gli squilibri arrecati al libero mercato dall'intervento pubblico; ragion per cui si è ritenuto doveroso disciplinare anche l'aspetto degli (indebiti) interventi indiretti da parte dello Stato nell'economia, i quali possono destabilizzare l'assetto concorrenziale indipendentemente dalla natura giuridica dei loro beneficiari¹².

¹⁰ La letteratura in tema di intervento pubblico nell'economia, ed alle relative problematiche, è sterminata. In questa sede, si rimanda, per tutti, alla lucida opera ricostruttiva di S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Bari, Laterza, 2004.

¹¹ Per una lettura sistemica sugli aiuti di Stato, si rimanda all'opera di C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato europeo di diritto amministrativo*, vol. I, cit., 65 ss; ID, *Tutela della concorrenza ed aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 2, 431 ss.

¹² Proprio con riferimento agli aiuti di Stato, vale la pena ricordare due sentenze della Corte di giustizia, le quali hanno segnato un vero e proprio "spartiacque" nella promozione di un mercato maggiormente concorrenziale.

La prima di esse, Corte giust., 21 marzo 1991, C-303/1988, sostiene che l'aiuto di Stato non si configura esclusivamente nel momento in cui quest'ultimo devolve il capitale nei confronti di un'impresa, ma anche laddove il trasferimento di denaro venga attuato a favore di un ente pubblico (nel caso di specie l'ENI), sottoposto allo stretto controllo da parte dell'amministrazione statale, il quale poi utilizzi quel flusso per ripianare delle perdite di una società privata in precedenza rilevata. La parte più interessante della sentenza prevede che non si assista ad un diverso esito della vicenda allorché l'aiuto venga reso mediante una società formalmente privata, ma sostanzialmente designata per gestire il flusso economico a favore degli imprenditori, e sottoposta al controllo del soggetto pubblico.

Tuttavia, la pronuncia precisa che, sulla base del principio di parità di trattamento, non si devono considerare aiuti di Stato quei conferimenti «*messi a disposizione di un'impresa, direttamente o indirettamente, da parte dello Stato, in circostanze che corrispondono alle normali condizioni di un'economia di mercato, [...]. Pertanto occorre verificare, nel caso di specie, se in analoghe circostanze un gruppo industriale privato avrebbe potuto parimenti procedere alla compensazione delle perdite di esercizio [...]. Al contrario, tali aiuti di Stato si realizzano nel momento in cui essi «prescindano da qualsiasi prospettiva di redditività, anche a lungo termine»*», ed allorché il «*conguaglio delle perdite era avvenuto in circostanze che sarebbero risultate inaccettabili per un investitore privato operante nelle normali condizioni di un'economia di mercato [...]*».

Nel dare una chiave di lettura alla pronuncia, sembra corretto dedurne un'ulteriore conferma del fatto che l'Unione non discrimini tra un'attività economica imprenditoriale pubblica e privata, ma che semplicemente adotti delle accortezze nei confronti della prima, per impedire conseguenze negative sull'assetto del libero mercato.

Il nucleo del problema non è tanto quantificare gli aiuti concessi, quanto, piuttosto, riconoscere che l'equilibrio degli scambi sia minacciato non solo a causa di un'indebita somma di denaro versata dallo Stato ad una società controllata, ma anche per il comportamento di imprenditori privati, che accettano di godere di benefici finanziari pubblici. Pertanto, i medesimi aiuti di Stato arrecano un serio pregiudizio all'equilibrio concorrenziale poiché costituiscono un fattore di sbilanciamento riferibile a tutti gli operatori economici¹³.

Dalla rilevanza puramente oggettiva dei finanziamenti statali discende la volontà di impedire non solo che il soggetto pubblico vanti dei privilegi, ma anche che il privato non ne fruisca. La conseguenza è che anche l'impresa privata, laddove vanti un legame con il settore pubblico, può contribuire a falsare il gioco concorrenziale, pur essendo comunque evidente che all'interno di questa dinamica lo Stato – o comunque l'ente pubblico – continui ad essere ben più facilitato nel destabilizzare il precario equilibrio del mercato. Dunque, la tutela del confronto concorrenziale deve poter garantire l'integrità della competizione, aggredibile dai soggetti di entrambe le nature giuridiche. Ciò detto, meglio si comprende la necessità di garantire la parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, pur essendo intuibile che il maggior monitoraggio nei riguardi delle prime sia semplicemente dovuto al fondato timore che esse riescano più facilmente ad eludere le regole del mercato.

Nel prosieguo del lavoro, dunque, occorre tenere a mente uno dei presupposti dell'indagine, già accennato ed ovviamente noto, ma che si considera opportuno rimarcare viste le sue concrete implicazioni. L'Unione europea non ha vietato l'intervento pubblico nell'economia, ma lo ha voluto modellare per consentire un operato su di un medesimo piano tra soggetto pubblico e privato. Tale parità di trattamento evoca, come prima conseguenza, il principio di non discriminazione tra imprenditori, che è altra cosa rispetto al principio di indifferenza: il primo implica che nessun modello imprenditoriale debba essere svantaggiato

Con indicazioni simili alla precedente, si veda Corte giust. 21 marzo 1991, C-305/1989, in una causa relativa a finanziamenti concessi dalla Repubblica italiana a favore della società automobilistica Alfa Romeo. Anche in tale circostanza, il giudice europeo ricorda che l'illegittimo contributo si sostanzia anche laddove esso sia fornito da un soggetto privato, ma istituito appositamente per la gestione degli aiuti. Di seguito si riporta fedelmente un chiarissimo frammento della sentenza: «*Ai fini della configurazione di una misura come aiuto ai sensi dell'art. 92 del trattato CEE, non si deve distinguere tra l'ipotesi in cui l'aiuto è concesso da enti pubblici o privati che lo Stato istituisce o designa per la gestione dell'aiuto. Nella fattispecie (apporti di capitale al gruppo Alfa Romeo da parte dell'IRI e della Finmeccanica) l'imputabilità allo Stato italiano dei conferimenti di capitale si evince dal fatto che l'IRI e la Finmeccanica operano sostanzialmente sotto il controllo dello Stato*».

¹³ Per una lucida disamina dottrinale circa la materia degli aiuti di Stato si rinvia a M.T. CIRENELI, *Disciplina comunitaria degli aiuti alle imprese pubbliche e privatizzazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 315 ss, che ripropone la distinzione avvalorata dalla Corte di giustizia tra aiuti di Stato e finanziamenti leciti. Il discrimine del binomio deve ricercarsi nel criterio dell'*investitore in economia*. Ciò comporta che per l'identificazione di un aiuto di Stato a favore dell'impresa pubblica occorre sempre preventivamente eseguire un astratto giudizio, rispondente alla domanda se quell'innesto di denaro potrebbe anche configurarsi, *mutatis mutandis*, nella diversa situazione di un imprenditore privato che immette liquidità a favore della propria impresa in difficoltà. Laddove la risposta sia affermativa, il finanziamento non configura un aiuto, ma una semplice ricapitalizzazione.

nei confronti di quello concorrente, mentre il secondo sottintende che l'ordinamento non ne prediliga uno in particolare e sia insensibile rispetto alle peculiarità degli uni e degli altri. Tali principi sono tra loro complementari, ma non perfettamente coincidenti. La tesi della divergenza i due stimola un'importante riflessione. Il principio di parità di trattamento appare sempre vero ed inconfutabile; il principio di indifferenza, invece, non può essere considerato un assioma ed, ai fini dell'affermazione del processo di privatizzazione nella dimensione europea, necessita di alcuni correttivi.

1.2. L'intervento pubblico nell'economia secondo i principi di non discriminazione e di indifferenza. L'indifferenza è reale?

L'intervento pubblico nell'economia è stato considerato, alla luce del predetto principio di derivazione comunitaria della parità di trattamento, tradizionalmente declinabile nel divieto di discriminazione e nell'indifferenza verso il regime giuridico delle imprese. In realtà, come detto, non sembra che i due aspetti coincidano completamente.

Con riferimento al divieto di discriminazione, è d'obbligo l'adozione di un metro di valutazione ponderato, che rifiuti, nell'ottica di sostegno dell'impresa privata, la totale stigmatizzazione dell'impresa pubblica, la quale è piuttosto indice della consacrazione dell'atteggiamento paternalistico delle Istituzioni che, con essa, hanno spesso assunto la responsabilità di garantire i bisogni primari dei cittadini. L'aiuto configura, chiaramente, una patologia della buona intenzione, ossia il tentativo di risolvere l'incapacità del soggetto pubblico a vestire i panni del bravo imprenditore, a scapito dell'iniziativa privata. Pertanto, è vero che la parità di trattamento desidera prevenire la discriminazione dell'imprenditore privato, ma occorre altrettanto considerare le ragioni, all'origine della costituzione dell'impresa pubblica, che rendono opportuno evitare in via di principio la sua demonizzazione¹⁴. L'intervento pubblico nell'economia non rappresenta, ragionando in termini di "dover essere", uno strumento da rifiutarsi *a priori*, altrimenti si concretizzerebbe il

¹⁴ Osserva S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 3-4, 583, che l'Unione ha avuto come primario obiettivo l'integrazione dei mercati, prima ancora di quella degli Stati, promossa mediante la tutela della concorrenza e la riduzione dell'area dei diritti speciali o esclusivi. Per fare questo era necessario promuovere un eguale trattamento delle attività economiche pubbliche e di quelle private, il che ha indotto a richiedere agli Stati «di ridurre l'area del diritto speciale che si applica alle imprese pubbliche e, quindi, conseguentemente, [ciò] ha contribuito a diminuire il peso dei motivi che davano luogo, in passato, alla istituzione di imprese pubbliche». Ne deriva una rivisitazione dello Stato-imprenditore per esigenze di mercato, non per un assoluto rifiuto della figura.

rischio di incorrere in una discriminazione *a contrario*, che non agevolerebbe in alcun modo l'indagine, ma anzi comporterebbe il rischio di fraintenderne i termini.

Non bisogna dimenticare – tralasciando per ora i riflessi negativi circa l'(ab)uso dell'impresa pubblica – che nell'ordinamento italiano l'intervento pubblico sia stato giustificato da esigenze pregresse alla costituzione della Comunità economica europea. Il ruolo imprenditoriale dello Stato ha maturato nel corso dei decenni un proprio percorso – il cui punto di partenza era segnato dai bisogni della collettività¹⁵ – non necessariamente coincidente con quello che in futuro sarebbe stato promosso dalle istituzioni sovranazionali¹⁶. Infatti, nell'ottica europea, sembra evidente che l'esistenza dell'intervento pubblico nell'economia sia legato alla capacità giuridica delle pubbliche amministrazioni, arrangiato in maniera tale da non causare uno squilibrio all'assetto concorrenziale. Non sono, perciò, rilevanti quelle riflessioni sul carattere dell'attività che, con riferimento ai servizi pubblici, la dottrina non esiterebbe a definire “metagiuridico”¹⁷, il quale ha, invece, incentivato la partecipazione pubblica al sistema economico a livello interno. Detto in altro modo, mentre la genesi dell'intervento pubblico in economia a livello nazionale appare motivato da ragioni sociologiche, a livello europeo esso si spiega per ragioni di “opportunità giuridica”, nel senso che alle amministrazioni è stato consentito di operare sul mercato, compreso quello dei servizi pubblici, non in quanto tali (e cioè curatori degli interessi della collettività), ma in quanto soggetti dotati della capacità di agire.

Questo significa che le istituzioni comunitarie si sono ritrovate a dover fronteggiare due questioni di rilevante peso specifico che esercitano pressioni in senso contrario. La prima è l'affermazione, preesistente rispetto alla nascita della CEE, delle imprese pubbliche nazionali; la seconda consiste nel doveroso controllo delle conseguenze che ne derivano. Ciò significa che nella visione della politica economica dell'Unione non è possibile ignorare l'esperienza fortemente radicata nelle tradizioni giuridiche nazionali. Tuttavia, il “salvataggio”, in una interpretazione alquanto cinica del fenomeno, ha comportato un “prezzo da pagare”, ossia un monitoraggio minuzioso del *modus operandi* dell'amministrazione, inevitabile dal momento in cui la Comunità europea ha deciso di avallare la presenza delle pregresse strutture imprenditoriali pubbliche nazionali. Nell'ottica europea, quindi, sembra

¹⁵ Ad esempio, pur se espressamente riferita all'ambito locale, è emblematica, nello studio dell'evoluzione dell'atteggiamento paternalistico degli enti pubblici, e del conseguente intervento nella dimensione economica, l'opera di G. MONTEMARTINI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, Società editrice libraria, 1902.

¹⁶ Per uno studio approfondito sull'evoluzione del ruolo dello stato nella politica economica del Paese si rinvia a S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica, passim*, cit.

¹⁷ Tra gli autori che sponsorizzano questo tipo di visione dei servizi pubblici si veda D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it di dir. pubbl. com.*, 1997, 1, 53-54.

che tale presenza sia stata concepita in base a ragioni di stampo commerciale e di convenienza, in quanto il soggetto pubblico, laddove voglia continuare a mantenere il proprio ruolo imprenditoriale, deve accettare una logica di compromesso. È evidente la differente impostazione rispetto alle tradizioni giuridiche interne in cui, invece, l'ente funge da *deus ex machina* per la risoluzione di fondamentali problematiche. La prerogativa di un'ampia libertà di organizzazione e dell'assunzione di responsabilità, in principio auspicata per un essenziale miglioramento della società civile, lascia il passo non solo ad un giudizio critico cui gli apparati nazionali – loro malgrado – sono sottoposti, ma anche ad una loro presunta inaffidabilità ed incompatibilità con il nuovo sistema. È evidente la crisi di identità dell'amministrazione, messa in discussione per buona parte del suo operato svolto nei decenni precedenti agli anni '80.

Tuttavia, la transizione da un'amministrazione di legittimità ad una di risultato¹⁸ non intende discriminare l'operatore pubblico a vantaggio di quello privato, ma semplicemente dettare una rivisitazione necessaria del suo modo di agire in economia. È difficile scorgere una discriminazione in ciò che invece appare un correttivo, il cui scopo è, al contrario, quello di preservare lo svolgimento di attività economica pubblica da rendersi mediante nuovi parametri. La Comunità ha, dunque, dovuto programmare un sistema economico tenendo in considerazione la preesistenza di un modello pubblicistico, cui affiancare soggetti di natura privata. La convivenza è però possibile solo alla luce di un trattamento disciplinare realmente omogeneo, da realizzarsi attraverso l'imposizione di regole indispensabili per garantire il piano paritario, la cui invasività è più che altro visibile sul profilo dell'imprenditore pubblico per il solo fatto che esso in precedenza subiva meno restrizioni, avendo per anni goduto di una flessibilità di azione ben maggiore.

Diverse considerazioni sono da farsi per quanto riguarda il principio di indifferenza.

Come si è intuito, non è intenzione muovere una feroce critica contro l'opportunità dell'utilizzo dell'impresa pubblica nell'economia a livello nazionale¹⁹: l'incertezza riguarda piuttosto il grado di misura con cui l'ordinamento europeo ha effettivamente accettato (*rectius*: prestato indifferenza) l'utilizzo del modello imprenditoriale di stampo pubblicistico. La scelta di avallarne l'applicazione sembra, per certi versi, una sorta di “buon viso a cattivo gioco”, che l'Unione ha dovuto adottare, ed in seguito disciplinare, in vista dell'obiettivo

¹⁸ Per tutti, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *AIPDA*, Annuario 2002, 107 ss.

¹⁹ Del resto, anche laddove qualcuno intendesse auspicare l'integrale soppressione dell'impresa pubblica (o comunque di partecipazioni statali), dovrebbe egualmente riconoscere l'impossibilità di conseguire praticamente l'obiettivo, in quanto il rifiuto integrale di tali strutture, che per decenni hanno assicurato le esigenze del vivere civile a qualsiasi fascia della popolazione, non sarebbe concepibile, poiché comporterebbe la completa soppressione di un modello filosofico ancor prima che giuridico.

della parificazione tra operatori economici. L'incertezza, dunque, riguarda il quesito se la decisione delle istituzioni comunitarie di legittimare questo strumento sia dovuta ad una indifferenza vera ed effettiva oppure se ciò sia stata la conseguenza di un percorso obbligato. Sarebbe opportuno riflettere sull'interrogativo, senza scartare automaticamente la seconda posizione, visto che l'approvazione del tradizionale interventismo pubblico statale ha determinato una serie di conseguenze che hanno influito non poco sia sul margine di manovra dello Stato imprenditore – i cui privilegi sono stati crescentemente eliminati – sia sul percorso di riforme intrapreso dagli Stati membri. Pertanto, l'indifferenza di cui ai Trattati comunitari sembra indicare che non esiste un'assoluta ed aprioristica preferenza per un modello giuridico piuttosto che per l'altro, ma allo stesso tempo richiede un doveroso correttivo nei confronti dei tradizionali modelli imprenditoriali pubblicistici. Se come già sostenuto, il regime di proprietà non deve rappresentare un viatico per scalfire la struttura del libero mercato, ne consegue che lo Stato proprietario debba obbligatoriamente rivisitare le modalità di azione che lo avevano connotato precedentemente. Considerata la questione sotto questo punto di vista, non sembra plausibile professare che l'Unione risulti “indifferente”²⁰. L'attenzione con cui essa guarda al regime dell'impresa pubblica, fino ad imporre una nuova impostazione del suo operato, nonché l'effettivo timore che ha riservato e continua a riservare nello studio dell'intervento pubblico nell'economia, conduce quantomeno a dei legittimi dubbi a riguardo.

Giunge in soccorso di questa posizione parte della dottrina la quale, approfondendo l'indagine sul termine “indifferenza”, ha constatato che il Trattato non sia realmente indifferente rispetto al regime di proprietà, ma anzi che l'assenza di pregiudizio debba essere interpretata come una *presunzione di ininfluenza* delle Istituzioni comunitarie²¹. Ed è evidente che le presunzioni sono concepite per essere smentite: proprio in quanto tali, esse sottintendono l'obbligo verificare se ciò che viene supposto sia reale o meno. Ne deriva che l'indifferenza di cui si è scritto deve porsi in discussione, o meglio dovrebbe riconsiderarsi nel suo significato: qualora il soggetto pubblico risponda a dei parametri predefiniti potrà operare al pari di qualsiasi soggetto privato. Tuttavia non si scorge indifferenza né innanzi alle

²⁰ Del resto, sembra che, per lo meno in termini descrittivi, e cioè senza sposare necessariamente questa prospettiva, la tesi sia stata recentemente considerata anche da F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 15 ss, la quale, per avvalorare l'opinione, rimanda anche ai contributi rinvenibili in F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 1997.

²¹ Cfr. G. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità economica europea*, 1992, 11 ss, Padova, Cedam, il quale ricorda come a seconda del regime di proprietà muti anche il programma delle destinazioni d'uso e degli scopi d'esercizio delle attività economiche. Per definire un quadro giuridico il più unitario possibile, l'Unione parte dal presupposto che le nozioni interne di impresa pubblica e privata non influiscano sulla questione; ovviamente, tale presupposto deve essere di volta in volta verificato con un peculiare controllo, cosicché si possa escludere, senza dubbi di sorta, che il caso concreto comporti una qualche contrapposizione rispetto allo spirito ed alla lettera del Trattato.

precauzioni adottate per ammettere la competizione tra i due opposti modelli giuridici, né innanzi alle disposizioni normative che hanno inteso vincolare l'attività economica delle amministrazioni.

In altre parole, non è facile ipotizzare il *quantum* di convinzione dell'Unione europea circa l'opportunità della presenza pubblica nell'economia, ma una cosa è certa: dopo aver propeso per l'indifferenza (nel senso in cui è opportuno considerarla) del regime giuridico delle imprese, essa ha promosso una propria politica economica dal carattere piuttosto invasivo, concretizzatosi nella definizione di indicazioni, più o meno stringenti, che gli Stati membri hanno dovuto attuare per il raggiungimento dell'obiettivo. Quindi, sembra che l'origine del principio di indifferenza risieda in una delicatezza ben precisa dell'Unione, ossia evitare che gli Stati membri fossero attanagliati dal timore di vedere collassare il sistema imprenditoriale fin lì costruito. Le istituzioni comunitarie hanno così voluto facilitare le amministrazioni nazionali ad adeguarsi al nuovo sistema di convivenza forzata con l'imprenditore privato. In quest'ottica, invece, il principio di non discriminazione è la conseguenza della "libertà vincolata" di cui le amministrazioni nazionali hanno goduto sul piano economico. La diversa genesi dei due elementi è un'ulteriore conferma del fatto che essi non sono sovrapponibili, bensì complementari.

In conclusione, considerato questo aspetto della vicenda, sembra che possa riconsiderarsi il concetto di parità di trattamento: se non vi sono amletici dubbi sul fatto che esso implichi un divieto di discriminare gli operatori sulla base della loro natura giuridica, vi sono considerevoli incertezze circa il modo in cui interpretare l'indifferenza riservata dall'Unione all'impresa pubblica.

2. L'impresa pubblica: una nozione nazionale contraddittoria.

Nell'esportazione di modelli giuridici dall'ambito comunitario all'interno dei confini nazionali, un ruolo di primo piano appartiene alla determinazione della nozione di "impresa pubblica"²².

L'influenza comunitaria, intenta a levigare un mercato in cui operatore pubblico e privato fossero su un medesimo livello, è riuscita nello scopo di impiantare all'interno dei confini nazionali la propria visione di una realtà giuridica già esistente in ambito statale.

²² Per uno studio non recente, ma comunque sufficientemente distante dal periodo in cui è affermato il periodo delle privatizzazioni, così da poterne lucidamente valutare i riflessi sull'ambito economico nazionale, nonché i principali connotati, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 5, 747 ss.

Infatti, non può dirsi che le fonti nazionali non avessero conoscenza dell'istituto in questione, il che si può facilmente desumere non solo dalla legislazione ordinaria – *ex art. 11 c.c.*, da cui deriva l'equiparazione della generale capacità di diritto privato delle persone giuridiche pubbliche e private²³ – ma anche da quella costituzionale. L'art. 41, co. 3 non pone limiti all'attività economica degli enti pubblici, se non quelli dell'indirizzo e coordinamento con i fini sociali, dal che si ricava indirettamente il nulla osta all'utilizzo dello strumento societario.

Ma vi è di più. Alla riconosciuta presenza imprenditoriale dello Stato, si accompagnava l'ulteriore consapevolezza circa l'opportuna operatività di impresa pubblica e privata su un livello paritario. È innegabile dunque che, perlomeno sul piano dei principi, vi fossero opinioni concordi da parte delle istituzioni interne e quelle comunitarie: per questa ragione sembra doversi escludere che l'ordinamento nazionale non avesse mai considerato l'idea di modellare lo strumento dell'impresa pubblica in maniera tale da non scoraggiare l'attività economica privata²⁴.

Dal momento che l'ordinamento nazionale era già consapevole nella seconda metà del secolo passato della necessità di specificare una equiparazione formale tra l'esercizio imprenditoriale pubblico e privato, è opportuno chiedersi se l'intervento comunitario abbia egualmente avuto un ruolo fondamentale sulla definizione della questione. Le riflessioni ivi proposte militano a favore di una risposta positiva.

Occorre, innanzitutto, segnalare che la tematica della presenza imprenditoriale pubblica era stata affrontata a livello nazionale con un'impostazione sostanzialmente differente rispetto a quella sviluppata, in seguito, a livello comunitario, dato che l'approccio interno, globalmente considerato, non sembra essersi realmente incentrato sull'obiettivo

²³ I maestri del diritto amministrativo hanno avuto delle vedute coincidenti sul punto, affermando che non vi sono ostacoli all'applicazione di una capacità di agire delle persone pubbliche che si conformi a quella dei privati. A riguardo, si segnalano due contributi a riguardo: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1970, p. 665 ss; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1974, p. 510.

²⁴ Per tutti, M.T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1983, 217-218, la quale osserva che i criteri dell'economicità vengono imposti alle «*comuni imprese pubbliche*» non per una scelta del legislatore, ma perché questa è la soluzione che implicitamente viene fornita dalla Costituzione. Il rispetto di tali criteri è la chiave di lettura per garantire la tutela dell'attività economica, a prescindere dalla natura giuridica del soggetto che la svolge.

Seguendo questo filo conduttore è chiaro che per rendere effettiva tale tutela il primo passo consiste nel rifiuto di un intervento senza limiti dell'amministrazione nell'economia. Difatti, le preclusioni risultano legittime in tutti quei casi in cui non si assista ad una necessaria parificazione tra l'attività economica pubblica e privata. Tale parificazione è assicurata laddove si renda sensibile la nozione di impresa rispetto a quei parametri economico-organizzativi applicabili tanto alla sua versione pubblica quanto a quella privata. Se il presupposto è rispettato, diviene illegittimo porre un freno alle aspirazioni imprenditoriali dell'amministrazione.

Tenendo a mente questa premessa, è più facile comprendere l'affermazione dell'A., secondo cui, pp. 387-388 «*l'art. 41 e l'art. 43 si limitano a presupporre e legittimare l'esistenza dell'impresa pubblica*». Questo significa che all'interno della nostra Carta si individua una legittimazione all'operato economico pubblico come regola, cui si contrappone però l'ovvio limite di non dover sopraffare l'intervento privato attraverso i propri privilegi.

conclamato, né averlo mai voluto perseguire strenuamente. Ne è testimonianza il fatto che le ricostruzioni del modello di impresa pubblica si sono rivelate, quantomeno, ondivaghe in passato, nel senso che i relativi tratti distintivi risultavano maggiormente equivocabili rispetto a quelli più puntualmente definiti a livello comunitario. Da un lato, mancava un'omogeneità di vedute circa la possibilità di applicare alle imprese pubbliche lo statuto imprenditoriale definito dal codice civile, in quanto, come ricordato in alcune occasioni²⁵, era opinione diffusa che in realtà lo strumento dell'impresa fosse stato impostato su criteri riconducibili al modulo privatistico e, conseguentemente, al momento produttivo e lucrativo, ossia scopi non compatibili con una struttura che avrebbe dovuto perseguire l'interesse pubblico. Infatti, vi era chi riteneva estremamente forzata una equiparazione tra le due tipologie di imprenditori a fronte dell'inevitabile preponderanza dell'aspetto speculativo su qualsiasi altro elemento²⁶; di qui il consequenziale rifiuto di attribuire la qualifica di imprenditore a quei soggetti che non potessero per natura avere l'obiettivo di massimizzare il profitto (ovvero gli enti pubblici), ed il cui intento lucrativo non sarebbe comunque stato equiparabile a quello del soggetto privato, pena il rischio di perdere di vista il reale perseguimento delle finalità di pubblico interesse.

In modo analogo, anche una buona parte della giurisprudenza propendeva per un'impostazione ben poco incline ad accettare l'equiparazione fra le due categorie imprenditoriali, sulla base dell'identica convinzione che lo scopo di lucro fosse un catalizzatore troppo forte²⁷. Il panorama giuridico risultava ancor più frammentato a causa di

²⁵ F. GALGANO, *La società per azioni*, Padova, Cedam, 1988, 219.

²⁶ E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, Angeli, 1981, 130 ss, sostiene con forza il maggior peso specifico del connotato dello scopo di lucro, rispetto a quello dell'economicità oggettiva, con riferimento all'impresa. Questi si pone, inoltre, l'interrogativo circa le ragioni che abbiano condotto all'equiparazione tra due modelli, rispetto alla quale viene riconosciuta la reale tendenza, ma di cui allo stesso tempo viene rinnegata con forza la logica. La risposta che l'autore ipotizza si incentra sulla volontà di costruire attraverso un «*capovolgimento idealistico*» un concetto tecnico-giuridico unitario di imprenditore, che non si soffermi sulla diversità intrinseca delle figure sociali, ma che, al contrario, sorvoli consapevolmente sulla loro connotata contrapposizione.

Nelle vedute dell'autore, il significato di "imprenditore" è necessariamente legato alla produzione di ricchezza, cosicché non è possibile prescindere da un intento di lucro, che diviene così elemento comune per l'imprenditore pubblico e privato. La diretta conseguenza è che, laddove si voglia equiparare tali figure, sarà necessario individuare come punto di contatto il momento speculativo che, seppur perseguito in modi differenti, è proprio di entrambe. La ricerca del comune denominatore risulta – a suo dire – operazione che rischia di far sprofondare l'intera linea di pensiero in un formalismo eccessivo nonché sterile.

²⁷ Si veda, ad esempio, Corte cass., 9 dicembre 1976, n. 4577 a detta della quale «*rimane estranea alla nozione di impresa commerciale un'attività economica che, per il modo stesso in cui si attua, non appare oggettivamente finalizzata al profitto, né all'intrinseca attitudine a conseguirlo*». Ancora, Corte cass., sez. II, 12 aprile 1972, n. 1134, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1255:«*va considerato ancora che la SIAE è un ente pubblico economico perché esercita, a scopo diretto di lucro, un'attività imprenditoriale retribuita nel campo della produzione di servizi [...]*».

In maniera analoga, pur utilizzando la nozione di "società di fatto" e non di "impresa", evidenzia il rilievo del momento speculativo anche Corte cass. 6 agosto 1979, n. 4558, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 2002, secondo la quale esso costituisce momento indefettibile tanto nelle società di persone quanto nelle società di fatto, in cui l'attività economica deve essere idonea a produrre lucro.

un ulteriore indirizzo giurisprudenziale²⁸, che sosteneva come il regime di concorrenza fosse sì un requisito imprescindibile della dimensione in cui l'ente pubblico economico operava, ma contemporaneamente riconosceva che tale regime potesse essere, indifferentemente, sia reale sia potenziale. La conseguenza che ne deriva è tanto intuitiva quanto rilevante. La resa dell'assetto concorrenziale in termini meramente potenziali si considera soddisfatta laddove operatori pubblici e privati agiscano utilizzando entrambi strumenti privatistici per concludere dei negozi giuridici, senza la pretesa, dunque, della specifica garanzia di un piano effettivo di parità tra gli operatori. Ne emerge una frattura netta e non ricomponibile tra la scuola di pensiero dell'ordinamento nazionale e quella dell'ordinamento europeo circa il concetto di parità di trattamento: mentre la seconda elimina ogni privilegio in capo al soggetto pubblico, la prima non riesce né vuole riuscire in quest'intento.

Senonché una tale impostazione non poteva soddisfare chi, in realtà, riteneva che la qualificazione dell'impresa fosse da ricondursi non alla logica lucrativa, bensì alla astratta idoneità della stessa a produrre utili, cioè alla c.d. "economicità di gestione"²⁹, il cui obiettivo

Un commento parzialmente critico nei confronti di quest'ultima pronuncia viene sviluppato da P. SPADA, *nota a Corte cass. 6 agosto 1979, n. 4558*, in *Giust. civ.*, 1980, II, 2267, il quale afferma che «mentre suscita forti perplessità l'orientamento che annovera lo scopo di lucro fra i dati caratterizzanti l'impresa, in sé considerata (posto che, per la sua natura di attività, gli elementi teleologici possono assumere rilievo giuridico solo sul piano oggettivo in quanto si obiettivizzano nel modo di svolgimento della medesima attività), l'essenzialità dello scopo di lucro è pacifica, invece, nelle società di persone, giacché l'art. 2247 c.c. testualmente considera la finalità del raggiungimento dell'utile, da dividere tra i soci, quale autonomo elemento della fattispecie [...] la cui carenza è fonte di nullità del rapporto per mancanza di causa, secondo i principi generali (per le società di capitali, invece, si è delineata, anche sul piano normativo, una tendenza al superamento della causa lucrativa: cfr. art. 2232 c.c., nel nuovo testo di cui alla legge n. 1127 del 1969)». È interessante, pertanto, notare come nella visione ivi riportata, l'elemento lucrativo sia essenziale nel caso in cui l'attività imprenditoriale sia resa mediante una società di persone, mentre esso costituisca un connotato superfluo laddove tale attività sia svolta con altro modello imprenditoriale.

²⁸ M.T. CIRENEI, *ult. op. cit.*, 151-152, ricorda un indirizzo della Suprema Corte, il quale, tra gli anni '60 e '70, sosteneva che l'agire in regime di concorrenza reale o potenziale fosse da considerarsi quale requisito proprio dell'ente pubblico che svolge attività economica. Per fare qualche esempio, si veda Corte cass., 12 aprile 1972, n. 1134 in *Giust. civ.*, 1972, I, 1255 in cui si legge un richiamo alla concorrenza alquanto generico e, perciò, potenziale; Corte cass., 12 febbraio 1973, n. 409, in *Giust. civ.*, 1973, I, 750, in cui si legge: «Le aziende autonome municipalizzate [...] svolgono un'attività economica organizzata nel campo della produzione in concorrenza effettiva o potenziale con i privati imprenditori. Esse pertanto realizzano il l'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 2093 c.c.[...]»; Corte cass., 28 luglio 1967, n. 2000, in *Foro it.*, 1968, I, 194; Corte cass., 28 luglio 1967, n. 2000, in *Foro it.*, 1968, I, 1163; Cons. St., sez. VI, 15 novembre 1974, n. 365, in CdS, 1974, I, 1509. Pertanto, la conclusione è che «in definitiva, secondo l'accennato orientamento giurisprudenziale, ai fini della qualificazione di un ente come ente pubblico economico è necessario non già che l'attività economica dell'ente si svolga effettivamente in concorrenza con gli imprenditori privati, ma che possa astrattamente svolgersi in tale regime».

²⁹ F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, Giuffrè, 1967, 204 ss, si sofferma su tale aspetto, e ricorda che le imprese debbono perseguire il reddito d'azienda, dato dalla relazione tra spese sostenute (i fattori produttivi richiesti) ed i ricavi ottenuti. Tale obiettivo è ben diverso dal concetto di profitto o redditività, che costituisce un *quid pluris*. Ciò che realmente rileva perché un organismo possa definirsi impresa, pertanto, non è l'obiettivo di lucro, ma il metodo con cui l'attività economica viene svolta. Pertanto, nello studio dell'istituto è imprescindibile la valorizzazione dell'elemento oggettivo, in quanto esso è in grado di far coincidere la variante pubblica e privata dell'impresa, ai fini dell'applicazione del medesimo regime giuridico (le normative del codice civile).

principale è il bilanciamento delle entrate con le spese. Quest'ultima lettura, relegando in secondo piano il momento lucrativo, destituisce di importanza i timori circa l'incompatibilità tra l'impresa, così come descritta dalla precedente dottrina e giurisprudenza, e la sua versione pubblicistica. Sotto questa prospettiva, la posizione pregressa, volta a ridurre al minimo il rischio di una incidenza della finalità speculativa nei confronti del nobile obiettivo della soddisfazione dell'interesse pubblico, oltre ad apparire eccessivamente drastica, veniva chiaramente privata di significato. Del resto, il tentativo di mantenere tale purezza di intenti in capo agli enti pubblici che svolgono attività economica avrebbe frustrato l'attività privatistica svolta dai medesimi.

Ma anche ipotizzando la fondatezza di tale timore, la lettura nazionale ignorava, o preferiva ignorare, l'esistenza di strumenti di supervisione delle imprese pubbliche che svolgono attività economiche, su tutti il controllo contabile. Ragion per cui essa non appare egualmente corretta. Del resto, si consideri che anche la nostra Carta fondamentale prevede all'art. 41, co. 3 la necessaria definizione di «*programmi e controlli*»³⁰ cui fare riferimento per indirizzare l'attività economica pubblica (e privata) verso scopi sociali³¹. Dunque, vista la copertura costituzionale di cui godono i controlli dell'attività economica pubblica, si ha un'ulteriore conferma del fatto che, quantomeno in linea teorica, non vi siano rischi per lo svilimento dei bisogni della collettività a fronte dell'individuazione di un regime giuridico tendenzialmente coincidente per le imprese private e quelle pubbliche.

Spinge verso la medesima soluzione anche l'orientamento di chi riteneva che il fenomeno dell'impresa dovesse essere studiato non nell'ottica della garanzia di un vantaggio economico stabile e continuativo per i suoi soci, ma nella prospettiva di capacità della stessa di assicurare la creazione di ricchezza³². Infatti, un orientamento di tal genere assicura una

Tale elemento oggettivo deve rinvenirsi nella «*particolare organizzazione economico-sociale*». In sostanza, l'impresa ha un proprio profilo a causa dell'attività economica svolta, ed a prescindere dalla natura del titolare. V. MANGINI, *Iniziativa economica pubblica e concorrenza sleale*, in *Riv. soc.*, 1974, I, 455-456, descrive il criterio dell'obiettività economicità della gestione come «*coessenziale al concetto di impresa*», in quanto obiettivo primario di quest'ultima è la sua astratta idoneità remunerativa, il che costituisce la sua «*regola di vita*». Tale autosufficienza economica è l'elemento che funge da minimo comun denominatore tra imprese pubbliche e private. Di grande rilievo, circa il presente lavoro, una nota dell'A., il quale esclude che la formula «*astratta idoneità a coprire i costi di produzione*» abbia un significato coincidente con lo scopo di lucro. Difatti, tale formula pone l'attenzione non sulla finalità del guadagno, ma sulle modalità con cui l'organismo produttivo svolge la propria attività.

³⁰ Interessante a riguardo la riflessione di F. GALGANO, *La riforma dell'impresa*, in *Riv. Soc.*, 1976, fasc. 3-4, 489, il quale afferma l'importanza dei controlli con cui indirizzare non solo l'attività privata, ma anche quella pubblica, verso finalità sociali. Questo porta ad escludere che la seconda garantisca, solo grazie alla sua natura, la realizzazione del bene collettivo.

³¹ Si potrebbe controbattere che la norma costituzionale non cita letteralmente le parole "interesse pubblico": tuttavia, difficilmente potrà negarsi che quest'ultima locuzione descriva un concetto alieno rispetto a quello di "fini sociali" ivi definito.

³² Così F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. II, Padova, Cedam, 1978, 23 ss, secondo cui è necessaria la divisione tra l'attività svolta dal commerciante – permeata dall'aspetto

visione molto più ampia dell'istituto in questione in quanto, pur potendosi mantenere delle riserve sul fatto che il soggetto pubblico possa realizzare un lucro vero e proprio, ben poche incertezze potranno aversi con riguardo al fatto che anche il modello imprenditoriale pubblico produca benefici economici da reinvestire per una miglior tutela dell'interesse pubblico. Ancora, l'intenzione di equiparare i due differenti modelli di impresa viene desunta anche da un intervento dello stesso legislatore, il quale aveva in tempi non sospetti predicato il principio di parità di trattamento tra operatori pubblici e privati³³, opinione ribadita anche attraverso ulteriori interventi³⁴, da cui si deduceva che l'economicità della gestione dovesse intendersi quale presupposto in vista dell'obiettivo dell'equiparazione tra costi e ricavi, non come finalità meramente lucrativa.

Traendo qualche conclusione rispetto a quanto sinora riportato, si intuisce che l'ordinamento nazionale avesse compiuto qualche importante passo verso una definizione flessibile di impresa pubblica, evidentemente necessaria per concepire in maniera ben più moderna l'attività imprenditoriale, all'interno della quale l'attributo *pubblico* non costituisca una sgradevole stonatura ma semplicemente una sua declinazione. Alla luce delle precedenti considerazioni, è perciò evidente che il sistema giuridico italiano non avesse concepito un modello concorrenziale completamente avulso dagli standard sviluppati negli anni a venire in ambito comunitario; era però accaduto che la visione dell'intera questione fosse stata offuscata a causa di un atteggiamento non univoco – per l'appunto, “ondivago” – circa il perseguimento di un effettivo piano di parità tra gli operatori: ne sono testimonianza i contrapposti atteggiamenti dottrinali e giurisprudenziali di cui sopra. In altre parole, le certezze che avevano accompagnato il concetto italiano di concorrenza nella sua forma avevano lasciato spazio ad incongruenze e difformità di vedute circa la sua sostanza, il che conferma l'importanza dell'intervento chiarificatore della Comunità in materia, provvidenziale per dare un'impronta definitiva alla questione. In sua assenza, sembra evidente

speculativo – e quella dell'imprenditore, il cui scopo è per l'appunto la produzione di ricchezza che relega in secondo piano le aspettative lucrative dei singoli soci.

³³ M.T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, cit., 151, cita la Relazione al codice civile (n. 387), la quale a sua volta propende per l'assoggettabilità dell'impresa pubblica alla disciplina dell'impresa privata «*in quanto quella e questa operino sullo stesso piano*». Tuttavia, l'A. sostiene che la lettura che può darsi non è univoca, ma può assumere sia il significato di un piano di parità effettivo, oppure quello di un rapporto per cui l'impresa pubblica interviene utilizzando strumenti privatistici e non pubblicistici, ma non necessariamente in un contesto concorrenziale reale. La seconda è la soluzione prevalsa. Il che induce a concludere che, a livello nazionale, il principio di parità di trattamento non sia stato declinato con la convinzione con cui è stato promosso a livello europeo.

V. MANGINI, *ult. op. cit.*, 453 scrive che «*lo Stato e gli enti pubblici [...] ove esercitino attività di impresa sono sottoposti a tutte le norme che il codice civile detta per l'imprenditore in genere*», e che «*il concetto di impresa prescinde dalla natura pubblica o privata del soggetto gestore*».

³⁴ Si pensi, per fare alcuni esempi, all'art. 3, l. 22 dicembre 1956, n. 1589 che ha istituito il Ministero delle Partecipazioni statali; oppure all'art. 3, n. 10, l. 6 dicembre 1962, n. 1643 che ha istituito l'Enel.

che il piano di parità tra imprese pubbliche e private conclamato a livello nazionale risultasse una formula di rito piuttosto che una reale presa di coscienza delle problematiche connesse ad imprese pubbliche e private concorrenti. È però evidente che la ragione non fosse dovuta ad una immaturità dei tempi o ad una mancanza di consapevolezza degli esperti del settore, né ad un lacunoso sistema normativo: semplicemente, l'ostacolo ad un'effettiva parificazione tra i due modelli imprenditoriali era causato dalla difficoltà di percepire imprenditore pubblico e privato come soggetti che operassero su un piano necessariamente paritario.

Per queste ragioni si ritiene che l'intervento comunitario sia stato fondamentale nel tracciare una direzione univoca. Certamente si sono verificati altri incidenti di percorso. Si pensi già solo al fatto che, a causa dell'impossibilità di dettare una politica economica del tutto omogenea negli Stati membri, i timori interni dovuti alla prospettiva di un carattere imprenditoriale che sopraffacesse il perseguimento dell'interesse pubblico si sarebbero amplificati a breve a causa della progressiva affermazione delle volontà comunitarie. Non stupisce dunque che negli ordinamenti nazionali, anche negli anni a seguire, sarebbero egualmente emerse nuove difficoltà, dovute alla promozione di alcune di politiche restie a garantire una totale soggezione delle imprese pubbliche alle regole privatistiche, così come è accaduto, per esempio, con l'istituto della *golden share*. Tuttavia, lo spartiacque rispetto alla passata esperienza giuridica nazionale era costituito dal fatto che un organismo esterno avrebbe imposto un preciso percorso, e le eventuali deviazioni non sarebbero state tollerate.

2.1. L'impresa pubblica: una nozione flessibile europea.

Sulla base di quanto premesso, è da ritenersi che le istituzioni nazionali e quelle sovranazionali fossero accomunate da intenti analoghi circa la definizione da rendere all'impresa pubblica, in quanto in ambo i casi il minimo comun denominatore risulta la più volte ricordata ricerca della parità di trattamento.

Tuttavia, l'obiettivo conclamato a livello nazionale si era rivelato più una mera intenzione che una concreta conquista, per cui il collante tra i due ordinamenti giuridici si rinveniva non tanto nell'effettiva ricerca dell'assetto concorrenziale, quanto nella mera denuncia della volontà della sua realizzazione; quindi l'ordinamento interno non si spingeva oltre il semplice proposito a causa di orientamenti ambivalenti e difformi, piuttosto che a causa di una vera e propria inconsapevolezza. Al contrario, le istituzioni comunitarie si sono realmente prodigate per realizzare una tangibile parificazione tra i due modelli

imprenditoriali, compiendo il passo definitivo verso l'eliminazione di ogni sorta di privilegio per l'imprenditore pubblico.

Ne è testimonianza la maggiore convinzione con cui la Comunità ha perseguito l'obiettivo.

La nozione europea di impresa pubblica ha ottenuto la definitiva consacrazione a livello nazionale³⁵ attraverso l'opera di convincimento perpetrata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia³⁶, la quale ha intrapreso, nel corso degli anni, un percorso decisamente indirizzato verso la denuncia della sua natura sostanziale³⁷, risultato fondamentale per poter attribuire una piena parità di trattamento tra operatori economici pubblici e privati.

³⁵ Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466 sostiene che il crescente impiego di società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico ha stemperato la dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato, la quale ha perso parte del suo significato a seguito degli indirizzi normativi e giurisprudenziali emersi in sede comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica.

Per un commento a questa sentenza si veda M. MAUGERI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*, in *Giur. comm.*, 1994, II, 555, il quale sottolinea che «appare difficile negare, sul piano della soggezione alle regole del trattato (ed in particolare a quelle dettate in tema di concorrenza), la sostanziale equiparazione di impresa privata e di impresa pubblica. La diversa soluzione esporrebbe il funzionamento del mercato comune al grave rischio di distorsioni, per la possibile confusione dei ruoli in concreto rivestiti dallo Stato, quale regolatore del mercato ed operatore dello stesso: la neutralità del Trattato sotto il profilo del regime di titolarità dell'impresa (arg. ex art. 222) potrebbe costituire stimolo implicito per gli Stati membri a creare nuove imprese pubbliche o ad adottare provvedimenti di nazionalizzazione al fine di eludere l'applicazione delle norme comunitarie in punto di concorrenza».

Per un aggiuntivo commento della stessa sentenza si veda anche R. ARRIGONI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti di gestione privatizzati: garanzia per il bilancio dello Stato o tutela della finanza pubblica?*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1994, 653 ss. Il presente contributo arricchisce i termini della questione, in quanto l'autore sostiene che la doverosa attenzione sulla finanza pubblica legittima il controllo ad opera del giudice contabile. Tuttavia, occorre attuare una preliminare *summa divisio* tra due ambiti, per cui tale controllo può essere giustificato o meno: l'intervento pubblico nell'economia e la garanzia di un servizio di pubblica utilità.

Infatti, se nel primo caso esistono implicazioni finanziarie incidenti sulle risorse pubbliche, nel secondo caso non necessariamente si presenteranno delle conseguenze in termini di spesa. Infatti, nei servizi di pubblica utilità, il controllo della Corte dei conti sarà da escludersi laddove il concessionario non sia partecipato, o non sia partecipato per la maggior parte, dal soggetto pubblico. Al contrario, se tale concessionario ha un'esclusiva sul servizio medesimo, allora l'attività svolta sarà talmente "funzionalizzata" che non sarà possibile evitare il controllo, pur laddove egli non sia minimamente partecipato.

In definitiva il nucleo del pensiero dottrinale riportato è che l'attenzione sulle modalità di spesa delle risorse pubbliche è obbligatoria laddove sussista un vero e proprio intervento pubblico nell'economia. Qualora, invece, si tratti di soggetto che svolga attività di pubblica utilità, occorreranno delle valutazioni ulteriori per propendere per la legittimità o meno dell'intervento del giudice contabile.

³⁶ Corte giust., 6 luglio 1982, Cause riunite C-188/80 e C-190/80, propende per l'utilizzo di criteri obiettivi nell'individuazione dell'impresa pubblica. Essi sono resi dall'influenza dominante che i pubblici poteri esercitano, direttamente o indirettamente, al fine di mantenere un controllo finanziario. Dunque, il giudice comunitario si preoccupa di garantire un'effettiva trasparenza nel rapporto, che rifletta la relazione economica tra i due soggetti. Tali controlli costituiscono un elemento imprescindibile per evitare che la presenza dello Stato (o dell'ente pubblico) imprenditore funga da ostacolo all'assetto concorrenziale. Difatti, la sentenza sottolinea che perde di significato l'applicazione della regola della trasparenza in quegli ambiti in cui esula la competizione.

Ancora, si veda Corte giust., 16 giugno 1987, C-118/85 secondo cui è interesse della Comunità europea il fatto che l'impresa pubblica subisca dei controlli circa i finanziamenti ottenuti, al fine di comprendere se essi costituiscano o meno aiuti di Stato. Lo scopo è garantire la massima trasparenza possibile. Per questa ragione, l'impresa pubblica non può che essere considerata in un'ottica sostanziale, considerando il vincolo economico e, perciò di controllo, che la collega allo Stato.

³⁷ M. CAMELLI, *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 5-6, 1164, afferma che non esiste un'univoca definizione di impresa pubblica a livello comunitario né nazionale. Nonostante questa defezione, l'appiglio per garantire maggior certezza del diritto con riferimento a questo

La logica del ragionamento è chiaramente rivolta a scopi anti-elusivi – ad evitare cioè che gli enti pubblici potessero sottrarsi al sistema dei limiti pubblicistici, falsando così il gioco concorrenziale, invocando proditoriamente la natura formalmente privata di una propria articolazione – e sottintende che il requisito della maggioranza delle partecipazioni non sia quello che necessariamente individua nel modo più rigoroso l'impresa pubblica. Al contrario, il criterio discretivo fondamentale diviene il controllo che il soggetto pubblico può esercitare nei confronti della stessa, a prescindere dalla quantità di azioni possedute³⁸.

La fortuna ottenuta gradualmente da tale orientamento giurisprudenziale era facilitata da una pregressa presa di posizione del legislatore comunitario. Infatti, la definizione di impresa pubblica ha fruito, già all'inizio degli anni '80, di un importante contributo da parte del diritto positivo, il quale si era premurato di stabilirne i caratteri nella direttiva 80/723 CEE, c.d. "direttiva trasparenza". E così essa è da intendersi come «ogni impresa nei confronti della quale i pubblici poteri possono esercitare, direttamente o indirettamente un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina»³⁹. Dieci anni dopo l'entrata in vigore di tale direttiva, ne venne promossa una ulteriore, la 90/531, in riferimento alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni: anche in questa circostanza, l'impostazione fu pressoché identica a quella antecedente⁴⁰.

istituto viene garantito dalla Corte di giustizia, la quale identifica come impresa pubblica l'entità che esegue un'attività economica, a sua volta influenzabile dall'autorità pubblica. Una simile impostazione – continua l'autore – sottolinea i due aspetti fondamentali dello strumento in questione: la funzione economica ed il carattere pubblico, il quale è talmente pregnante da poter indirizzare la prima.

E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. IV, cit., 3968-3969, rimarca la natura sostanziale dell'impresa pubblica riconosciuta dalla giurisprudenza nazionale, in ossequio all'indirizzo della Corte di giustizia. A tale proposito, viene richiamata la sentenza Corte costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466, la quale evidenzia che il legame tra lo Stato e l'ente pubblico economico privatizzato, e trasformato dunque in una società per azioni, non viene meno fintanto che non verrà attuata una politica di dismissione. È, perciò, necessaria una privatizzazione di stampo sostanziale per recidere il vincolo.

³⁸ M. MAUGERI, *ult. op. cit.*, 556.

M.T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, cit., 310-311, in cui si sostiene che il carattere pubblico dell'impresa si incentra sul fatto dell'influenza dominante, a prescindere da una partecipazione maggioritaria.

³⁹ Art. 2 direttiva 80/723 CEE, la quale nello stesso articolo si preoccupa di definire anche i concetti di "poteri pubblici" ed "influenza dominante". Con riferimento al primo «lo stato, nonché altri enti territoriali». Con riguardo al secondo si legge di presunzione di influenza dominante allorché i pubblici poteri: «a) detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure b) dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa, oppure c) possano designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

⁴⁰ L'art. 2 direttiva 90/531 definisce le imprese pubbliche come «le imprese su cui la autorità pubbliche possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa : detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza».

La definizione legislativa è volutamente ampia, avendo l'obiettivo di individuare dei contorni alquanto flessibili, in maniera tale da assicurare un controllo da parte delle istituzioni comunitarie nei confronti di qualsiasi attività economica riconducibile ad un soggetto di natura pubblica, cui siano sostanzialmente riferibili decisioni di carattere imprenditoriale. È dunque comprensibile la preoccupazione che ha animato le Istituzioni comunitarie e, di conseguenza, la soluzione adottata per impedire che organismi sostanzialmente controllati dal soggetto pubblico, pur non essendo da questo partecipati in maggioranza assoluta, potessero pretendere di essere svincolati dalla disciplina prevista per l'attività economica delle amministrazioni⁴¹.

Ciò comporta, come segnalato in dottrina, che il concetto di impresa pubblica sia ulteriormente declinabile al di là della sua connotazione in senso sostanziale, tant'è vero che a riguardo è stato sottolineato il suo carattere relazionale⁴². Secondo questa declinazione, essa viene qualificata sulla base del rapporto che si instaura con l'ente pubblico: laddove si riscontri un'influenza dominante, in qualsiasi modalità essa si attinga, è evidente che l'organismo sarà egualmente identificabile nei medesimi termini. L'utilità di una simile impostazione è palesemente volta a garantire l'estensione del generale obbligo di trasparenza proprio delle amministrazioni pubbliche allo strumento imprenditoriale. Infatti, la resa di una definizione ampia è la migliore testimonianza di una forte opera di prevenzione coltivata dall'ordinamento comunitario: la solerzia e la perseveranza con cui esso si è prodigato, prima attraverso una fonte normativa di diritto secondario, e poi attraverso i propri organi giurisprudenziali, nel definire la questione nelle modalità sopra descritte suggerisce chiaramente la mancanza di fiducia nei confronti degli Stati membri ad adattarsi ad un modello che tende a privare le imprese pubbliche delle loro peculiarità.

Ed in effetti, se si getta uno sguardo alla giurisprudenza comunitaria tra fine anni '80 ed inizio anni '90, si nota che l'atteggiamento degli ordinamenti nazionali abbia tradito il tentativo di sottrarre le strutture controllate dall'influenza delle norme europee riguardanti gli apparati pubblici che svolgono attività economica. La resistenza perpetrata ha causato, come conseguenza, l'irrigidimento dei controlli effettuati dagli organismi comunitari. Si pensi, ad

⁴¹ È palese il riferimento alla categoria degli organismi di diritto pubblico. Per una lettura ricostruttiva ed approfondita, M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, ed i contributi ivi riportati, nonché F. MASTAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, Cedam, 1998, ed i contributi di cui ivi, in special modo L. RIGHI, *L'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del d.lgs. n. 157/1995: amministrazioni aggiudicatrici e appalti pubblici di servizi*, 67 ss, in cui è dimostrata la compatibilità tra la definizione di organismi di diritto pubblico, uno dei cui requisiti è l'assenza di carattere industriale e commerciale dell'attività, ed il soggetto pubblico che svolge prestazioni di natura imprenditoriale.

⁴² Cfr. M. T. CIRENELI, *Disciplina comunitaria degli aiuti alle imprese pubbliche e privatizzazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 323.

esempio, all'equiparazione, da parte della Corte di giustizia, tra l'attività economica svolta da una impresa pubblica e l'attività economica svolta da un'articolazione interna della pubblica amministrazione. Ciò significa che il carattere sostanziale (e relazionale) attribuito alla predetta impresa pubblica non dispiega la sua utilità al solo fine di evitare che l'amministrazione si sottragga ad uno stringente controllo sulle proprie società, invocando proditoriamente la forma giuridica privata della struttura controllata. Infatti, accade che tale carattere giunga in provvidenziale soccorso anche qualora l'amministrazione, sulla base di un ragionamento *a contrario*, sostenga l'inapplicabilità delle disposizioni relative al soggetto pubblico imprenditore in quanto l'attività economica viene resa non attraverso l'utilizzo di un ente privatistico, ma direttamente da una struttura interna, e perciò (anche) formalmente pubblica⁴³. Il che potrebbe anche sembrare una banalità, in quanto se gli obblighi di trasparenza valgono per le strutture controllate dovrebbero *a fortiori* valere anche per le strutture interne all'amministrazione. Tuttavia, si ritiene ugualmente opportuno indicare questo profilo della tematica, visto che il giudice comunitario ha dedicato attenzione all'argomento. La lettura allargata dell'impresa pubblica è stata poi accettata a livello nazionale anche dalla Corte costituzionale attraverso la sentenza 466/1993⁴⁴. Pertanto, anche l'ordinamento nazionale, accerchiato, ha dovuto rassegnarvisi.

Tuttavia, a riguardo sorge il dubbio che quest'ultimo abbia strumentalizzato la definizione in chiave sostanzialistica, rigirandone a proprio vantaggio alcuni aspetti. A livello comunitario tale scelta si spiega in ragione della procedimentalizzazione e del monitoraggio dell'agire in capo a tutti quei soggetti che svolgono attività economica e che, contemporaneamente, subiscono influssi pubblicistici, al solo fine di salvaguardare l'assetto concorrenziale. Al contrario, a livello nazionale sembra che la nozione sostanziale sia stata

⁴³ Corte giust., 16 giugno 1987, C-118/85 ritiene che la qualificazione in termini sostanziali dell'impresa pubblica sia necessaria per poter estendere tale concetto anche nei confronti di un'articolazione interna dell'amministrazione svolgente un'attività economica. Se così non fosse, ossia se uno Stato potesse evitare i controlli e l'obbligo di trasparenza nascondendosi dietro al fatto che il soggetto imprenditore non sia una società formalmente terza ma un proprio organo amministrativo, verrebbe meno la necessaria omogeneità di struttura dell'*impresa pubblica* da Stato a Stato, mutando in ragione degli assetti istituzionali dei vari Paesi. Inoltre, verrebbero facilmente elusi anche tutti gli obblighi che impongono alle pubbliche amministrazioni di assicurare visibilità alle operazioni finanziarie svolte.

Sulla ampiezza di definizione di impresa, e su quest'ultimo peculiare aspetto, si veda anche Corte giust., 23 aprile 1991, C-41/90. Il giudice comunitario definisce impresa pubblica un ufficio di collocamento tedesco, in quanto la struttura svolge attività economica, ed è perciò soggetta alle regole della concorrenza fintanto che non verrà dimostrata la loro incompatibilità con lo scopo perseguito.

È ormai indiscutibile che la Corte di giustizia propenda in via definitiva per un'attenzione tanto crescente nella capacità degli enti pubblici di svolgere un'attività economica quanto decrescente verso il loro ruolo istituzionale.

⁴⁴ A riguardo si vedano i commenti di A. CERRI, *La «mano pubblica» e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali in un interessante conflitto*, in *Giur. cost.*, 1992, 6, 3870 ss e di C. PINELLI, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*, *ivi*, 3872 ss.

concepita in nome del mantenimento dell'influenza pubblica minacciata dal processo di privatizzazione. È chiaro il riferimento all'utilizzo della *golden share*. In altre parole, l'ordinamento interno avrebbe accettato la visione europea per una mera logica di opportunismo, ossia per estendere la propria influenza verso imprese con dei residui pubblicistici: ciò avrebbe da un lato comportato di dover tollerare alcuni limiti, su tutti il controllo contabile, ma dall'altro avrebbe consentito al socio pubblico di godere di poteri ulteriori rispetto a quelli previsti dallo schema dell'ordinario diritto societario. Si sarebbero così ricavati dei benefici anche a seguito di una scelta imposta.

La replica nei confronti di questa riflessione è abbastanza scontata: essa è più che altro una supposizione, che denuncia una sorta di "processo alle intenzioni". Tuttavia, non pare che di intenzioni si tratti, e se ne può ravvisare una conferma nell'introduzione dei poteri speciali in capo al socio pubblico ad opera del legislatore del '94⁴⁵, i quali servirono per l'appunto a mantenere un'influenza nonostante la perdita del controllo⁴⁶.

Dunque, se così fosse, la Comunità avrebbe forgiato la nozione sostanziale in quanto ritenuta necessaria per favorire il libero mercato; simultaneamente, però, l'ordinamento nazionale, vistosi "costretto", avrebbe riutilizzato a suo vantaggio il concetto, sfruttando il fatto che tale nozione può, se opportunamente reinterpretata, consentire il mantenimento di privilegi e peculiarità. Pertanto, sembra quasi che le indicazioni fornite dalle istituzioni sovranazionali siano state appositamente rivisitate da quelle nazionali, al fine di rimarcare al proprio interno la presenza pubblica nella dimensione economica, nel tentativo di mantenere un controllo che altrimenti sarebbe andato perduto.

Questo aspetto è il miglior sponsor della convinzione circa l'importanza dell'intervento europeo sulla materia: se, infatti, nonostante le indicazioni comunitarie l'ordinamento interno aveva tentato di mantenere alcune prerogative sulle imprese pubbliche, è ovvio che fosse imprescindibile ed improcrastinabile una netta presa di posizione da parte

⁴⁵ L'intuibile riferimento è all'art. 2 d.l. 31 maggio 1994, n. 332 conv. in l. 30 luglio 1994, n. 474, intitolato "poteri speciali", il quale prevede che le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato in alcuni settori strategici, tra cui è compreso quello dei pubblici servizi, possano esercitare una serie di poteri speciali, resi cioè indipendentemente dalle partecipazioni azionarie possedute, esercitabili dall'allora Ministero del Tesoro. Tra tali poteri sono previsti il gradimento all'assunzione di partecipazioni rilevanti; il gradimento al rilascio di patti o accordi; il veto a delibere di trasferimento della sede sociale all'estero, scioglimento, fusione, scissione, cambiamento dell'oggetto sociale, modifica dello statuto; nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratore non superiori ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco.

⁴⁶ Del resto, M. MAUGERI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*, in *Giur. comm.*, 1994, 2, 556-557, sottolinea che il carattere pubblico dell'impresa a livello comunitario ed a livello nazionale non è coincidente. Infatti, nel primo caso tale carattere si incentra sull'influenza dominante, volta a garantire la concorrenza tra imprese pubbliche e private su un piano di parità. Nel secondo caso, invece, l'obiettivo è quello del controllo sulle modalità di utilizzazione e destinazione del pubblico denaro, e più in generale del mantenimento del potere cui l'amministrazione risulta difficile rinunciare nella sua integrità. Ne deriva dunque la necessità di una nozione elastica di imprenditore, che possa consentire a quella di derivazione europea di insinuarsi all'interno dell'esperienza giuridica nazionale.

della Comunità per debellare il fenomeno. L'efficacia di tale intervento trova conferma nell'introduzione degli strumenti necessari per definire come illegittimo, e di conseguenza sanzionabile, un simile atteggiamento statale, il che ha rappresentato un netto passo in avanti rispetto alla pregressa situazione nazionale. Il cambiamento che ne è derivato è stato culturale ancor prima che giuridico, ed ha certamente causato l'emersione di notevoli difficoltà in capo all'amministrazione, la quale non poteva però ovviamente eludere l'obbligo di conformarsi alla nuova impostazione. D'altronde, anche in dottrina è stato sottolineata la pericolosità di quel pensiero proprio di quei "gattopardi" che interpretano la privatizzazione della gestione come uno strumento con cui rendere meno pesanti i controlli pubblici ma contemporaneamente evitare che il modello imprenditoriale pubblico debba rendere conto alle leggi del mercato⁴⁷.

Chiaramente, il passaggio non poteva non lasciare strascichi ed incomprensioni. Come è stato scritto, i pubblici poteri da un lato subiscono il fascino degli strumenti privatistici⁴⁸, ma dall'altro tentano in ogni modo di mantenere le proprie prerogative. Considerata la questione sotto questo punto di vista, la perdita di punti di riferimento per l'amministrazione diviene più comprensibile: essa è conscia della necessità di aprire alle regole privatistiche per favorire, nell'ottica del buon andamento e dell'imparzialità⁴⁹, un proprio snellimento, e garantire maggiore spazio all'imprenditore privato, ma contemporaneamente teme di perdere la propria identità. Di qui il quesito: a seguito del fenomeno delle privatizzazioni, si verifica realmente una restrizione del suo ruolo?

La risposta è fondamentale, in quanto spiega se il timore così descritto sia effettivo e giustificabile, oppure se il comportamento tenuto risulti malizioso e tendente al furbesco mantenimento di quei privilegi, denegati dall'intervento comunitario, a cui essa non intende rinunciare.

⁴⁷ M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica locale*, Rimini, Maggioli., 1999, 17 ss.

⁴⁸ M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 2, 269 ricorda che il "pubblico" da un lato è attratto dagli strumenti privatistici, ben più flessibili, ma dall'altro non se ne fida, temendo per il pregiudizio dell'interesse pubblico. Questo comporta che laddove li utilizzi, ne trasforma la struttura, rimodellandoli sulla base delle proprie esigenze.

⁴⁹ Tra i tanti, F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, 1990, 42 ritiene che all'utilizzo dello strumento societario corrisponda la c.d. «fuga dalle municipalizzate». L'A., pertanto, sottintende che gli enti locali siano consapevoli di poter conseguire le proprie prerogative e finalità in modo più efficiente attraverso tali mezzi.

3. L'arretramento dello Stato: mito o realtà?

Da quanto sinora scritto emerge un primo profilo assolutamente centrale: l'esperienza delle privatizzazioni ha rivoluzionato l'attività economica delle pubbliche amministrazioni.

La dottrina non ha perso occasione per affrontare la questione con spunti critici molto interessanti: per esempio vi è chi ha sostenuto che l'approccio europeo descritto abbia condotto inevitabilmente verso la c.d. "banalizzazione"⁵⁰ dell'impresa pubblica, il che conferma quanto scritto sopra circa una crisi di identità dell'amministrazione. Tale crisi è acuita dal fatto che nell'ottica di promozione della sussidiarietà orizzontale, l'interesse generale, tradizionalmente appannaggio delle amministrazioni pubbliche, possa essere ugualmente garantito anche da parte di un soggetto privato⁵¹, pur con le dovute precauzioni. L'esito non deve stupire, poiché esso altro non è che ennesima conferma delle nuove vesti assunte dall'amministrazione: non più soggetto indispensabile per la risoluzione dei bisogni dei consociati ma soggetto "tollerato" laddove agisca sul libero mercato.

Un'impostazione così concepita non rileva solo dal punto di vista soggettivo, ossia con riferimento alla natura del soggetto che svolge una certa attività, ma anche dal punto di vista oggettivo, ovvero con riguardo alla attività stessa. La gestione del servizio pubblico può essere affidata a soggetti terzi in quanto tra il timore di un atteggiamento egoistico del privato, che non consentirebbe la soddisfazione dell'interesse generale nelle stesse modalità assicurate dal pubblico, ed il timore di un non corretto funzionamento del sistema concorrenziale causato dal monopolio dell'impresa pubblica, prevale il secondo aspetto. In altre parole, in nome di una sana competizione, comunque a vantaggio anche dell'utente finale, si accetta il rischio di una gestione più efficiente ma meno attenta ai bisogni della collettività in quanto influenzata dallo scopo speculativo.

La lettura – ve ne è la consapevolezza – è piuttosto stereotipata, ma anche considerandola in questi termini, lo stupore non eccede: l'impostazione così definita è frutto di una semplice scelta politica che allora poteva apparire rivoluzionaria per il banale motivo che la struttura interna italiana veniva da un retaggio culturale e giuridico diverso. L'influenza comunitaria impone, dunque, allo Stato-imprenditore la perdita dell'esclusiva di un settore,

⁵⁰ Cfr. M. CAMELLI, *ult. op. cit.*, 175, sviluppa il concetto in relazione all'indifferenza del regime comunitario nei confronti della natura pubblica o privata dell'impresa. Tale indifferenza si presenta anche per quanto riguarda lo svolgimento di quelle attività che abbiano carattere sociale, e che possono essere legittimamente svolte anche da soggetti privati. Ma a ben vedere, continua l'A., la deroga non riguarda l'impresa in sé e per sé, ma la tipologia di attività svolta, che potenzialmente può essere gestita anche da un soggetto totalmente privato. Proprio in tale prospettiva si scorge la c.d. "banalizzazione", diretta conseguenza dell'interpretazione estensiva data all'impresa pubblica.

⁵¹ Sul tema, M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, 519, secondo cui le trasformazioni delle amministrazioni italiane all'inizio degli anni '90, conseguenti al processo di privatizzazione, si inseriscono all'interno del più generale tema della sussidiarietà.

quello delle prestazioni a favore della collettività, all'interno del quale diveniva possibile, anzi consigliato, lo svolgimento dell'attività da parte dell'imprenditore che aspiri ad un profitto personale. In questo senso, dunque, l'arretramento dello Stato sembrerebbe piuttosto evidente; tuttavia, se la questione viene considerata in maniera più approfondita, ed in special modo sotto un'altra visuale, la stessa risposta non appare più né soddisfacente né corretta.

È stato sostenuto in passato che, invero, il ruolo dell'amministrazione non è stato ridimensionato dalle politiche di privatizzazione, in quanto sarebbe errato ritenere che all'affermazione di queste ultime corrisponda necessariamente la retrazione del primo; infatti, generalmente l'intervento pubblico nell'economica presenta due differenti direttrici, in base alle quali l'amministrazione può adoperarsi tanto a livello di gestione quanto a livello regolativo. In entrambe le ipotesi, l'influenza esercitata sul piano fattuale non viene meno per il semplice motivo che essa, pur perdendo il monopolio nella esecuzione materiale del servizio, non smarrisce il potere di disciplinare le modalità di svolgimento dell'attività dei privati⁵².

Pertanto, il tema delle privatizzazioni, come sostenuto dalla migliore dottrina⁵³, non implica un vero e proprio arretramento dello Stato: la politica europea determina, da un lato, la crisi dello Stato imprenditore, ma dall'altro garantisce la persistenza dello Stato regolatore. Sono, pertanto, ridisegnati i confini in cui esso si muove, e proprio per tale ragione appare dissonante con la realtà dei fatti la denuncia di una prematura fine delle Istituzioni, o comunque della *deminutio* del loro ruolo. Perciò appare poco convincente quanto scritto sopra circa le preoccupazioni di un mancato perseguimento dell'interesse pubblico laddove operatori privati gestiscano attività dagli evidenti risvolti sociali, in quanto essi vengono comunque indirizzati, ovvero obbligati, a garantire determinati risultati. Tale coercizione

⁵² Per una ricostruzione circa la non contrapposizione fra Stato ed economia si veda S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 2, 378 ss.

⁵³ ID, *ult. op. cit.*, 385-386 afferma che le ondate liberiste non hanno cambiato la natura dello Stato leviatano, custode del potere ultimo. Il passaggio dei servizi pubblici dalla mano pubblica a quella privata non ha causato una indifferenza da parte dell'amministrazione né una *deminutio* del suo ruolo. Il clamore che la politica europea ha suscitato non è così giustificato come potrebbe apparire *prima facie*: dunque, la ragioni che hanno accompagnato il fragore sono da ricercarsi in altri circostanze. Si ad esempio, ricorda l'A., al fatto che le privatizzazioni hanno sottratto allo Stato l'esclusiva sulla politica del *welfare*; oppure alla globalizzazione, la quale ha inevitabilmente spostato gli interessi sull'internalizzazione dei mercati, rispetto alla quale la sovranità nazionale rappresenta solo uno scomodo ostacolo.

ID, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 3-4, 588 conferma qualche anno dopo che «non si può parlare di una vera e propria ritirata dello Stato, bensì di una modificazione delle forme del suo intervento», ed inoltre «mentre si privatizza vengono introdotti nuovi controlli». Infine, l'A. chiosa sostenendo che «le privatizzazioni, dunque, sono, in larga misura, un fenomeno illusorio. Esse rappresentano solo uno degli aspetti di una complessa mutazione dei poteri pubblici, diretta alla riorganizzazione del diritto pubblico».

viene resa mediante strumenti di diritto pubblico: si pensi già solo agli obblighi di servizio pubblico ed al servizio universale⁵⁴.

Premesso questo, probabilmente la domanda più corretta da porsi non riguarda quale sia il grado di spontaneità con cui lo Stato abbia dovuto rinunciare al suo ruolo, ma il grado di spontaneità con cui lo stesso abbia dovuto acconsentire ad una sua rivisitazione. I due aspetti sono profondamente diversi, in quanto si nota come nella seconda prospettiva, pur non mettendosi in discussione il fatto che l'amministrazione statale abbia smarrito l'esclusiva mansione della resa materiale di prestazioni a carattere economico-sociale, essa mantiene un incarico di regolazione, il cui rilievo permane assolutamente centrale. E se così è, il mutamento del sistema non comporta un arretramento vero e proprio, ma una semplice razionalizzazione dei compiti dell'amministrazione, come se questa fosse un'impresa chiamata a rivedere la propria struttura organizzativa per un maggior profitto, o comunque per una miglior efficienza. A questo punto, un interrogativo sorge spontaneo. Provando a vestire i panni dello Stato è possibile comprendere, e magari con un piccolo sforzo anche giustificare, il suo atteggiamento reticente innanzi al fenomeno delle privatizzazioni per il timore di subire un'esclusione definitiva dalla gestione della politica economica del Paese; tuttavia, è evidente che, se in realtà l'ipotesi meno appetibile fosse quella di una sua riorganizzazione, il comportamento tenuto appare meno tollerabile. In altre parole, scongiurato il pericolo di un suo reale ridimensionamento, la tenacia con cui l'amministrazione ha resistito potrebbe essere vista in un'ottica diversa, cioè meno indulgente.

Ed in effetti, sembra questa la direzione corretta in cui muovere. Si pensi, ad esempio, alle politiche volte a promuovere le c.d. *golden share*. L'istituto, di origine britannica, ha sì condotto alla condanna dell'Italia, ad opera della Corte di giustizia, per la sua illegittima applicazione⁵⁵, ma è altrettanto vero che questo giudice non ha predicato l'astratto ed assoluto

⁵⁴ Per una lettura delle interazioni tra attività di impresa ed obblighi di servizio pubblico, A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, con il relativo commento di G.F. CARTEI, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 2, 510 ss.

Per una ricostruzione meno recente, ma egualmente focalizzata sul rapporto tra poteri delle amministrazioni e determinazione degli obblighi, D. SORACE, *Gli "Interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 205 ss.

Sul servizio universale, per tutti, G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2000, 2, 429 ss.

⁵⁵ Il Giudice comunitario è intervenuto a più riprese sull'argomento. Si pensi, innanzitutto, alla sentenza 23 maggio 2000, C-58/99 che ha riscontrato l'illegittimità dei poteri speciali in quanto non giustificati da una sufficiente descrizione di motivi di interesse generale che li presupponevano. Ancora, si segnala Corte giust., sez. I, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04, C-464/04, che ha decretato la contrarietà, rispetto al principio di libera circolazione di capitali, del potere concesso all'interno del consiglio di amministrazione all'azionista pubblico, perché sproporzionato rispetto al fine da perseguire. In tempi più recenti, si veda Corte giust., sez. III, 26 marzo 2009, n. 326, che ribadisce l'astratta possibilità di definire all'interno dello statuto diritti speciali per il socio pubblico, purché sia dimostrato il collegamento tra tali diritti e l'interesse generale. Ciò significa che i poteri così attribuiti devono essere sostenuti da previsioni precise, ossia non generiche.

divieto di utilizzo dei poteri speciali, bensì si è limitato ad affermare che la loro determinazione dovesse essere proporzionata rispetto alla soddisfazione di finalità di interesse generale. Pertanto, ne deriva una facile induzione, ossia che è legittimo, e per certi versi potrebbe dirsi “doveroso”, il mantenimento di un’influenza pubblicistica sull’organismo privatizzato, non necessariamente commisurata al numero di partecipazioni detenute, purché ciò sia dettato da effettive esigenze di tutela di un interesse della collettività⁵⁶. La *ratio* appare piuttosto evidente: evitare il passaggio da un monopolio pubblico ad uno privato. Ma se così è, si ha un’ulteriore dimostrazione dell’infondatezza del timore per cui lo scopo di lucro del privato svilisca la garanzia dell’interesse pubblico. Il mantenimento di alcuni poteri non solo viene giustificato, ma viene addirittura definito in un momento antecedente rispetto l’atto della dismissione. Il privato è pertanto consapevole del fatto che andrà ad operare in un mercato “vincolato” (*rectius*: monitorato)⁵⁷. In questo senso, si potrebbe aggiungere, viene anche rispettato, nell’attività contrattuale conclusa con la pubblica amministrazione, il canone civilistico della buona fede oggettiva nella fase delle trattative, che poi condurranno alla stipulazione del contratto con cui il privato stesso si obbliga ad acquistare quote di partecipazione. Del resto, corollario della legittimazione della *golden share* sono il principio di trasparenza e di certezza del diritto, i quali devono necessariamente mitigare gli effetti, altrimenti negativi per il socio privato, dei poteri speciali.

In definitiva, è difficile non scorgere in modo nitido la presenza dello Stato anche a fronte del processo di privatizzazione.

⁵⁶ M. CLARICH, *Le società a partecipazione pubblica quotate nei mercati regolamentati*, in F. MASTRAGOSTINO, M. DUGATO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, in *Quaderni della Spisa*, 2012, 275 ss, riconosce che oggetto di contestazione da parte dell’Unione europea non è l’utilizzo in sé dei poteri speciali, bensì il fatto che tali poteri siano stati spesso tracciati in modo non conforme ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, con la conseguente violazione della libera circolazione dei capitali (art. 63 TFUE). Inoltre, questi sottolinea la contrarietà al diritto europeo anche delle disposizioni che, introducendo i medesimi poteri speciali, non ne descrivono un utilizzo sufficientemente dettagliato. Pertanto, non è ammissibile quanto stabilito dall’art. 1, co. 1, d.p.c.m. 10 giugno 2004 il quale affermava genericamente che questi dovessero esercitarsi in conformità con il diritto comunitario. Ancora, anche il co. 2 descriveva in modo lacunoso le modalità di esercizio del potere di veto. Per queste ragioni, l’ordinamento è successivamente intervenuto sulla questione attraverso il d.p.c.m. 20 maggio 2010, il cui art. 1, co. 1 ha abrogato l’art. 1, co. 2, d.p.c.m. 10 giugno 2004.

Per completezza, si ricorda inoltre che l’ultima normativa in ordine di tempo che il legislatore ha promosso è il d.l. 15 marzo 2012, n. 21 (conv. in l. 11 maggio 2012, n. 56) che ha nuovamente disciplinato nuovi poteri speciali del Governo, consentendo di intervenire su una vasta gamma di operazioni societarie afferenti società, infrastrutture o altri *assets* localizzati in Italia e attivi nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché dell’energia, delle comunicazioni e dei trasporti. Se ne deduce che tali poteri sono irrinunciabili, ma che allo stesso tempo lo Stato desidera sviluppare una normativa che rispetti fedelmente le indicazioni europee sul punto.

⁵⁷ P. DE PASQUALE, *Golden share all’italiana*, nota di commento a Corte giust., 23 maggio 2000, C-58/99, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 1998, III, 1234, scrive che con l’art. 66, legge 23 dicembre 1999, n. 488 (finanziaria 2000), seguita dal d.p.c.m. 11 febbraio 2000, il nostro Paese ha effettivamente garantito, o quantomeno ha intrapreso la giusta direzione, quel bilanciamento richiesto dall’Unione europea tra le esigenze di liberalizzazione e privatizzazione da un lato, e dall’altro la difesa delle esigenze generali.

Nella sostanza, il filo logico della questione non muta: la difficoltà è sempre insita nel trovare un punto di equilibrio fra i due opposti elementi.

Ne è ennesima conferma il fatto che il nostrano utilizzo della *golden share* non ha realmente imitato il modello inglese, ma lo ha “scimmiettato”, attirando così l’attenzione della Commissione. Infatti, il legislatore italiano del ‘94⁵⁸ non ha individuato un vero e proprio schema di società privatizzate, sulla scorta dell’esempio anglosassone, ma è andato oltre: ha, invero, introdotto una nuova disciplina delle società per azioni, definita “speciale”⁵⁹, perché non conforme alla versione d’oltremontana. La ragione della distorsione è sempre la medesima: il timore che lo Stato perdesse la sua influenza. È, dunque palese che se il legislatore ha delineato un istituto distaccandosi dal suo paradigma allo scopo di mantenere l’influsso pubblicistico, è allora ovvio che la macchina amministrativa continuasse ad avere un ruolo talmente importante da influenzare dei cambiamenti nella sua struttura. L’impressione viene confermata da quell’opinione dottrinale che individua nell’esercizio dei poteri speciali in capo al Ministro non un esempio di fruizione dei propri diritti in qualità di socio, bensì un’evidente adozione di atti amministrativi⁶⁰.

3.1. La creazione di Autorità indipendenti ex art. 1bis, l. n. 474/94 non determina l’arretramento dello Stato.

L’ultrattività del ruolo regolatore delle amministrazioni potrebbe essere contestato alla luce dell’introduzione dell’art. 1bis, l. n. 474/94, il quale subordina l’effettiva dismissione delle partecipazioni azionarie alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico. Quindi, il dubbio sollevato appare comprensibile, data la scelta del legislatore di virare su un modello di regolazione basato sull’attività di un organismo terzo anziché della pubblica amministrazione.

Nonostante i legittimi dubbi in tal senso, la preoccupazione appare ugualmente infondata.

Stando al dato letterale della norma, l’art. 1bis opera solo laddove vi sia una privatizzazione sostanziale, cioè alla luce di una inversione dei rapporti di forza tra socio

⁵⁸ L’ovvio riferimento normativo è al d.l. 31 maggio 1994, n. 332, conv. in l. 30 luglio 1994, n. 474.

⁵⁹ F. MERUSI, *La corte di giustizia condanna la golden share all’italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2000, III, 1238, sottolinea che i poteri speciali nella versione italiana hanno, appunto, condotto ad una società di tipo “speciale”, sostenendo che « *si tratta di una disciplina che trasforma le società privatizzate in società di diritto speciale, che la Commissione ha avuto buon gioco di censurare* ».

⁶⁰ Osserva R. GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1, 187, che un’impostazione di tal genere comporta dei rilevanti riflessi sia in tema di legittimità circa l’adozione degli atti in questione sia con riguardo alla loro tutela giurisdizionale.

pubblico e socio privato all'interno della società⁶¹: questo significa che in tutti i casi di privatizzazione solo formale, o comunque fintanto che mantiene il controllo, l'amministrazione può direttamente regolare, il che esclude la necessità di creare un organismo indipendente. La questione diviene più complessa qualora, invece, si giunga ad una effettiva dismissione delle partecipazioni: nondimeno, l'ente pubblico non ha perso, per ciò solo, il proprio ruolo regolatore per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, occorre precisare che gli artt. 1bis e 2, l. n. 474/94, quest'ultimo come noto relativo alla definizione dei poteri speciali del socio pubblico, hanno un diverso ambito di applicazione, e dunque operano in maniera differente. La logica del primo non è privare le amministrazioni di parte dei loro poteri speciali, attribuendone l'esercizio alle autorità indipendenti, bensì conciliare le privatizzazioni con la protezione dell'interesse pubblico⁶². La diversa *ratio* esclude che le due normative si occupino della medesima tematica e, di conseguenza, ciò implica la negazione di una riduzione dei compiti dello Stato, quindi del suo arretramento nei termini in cui è stato paventato. Diversi elementi depongono a favore di questa ricostruzione. Il Consiglio di Stato nel noto parere 9 ottobre 1996, n. 2228, ha spiegato che l'art. 1bis non rappresenta il presupposto per la dismissione di tutte le società in mano pubblica, ma semplicemente di quelle che, oltre ad essere caratterizzate dalla previsione di poteri speciali *ex art. 2*, sono anche soggette a regolamentazione tariffaria⁶³. Infatti, tali poteri sarebbero particolarmente deleteri nei settori in cui i prezzi dei servizi non si formano per i normali flussi di mercato. Questa riflessione è già di per sé sufficiente per confermare la permanenza del ruolo regolatore dello Stato in tutti quei settori in cui le tariffe sono formate dalle dinamiche dei liberi scambi. Tuttavia, una visione del genere sarebbe riduttiva, in quanto l'amministrazione mantiene tale ruolo a prescindere dalle caratteristiche del singolo settore economico.

⁶¹ Propende in questo senso E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 3971, la quale ricorda che il Consiglio di Stato con due pareri resi, Cons. st., sez. I, 20 settembre 1995, n. 330 e Cons. St., sez. I, 9 ottobre 1996, n. 2228, ha ribadito che l'istituzione delle autorità di regolazione è necessaria solamente nei casi di privatizzazione sostanziale.

In effetti, questa sembra l'interpretazione più corretta anche se si considera il dato letterale della norma, che ha come presupposto le stesse dismissioni.

⁶² R. GAROFOLI, *ult. op. cit.*, 1998, 162, evidenzia la diversa natura delle norme di cui agli artt. 1bis e 2, l. n. 474/94, ed intravede nella creazione delle predette *authorities* un aspetto ideologico essenziale imposto dal legislatore affinché lo Stato possa serenamente rinunciare al suo ruolo di diretto gestore.

⁶³ ID, *ult. op. cit.*, 166-167 concorda con il Consiglio di Stato, ritenendo che questo abbia correttamente affermato che «*la previa istituzione delle autorità di regolazione non può operare, quale condizione strumentale rispetto all'esperibilità delle operazioni di dismissione comportanti la perdita del controllo, in relazione a tutte le società in mano pubblica operanti nei settori di cui all'art. 2 della l. n. 474/1994, giacché molte di queste agiscono in regime di libera concorrenza, con la conseguenza che i prezzi dei beni e servizi dalle stesse prodotti sono destinati a formarsi per effetto delle normali dinamiche di mercato, non invece alla stregua di atti autoritativi di regolamentazione*».

Il Collegio ha in particolare individuato la funzione degli organismi indipendenti nell'obiettivo di mitigare gli effetti negativi, rispetto al sistema concorrenziale, dell'attribuzione di poteri speciali⁶⁴. In altre parole, il giudice amministrativo ha ritenuto che l'obiettivo finale dell'art. 1bis di garantire un'indolore transizione dal monopolio pubblico al mercato fosse da tradursi di fatto quale necessità di controbilanciare gli effetti della *golden share*. Di diverso era avviso chi, invece, sempre tenendo presente lo scopo ultimo di favorire l'ingresso dei privati nel settore dei servizi di rilevante interesse pubblico, individuava la *ratio* di cui all'art. 1bis nel controllo atto ad impedire la formazione di monopoli privati e nella garanzia di standard qualitativi elevati ed accessibili, ad una spesa ragionevole⁶⁵.

Tra le due impostazioni, l'intuizione dottrinale appare più soddisfacente perché, per lo meno in linea teorica, i poteri speciali sono stati pensati per facilitare il raggiungimento dell'interesse pubblico. Altro discorso è l'abuso che spesso ne è derivato, ma in sé considerati la loro presenza non dovrebbe essere ingombrante, purché essi si limitino a servire l'oggetto sociale, senza giungere a determinare ingiustificati privilegi per i soci pubblici. Se così fosse, non avrebbe senso mitigare la loro applicazione per tutelare il privato investitore. Al contrario, nell'ottica della dismissione, sembra che il precipuo compito delle autorità di regolazione fosse evitare che la privatizzazione conducesse alla peggiore delle ipotesi, ossia la transizione da un monopolio pubblico ad uno privato, ed allo stesso tempo assicurare delle prestazioni con standard quantomeno paritari a quelli pubblici. Per queste ragioni la seconda lettura appare più incisiva.

Ma indipendentemente da queste riflessioni, un aspetto della vicenda è fuori discussione: in entrambi le ricostruzioni, l'arretramento dello Stato non è rinvenibile. Infatti, se si è dell'avviso che gli organismi indipendenti siano stati creati per arginare i poteri speciali, ne deriverà logicamente che l'amministrazione sia influente: non avrebbe senso mitigare la posizione di chi non ha potere. Se, al contrario, si ritiene che le autorità indipendenti siano nate per garantire gli obblighi di servizio pubblico e certi standard qualitativi, si ritiene comunque che, nonostante il loro assoluto rilievo, l'amministrazione

⁶⁴ Nel parere il Consiglio di Stato afferma che «*l'alienazione delle partecipazioni detenute dallo Stato nelle società private che erogano servizi di pubblica utilità non deve necessariamente essere preceduta dalla costituzione di un'apposita autorità di regolazione. La previa costituzione della società è indispensabile soltanto qualora sia dismessa la quota di controllo delle azioni della società e lo Stato riservi al Tesoro potestà speciali (c.d. golden share)*».

Questo significa che la costituzione degli organismi indipendenti poteva considerarsi un utile correttivo ad un eventuale esercizio errato dei poteri speciali da parte dell'autorità ministeriale: per esempio, avrebbe evitato un deprezzamento delle quote partecipative da dismettere e, di conseguenza, un danno erariale. Obiettivamente, infatti, pochi privati sarebbero stati incentivati ad acquistare azioni se il socio pubblico di minoranza avesse mantenuto una forte capacità invasiva sulle questioni societarie.

⁶⁵ In questo senso G. DELLA CANANEA, *Privatizzazioni senza autorità di regolazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 5, 490 ss.

permanga il custode ultimo della determinazione degli indirizzi generali sulle attività con riflessi pubblicistici. Simultaneamente, si esclude che essa sia stata privata *in toto* del potere di influenzare le decisioni assunte dagli organismi indipendenti⁶⁶.

Il fine delle *authorities* non si discosta quindi da quello che idealmente l'amministrazione dovrebbe raggiungere, in quanto esse assicurano il controllo sui privati gestori e la tutela di prestazioni di qualità a prezzi competitivi. Pertanto, il compito di questi organismi è dedicare una scrupolosa attenzione verso un passaggio politico, ancor prima che economico, fondamentale nella storia del nostro Paese. In questo senso, essi non determinano uno svilimento della figura dell'ente pubblico ma, al contrario, ne rimarcano la centralità. Per queste ragioni l'ambito di applicazione degli artt. 1 *bis* e 2 non è coincidente, ma neppure contrastante: semplicemente le due norme devono essere coordinate perché entrambe spingono verso l'obiettivo, seppur con compiti differenti, di assicurare un bilanciamento tra le esigenze della privatizzazione e quelle della garanzia dell'interesse pubblico. Dunque, nessuna restrizione sussiste, in quanto le autorità indipendenti curano la fase di transizione verso il mercato, svolgendo un compito che l'amministrazione non potrebbe eseguire, in quanto essa è parte del processo e non soggetto terzo.

D'altronde, la difformità dei compiti assolti dalle *authorities* si intuisce anche alla luce della scelta del legislatore di scindere l'attività di gestione da quella di regolazione. Si ritiene cioè che, per le svariate ragioni fin qui trattate, l'amministrazione non sarebbe stata in grado di modellare in via autonoma il passaggio ad un sistema concorrenziale, a causa degli interessi propri che l'avrebbero portata a trattenere alcuni privilegi che i tempi non le consentivano più di avere. La creazione degli organismi indipendenti è stata una risposta a queste esigenze, e non una testimonianza dell'arretramento dello Stato; la commistione dei compiti di regolazione e di definizione della transizione al mercato in capo ad un unico soggetto avrebbe confuso gli obiettivi politico-sociali da un lato e quelli dell'economicità ed efficienza dell'azione amministrativa dall'altro.

In definitiva, per rispondere all'interrogativo posto come premessa, le reazioni dell'ordinamento interno nei confronti delle privatizzazioni sono evidenti ma non giustificabili, visto il mantenimento di un ruolo di primo piano dell'amministrazione statale all'interno della politica economica del Paese.

Certamente, le riflessioni sinora riproposte valgono in special modo con riferimento al livello di governo considerato, all'interno del quale si sono verificati i cambiamenti più

⁶⁶ ID, *ult. op. cit.*, in commento al parere del Consiglio di Stato del 9 ottobre 1996, n. 2228, il quale ricorda che i Ministri mantengono «*pregnanti potestà, tra cui il rilascio delle concessioni e la stipulazione dei contratti di programma*».

vistosi, data la privatizzazione dei pachidermici enti pubblici presenti sul territorio nazionale da decenni. Tuttavia, è altrettanto importante considerare l'influenza della presente tematica sulla realtà locale, vero ambito di questo lavoro, dimensione in cui si è assistito ad una vera e propria trasformazione giuridica, per certi aspetti ancor più rivoluzionaria rispetto a quella verificatasi a livello statale.

4. Il modello imprenditoriale pubblico locale. Verso una effettiva capacità giuridica di diritto privato per gli enti locali.

Le privatizzazioni non hanno provocato i medesimi effetti nell'ambito statale ed in quello locale, in quanto, come verrà considerato, latita una coincidenza di risultati. Anche in riferimento agli enti locali vale il principio della perdita dell'esclusività della gestione dei servizi pubblici in capo all'amministrazione: tuttavia, sembra che la conseguenza più rilevante sia un'altra. In questa dimensione, si assiste al paradosso per cui tale fenomeno ha determinato un ampliamento della capacità negoziale per gli enti locali. La questione verrà approfondita e motivata ma, se si considera condivisibile questo presupposto, è possibile fin da ora anticipare che la situazione creatasi possa definirsi singolare, viste le maggiori libertà di cui hanno goduto le amministrazioni comunali e provinciali nello svolgimento della propria attività imprenditoriale, divenendo legittimate a concludere contratti associativi secondo modalità precedentemente loro precluse. In questo senso le privatizzazioni non solo non hanno causato un arretramento della sfera pubblica, ma addirittura ne hanno sponsorizzato una promozione.

Il sistema imprenditoriale pubblico italiano ha avuto grande fortuna a livello locale. Grazie alla legge Giolitti del 1903, i Comuni acquisirono fin dall'inizio del secolo passato la responsabilità di gestire attraverso propri bracci operativi, le c.d. "aziende municipalizzate", i servizi rilevanti per la collettività di riferimento. Dunque, il fenomeno privatizzatore ha investito un settore in cui il modello imprenditoriale era preesistente.

Nel corso dei decenni gli enti locali promossero anche altre forme di gestione, compresa la società pubblica, facendo leva sulla propria capacità di agire *ex art.* 11 c.c. Ne è testimonianza una relazione della Corte dei conti, intitolata *Referto speciale della Corte dei conti sulle società per azioni a capitale pubblico locale*, approvata con deliberazione 6 dicembre 1991, n. 80, riguardante la presenza delle società pubbliche locali all'inizio degli

anni '90 in Italia⁶⁷. Il risultato della ricerca è chiaro: esso ha denunciato la copiosa diffusione di forme societarie a partecipazione locale, sorte negli anni sulla base della capacità di diritto privato degli enti locali.

Viste le premesse, potrebbe ritenersi che gli interventi del legislatore tra il 1990 ed il 1994, volti a disciplinare l'utilizzo delle società per la gestione dei servizi pubblici locali, siano stati privi di significato. Al contrario, essi hanno avuto fondamentale rilevanza considerate le conseguenze che ne sono derivate⁶⁸. Su tutte, hanno avuto il merito di promuovere una tendenziale equiparazione della capacità giuridica degli enti locali a quella dei soggetti privati che, in precedenza, era difficile scorgere. Difatti, tali enti erano considerati titolari di una "capacità speciale", ossia differente e limitata rispetto a quella dei soggetti privati. Se ne darà ragione nel prosieguo di questo paragrafo ed in quelli successivi.

Per ora si osservi che negli anni '50 il Consiglio di Stato⁶⁹ precludeva in modo piuttosto convinto la possibilità per le amministrazioni pubbliche di utilizzare strumenti privatistici, sostenendo che «*non possono essere conseguiti nelle forme di diritto privato fini pubblici per i quali la legge pone a disposizione degli enti interessati mezzi di diritto pubblico*». Ne derivava una chiusura netta verso il possibile utilizzo degli strumenti di collaborazione pubblico – privata che, seppur temperata negli anni a venire (*infra*), aveva contribuito ad ostacolare non poco l'utilizzo dello strumento societario. A ciò si aggiunga che il modello imprenditoriale in mano pubblica veniva spesso malvisto perché ritenuto incompatibile con l'aspetto speculativo (vd. § 2.).

Al contrario, la legge 8 giugno 1990, n. 142 ha eliminato ogni incertezza circa il possibile utilizzo della società a partecipazione pubblica locale. Essa ha legittimato l'affidamento diretto del servizio⁷⁰ alla società appositamente istituita, rendendo quindi inutile

⁶⁷ Il referto è riportato in *Riv. Corte conti*, 1992, 2, II, 216 ss; 3, III, 210 ss.

⁶⁸ Come è noto, la l. 8 giugno 1990, n. 142 ha definitivamente acconsentito all'utilizzo della società pubblica per la gestione dei servizi pubblici locali, purché il capitale fosse a maggioranza pubblica. In seguito, la l. 23 dicembre 1992, n. 498 ha eliminato tale obbligo, consentendo la partecipazione maggioritaria del socio privato, a condizione che questi fosse scelto attraverso una procedura competitiva. Ancora, il d.l. 31 maggio 1994, n. 332, conv in l. 30 luglio 1994, n. 474 ha previsto, attraverso l'art. 2, co. 3, che i poteri speciali di cui all'art. 2, co. 1 si estendessero anche alle società partecipate dagli enti pubblici territoriali.

⁶⁹ La questione viene affrontata nel parere 6 marzo 1956, n. 373. In dottrina la questione risultava pacifica. Tra i tanti si veda M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 20 ss; G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 294.

⁷⁰ In questo senso interviene per confermare quanto già intuito dalla dottrina Corte cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989, secondo la quale «*la costituzione di una società per azioni in vista della gestione di un determinato servizio locale esclude la necessità di un provvedimento di concessione, che presupporrebbe un procedimento di valutazione e selezione degli aspiranti concessionari. L'opzione per il modello di gestione societaria importa l'affidamento diretto e privilegiato del servizio alla società appositamente costituita, il cui oggetto consiste proprio nello svolgimento dell'attività economica in cui il servizio si concreta*».

il provvedimento di concessione, che anzi descriveva un alternativo modello di gestione. In sostanza, il Comune aveva la possibilità di scegliere autonomamente, nella sua discrezionalità⁷¹, lo strumento che più si addiceva, tra quelli elencati all'interno dell'art. 22 della predetta normativa, alla resa del servizio: permaneva il solo obbligo di motivare la scelta in concreto effettuata nell'ottica dell'interesse pubblico, in maniera tale da non incorrere nel vizio di eccesso di potere⁷². Pertanto, la svolta rispetto al passato era data dalla sicurezza per l'ente locale, qualora il servizio pubblico fosse esternalizzato, di poterlo gestire nella veste di soggetto privato, dato che l'affidamento era sottratto *ex lege* al confronto concorrenziale. Questo passo è indubbia espressione di una tendenza verso una capacità negoziale privatistica, quantomeno sotto il profilo dell'autonomia decisionale.

È quindi naturale che lo schema societario sia proliferato⁷³ in maniera ancor più netta di quanto fosse accaduto in passato. Infatti, oltre alla possibilità per gli enti locali di intraprendere una attività imprenditoriale con a fianco un socio privato, notoriamente più adatto a questo tipo di operazioni, il vero incentivo consisteva nella realizzazione di profitti. Come osservato in dottrina, la l. n. 142/90 non determinava, per il semplice fatto di riferirsi ad un modello imprenditoriale pubblico, una limitazione dello scopo di lucro⁷⁴, che dunque non risultava "annacquato"⁷⁵. Tutt'altro. Esso insisteva sulle società pubbliche nello stesso modo in cui caratterizzava le società private.

Questo è un punto cruciale. L'obiettivo del profitto non veniva più considerato come un elemento destabilizzante per l'interesse pubblico; diveniva anzi un mezzo coerente con le

M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, 1999, 25-26 Maggioli, Rimini, escludono l'obbligo di concessione, ricordando che la scelta della s.p.a. diventava una tra le possibili modalità di gestione dei servizi pubblici locali. Per queste ragioni essa si affiancava all'azienda speciale, divenendo così uno strumento di autonomia organizzativa ancor prima che di autonomia contrattuale.

⁷¹ F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996, I, 1367.

⁷² V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, 1994, I, 11, sottolinea che la scelta tra gli strumenti offerti dall'art. 22, l. n. 142/90 deve essere eseguita sulla base della situazione di fatto, al fine di non scadere nel vizio sopra riportato. Nel momento in cui l'ente locale ritenga che, adempiute le opportune valutazioni, la società commerciale costituisca il mezzo più idoneo ad assicurare l'obiettivo, nulla gli impedirà di procedere alla sua costituzione. Difatti, esso non ha un'astratta incapacità al compimento di determinati atti, semmai una «concreta inettitudine».

G. CAIA, *Ente locale e spa: profili istituzionali*, in AA.VV., *La S.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, 1995, 30, Maggioli, Rimini, osserva che nessun modello deve essere aprioristicamente preferito ad un altro.

Tuttavia, nonostante ciò sia vero sul piano dei principi, nell'ambito fattuale se un soggetto, anche pubblico, intravede una prospettiva di guadagno, difficilmente potrà esserne distolto.

⁷³ È quanto osserva F. CARINGELLA, *ult. op. cit.*, 1368.

⁷⁴ F. CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, 5, 687.

⁷⁵ L'utilizzo del termine si deve a M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, 106, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato di società per azioni*, 1992, vol. 8, 106, la quale esclude che la presenza del socio pubblico destituisca di importanza lo scopo di lucro. Semmai, l'annacquamento può dipendere dallo statuto, il quale può in via teorica annullare o limitare l'obiettivo speculativo.

Più recentemente, sulla centralità dell'elemento lucrativo nelle società partecipate, F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. dell'economia*, 2013, vol. 26, n. 80, 41 ss.

aspettative dei singoli innanzi ad un'amministrazione "in divenire", che doveva abbandonare la fallimentare gestione precedente dei servizi pubblici per abbracciare la logica del risultato. Questo significava che la prospettiva lucrativa rappresentava un elemento condiviso, e non più divisore, tra società pubbliche locali ed imprenditori privati. La ragione era ovvia: se così non fosse stato, il privato non avrebbe avuto alcun incentivo ad acquisire le quote all'interno della società. Pertanto, il timore che la speculazione svilisse l'interesse pubblico passava in secondo piano a fronte dell'obiettivo di privatizzazione. In questo senso, la capacità negoziale degli enti locali assumeva connotati del tutto analoghi a quella di qualsiasi privato. Tuttavia, questa conformazione si evince anche sotto ulteriori profili.

Si ricordi che la l. n. 142/90 non ha previsto né una modifica alla struttura societaria rispetto alle regole dettate dal codice civile, né un'alterazione degli strumenti a disposizione del socio pubblico, al quale sono conferiti i propri poteri sulla base della sua partecipazione. Ciò implica che la società fosse impermeabile all'influenza politica dell'ente locale, ed il controllo che esso poteva esercitare derivava esclusivamente dalla sua qualifica di socio. Di conseguenza, gli atti posti in essere non potevano essere ricondotti al novero dei provvedimenti amministrativi, ma si configuravano come degli atti di diritto privato. La sua natura era, dunque, prettamente privatistica⁷⁶.

Questo non deve far ritenere che profili di specialità non fossero presenti, tutt'altro. Le società per la gestione dei servizi pubblici locali potevano operare all'interno di un quadro ordinamentale anche derogatorio rispetto al codice civile, la cui definizione era affidata al regime giuridico di volta in volta prescelto dalla singola amministrazione, mancando un vero e proprio statuto che descrivesse un *corpus* normativo compiuto e speciale⁷⁷. Il punto merita particolare attenzione. La specialità è caratteristica intrinseca alla società a partecipazione pubblica locale, tanto è vero che gli studiosi definiscono l'istituto "società di diritto privato a

⁷⁶ Il profilo ricostruttivo così formulato è quello a suo tempo reso dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nella già citata sentenza 6 maggio 1995, n. 4989, che sposa in pieno la tesi della natura privatistica della s.p.a. maggioritaria.

Inoltre, propendono per la natura giuridica privata delle società per la gestione dei servizi pubblici locali anche Corte cass., Sez. Un., 6 agosto 1990, n. 7945, in *Giur. comm.*, 1991, II, 911 ss; Corte cass., Sez. Un., 9 dicembre 1992, n. 13005, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 12.

In dottrina G. CAIA, *ult. op. cit.*, 29, sostiene che le società di cui all'art. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/90 non sono differenti né dal punto di vista strutturale né funzionale dalle normali società disciplinate dal codice civile, in quanto la partecipazione pubblica ed il tipo di attività svolta non ne modificano il regime giuridico.

⁷⁷ G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 302, sottolinea l'insufficienza di disposizioni puntuali periodicamente emanate dal legislatore per ammettere l'esistenza di un regime giuridico speciale ed unitario.

In questo senso si veda anche M.T. CIRENELI, *Società di diritto speciale*, in G. E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1992, vol. 8, 4, la quale sottolinea che «non esiste nell'ordine positivo "la società a partecipazione pubblica" come autonoma ed unitaria categoria giuridica; esistono, se si vuole, "le società a partecipazione pubblica"».

carattere speciale⁷⁸; tuttavia, tale connotato non è in grado di eclissarne la reale natura privatistica. Ne deriva che, nonostante l'imperfetta coincidenza con il paradigma societario civilistico, l'ente locale costituente una società conclude un contratto associativo alla stregua di qualsiasi imprenditore privato. In ciò non si riscontra alcuna contraddizione: la specialità non rileva sul versante della capacità negoziale degli enti locali, bensì su quello della funzionalizzazione dell'oggetto sociale e, pertanto, sul profilo dell'autonomia contrattuale. Questa particolarità influisce sulle singole discipline che, per garantire l'interesse pubblico nella situazione concreta, provocano il distacco dalle puntuali disposizioni di diritto societario comune.

Ma se pure si dovesse ritenere che tale distacco escluda in via definitiva la capacità negoziale privatistica si osservi che, a prescindere dalla tematica della concorrenza, la creazione di modelli societari difforni dal paradigma civilistico pretende il rispetto dei tratti essenziali della società per azioni, se non altro alla luce del principio costituzionale di uguaglianza⁷⁹. Ciò ha in alcuni casi indotto ad auspicare il ridimensionamento della specialità delle varie regolamentazioni.

E comunque, la natura privatistica delle società sorte a livello locale, nonché la preoccupazione di garantire un'omogenea disciplina delle medesime si può desumere anche da un interessante orientamento sviluppato dalla Corte costituzionale nella prima metà degli anni '90, il quale si è consacrato all'interno di due importanti pronunce: le sentenze 5 febbraio 1992, n. 35 e 23 dicembre 1994, n. 441⁸⁰. Attraverso esse, il giudice delle leggi ha stabilito in modo rigoroso che la potestà normativa regionale non potesse svilupparsi in maniera tale da disegnare un modello di organizzazione societario pubblico in cui i rapporti *inter privatos* fossero eterogenei, rispetto a quelli stabiliti dal codice civile, ed a discapito delle condizioni di uguaglianza formale stabilite dall'art. 3 Cost⁸¹. Al contrario – e ciò costituisce l'importante

⁷⁸ G. PIPERATA, *ult. op. cit.*, 308.

⁷⁹ M. T. CIRENEI, *ult. op. cit.*, 7.

⁸⁰ Riassumendo brevemente l'oggetto delle due pronunce di cui si tratta, esse ribadiscono, visti anche i precedenti orientamenti della Corte costituzionale a riguardo, che la potestà legislativa regionale non può invadere quei rapporti intersoggettivi, ovvero tra soggetti privati, all'interno delle società che vengono costituite sulla base di una legge provvedimento emanata dalla stessa Regione. In altre parole, al fine di non determinare una disomogeneità della disciplina privatistica all'interno dei diversi contesti territoriali, la Corte costituzionale vieta alla legge regionale di intervenire sulla struttura e sull'organizzazione societaria, derogando le norme del codice civile. Tali deroghe possono giustificarsi solamente sul versante del rapporto tra società ed ente pubblico socio (nel caso di specie la Regione), in virtù del carattere della strumentalità rispetto alla realizzazione di un fine pubblico che anima la società medesima, altrimenti estraneo ad una comune società per azioni. Tale strumentalità, per l'appunto, configura un'eccezione al limite per la Regione di legiferare su questioni di diritto privato (societario), consentendole di modellare alcuni strumenti privatistici per il raggiungimento dei propri scopi.

⁸¹ In particolare, la sentenza 35/1992, probabilmente quella più significativa in quanto antesignana rispetto ai precedenti orientamenti della Corte, restia a consentire alla sfera pubblicistica di intervenire nell'ambito privato a qualsiasi livello, descrive puntualmente alcuni dei predetti rapporti *inter privatos* su cui la legge regionale non

apertura della Corte sul tema – laddove la legge regionale istituisse una società che fungesse da mezzo dell'azione amministrativa, il carattere della strumentalità avrebbe rappresentato un valido motivo per derogare il limite del diritto privato che incombe sulla potestà normativa regionale, ma con riferimento ai soli rapporti tra l'ente pubblico socio e la società. Rimaneva, ovviamente, ferma la barriera della funzionalizzazione.

Dunque, è chiaro che, così come rivelato⁸², da un lato la Corte confermava gli ostacoli che il diritto privato presenta nei confronti del potere normativo regionale; dall'altro, però, avallava la specialità del regime giuridico. Tale atteggiamento, per certi versi paradossale, spiega la sua ragion d'essere in quanto tenta di tenere in piedi entrambe le anime della società istituita dalla Regione, ed in questo senso esso risulta piuttosto interlocutorio. Del resto, la transizione da un modello panpubblicistico ad uno privatistico nell'attuazione di scopi istituzionali della pubblica amministrazione non poteva non comportare qualche disagio⁸³. Tuttavia, è interessante notare come, confrontando le pronunce sopra ricordate, da un lato la Corte prosegue con la seconda a confermare quanto stabilito nella prima, pur con un'enfasi nettamente inferiore⁸⁴; dall'altro se ne desume che l'adattamento della società pubblica ai profili privatistici sia più facilmente raggiungibile attraverso quei naturali rapporti di forza che caratterizzano l'operato del socio di maggioranza piuttosto che con l'ingombrante procedura sottesa all'emanazione di una legge che stabilisca la struttura della società, comprensiva dei relativi limiti⁸⁵.

Ne consegue che, secondo l'indirizzo tracciato dalla Corte, la Regione può indirizzare più facilmente verso profili pubblicistici lo schema civilistico di riferimento delle società per azioni attraverso i soli strumenti privatistici che non mediante quelli propri dell'agire amministrativo (quali, ad esempio, le leggi provvedimento).

può in alcun modo disporre. Più precisamente, l'art. 5, co. 1, legge reg. 1-2 maggio 1991, approvata dall'assemblea regionale siciliana, attribuiva il potere di nominare il presidente della società finanziaria istituita alla Regione, attribuendo così ad essa un potere non previsto dalla disciplina civilistica di riferimento (artt. 2458 e 2459 c.c.). Ancora, l'art. 5, co. 3, consentendo al medesimo presidente di assumere il direttore generale, contrastava con l'art. 2328 c.c., il quale, al contrario, nega la possibilità di procedere alle suddette nomine prima della costituzione della società.

Difatti, tali rapporti interni alla struttura societaria incidono inequivocabilmente sulle relazioni instaurate tra i soggetti privati e, dunque, la Regione non è legittimata a porre su di essi la propria disciplina.

⁸² M. DUGATO, *Potestà legislativa regionale e disciplina civilistica delle società*, in *Dir. amm.*, 1995, 3, 424.

⁸³ M. CAMMELLI, *La società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, in L. VANDELLI (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992, Giuffrè, Milano, 512, sostiene che uno dei punti più controversi in ordine all'utilizzo del modello societario a livello locale sia dato dall'*an* e dal *quantum* dell'utilizzo di un regime pubblicistico nella disciplina del funzionamento di tali enti societari.

⁸⁴ M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 422, 428, il quale, pur sottolineando che la pronuncia 441/1994 aderisce integralmente ai dettami della pronuncia 35/1992, evidenzia che essa non utilizza in nessun passaggio il termine «strumentalità», desumendone dunque un'adesione che si caratterizza più per un «desiderio di continuità con il nuovo corso intrapreso che per reale convinzione».

⁸⁵ *Id.*, *ult. op. cit.*, 436.

In questo senso, dunque, la capacità giuridica di diritto privato dell'ente pubblico si afferma in modo sempre più netto. Infatti, rileggendo il percorso intrapreso dalla Corte se ne desume che per la pubblica amministrazione sia più conveniente, se lo scopo è il perseguimento dei propri fini istituzionali, utilizzare modelli societari civilistici. È pur vero che l'indirizzo giurisprudenziale richiamato si è formato con riguardo alle Regioni – ed alla loro potestà normativa – e non agli enti locali; tuttavia, *mutatis mutandis* si ritiene che la questione possa ripresentarsi, pur in termini meno netti, anche a questi ultimi, ai quali non appartiene il potere legislativo, ma che comunque disporrebbero di alcuni strumenti per derogare il diritto privato in altro modo⁸⁶.

In altre parole, la reale difficoltà nell'utilizzo dello strumento societario pubblico locale sta nel bilanciare la sua regolazione con il comune schema societario al fine di evitare una forbice eccessiva, ossia non giustificata, tra il modello pubblicistico ed il paradigma civilistico delle società, in quanto la pur doverosa salvaguardia dell'interesse pubblico non sarebbe comunque sufficiente a giustificare l'eccessiva distorsione della disciplina civilistica. Si scorge, perciò, in maniera gradualmente più nitida una nuova capacità giuridica di diritto privato per le amministrazioni territoriali.

Il connubio venutosi a formare rappresenta il logico risultato delle pressioni comunitarie, volte ad accettare l'intervento pubblico nell'economia, ma con dei correttivi, i quali comunque non escludono la particolare vocazione dell'impresa pubblica in forma societaria⁸⁷. In altre parole, il legislatore ha inteso delineare per l'amministrazione una capacità di agire sempre più simile a quella del privato, nei limiti in cui ciò sia possibile. Se riteniamo che l'autonomia contrattuale ne sia una componente ineliminabile, allora una totale equiparazione non si potrà mai verificare, dato che tale autonomia è per gli enti pubblici meno estesa che per i soggetti privati. Se, al contrario, consideriamo capacità di agire ed autonomia contrattuale come due elementi complementari ma indipendenti, nulla osta ad una totale equiparazione tra le capacità negoziali.

Aldilà della questione dogmatica, un dato appare evidente: il fenomeno delle privatizzazioni ha influito sul tema delle società a partecipazione pubblica locale, contribuendo a garantire una generalizzata possibilità di concludere contratti associativi, con

⁸⁶ ID, *ult. op. cit.*, 418, segnala che già l'inserimento di particolari clausole statutarie, che non trovano cittadinanza nel diritto societario comune, potrebbero alterare lo schema privatistico tracciato dal codice civile. Tale minaccia, dunque, non è portata dal solo utilizzo della potestà normativa regionale, ma anche attraverso differenti meccanismi.

⁸⁷ Così M.T. CIRENELI, *ult. op. cit.*, 7-8.

il solo limite della funzionalizzazione all'interesse pubblico⁸⁸, ineludibile anche a fronte dell'obiettivo della tutela della concorrenza di derivazione comunitaria.

Si potrebbe obiettare che con i poteri speciali introdotti dall'art. 2, l. n. 474/1994, i quali per espressa previsione del co. 3 si riferiscono anche alle società controllate dagli enti pubblici territoriali, sia venuta meno la capacità giuridica privatistica in favore di una riaffermazione della capacità negoziale speciale. Non si nega che l'obiezione sia fondata, ma possono ugualmente muoversi delle controdeduzioni. I poteri di cui sopra nascono come risposta dell'ordinamento alla perdita della maggioranza di partecipazioni della società pubbliche locali a seguito della costituzione di società a capitale pubblico locale minoritario: dunque, essi, così come delineati dalla normativa in questione, non hanno l'obiettivo di limitare la capacità degli enti locali, ma vogliono garantire un valido appoggio per il mantenimento in primo piano dell'interesse pubblico⁸⁹.

Ma anche laddove si ritenga che, a prescindere dalle intenzioni, i medesimi poteri arrechino un *vulnus* inguaribile alla capacità negoziale privatistica degli enti locali, riconducendola ad una capacità speciale "pura", si ricordi che la Corte di giustizia ha condannato l'Italia per un utilizzo scorretto di questi strumenti⁹⁰. Ne deriva che, nell'ottica della promozione della concorrenza, i poteri speciali non possono andare oltre quanto sia strettamente necessario per garantire la funzionalizzazione dell'attività societaria, e dunque non sembrano apportare una rilevante minaccia alla struttura privatistica della società, né alla effettiva capacità negoziale degli enti locali.

Tuttavia, il raggiungimento di tale ultimo stadio, nonché il progressivo abbandono della previgente capacità speciale, devono essere considerati soprattutto alla luce dell'intreccio tra limiti funzionali e limiti territoriali, di cui verrà dato conto nel successivo paragrafo. L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale su questa tematica descrive il punto decisivo nel profilo ricostruttivo di una reale capacità di diritto privato degli enti locali.

⁸⁸ Ciò sembra confermato anche dalle disposizioni normative che sono seguite negli anni. Si pensi all'art. 12, l. n. 498/92, il quale amplia ancor di più la capacità negoziale degli enti locali consentendo loro di costituire anche società a partecipazione minoritaria.

⁸⁹ M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dimissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 269, ricorda che il settore pubblico è ammalato dagli strumenti privatistici. Tuttavia, non se ne fida completamente, e tenta di modellarli secondo il proprio modo di vedere la realtà.

⁹⁰ Il riferimento è alla famosa sentenza Corte di giustizia, 23 maggio 2000, C-58/99.

4.1. (Segue) La capacità negoziale degli enti locali tra limiti funzionali e limiti territoriali. Un nuovo concetto di “capacità speciale”.

Il merito del legislatore del 1990 è stato quello di ufficializzare una vicenda in precedenza caratterizzata da orientamenti giurisprudenziali difformi, spesso propensi per la negazione, o comunque la limitazione, di una generalizzata possibilità per gli enti locali di costituire società per la gestione dei servizi pubblici⁹¹. Ciò impediva di considerare come effettiva la capacità negoziale *ex art. 11 c.c.*, in quanto vi erano forti preclusioni verso la stipulazione di contratti associativi: tale capacità, dunque, era menomata poiché la sua ampiezza oscillava a seconda della tipologia contrattuale posta in essere. La presenza di società pubbliche locali, ugualmente costituite ai sensi della predetta norma codicistica, non indeboliva questa prospettiva, ma la rafforzava: esse potevano essere create per convenienza economica, non in quanto normale forma di gestione dei servizi pubblici locali⁹². Tuttavia, a chi dovesse ugualmente propendere per una generale capacità negoziale *de facto* degli enti locali – motivata dalla folta presenza delle stesse società – con la conseguente inutilità della l. n. 142/90, è possibile segnalare quanto segue.

Nel corso degli anni il Consiglio di Stato, confortato anche dalla proliferazione di strutture societarie locali, aveva esternato la volontà di superare definitivamente l'impostazione precedente. Per questo motivo evidenziava il «*carattere generale*» della capacità negoziale degli enti locali⁹³. Tuttavia, pur così facendo, non assicurava ai Comuni un'assoluta legittimazione alla costituzione di società per la gestione di servizi pubblici. Il significato da attribuire alla locuzione era garantire ad essi la possibilità di istituire l'organismo societario nonostante le vigenti norme, ossia il r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 e la l. 10 aprile 1981, n. 151 (quest'ultima relativa al servizio di trasporto pubblico locale)

⁹¹ M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, 1999, 23, sottolineano come per la giurisprudenza amministrativa la legittimazione del ricorso alla società per azioni a capitale pubblico locale non fosse pacifica. L'orientamento con cui la magistratura apre in via definitiva all'utilizzo di tale strumento, senza limiti di sorta, è cronologicamente di poco precedente all'intervento del legislatore del 1990. Infatti, gli autori richiamano due pronunce del Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818 e Consiglio di Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, sulle quali ci si soffermerà in seguito. Il punto di svolta è stata la legittimazione per gli enti locali di costituire società per azioni sulla base del riconoscimento di una generalizzata capacità negoziale dei medesimi.

⁹² È pur vero che, come segnalato sopra, negli anni precedenti al 1990 si è verificata nel nostro ordinamento una crescita esponenziale di società pubbliche a livello locale. Tuttavia, sembra che questo fenomeno sia stato dettato da un mancato controllo sugli enti locali, piuttosto che da una generale capacità negoziale. In altre parole, la loro autolegittimazione alla costituzione di società si è rivelata eccessiva e probabilmente poco saggia, in quanto ha contribuito a produrre quegli effetti deleteri sull'economia pubblica, che hanno imposto una doverosa riconsiderazione del sistema politico-economico negli anni '80.

⁹³ Il riferimento è a Cons. St., sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818.

indicassero precisi sistemi di gestione, fra cui non era ricompresa la s.p.a. a partecipazione comunale⁹⁴.

Nonostante il “carattere generale”, l’assoluta libertà per l’ente locale di costituire società per azioni era esclusa per ragioni ben precise.

Innanzitutto il profilo funzionale impediva di svolgere un’attività al di fuori dei propri compiti istituzionali. Un’affermazione di tal genere può apparire banale, in quanto, diversamente, verrebbe meno il principio di funzionalizzazione dell’attività amministrativa⁹⁵, valido anche per le questioni *iure privatorum*. In realtà il tema non è così scontato: si pensi al fatto che il legislatore – come si vedrà nei successivi capitoli – è dovuto intervenire per frenare la proliferazioni di società pubbliche locali che svolgono attività meramente economiche⁹⁶. Tuttavia, è stato già ricordato che questo argomento rileva più sul piano dell’autonomia che su quello della capacità giuridica contrattuale. La doverosa conformità tra oggetto del contratto e garanzia delle finalità istituzionali⁹⁷ non è dunque utile per valutare l’estensione della capacità negoziale degli enti locali: in questo senso infatti essi avranno sempre un margine di manovra meno esteso rispetto al privato, perlomeno sul piano della teoria generale.

In verità, l’elemento che impediva una equiparazione tra la capacità contrattuale dell’ente locale con quella del soggetto privato, e che ne escludeva un effettivo «*carattere generale*», si rinveniva nel prudente atteggiamento giurisprudenziale che propendeva per un

⁹⁴ A riguardo è doverosa una precisazione. Lo stesso Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818, in *Foro amm.*, 12, 1988, 3634, precisa che gli appellanti avevano invocato, allo scopo di sostenere l’impossibilità per il Comune di costituire una società per i trasporti pubblici locali, il parere 6 marzo 1956, n. 373. Il rimando a quest’ultimo elemento, però, non è stato ritenuto decisivo da parte del Collegio, la quale ha ritenuto che esso non comportasse, già allora, delle preclusioni assolute per l’utilizzo di una società per azioni a partecipazione comunale. In realtà, continua il Consiglio di Stato, tale parere doveva essere inteso nel senso che l’ente locale avrebbe dovuto necessariamente, laddove avesse voluto costituire una società, essere affiancato quantomeno da un altro soggetto con la qualifica di socio di minoranza. In sostanza, ciò che era precluso all’amministrazione comunale consisteva esclusivamente nel detenere la totalità delle partecipazioni societarie.

⁹⁵ Vista l’importanza dell’argomento si rinvia direttamente alla dottrina manualistica. Tra i molti autori che si sono occupati della questione si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012, 1561-1562; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012, 1325; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012, 615.

⁹⁶ Il riferimento è all’art. 3 co. 27, legge 24 dicembre 2007, n. 244, il quale afferma il divieto per gli enti locali di costituire e partecipare a società a partecipazione pubblica il cui oggetto sociale non rientri nelle finalità istituzionali dell’ente stesso.

⁹⁷ Ancora, tra le altre, Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 1984, n. 693, in *Foro amm.*, 1984, 12, 2337, che rilevava la possibilità per il Comune di svolgere attività di istituzionali anche attraverso lo strumento della società per azioni, purché tale scelta fosse esplicitamente motivata attraverso una determinazione che specificasse le ragioni di pubblico interesse, le quali spingono a preferire il modello societario.

Cons. St., sez. VI, 6 giugno 1989, n. 721 avalla la teoria della legittimazione di costituire s.p.a. comunali. Pertanto, a riguardo, esiste la regola della legittimazione degli organismi societari ed una parallela capacità generale per le amministrazioni locali di costituzione.

utilizzo della società circoscritto ai limiti territoriali in cui il Comune svolgeva i propri compiti istituzionali, e su cui di conseguenza aveva un'influenza politica⁹⁸.

Quest'impostazione non desta eccessivo stupore. Infatti, rappresentava un retaggio dei dubbi circa il reale riconoscimento per gli enti locali della possibilità di stipulare contratti associativi: dal momento che, storicamente, la questione era controversa, ben si comprende la rigorosa predeterminazione degli ambiti territoriali. Infatti, la possibilità per le amministrazioni locali di costituire organismi societari che operassero in modo circoscritto e limitato rappresentava un efficace compromesso innanzi alle difficoltà per l'approvazione definitiva del modello della società per azioni.

Un nuovo orientamento sul punto nasce grazie alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale ha definito sotto una nuova luce il concetto di "capacità speciale"⁹⁹ degli enti pubblici territoriali. La sentenza conferma il rifiuto della generalizzata inettitudine delle amministrazioni comunali a stipulare contratti di tipo associativo: considerato il cambio di prospettiva della giurisprudenza di fine anni '80, questa sola considerazione non sarebbe altro che una conferma di quanto già stabilito. Peraltro, il Consiglio di Stato non si è fermato a riproporre delle conquiste già note, ma ha compiuto un ulteriore passo, che induce ad intravedere la capacità speciale sotto una nuova prospettiva.

Se da un lato ha ricordato che la «pienezza di capacità¹⁰⁰» consente all'ente di «*far ricorso, in via tendenziale, a tutti i mezzi possibili per raggiungere i propri scopi*», dall'altro evidenzia che «*è da respingere altresì la censura mossa dagli appellanti secondo la quale la gestione dei servizi pubblici ... sarebbe ammissibile solo se limitata al territorio [dell'ente locale], laddove lo statuto della società non prevede alcun limite territoriale ...*». A ciò viene aggiunto che «*il territorio può considerarsi un limite all'esercizio delle potestà pubbliche attribuite all'ente, ma non un limite all'azione dell'ente con riferimento alle capacità di diritto privato*». Con la tesi così prospettata, il Consiglio di Stato esprime una visione rivoluzionaria rispetto a quella passata. Infatti, non si limita a sottolineare l'irrinunciabilità del binomio capacità negoziali - finalità istituzionali ma, al contrario, evidenzia che il criterio del

⁹⁸ Cons. St., sez. VI, 25 maggio 1979, n. 384, in *Foro amm.*, 1979, 5, 948 evidenzia proprio il requisito della "pertinenza", rispetto al doveroso adempimento di compiti istituzionali, quale elemento centrale nella legittimazione dello strumento societario. Da ciò si evince una neppur troppo implicita propensione per l'esistenza di limiti territoriali.

⁹⁹ Cons. St., sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Cons. St.*, 1990, 3, 373 ss afferma che non può porsi nei confronti di un ente territoriale un problema di «*incapacità speciale*».

¹⁰⁰ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *ult. op. cit.*, 1323 sottolineano, attraverso un breve commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374 che «*rispetto alla tesi della capacità speciale della P.A. o del c.d. principio positivo, secondo cui l'amministrazione può porre in essere i soli atti di diritto privato alla cui adozione è espressamente facoltizzata, è prevalsa quella che riconosce piena e generale capacità di diritto privato dell'amministrazione*».

limite territoriale non consiste più in un elemento imprescindibile per definire e circoscrivere l'attività privata delle pubbliche amministrazioni.

La lettura critica della sentenza conduce a distinguere tra “elemento territoriale” e “limite territoriale”. Tra i due, il primo risulta imprescindibile, mentre il secondo vede diminuire la propria rilevanza. Infatti, l'elemento territoriale deve essere sempre salvaguardato in quanto ha come presupposto l'elemento funzionale. La novità è data dal fatto che, laddove la circoscrizione territoriale dell'amministrazione locale sia rifornita dal servizio pubblico gestito dalla società a partecipazione pubblica comunale, il principio di funzionalizzazione è rispettato e l'oggetto sociale è compatibile con le finalità dell'ente. A questo punto la società è legittimata ad ampliare il proprio raggio di azione ed assicurare tale servizio anche al di fuori dei confini geo-politici dell'ente locale. Pertanto, l'imposizione dell'attività limitata ad un certo territorio non è più tollerata purché il contratto associativo abbia a cura *in primis* le finalità istituzionali dell'ente socio.

Il giudice amministrativo determina una discontinuità di pensiero rispetto anche a sentenze di poco antecedenti, le quali invece continuavano a ritenere che il limite territoriale, così come sul piano della funzione amministrativa, si presentasse in identica maniera anche sul piano dell'attività privata. Il che condizionava anche la costituzione di società per la gestione dei servizi pubblici locali¹⁰¹, data la preclusione verso la gestione di servizi che fuoriuscisse da ambiti rigidamente predeterminati.

La scissione tra elemento territoriale e limite territoriale spinge a ritenere che il primo sia divenuto condizione necessaria e sufficiente per la costituzione di una s.p.a. a partecipazione locale, mentre il secondo condizione sufficiente ma non necessaria. Il percorso innovativo seguito dalla pronuncia privata di rilevanza l'eventualità se la società partecipata dall'ente operasse in modo circoscritto o meno: ciò che rilevava è che essa svolgesse innanzitutto l'attività nell'ambito della circoscrizione del comune socio. Si incrinava la correlazione, fino a quel momento inscindibile, tra finalità istituzionali del comune e limiti territoriali del medesimo.

La l. n. 142/90 ha cristallizzato la nuova conquista. Essa ha previsto, accanto alla s.p.a. maggioritaria anche lo strumento dell'azienda speciale. Su quest'ultima continuavano ad

¹⁰¹ Si veda Cons. St., 6 giugno 1989, sez. VI, n. 721, in *Foro amm.*, 1989, 1794 ss, il quale ricorda che <<l'art. 5 d.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902 solo eccezionalmente contempla la facoltà del comune di estendere l'attività delle proprie aziende di servizi ad altri enti locali, previa intesa con i medesimi. L'utilizzazione di strumenti privatistici (società) per l'esercizio di autolinee interregionali ed internazionali da parte degli enti locali deve ritenersi egualmente illegittima per la considerazione che questo sarebbe solo un sistema per eludere l'esclusione sancita dalle citate norme>>.

In sostanza, viene ripreso l'indirizzo della precedentemente ricordata Consiglio di Stato, 14 dicembre 1988, sez. V, n. 818, nella cui prospettiva il limite spaziale era inderogabile.

imporsi i limiti territoriali (la questione sarà comunque approfondita nel prossimo capitolo), senza che l'acquisto della personalità giuridica mutasse i termini della questione, a causa dello strettissimo rapporto che la legava all'ente locale, il quale doveva sostenere anche eventuali disavanzi della gestione. Per queste ragioni tale azienda non poteva operare al di fuori dei confini geo-politici, altrimenti sarebbe venuta meno la necessaria ed esclusiva relazione tra i due soggetti¹⁰². Ma se così è, esisteva già nella l. n. 142/90 un istituto che risultava territorialmente costretto. La s.p.a., dal canto suo, ha dei profili nettamente differenti rispetto all'azienda speciale, a partire dall'impermeabilità all'influenza politica per arrivare alla assoluta terzietà rispetto all'ente locale. Questi requisiti, invece, non contraddistinguono tale azienda, nonostante l'acquisizione della personalità giuridica¹⁰³, in quanto il legame con l'ente rimane molto coeso. Se ne deduce, *a contrario*, una emancipazione della società di capitali, sufficiente per confermare quanto stabilito poco tempo prima dal Consiglio di Stato, ossia una capacità negoziale estesa oltre i confini. Ciò appare compatibile anche sotto il profilo della tutela della concorrenza e della parità di trattamento: se così non fosse la società pubblica sarebbe discriminata rispetto al privato imprenditore.

In questo senso si è affermata una nuova capacità speciale per gli enti locali: la specialità residua sul solo piano dell'autonomia contrattuale, ovvero sul profilo della funzionalizzazione, ma non rileva più sul profilo dei limiti nella stipulazione di contratti associativi. Dunque, la capacità di concludere tali accordi è ormai assimilabile a quella del privato.

4.1.2. (Segue) Gli enti locali e lo strumento societario: ragioni di una convivenza difficile.

Le difficoltà incontrate dagli enti locali per costituire società per la gestione dei servizi pubblici hanno una ragione ben precisa.

L'attività privata della pubblica amministrazione, a prescindere dal livello di governo, ha sempre fornito spunti di riflessioni, anche contrastanti, tra i grandi maestri del diritto amministrativo, i quali in passato hanno sviluppato pensieri pressoché opposti¹⁰⁴, circa

¹⁰² È chiaro sul punto l'opinione di Tar Lombardia, Brescia, 16 giugno 1995, n. 652, cui si aggiunge la nota di V. Parisio, *Aspetti economico-redistributivi e tutela dell'attività extra moenia dell'azienda speciale*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2370 ss.

¹⁰³ V. PARISIO, *ult. op. cit.*, 2572, è chiara sul tema, ricordando che l'acquisto della personalità giuridica da parte dell'azienda speciale, ossia la precedente azienda municipalizzata, non recide l'originario legame tra quest'ultima e l'ente locale.

¹⁰⁴ Il riferimento è a M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1958, 996, il quale affermava che se l'amministrazione «*agisce come soggetto comune, non può non godere dell'autonomia privata*». Sembra, pertanto, che l'autore fosse più propenso per una equiparazione tra autonomia negoziale della p.a. ed autonomia negoziale dei privati. Una diversa opinione era invece promossa da F. BENVENUTI, *Appunti di*

l'interrogativo se l'autonomia privata riconosciuta agli enti pubblici potesse essere considerata negli stessi termini in cui si riferisce ai soggetti privati. Il vincolo finalistico della cura dell'interesse pubblico appare un elemento decisivo per escludere una perfetta coincidenza tra attività contrattuale pubblica e attività contrattuale privata, visto che esso è imprescindibile nella stipulazione di contratti dell'amministrazione¹⁰⁵.

Ne deriva un'importante conseguenza: pur esistendo una attività di diritto privato, non esiste una autonomia privata¹⁰⁶ per l'amministrazione.

diritto amministrativo, 1987, 156-157, il quale sosteneva che «l'attività di diritto privato [della pubblica amministrazione] non è manifestazione di intrinseca libertà di soddisfacimento dei propri interessi». Quindi, egli distingue tra attività privata ed autonomia privata, attribuendo in capo all'amministrazione la prima, ma non la seconda. Il discrimine tra le due realtà consiste nel fatto che attraverso l'attività privata la pubblica amministrazione compie dei negozi privati, ma nell'interesse pubblico; mentre chi dispone dell'autonomia privata persegue, attraverso essa, la libertà di soddisfare unicamente i propri interessi. Secondo l'opinione di Benvenuti, è ovvio che tale aspetto non può sussistere in capo ad un ente pubblico (territoriale) che per definizione non può avere scopi egoistici.

Nonostante Massimo Severo Giannini sia indiscutibilmente uno degli elementi di maggior spicco del diritto amministrativo italiano del XX secolo, sia consentito sottolineare che la dottrina più recente abbia sposato la seconda tesi.

Il riferimento è a F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012, 1562, secondo il quale «Il potere di autonomia privata della pubblica amministrazione deve infatti sempre e comunque esplicarsi nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e di tutela del terzo, nonché dei principi normativi che governano l'azione amministrativa. Si tratta, pertanto, di un'autonomia negoziale "limitata" e "funzionale", in quanto i fini dell'agire sono sempre e necessariamente predeterminati dalla legge ed indisponibili, e devono essere perseguiti secondo canoni di doverosità e di continuità, senza discriminazioni e senza che il ricorso al negozio giuridico possa surrettiziamente limitare il diritto di azione dei terzi a tutela degli interessi legittimi. L'adozione del modulo privatistico in alternativa a quello pubblicistico, infatti, rende necessario, al fine di garantire gli stessi livelli di tutela assicurati ai terzi dal procedimento amministrativo, l'impiego di tutele atte a preservare le legittime aspettative dei soggetti coinvolti nell'azione amministrativa e, perciò, aventi titolo al controllo della buona fede e della correttezza della P.A. Ne consegue, pertanto, che l'agire secondo le norme del diritto privato non implica la rinuncia alla funzione, ovvero, nella nota accezione di Benvenuti, all'agire funzionale inteso come necessario perseguimento dei fini istituzionali indicati dalla legge e come necessaria conformità del negozio all'interesse pubblico normativamente predeterminato».

Ancora, per una lettura della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, è imprescindibile la lettura degli insegnamenti di F. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, ristampa dell'edizione del 1937, Firenze, 1934, 140 ss; il quale qualifica le limitazioni alle finalità dell'amministrazione alla stregua di vere e proprie incapacità di diritto; in termini analoghi, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 36 ss. Più recentemente, sul tema, G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1986, 23; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1974, 71 ss, i quali intravedono negli strumenti di diritto privato dell'amministrazione una autonoma regolamentazione della propria sfera giuridica.

¹⁰⁵ Per una generale panoramica sulla capacità di agire degli enti locali e, più generalmente parlando, delle pubbliche amministrazioni, si rinvia alle opere di dottrina manualistica. A titolo meramente esemplificativo, in questa sede si ricorda M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2011, 406 ss. L'autore evidenzia che la capacità giuridica degli enti locali è sì piena e generale, implicante la possibilità di concludere contratti tipici o atipici, ma ha pur sempre un unico limite, ossia la cura degli interessi della collettività. Ciò significa che l'esercizio di attività private da parte delle amministrazioni pubbliche è pur sempre condizionato da elementi pubblicistici, nonché dall'osservanza dei principi generali del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa.

¹⁰⁶ In questo senso F.G. SCOCA, *Nozioni generali*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2011, 139, il quale ricorda che il riconoscimento di una autonomia privata delle amministrazioni pubbliche dipende dal rigore con cui si interpreta quest'ultima locuzione. Se essa viene considerata come potere libero dell'amministrazione di regolare i propri interessi, non ne può essere riconosciuta la sussistenza in capo agli enti pubblici. Se, invece, si vuole alludere alla capacità di negoziare, allora tali enti ne dispongono.

È più facile intuire, sulla base di queste considerazioni, le incertezze di un sistema che, solo a cavallo tra gli anni '80 e '90, ha legittimato in via definitiva l'utilizzo dello strumento societario pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali.

Generalmente, l'attività contrattuale della pubblica amministrazione vede la folta presenza di connotati pubblicistici dal punto di vista soggettivo, data la natura dell'ente che pone in essere gli atti negoziali. Tuttavia, tali connotati emergono in maniera ancor più marcata laddove l'amministrazione locale si organizza, attraverso lo strumento societario, per gestire un servizio pubblico: questa è una realtà che, pur presentando degli elementi prettamente imprenditoriali, non può dirsi assolutamente scevra di forti impronte pubblicistiche, legate alla funzione amministrativa¹⁰⁷. L'attività di erogazione di un servizio pubblico locale, reso da una società a partecipazione comunale, ha derivazioni pubblicistiche sia dal punto di vista soggettivo sia dal punto di vista oggettivo. È quindi comprensibile, visto il duplice versante su cui si afferma il vincolo funzionale, che la giurisprudenza sia stata in principio molto cauta nell'autorizzare gli enti locali a concludere dei contratti associativi per le attività in questione. Era forte il timore che uno strumento formalmente privatistico potesse essere incompatibile con il vincolo finalistico dell'agire amministrativo¹⁰⁸.

In altre parole, se sono state avanzate negli anni '50 delle incertezze sull'estensione di mezzi privatistici a favore della mera attività contrattuale degli enti pubblici, ben si comprende, *a fortiori*, che il giudice amministrativo abbia partorito seri dubbi circa l'applicazione dello strumento societario per svolgere un servizio a garanzia delle esigenze della collettività. In questo caso, la rilevanza pubblicistica è descritta non tanto dal soggetto gestore, che pure è un ente pubblico, quanto dall'attività in sé considerata¹⁰⁹, il cui grado di funzionalizzazione è massimo.

¹⁰⁷ Per tutti, per una ricostruzione approfondita della struttura dei servizi pubblici locali, ed in particolar modo della sintesi tra l'elemento della funzione pubblica e l'elemento imprenditoriale, la cui combinazione descrive tale realtà giuridica, si veda M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, 2003, 2581.

¹⁰⁸ Si ricordino le ragioni di chiusura del Consiglio di Stato negli anni '50 nei confronti di qualsiasi elemento privatistico, laddove l'interesse pubblico fosse stato perseguibile con mezzi pubblicistici. Probabilmente, azzardando una ricostruzione sociologica, l'amministrazione ha voluto fermamente evitare per quasi tutto il corso del XX secolo la deleteria ipotesi in cui solo una frazione della popolazione godesse di determinate vantaggi. Solo questa sembra la reale motivazione per cui l'autorità giurisdizionale amministrativa abbia seppellito qualsiasi velleità dei privati di tornare a gestire (come era prima del 1903), pur in maniera mediata con l'amministrazione, i servizi pubblici.

¹⁰⁹ Il tema a cui si è fatto cenno è quello classico relativo alla dicotomia tra appalti pubblici di servizi e servizi pubblici (locali). Per una approfondita ed esaustiva ricostruzione sugli aspetti strutturali, nonché sul discrimine tra le due realtà si rimanda agli studi della dottrina sul punto. A riguardo, senza alcuna pretesa di completezza, si vedano i lavori di R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, 2008, F. MASTRAGOSTINO, (a cura di), *Appalti pubblici e concessioni di servizio pubblico*, 1998, G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di servizio pubblico*, 1998; R. CAVALLA PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico*, 1998; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Rimini, 1997, 118 ss; A. ROMANO, *Profili della concessione e pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 513 ss.

In definitiva, l'evoluzione del sistema conduce a tre riflessioni.

La prima sottolinea, se mai ce ne fosse ancora bisogno, che qualsiasi attività contrattuale della pubblica amministrazione deve sempre ispirarsi a quei principi costituzionali che connotano la stessa attività amministrativa di diritto pubblico. La seconda, invece, evidenzia che, con riferimento alla stipulazione dei contratti associativi, il limite funzionale si svincola dal limite territoriale, nel senso che il primo è rispettato anche laddove l'operato della società a partecipazione locale si espanda oltre i confini dell'ente; ciò, invece, non può accadere per l'attività pubblicistica. La terza, infine, implica che al decrescere della c.d. capacità speciale delle persone giuridiche di diritto pubblico corrisponde l'espansione inversamente proporzionale di una effettiva capacità negoziale degli enti pubblici *ex art. 11 c.c.*, finalmente legittimati a costituire organismi societari per la gestione dei servizi pubblici locali, senza preoccuparsi di dover far interamente coincidere il bacino di utenza servito dalla società partecipata con il proprio ambito di influenza politica.

4.1.3. Una lettura costituzionalmente orientata della nuova impostazione. Un'autorevole conferma: Corte costituzionale, 2 febbraio 1990, n. 51.

La maturazione del nuovo indirizzo suggerisce uno spunto di riflessione circa il buon andamento dell'attività amministrativa.

La capacità negoziale degli enti locali, legata a dei parametri puramente geografici, implicava il rischio che l'attenzione fosse distolta dall'effettiva soddisfazione dei bisogni della collettività. In altre parole, il limite territoriale rappresentava una preoccupazione così profonda da indurre a rivolgere maggiore considerazione ai confini entro cui l'attività si svolgeva, anziché alle modalità in cui essa veniva resa ed a quali interessi doveva assolvere. Un'interpretazione di tal genere non rende del tutto omaggio all'art. 97 Cost., in quanto eccessivamente rigida: essa, negando *a priori* che le esigenze della collettività possano essere curate anche in modo trasversale rispetto ai confini dell'ente locale, non coglie che sul piano pratico una siffatta impostazione potrebbe condurre ad una politica economica grossolana, non compatibile con le economie di scala né adatta alla razionalizzazione delle risorse e della spesa pubblica¹¹⁰.

¹¹⁰ Sia consentito un piccolo esempio per rendere più chiaro quanto appena affermato. Non è logico impedire ad un Comune di 100.000 abitanti, che ha costituito una società a partecipazione pubblica per la gestione di servizi pubblici locali, di andare a servire anche le zone limitrofe in cui sono situate piccole realtà comunali, che messe assieme non superano la metà della popolazione del predetto ente. È evidente che una scelta di tal genere contrasta in modo evidente con un efficiente investimento delle risorse pubbliche.

Al contrario, grazie all'operato congiunto di legislatore e Consiglio di Stato muta il concetto di funzionalizzazione, non più inteso come rispetto necessario dei vincoli spaziali: il cambio di prospettiva regala una maggiore propensione ad esaltare i criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, la qualità del servizio reso, le aree da esso coperte. Dunque, ipotizzando una lettura costituzionalmente orientata della nuova impostazione, si ritiene che il mutamento di prospettiva sia stato benevolo: esso ha consentito di tutelare in modo più proficuo le esigenze della collettività, e di conseguenza assicurare più correttamente il buon andamento, attuando le scelte organizzative senza sottostare a tanto illogici quante inutili obblighi di coincidenza tra finalità istituzionali e territorio¹¹¹.

La scelta giurisprudenziale è dunque felice perché dal punto di vista costituzionale nulla osta a che l'interesse pubblico sia salvaguardato pur laddove sia superato il limite territoriale¹¹². Anzi, sembra che tale superamento sia la chiave di lettura più adeguata per mirare, nell'ottica di una buona amministrazione, ad una vera utilità dello strumento societario.

La conquista è stata graduale, ma ha un merito evidente: aver condotto ad una reale considerazione del buon andamento, svincolato da logiche campanilistiche ed incentrato sulle esigenze della collettività. In questo senso, la capacità negoziale degli enti locali di costituire s.p.a. che operino anche al di fuori del territorio non costituisce affatto una minaccia al vincolo del fine.

La presente lettura è avallata da una pronuncia del Giudice delle leggi del 2 febbraio 1990, n. 51.

Attraverso quest'ultima, la Corte costituzionale, chiamata a dirimere un conflitto di competenze legislative tra Stato e Regione Valle d'Aosta, avviato a seguito di un ricorso dell'amministrazione statale, si è pronunciata sulla infondatezza del medesimo.

L'amministrazione regionale aveva approvato con legge l'assunzione di partecipazioni azionarie in una s.p.a. che garantiva trasporti aerei, per finalità turistiche, con il territorio valdostano. Senonché il Presidente del Consiglio dei Ministri sollevava questione di

¹¹¹ Osserva a riguardo C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, comunicazione al 41° convegno di Varenna, 21-23 settembre 1995, che la compatibilità tra extraterritorialità e finalità istituzionali deve essere valutato in concreto, in riferimento alle esigenze del bacino di riferimento.

V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, 13, afferma che occorre dimostrare nel caso concreto che il travalicamento dei confini territoriali sia effettivamente utile, e riesca a garantire le esigenze delle comunità interessate.

¹¹² Già Consiglio di Stato, sez. VI, 29 novembre 1988, sez. VI, n. 1291, richiamata anche da Consiglio di Stato, 12 marzo 1990, sez. VI, n. 374, ricordava che <<... la circostanza che sia superato il limite territoriale non toglie che le esigenze alle quali si fa fronte con il servizio pubblico siano pur sempre riferibili alla comunità locale>>.

legittimità costituzionale poiché l'oggetto sociale non rientrava tra le materie attribuite alla Regione. Quest'ultima, a sua volta, si difendeva sostenendo che la disposizione normativa non regolasse le modalità di svolgimento di dati servizi di trasporto (che effettivamente rientravano nella competenza statale e che continuavano ad essere sottoposti alla sua legislazione), ma configurasse esclusivamente una forma di intervento finanziario in materia turistica, di spettanza regionale.

La Corte, come già preannunciato, ha propeso per l'infondatezza del ricorso, avendo ritenuto di dover scindere tra l'attività amministrativa in senso stretto e l'attività amministrativa di diritto privato. Se l'intera questione fosse inquadrabile nella prima tipologia, l'amministrazione statale avrebbe avuto ben motivo di dolersi di una violazione del sistema di riparto della competenza legislativa. Tuttavia, era chiaro che la norma in questione si limitasse a decretare l'acquisizione di una partecipazione societaria, configurante una attività privatistica da parte della pubblica amministrazione, rispetto alla quale non aveva senso scomodare la suddivisione delle competenze legislative. Tale riparto non può limitare la capacità imprenditoriale degli enti pubblici territoriali in quanto esso si afferma sull'esclusivo versante dell'attività amministrativa in senso stretto. È, invece, doveroso che l'oggetto sociale della s.p.a. descriva un'attività strumentale rispetto alle finalità proprie della Regione: dopodiché l'amministrazione sarà libera di scegliere se partecipare ad una società per azioni per la gestione di un servizio, indipendentemente dal fatto che il suo oggetto sociale ricada all'interno di competenze legislative di un altro livello di governo.

La Corte costituzionale conferma, quindi, il percorso già intrapreso.

Essa traccia un profondo solco¹¹³ tra le due tipologie di attività, pubblicistica e privatistica, al fine di favorire una autonoma rilevanza della seconda, impedendo delle sue ingiustificate compressioni. Se rispetto alla prima il riparto delle competenze *ex art. 117 Cost.* preclude la regolazione di una certa attività, tale riparto perde di significato con riferimento alla attività di diritto privato: esso infatti non può essere (ab)usato per limitare la capacità

¹¹³ M. CAMMELLI, *S.p.a. a partecipazione regionale: la Corte chiude un problema, ma se ne aprono altri*, in *Le Regioni*, 1991, 1, 210, nota a commento della predetta Corte cost. 51/1990, compie una lucida analisi della predetta pronuncia, sottolineando la consacrazione dell'asimmetria tra l'attività di stampo pubblicistico e quella di stampo privatistico. Ne è diretta conseguenza che lo strumento di diritto privato sia sfuggente alle misurazioni dello spazio territoriale che, al contrario, vincolano il versante pubblico dell'attività amministrativa. L'autore sostiene, inoltre, che un altro limite eliminato dal Giudice costituzionale è quello delle materie, inteso come ostacolo all'utilizzo di forme contrattuali. In effetti l'innovazione apportata dalla sentenza è evidente, laddove si pensi all'art. 10 legge 16 maggio 1970, n. 281, il quale vietava alle amministrazioni regionali la possibilità di assumere partecipazioni in società finanziarie regionali che operassero in ambiti differenti rispetto a quelli di competenza regionali *ex art. 117 Cost.*, o comunque delegati *ex art. 118 co. 2 Cost.*

Sul tema del rifiuto dei limiti territoriali con richiamo a questa stessa pronuncia, si veda anche M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., 39-40, secondo cui i limiti territoriali all'utilizzo della s.p.a. comunale divengono definitivamente illogici a seguito dell'intervento della Corte costituzionale.

negoziale degli enti pubblici. Dunque, non sussistono particolari limiti nei confronti della capacità negoziale dell'amministrazione regionale, la quale anzi deve essere incentivata e non soffocata. Ne deriva che la Corte, pur continuando a riconoscere i doverosi limiti funzionali, avalla indirettamente l'abolizione dei limiti territoriali che costituirebbero un'inutile frizione all'affermazione della forma di impresa pubblica.

È vero che la sentenza in commento si riferisce ad un'amministrazione regionale: tuttavia, *mutatis mutandis*, non sembra sussistere nessun elemento contrario ad una estensione della sua logica nei confronti degli enti locali, in quanto essa riguarda l'attività di diritto privato degli enti territoriali in genere. Pertanto, si ha un'ulteriore conferma del fatto che Comuni e Province, nel momento in cui acquisiscano delle partecipazioni in società, debbano tenere in considerazione un solo limite, ossia quello della strumentalità dell'oggetto sociale rispetto ai propri compiti istituzionali¹¹⁴. Altre barriere sono superflue e, dunque, da eliminare.

La dottrina che si è pronunciata sul tema dell'extraterritorialità delle società per la gestione dei servizi pubblici locali a metà anni '90 ha, da un lato, avallato la presente lettura, giustificando la possibilità per la società di gestione dei servizi pubblici locali di operare a livello extraterritoriale¹¹⁵; dall'altro, ha denunciato un aspetto non trascurabile, per cui l'abbattimento del predetto limite non può essere compatibile con l'affidamento diretto del servizio. Ciò significa che la società a partecipazione pubblica potrà legittimamente operare oltre i propri confini geo-politici, ma non potrà svolgervi la propria attività se non a seguito di rilascio dell'apposita concessione, da ottenere a seguito di un confronto concorrenziale con altri potenziali operatori¹¹⁶.

Questa è un'ulteriore conferma del fatto che gli enti locali, nell'ottica di una parità di trattamento nel libero mercato, godono di una capacità di agire sempre più simile a quella privatistica: la preclusione ad operare in una dimensione extraterritoriale in assenza di una gara impedisce che la società pubblica vanti una posizione dominante, che falsi l'equilibrio concorrenziale. Tuttavia, tale assetto, ritenuto quello vigente all'epoca, ha causato anche una

¹¹⁴ Mi sembra che in termini analoghi si esprima anche, nel suo lavoro di ricostruzione sull'evoluzione del vincolo funzionale, M. ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, 1, 89 ss (in special modo pp. 95 e 104).

¹¹⁵ M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 2, 261, sottolinea che «il limite territoriale dovrebbe riguardare unicamente le funzioni amministrative». Lo stesso ricorda, inoltre, che stando agli insegnamenti di questo orientamento ormai consolidato, «la condizione delle società è parzialmente diversa da quella delle aziende speciali, con riferimento alle quali una parte di giurisprudenza amministrativa (anche se la tendenza sembra recentemente invertita) ritiene applicabile il limite territoriale proprio delle vecchie aziende municipalizzate».

¹¹⁶ M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 260.

serie di problematiche di non poco conto dovuto all'equiparazione delle capacità negoziali: la legittimazione della società pubblica ha condotto ad un suo sempre più frequente utilizzo da parte degli enti locali, spesso rivelatosi improprio.

4.2. Verso la proliferazione di società a partecipazione pubblica locale: il progressivo distacco dalla funzionalizzazione.

In conclusione, le società per la gestione dei servizi pubblici locali sono cresciute esponenzialmente nel corso degli anni in momenti distinti.

Una prima proliferazione si è affermata precedentemente all'intervento del legislatore e veniva giustificata *ex art.* 11 c.c. Nonostante la giurisprudenza tendesse ad ostacolare il fenomeno, questo è il risultato emerso grazie alla tenacia con cui gli enti locali hanno alimentato l'utilizzo di tale strumento, gradualmente consolidatosi nella prassi prima ancora di essere definitivamente avallato dal punto di vista giuridico e legislativo¹¹⁷. Quindi, presumibilmente, le amministrazioni avevano maturato la consapevolezza di una miglior efficienza dell'attività posta in essere attraverso il modello societario, non curandosi delle incertezze che a riguardo gli interpreti riservavano. Ne risultava un necessario compromesso, costituito da una limitata capacità di concludere contratti associativi. Del resto, una soluzione di questo genere è comprensibile: gli enti locali si accontentavano di un minor margine di manovra a fronte dei dubbi che animavano a riguardo il giudice amministrativo.

La seconda proliferazione si è sviluppata a seguito dell'affermazione del fenomeno delle privatizzazioni e del conseguente intervento del legislatore italiano. Il riconoscimento di una generalizzata capacità negoziale delle amministrazioni, che comportava la giustificazione dello scopo di lucro e dell'extraterritorialità dell'attività societaria, ha causato una crescita senza freno delle società a partecipazione pubblica. Non è difficile intuirne le ragioni se comparate con quanto accaduto precedentemente: se prima del 1990 gli enti locali si erano prodigati nello stipulare contratti associativi pur a fronte delle incertezze del sistema, ben si comprende che una volta autorizzati abbiano approfittato della situazione favorevole. Questa è una delle ragioni per cui le privatizzazioni si sono sviluppate secondo una particolare declinazione a livello locale: esse hanno determinato un'espansione, seppur sotto profili puramente civilistici, della sfera pubblica. Il paradosso è evidente anche se, nell'ottica di una

¹¹⁷ G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMELLI, M. DUGATO, Studi in tema di società a partecipazione pubblica, 292, 2008, Giappichelli, Torino, evidenzia i motivi che hanno condotto al consolidamento dell'istituto in questione. Accanto al crescente *favor* giurisprudenziale, la ragione principale è consistita nell'applicazione pratica del modulo societario da parte degli enti locali che non vi hanno mai rinunciato nonostante le originarie preclusioni degli interpreti.

privatizzazione sostanziale nel lungo periodo, questa era probabilmente l'unica strada percorribile.

Tuttavia, si sono verificati degli effetti anche negativi. La proliferazione fuori controllo di società pubbliche locali è stata spesso caratterizzata dal sorgere di nuove strutture il cui oggetto sociale era svincolato dai compiti istituzionali degli enti locali. Le problematiche che ne derivano non sono di poco conto: grande dispendio di risorse pubbliche, intralcio all'attività imprenditoriale di soggetti privati, eccessiva commistione tra ambito politico ed economico, allontanamento dal limite funzionale. Proprio quest'ultimo profilo sembra riflettere con maggiore forza questioni di carattere costituzionale¹¹⁸: laddove l'ente locale costituisca una società che svolga attività meramente economiche potrebbe facilmente dubitarsi dell'esistenza di un valido collegamento con l'interesse pubblico. Si potrebbe tutt'al più sostenere, nell'ottica di garanzia del buon andamento, che la previsione di benefici a livello economico per l'amministrazione giustificerebbe il fenomeno¹¹⁹. Ma questa ipotesi sembra cosa di ben poco conto. Infatti, nonostante sia auspicabile un tornaconto economico che possa risanare le casse degli enti pubblici territoriali, non sembra né che questo obiettivo sia stato raggiunto, né tantomeno che esso possa considerarsi superiore rispetto alle sue controindicazioni: su tutte, il disincentivo nei confronti di investitori privati.

Nel prossimo capitolo, la ricerca tenterà di approfondire le ragioni giuridiche che, concretamente, hanno determinato la crescita esponenziale del modello societario pubblico locale nell'ultimo decennio dello scorso secolo e nei primi anni del nuovo millennio.

¹¹⁸ Seppur in un contesto temporale del tutto differente rispetto a quello qui considerato, sembra che possano ugualmente ritornare utili le considerazioni di M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 857, il quale intravede nell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, volto a scoraggiare la disinvoltata costituzione delle società partecipate degli enti locali, non tanto un tentativo di porre un argine alla spesa pubblica, quanto quello di "moralizzare" l'utilizzo delle stesse, riconducendo la capacità negoziale degli enti territoriali nell'alveo del principio di legalità. A riguardo, si veda anche tar Sardegna, sez. I, n. 269.

¹¹⁹ Cons. St., sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586.

CAPITOLO 2

Le società locali negli anni '90 tra la proliferazione del modello e l'affermazione del problema del fine.

Una breve premessa. 1. Il difficile percorso e le “avventure” del vincolo funzionale. 2. La defunzionalizzazione dell'attività societaria e la pubblicizzazione del fine di lucro. 2.1. (*Segue*): Un'ulteriore conferma: il caso delle società *holding* e l'assenza di compiti operativi. 3. La “volgarizzazione” del significato di servizio pubblico locale e l'atipicità delle forme di gestione: un evidente *favor* per la capacità imprenditoriale degli enti locali. 3.1. (*Segue*) La confusione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico. 4. L'affidamento diretto del servizio a società strumentali.

Una breve premessa.

Come si è visto, le politiche di privatizzazione hanno determinato due importanti conseguenze nella dimensione giuridica degli enti locali: l'ampliamento del loro spettro di azione e la possibilità di estendere anche a livello extraterritoriale la propria attività contrattuale di natura associativa.

Con riferimento al primo aspetto, è pacifico che le leggi nn. 142/1990 e 498/1992 abbiano attribuito un più esteso margine di manovra per gli enti locali, se non altro autorizzando definitivamente il libero utilizzo di società pubbliche nella gestione dei servizi. Tuttavia, la maggiore autonomia di scelta dello strumento gestorio ritenuto più congeniale (nonostante il noto obbligo di motivazione¹²⁰ e la conseguente possibilità di impugnare la relativa delibera) rappresenta solo la “punta dell'*iceberg*” fra i motivi della fortuna incontrata dalla società locale. Il tempo ha dimostrato, come del resto la dottrina aveva sottolineato¹²¹, che le «*ragioni di opportunità*» di cui all'art. 22 co. 3 lett. e) descrivono un concetto vago, che ha realmente inciso sull'attribuzione in via diretta di servizi a società appositamente costituite anche in situazioni in cui questa non fosse la soluzione più consona. È poi noto che uno dei motivi del suo crescente utilizzo è stato individuato nella ricerca del consenso

¹²⁰ Sul punto, la giurisprudenza degli anni '90 si mostrava già sensibile. *Ex multis* Tar Lombardia, Brescia, 4 marzo 1997, n. 269, in *Foro amm.*, 1997; Tar Lombardia, Brescia, 24 dicembre 1996, n. 1422, in *Giur. it.* 1997, III,1, 426.

¹²¹ F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 2, 313.

elettorale da parte del mondo della politica¹²², generalmente propenso ad utilizzare come arma di propaganda il dinamismo societario¹²³.

Con riguardo al secondo aspetto, si è detto che il limite funzionale delle società pubbliche locali non fosse più imprescindibilmente legato alla operatività all'interno dell'area geo-politica di riferimento. Anzi, rispettato tale presupposto, qualsiasi ulteriore attività era considerata legittima.

Tuttavia, sarebbe oltremodo riduttivo limitarsi a queste considerazioni, in quanto la questione appare ben più complessa: a riguardo, le pronunce del giudice amministrativo, a cavallo tra la prima metà degli anni '90 e la prima metà del nuovo millennio, si sono fatte notare per un'evidente alternanza di orientamenti, che rivisitavano sotto prospettive differenti l'elemento (ed il correlativo limite) funzionale delle società per la gestione dei servizi pubblici locali. In altre parole, si riscontrava una netta diversità di interpretazioni da parte dello stesso giudice amministrativo, probabilmente consapevole, ed al contempo timoroso, del fatto che il generalizzato avallo dell'attività imprenditoriale per l'ente locale nell'ambito dei servizi potesse causare una pericolosa distorsione dell'interesse pubblico, non più sufficientemente garantito. Preoccupazione legittima, che però deve contestualizzarsi, ovvero confrontarsi e bilanciarsi con le naturali conseguenze che necessariamente seguivano l'utilizzo dello strumento societario nell'ottica del processo di privatizzazione. Del resto, nella contrapposizione tra pubblico e privato si insinuava il cuore del dibattito che ha animato la giurisprudenza: consentire un'assoluta affermazione della matrice privatistica o garantire un equilibrio tra le due anime della società locale? Ovviamente, a seconda della risposta resa, mutavano gli scenari di riferimento, ossia mutava la figura imprenditoriale dell'ente socio, la cui crescita è certamente proporzionale all'area di estensione dell'attività societaria.

Le vicissitudini del limite funzionale, chiamato a conciliare, da un lato, l'indole espansiva dello strumento societario e, dall'altro, la preoccupazione che fossero smarriti l'identità ed i doveri dell'ente locale socio¹²⁴, hanno contribuito ad alimentare un dibattito

¹²² F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 24, sostiene che «la teoria economica della democrazia» porta a ipotizzare che i rappresentanti politici siano inclini ad agire secondo il calcolo del ritorno elettorale delle proprie scelte».

¹²³ A riguardo, si rimanda alla interessante opera di C. SCARPA, P. BIANCHI, B. BORTOLATTI, L. PELLIZOLLA, *Il Capitalismo municipale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2009, descrivente con grande lucidità le ragioni sociologiche, fra cui anche evidenti intenti corruttivi legati alla confusione delle risorse pubbliche utilizzate, dell'eccessivo utilizzo dello strumento societario nel contesto locale.

Sullo strumento societario come mezzo di influenza politica all'interno di ambiti che, altrimenti, sarebbero sottratti al suo controllo, L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 792.

¹²⁴ Tale visione pare confermata anche dalla lettura data al fenomeno dell'evoluzione societaria da F. GOISIS, *I limiti all'attività extramoenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 569, in cui si sottolinea che la titubanza nell'estensione dell'attività

che, data l'effettiva proliferazione¹²⁵, ha visto prevalere il primo elemento. La questione, tuttavia, non può essere risolta così semplicemente: al contrario, sembrano numerose le variabili che hanno determinato il frequente utilizzo dello strumento societario, talvolta da intendersi come ovvia conseguenza delle scelte compiute dal legislatore, talvolta come illogica forzatura del sistema. Tra le diverse concause del fenomeno, un ruolo importante è da attribuirsi all'imperfetto dialogo tra le istituzioni comunitarie e la giurisprudenza nazionale circa il modo di intendere e definire gli istituti. Inoltre, gli stessi giudici interni, nel loro primo percorso interpretativo, non sono sembrati esenti da colpe, avendo in alcune circostanze posto le basi per agevolare Comuni e Province ad un'interpretazione promiscua ed arbitraria del significato di servizio pubblico locale. Ne è dimostrazione il fatto che in numerose circostanze non sia stato posto, da parte della magistratura, nessun ostacolo alla tendenza degli enti locali a costituire forme societarie rivolte non solo alla gestione di un servizio ma anche alla semplice attività imprenditoriale.

La società per azioni, dunque, non è uno strumento di facile attuazione per le amministrazioni, poiché postula problematiche di assoluto rilievo che spesso sono di difficile sintesi con le finalità istituzionali. Gli enti locali, nonostante questa consapevolezza, non sono comunque riusciti a resistere al fascino di tale strumento, considerato un rimedio di assoluta ed indiscutibile efficacia nella risoluzione di importanti problematiche che, sin dalla fine degli anni '80, per poi confermarsi negli anni '90, sono emerse in modo nitido. La proliferazione delle società locali nel nostro ordinamento si può spiegare alla luce di molteplici fattori; prima di analizzarli, è opportuno ricordare brevemente i motivi della loro affermazione. I diversi elementi in gioco – privatizzazioni, concorrenza, rivisitazione del concetto di autonomia contrattuale, estensione dell'oggetto sociale, influenza europea – costituiscono un complesso intreccio che dovrà essere dipanato per poter ottenere una soddisfacente chiave di lettura, che spieghi in modo esaustivo i motivi del radicamento a livello periferico dello strumento societario.

societaria al di là dei confini territoriali fosse dovuta, con buone probabilità, alla volontà di evitare che l'ente locale eludesse di finalizzare ogni sua attività al perseguimento dell'interesse pubblico stabilito dal legislatore. Ciò equivale a dire che il timore era precipuamente dovuto alla possibile violazione dei limiti dell'autonomia contrattuale che incombe su qualsiasi soggetto pubblico.

¹²⁵ L. TORCHIA, *ult. op. cit.*, 792, compara i dati estrapolati da apposite ricerche (fonte Assonime), incentrate, ad onor del vero, in via generale sulla presenza delle società con partecipazione pubblica, dunque non prettamente ed esclusivamente locali. I dati, che si ritengono comunque significativi nonché indicativi anche della proliferazione a livello locale, evidenziano che alla fine degli anni '80 il numero delle società pubbliche raggiungeva circa il migliaio di unità, mentre nel primo decennio del nuovo millennio la cifra era salita a circa 5000 unità.

Le spinte essenziali all'origine dell'esplosione del modello societario sono molteplici¹²⁶. Innanzitutto, è opportuno richiamare l'ingente indebitamento pubblico, divenuto inarrestabile; il che poneva la necessità di individuare un differente modulo gestorio, in grado di continuare ad assicurare le prestazioni a favore della collettività, altrimenti non più attuabili facendo affidamento sulle sole risorse pubbliche. A questo primo aspetto si sommava la necessità di modernizzare le reti, dopo anni di utilizzo e di usura, problematica non più procrastinabile: certamente, la disponibilità di capitali privati era decisiva per centrare l'obiettivo. Inoltre, non può tralasciarsi il dato sociale: la resa pluridecennale di prestazioni essenziali aveva aumentato le pretese, da parte della popolazione, ad ottenere maggiori benefici dalla pubblica amministrazione: era, quindi, chiaramente percepibile la crescente insistenza nel domandare un aumento della qualità dei servizi, non assicurabili dagli enti locali per penuria di risorse, dovute al predetto indebitamento. Le risposte possibili a tali richieste erano due: l'esternalizzazione del servizio, oppure consentire agli enti locali l'utilizzo di uno strumento organizzativo diverso, ovvero la società per azioni. A ciò si aggiunga la concezione "naïf" della società di capitali, con i suoi presunti effetti taumaturgici, le quali venivano ritenute più idonee nello svolgere la prestazione anche per la maggior facilità con cui ottenevano finanziamenti dalle banche, a fronte delle maggiori difficoltà in questo senso per gli enti locali.

Pertanto, non sembra errato affermare che il mito della società rispondesse a diverse esigenze e problematiche economiche, ragion per cui il suo utilizzo veniva considerato come un medicinale sempre utile ed efficace per combattere i sintomi di un sistema ormai, dal punto di vista finanziario, gravemente malato. Al contempo, è evidente che, come per qualsiasi farmaco, l'abuso del rimedio non fosse la miglior cura della malattia.

In conclusione, le ragioni dell'esistenza e della proliferazione delle società locali verrà svolta non sul versante della capacità di agire, il cui riferimento imperituro è l'art. 11 c.c.¹²⁷, ma su quello dell'autonomia contrattuale che, come più volte detto, rappresenta il vero limite all'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni.

¹²⁶ Questa tematica è esplicitamente affrontata da M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 2586 ss.

¹²⁷ Il tema è, ovviamente, caratterizzato da una produzione scientifica sterminata. Per tutti, S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1979. Più recentemente, anche in questo caso tra i tanti e senza pretese di completezza, M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Ipsoa, 2001, 13; F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, cit., 278 ss; F.A. ROVERSI MONACO, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, Giuffrè, 1993, 722.

1. Il difficile percorso e le “avventure” del vincolo funzionale.

Nell’indagine sulle ragioni della proliferazione societaria a livello locale, è opportuna qualche preliminare considerazione sulle vicissitudini giuridiche del limite funzionale. A seconda dell’interpretazione che ne è stata data, ne è dipesa la possibilità per gli enti locali di utilizzare in modo più o meno esteso il modello privatistico per la gestione dei servizi pubblici locali. Il diverso approccio del giudice amministrativo sul tema è sintetizzabile a fronte della lettura delle pronunce che, nel corso degli anni, si sono succedute e sovrapposte, spesso con forti contrapposizioni.

Uno dei pensieri che ha maggiormente animato l’interprete è stato quello di mitigare gli effetti del riconoscimento di una generalizzata capacità contrattuale degli enti locali¹²⁸; ne derivava che – come sopra ricordato – ai fini della legittimazione dell’attività *extramoenia* la società partecipata dovesse svolgere il servizio per la collettività di riferimento dell’ente territoriale socio¹²⁹. Una volta rispettato questo presupposto, l’estensione dell’attività sarebbe stata lecita. Parte della giurisprudenza – per l’appunto – ha preferito temperare mediante diverse pronunce, che verranno puntualmente indagate, gli effetti del predetto orientamento, chiaramente favorevole ad un carattere prettamente imprenditoriale dell’attività. Al riguardo, un atteggiamento piuttosto prudente è rinvenibile anche nel pensiero di una parte della dottrina che, come testimoniato dalle seguenti considerazioni, risultava poco propensa ad accettare un’attività societaria al di fuori dei confini dell’ente di riferimento.

I motivi erano sostanzialmente dovuti alla preoccupazione che l’estensione territoriale, lungi dal garantire una migliore qualità del servizio, potesse menomarne l’efficienza¹³⁰, o

¹²⁸ Il riferimento è sempre a Cons. St., sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro amm.*, 1990, 664 ss, vera e propria linea di demarcazione tra il “prima” ed il “dopo” nell’utilizzo dello strumento societario a livello locale. Hanno poi ripreso tale orientamento, secondo cui – lo si ripete – il presupposto dell’attività extraterritoriale è il rispetto degli interessi della comunità di riferimento, Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2297, con nota di E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, III, 554 ss; Cons. St., sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Cons. St.*, 2001, I, 1949; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 marzo 2001, n. 2917; Tar Abruzzo, Pescara, 25 luglio 1998, n. 507, che insiste in modo particolare sulla equiparazione della capacità imprenditoriale del soggetto pubblico e privato; Cons. St., Ad. gen., 16 maggio 1996, n. 90, in *Cons. St.*, 1996, I, 1640.

Tale posizione si desume anche da quella giurisprudenza che, pur affrontando principalmente il problema della legittimità o meno dell’affidamento diretto alla società partecipata da un altro ente locale rispetto a quello richiedente il servizio, avalla implicitamente l’attività extraterritoriale. A riguardo, Tar Lombardia, Brescia, 4 aprile 2001, n. 222, con nota di M. DUGATO, *L’affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 11, 1127 ss; Tar Lazio, sez. II, ord. 11 gennaio 2001, n. 179; Tar Lombardia, Brescia, 30 agosto 2000, n. 675.

¹²⁹ Del resto, mi sembra che alla stessa conclusione arrivi anche M. ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, 1, 89 ss, ed in special modo p. 104, in cui l’A. definisce, a seguito di una lucida analisi giurisprudenziale, circa l’attuale ruolo e ambiti di operatività dalle società per la gestione dei servizi pubblici locali

¹³⁰ A. CARULLO, *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove s.p.a. comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 624, secondo cui «sembra evidente che una società pubblica locale [...] non possa mai prevalicare il proprio oggetto sociale, delimitato espressamente dalla legge e coincidente con

comunque non risultare compatibile con la natura stessa dei compiti dell'ente locale¹³¹. Una siffatta lettura, sicuramente minoritaria rispetto al pensiero della maggior parte degli studiosi favorevoli all'esercizio dell'azione *extramoenia*¹³², conferma che, nonostante le aperture del Consiglio di Stato, continuasse ugualmente a persistere un conclamato timore, espresso a più latitudini, di un'incompatibilità tra fini pubblici e modelli privatistici.

l'ambito di competenza dei rispettivi enti pubblici locali». Da notare poi, come si spiegherà nel prosieguo del lavoro, un'importante osservazione dell'A. (p. 623), il quale pone in risalto l'assenza di limiti territoriali a fronte di una società costituita da parte dell'ente locale per attività aliene rispetto alla gestione dei servizi pubblici locali. In questa ipotesi, difatti, nessuna compressione potrebbe essere immaginata vista la capacità giuridica di diritto privato delle amministrazioni.

¹³¹ In questi termini, L. GIAMPAOLINO, *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali: problemi di concorrenza e profili istituzionali*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 1, 15, il quale sottolinea il naturale limite territoriale che l'attività della società per la gestione dei servizi pubblici locali incontra nel momento in cui estende il proprio bacino di influenza politica dell'ente socio di riferimento.

È contraria all'attività extraterritoriale delle società locali anche G. DE MINICO, *La società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22, lett. e), l. 8 giugno 1990 n. 142*, in *Foro amm.*, 1994, 6, 1680 la quale, tuttavia, sembra reinterpretare il significato della pronuncia del Consiglio di Stato n. 374/90. Difatti, l'A. sostiene, citando la predetta, che «sarà ammissibile lo svolgimento di tutte quelle attività, in cui sia rinvenibile un obiettivo e diretto riferimento al complesso degli interessi della collettività impersonata dall'ente». Ciò è senz'altro vero, visto che il presente lavoro parte da tale presupposto: tuttavia, chi scrive non ha letto nel doveroso svolgimento di attività a favore della comunità di riferimento, così come postulato nella medesima sentenza, una preclusione all'extraterritorialità. Più semplicemente, un presupposto da rispettare per poter poi estendere l'azione societaria.

¹³² Tra gli autori che hanno sponsorizzato la natura privatistica delle società locali, la loro autonomia, e di conseguenza la generale legittimazione ad operare a livello extraterritoriale, A. NIUTTA, A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 477 ss; G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm.*, TAR, 2002, 5, 1568 ss; ID, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, Giuffrè, 1993, 859-860; M. CAMMELLI, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione (Varenna, 21-23 settembre 1995)*, Milano, Giuffrè, 1997, 125 ss; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., 163; con specifico riguardo alla descrizione del momento lucrativo di qualsiasi società, a prescindere dalla natura pubblica o privata, R. COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 798 ss.

Ancora sull'extraterritorialità, M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 270; ID, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 10, 1051 ss; F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, cit., 285, secondo cui «la S.p.A. [...] può ben svolgere le proprie attività come un qualunque soggetto commerciale di diritto privato»; V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1997, 79; P.S. PUGLIANO, *Brevi considerazioni in tema di estensione extramoenia dei servizi pubblici locali gestiti a mezzo di azienda speciale*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 308 ss, ed in particolar modo p. 319; conscia della riconosciuta legittimazione dell'extraterritorialità delle società locali, seppur con qualche timore di violazione dell'assetto concorrenziale, E. SCOTTI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali e delle società miste tra vincoli funzionali, regole procedimentali e principi concorrenziali*, in *Foro it.*, 1999, III, 396 ss; ID *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 4, 777 ss, in cui l'A., pur ammettendo la possibilità per le società locali di operare al di fuori del territorio, preferisce la soluzione che impone di volta in volta un confronto circa la fattibilità dell'operazione, ovvero il *quantum* di distrazione di risorse che ne derivi per il servizio originario. Una prospettiva analoga a quelle appena delineate si evince anche dal lavoro di D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, cit., 137 ss, in cui l'A. afferma in via generale che l'impresa pubblica può, vista la sua natura per l'appunto imprenditoriale, svolgere attività che non rientrano nel concetto di servizio pubblico in senso metagiuridico, purché vi sia alla base sempre un interesse pubblico. Ma se così è, se ne desume che non vi siano insormontabili ostacoli a che la società locale operi anche al di fuori dei confini di riferimento.

Inoltre, visioni contrapposte emergevano anche sul versante di coloro che erano favorevoli all'extraterritorialità. Al di là dell'opinione di chi propendeva per un'illimitata capacità di agire della società¹³³, da alcuni criticata¹³⁴, le principali incertezze riguardavano il collegamento tra attività societaria ed elemento funzionale: vi era pericolo di non trovare un punto di incontro su cosa fosse (o non fosse) realmente servente ai fini istituzionali dell'ente locale. Pertanto, i dubbi insistevano su più versanti, ed anche all'interno delle stesse correnti di pensiero.

Ciò premesso, è necessario considerare le diverse sfumature assunte dal vincolo funzionale nel pensiero del giudice amministrativo e della più accreditata dottrina.

In prima battuta, in continuità con quanto finora detto, si segnalano gli orientamenti più fedeli all'apertura alla generalizzata capacità contrattuale associativa degli enti locali nel settore dei servizi pubblici. Tra questi, la teoria secondo cui lo strumento societario è l'unico¹³⁵ che consenta all'ente locale di poter offrire il servizio sul mercato a livello extracomunale¹³⁶, nonché quella volta a legittimare l'utilizzo anche della società a

¹³³ A. NIUTTA, A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 477 ss.

¹³⁴ M. DUGATO, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, cit., 1055, ritiene comunque imprescindibile il rispetto dell'elemento funzionale.

¹³⁵ Così, Tar Lombardia, Brescia, 28 dicembre 1995, n. 1396, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1209, il quale contrappone esplicitamente la società per azioni all'azienda speciale, elemento che al contrario non consente l'offerta del servizio sul mercato extracomunale. In modo analogo, ossia sempre a favore di una limitazione territoriale in capo alle aziende speciali ed ad un contestuale *favor* a riguardo per le società miste si veda sempre Tar Lombardia, Brescia, 16 giugno 1995, n. 652, con nota di V. PARISIO, *Aspetti economico-redistributivi e tutela dell'ambiente nell'attività extramoenia dell'azienda speciale*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2370 ss; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 24 luglio 1992, n. 352 Cons. St., sez. VI, 5 gennaio 1995, n. 2.

¹³⁶ È vero che la giurisprudenza è talvolta giunta a legittimare anche l'attività extraterritoriale delle aziende speciali. Per esempio, si vedano a favore di questa lettura, Cons. St., sez. V, 10 marzo 1997, n. 243; Tar Veneto, sez. I, 3 marzo 1999, n. 266; Tar Toscana, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 25; Tar Piemonte, sez. II, 29 giugno 1995, n. 373; Tar Lombardia, sez. I, 29 gennaio 1994, n. 88; Tar Veneto, 11 agosto 1997, n. 1304; Tuttavia, a riguardo, occorre innanzitutto segnalare che i dubbi su tale specifico aspetto, anche a livello dottrinale, erano di gran lunga maggiori rispetto a quelli relativi all'attività *extramoenia* delle società miste.

Ad esempio, sfavorevoli all'utilizzo delle aziende speciali a livello extraterritoriale, P.S. PUGLIANO, *Brevi considerazioni in tema di estensione extra moenia dei servizi pubblici locali gestiti a mezzo di azienda speciale*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 308 ss; E. SCOTTI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali e delle società miste tra vincoli funzionali, regole procedurali e principi concorrenziali*, in *Foro it.*, 1999, III, 405.

Inoltre, questione ancor più rilevante, anche laddove il giudice amministrativo avesse avallato l'operatività dell'azienda speciale oltre i confini territoriali, occorre presupposti per legittimare tale situazione. *In primis*, condizione necessaria anche per le società miste, l'estensione dell'attività non doveva causare svantaggi alla comunità di riferimento; inoltre – e qui sta l'elemento caratterizzante – occorre una convenzione tra il Comune che aveva costituito l'azienda speciale e quello che avrebbe goduto delle prestazioni. Tale ultimo aspetto, oltre che trovare conforto nel dato normativo, ossia nel combinato disposto tra gli artt. 24 e 25, l. n. 142/90 e l'art. 5 d.P.R. n. 902/1986, è stato segnalato anche dalla giurisprudenza. A riguardo, fra le tante, Cons. St., sez. V, 6 aprile 1998, n. 432, a detta del quale «un'azienda speciale può assumere o svolgimento di un servizio eccedente l'ambito territoriale dell'ente locale di riferimento solo rispettando regole procedurali inderogabili (nella specie, mediante moduli convenzionali e consortili)»; in modo analogo, Cons. St., 23 aprile 1998, n. 475.

Sul punto, Tar Lombardia, Brescia, 24 dicembre 1996, n. 1422 esclude categoricamente, a prescindere da qualsiasi convenzione, l'extraterritorialità delle aziende speciali.

responsabilità limitata¹³⁷, opzione ulteriore che andava a sommarsi alle società per azioni, unica espressamente nominata dal legislatore. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, è evidente che l'avallo di un modello allora atipico in ambito pubblico, ma compatibile con la *vis expansiva* dell'attività societaria, non potesse che confermare il *trend* avviato dalla già citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 374/1990¹³⁸.

L'impostazione è stata rafforzata anche grazie all'intervento del giudice ordinario il quale, seguendo quanto già sostenuto nell'ambito della giurisdizione amministrativa, ha chiarito che le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici locali, pur se a prevalente partecipazione pubblica, costituissero un soggetto di natura privata¹³⁹, dal che derivava la difficoltà di porre loro dei freni nello svolgimento dell'attività *extramoenia*, se non altro perché soggetti distinti dall'ente territoriale di riferimento. Del resto, la separazione tra quest'ultimo e la società è stato uno dei punti di forza della tesi di chi riteneva la seconda un soggetto idoneo ad operare a livello extraterritoriale, desumendone spesso la legittimazione sulla base di un ragionamento *a contrario*, incentrato sul confronto con le aziende speciali.

Nonostante vi fossero alcuni esponenti di una pur accreditata dottrina che propendeva in senso contrario¹⁴⁰, la giurisprudenza maggioritaria pose generalmente una resistenza di gran lunga maggiore all'azione *extramoenia* delle aziende speciali rispetto alle società, se non

¹³⁷ Cons. St., sez. I, 2 dicembre 1992, n. 2685, in Cons. St., 1994, I, 284, rendeva un parere favorevole sul tema.

¹³⁸ Sul confronto tra tipicità ed atipicità dei modelli gestori si tornerà comunque in seguito, anche nel § 2.1. del presente capitolo.

¹³⁹ Corte cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989, con nota di F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996, I, 1364 ss. Su tale pronuncia, divenuta celebre con il nome di "Siena parcheggi", nonché sull'analisi delle relative conseguenze, si tornerà alla fine del capitolo. Per ora, sia sufficiente affermare che la sentenza, benché rimarchi in modo assolutamente condivisibile la natura privata della società per la gestione dei servizi pubblici locali, si presti ad altre aspre critiche sotto altri profili. Su tutti, il rifiuto dell'obbligo per tali società di utilizzare la procedura ad evidenza pubblica nella scelta del contraente con cui concludere un appalto di lavori.

In senso contrario, F. FRACCHIA, *La Suprema Corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico?*, in *Foro it.*, 2000, I, 812-813, nota a commento di Corte cass., Sez. Un., 29 ottobre 1999, n. 754, in cui l'autore ipotizza un crescente allontanamento del modello societario pubblico da quello tracciato dal diritto comune.

¹⁴⁰ Favorevoli all'attività extraterritoriale delle aziende speciali, N. AICARDI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 123-124, il quale propende esplicitamente per la loro natura imprenditoriale; propende allo stesso modo per tale natura G. CAIA, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 1995, 2, 172 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione di servizi pubblici locali*, Napoli, Jovene, 1993, 233; S. GOTTI, *Rilievi in tema di attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Dir. Regione*, 1994, 338 ss.; ID, *Questioni varie in tema di affidamento dei servizi pubblici locali: situazioni tutelabili e requisiti soggettivi nella partecipazione alle gare*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1993, 236 ss, in cui il diniego all'attività extraterritoriale viene ritenuto eccessivamente rigido; A. NIUTTA, A. POLICE, *ult. op. cit.*; D. SORACE, C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Dir. amm.*, 1996, 653 ss.; G. VESPERINI, *L'attività dell'azienda locale fuori dal territorio comunale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 3, 239 ss.

In giurisprudenza, Tar Piemonte, sez. II, 29 giugno 1995, n. 373, secondo cui «il territorio, quale delimitazione spaziale della collettività ivi stanziata, assume la consistenza di vincolo per individuare gli interessi da soddisfare; di guisa che lo svolgimento di attività extracomunale non incontra nessun divieto allorché sia comunque a beneficio dei cittadini».

altro perché, pur a fronte di qualche rifiuto assoluto¹⁴¹, generalmente il giudice amministrativo pretendeva che la legittimazione all'attività *extramoenia* fosse subordinata ad un previo accordo *ex artt.* 24 e 25 l. n. 142/90 tra il Comune istitutore ed il Comune che intendeva fruire del servizio da essa reso¹⁴². È dunque naturale che tale presupposto, espressamente preteso, fosse considerato dal giudice amministrativo quale un passaggio imprescindibile per poter autorizzare l'azienda speciale ad operare oltre i confini, così spezzando quei vincoli di strumentalità e dipendenza rispetto all'ente costitutore. La *ratio* è intuitiva: dare effettiva dimostrazione del fatto che attraverso la convenzione l'attività *extramoenia* potesse apportare ulteriori miglioramenti al servizio.

Considerato che, con riferimento alle società non sembra mai essere stata avanzata una pretesa analoga, se ne deduce una miglior predisposizione all'extraterritorialità, nell'ottica giurisprudenziale, del modello societario rispetto a quello dell'azienda. La conseguenza è evidente: gli enti locali avevano maggiori rassicurazioni di poter operare in modo più dinamico sul territorio adottando uno strumento piuttosto che l'altro¹⁴³.

¹⁴¹ Tar Lombardia, Brescia, 24 dicembre 1996, n. 1422, secondo cui «un'Azienda municipalizzata non può negoziare direttamente, mediante trattativa privata o procedura concorsuale, con un Ente locale differente rispetto a quello da cui dipende, allo scopo di gestire un servizio pubblico nell'ambito territoriale di quest'ultimo, poiché i suddetti servizi, trascendono la dimensione locale degli interessi per il cui soddisfacimento tale Azienda è stata istituita».

¹⁴² Tra le tante, Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998, n. 475; Cons. St., sez. V, 6 aprile 1998, n. 432; Cons. St., sez. V, 10 marzo 1997, n. 243; Cons. St., sez. V, 3 agosto 1995, n. 1159; Cons. St., sez. VI, 5 gennaio 1995, n. 2; Tar Lombardia, sez. Brescia, 28 dicembre 1995, n. 1396; Tar Lombardia, Brescia, 16 giugno 1995, n. 652; *Contra*, Tar Veneto, 11 agosto 1997, n. 1304, secondo cui «l'azienda speciale, può partecipare alle gare per l'assunzione di altri servizi, anche fuori dal comune di appartenenza»; in termini analoghi, ovvero favorevoli ad un'attività extraterritoriale delle aziende speciali, purché essa soddisfi anche gli interessi della popolazione dell'ente di riferimento, Tar Piemonte, sez. II, 29 giugno 1995, n. 373, Tar Lombardia, sez. I, 29 gennaio 1994, n. 88.

In dottrina, N. AICARDI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, cit., 139-140, il quale sottolinea che l'azienda speciale potrebbe operare a livello extraterritoriale anche grazie la semplice concessione a terzi di cui all'art. 22, co. 3, lett. b), l. n. 142/90, alla stregua di qualsiasi impresa privata, e perciò senza bisogno della previa convenzione né accordo con l'ente destinatario del servizio. In modo analogo anche R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione di servizi pubblici locali*, cit., 231 ss.

¹⁴³ Del resto, la preferenza del modello societario per lo svolgimento di servizi a livello extraterritoriale si evince anche dalla lettura dell'opera di E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, cit., 561. L'A. ritiene, sulla base di una valutazione *a posteriori*, che il trascorso temporale abbia dato ragione all'orientamento maggioritario in giurisprudenza (e minoritario in dottrina), favorevole al riconoscimento di chiari limiti per l'attività extraterritoriale delle aziende speciali. La motivazione dell'affermazione non si rinviene tanto nella preferenza per uno dei due modelli, quanto piuttosto per l'intervento del legislatore che, attraverso l'art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448, rendeva obbligatoria la trasformazione delle aziende speciali in società di capitali, in precedenza resa solo facoltativa dall'art. 17, co. 51-55, l. 15 maggio 1997, n. 127.

A riguardo, si vedano anche le osservazioni di D. SORACE, C. MARZUOLI, *ult. op. cit.*, 654, i quali, pur se nel complesso favorevoli allo svolgimento di attività extraterritoriale delle aziende speciali, ricostruiscono parte dei passaggi maggiormente comuni nella giurisprudenza per motivare la limitazione dei confini di azione. Tra questi, sono ricordati anche – e sul punto viene ripresa la già citata pronuncia Tar Lombardia, Brescia, 28 dicembre 1995, n. 1396 – la mancata conversione di alcuni decreti legge (d.l. n. 478/1994; d.l. n. 559/1994; d.l. n. 658/1994), o la modificazione in senso soppressivo di alcune loro parti (d.l. n. 26/1995), che hanno di fatto impedito l'affermazione di un'ampia capacità negoziale delle aziende speciali, compresa l'autorizzazione ad esercitare a livello extraterritoriale.

L'*excursus* compiuto sembrerebbe confermare quanto finora affermato, ovvero che l'attività extraterritoriale societaria fosse generalmente consentita, purché ciò non contrastasse con la soddisfazione dei criteri della collettività di riferimento dell'ente socio. Questa preliminare conclusione non stupisce: è stato già più volte segnalato come l'aspetto in questione non possa essere trascurato in virtù del vincolo funzionale, il quale deve pur sempre collegare l'attività pubblicistica e privatistica dell'ente pubblico ai propri fini istituzionali.

Il punto di svolta della questione diveniva, pertanto, il riconoscimento della base giuridica attraverso cui giustificare l'attività extraterritoriale. In altre parole, occorre comprendere se quest'ultima potesse legittimarsi mediante il semplice richiamo all'art. 11 c.c., oppure mediante la dimostrazione di un miglioramento del servizio grazie all'estensione dell'azione societaria, ovvero all'assenza, quantomeno, di un suo peggioramento.

La prima teoria, rinvenuta nei pensieri di alcuni esponenti della più accreditata dottrina¹⁴⁴, presentava il rischio di generare forti incomprensioni sui limiti posti dall'autonomia contrattuale degli enti locali, in quanto avallava l'assunzione del servizio al di là della comunità di riferimento, senza porsi molti scrupoli sulle conseguenze – positive o negative che siano – cui potrebbe condurre l'estensione del bacino di utenza. In altre parole, tale impostazione non si preoccupava dell'eventualità che l'extraterritorialità potesse migliorare, o al contrario diminuire, la qualità del servizio reso alla popolazione dell'ente locale titolare. In questo senso, il potenziale ritorno economico degli investimenti, ovvero il rischio di impresa inteso come libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., avrebbe legittimato di per sé l'estensione dell'attività. L'elemento funzionale avrebbe rilevato solamente al momento dell'assunzione del servizio all'interno della collettività dell'ente locale di riferimento, ma l'attività extraterritoriale non avrebbe dovuto poi giustificarsi in termini di apporto di maggiori benefici a quest'ultima o, comunque, di assenza di pregiudizio. Tuttavia, sembra che questa impostazione fosse carente in termini di salvaguardia

Pertanto, da quanto detto, potrebbe effettivamente evincersi una certa ritrosia dello stesso legislatore, da sommarsi a quella del giudice amministrativo, che potrebbe far effettivamente propendere per una diffidenza più o meno latente nei confronti dell'estensione del modello aziendalistico.

¹⁴⁴ A. NIUTTA, A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., i quali in particolare distinguono gli scopi propri dell'ente locale di riferimento e della società da questi partecipata. In particolare, gli A. affermano che l'attività extraterritoriale sia una naturale conseguenza della costituzione della società in quanto l'ente locale ha come scopo precipuo la cura dei fini sociali e lo sviluppo economico e civile della comunità locale. Al contrario, la società ha uno scopo ben diverso, ovvero lo svolgimento di un'attività economica con finalità di lucro. Per rafforzare la tesi, viene eseguito un confronto con l'azienda speciale, rispetto alla quale il momento funzionale, rimanendo centrale, impedisce l'estensione dell'azione societaria. Non così, invece, per le società miste, il cui impedimento all'attività *extramoenia* causerebbe problematiche di rilevanza costituzionale legate alla restrizione della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.

Sul punto, anche L. VASQUES, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, Giappichelli, 1999, 76-77, ed in special modo pp. 105 ss, ritiene che il modello della società mista non tolleri limitazioni alla normale *vis expansiva* dell'oggetto sociale, la quale altro non fa che conformarsi alle strategie dei mercati.

dell'interesse pubblico, e necessitasse di qualche doveroso correttivo, se non altro in chiave negativa poiché, portata alle sue estreme conseguenze, non rifiutava con sufficiente convinzione, come invece da altri preteso, l'ipotesi che la dimensione sovracomunale potesse cagionare dei disagi, ossia dei disservizi, alle prestazioni rese alla comunità di riferimento¹⁴⁵. In altre parole, la tesi non poneva, nell'ottica di un ineludibile *favor* per l'iniziativa privata, un assoluto rifiuto all'eventualità del peggioramento del servizio (da notare che questa lettura possa riferirsi esclusivamente all'epoca ivi considerata, ovvero l'ultimo decennio del secolo passato, mentre ad oggi risulterebbe poco convincente, data la presenza degli ambiti ottimali).

Pertanto, si cominciavano facilmente a notare, già solo attraverso il richiamo a queste prime interpretazioni, che l'indirizzo giurisprudenziale affermatosi con la richiamata pronuncia n. 374/1990 fu soggetto a svariate revisioni ed interpretazioni, cui effettivamente la sentenza si prestava. Essa, limitandosi ad affermare che l'attività extraterritoriale fosse lecita a fronte del presupposto che i servizi continuassero ad essere garantiti alla collettività di riferimento, lasciava irrisolti alcuni interrogativi. Ad esempio, nulla diceva circa le modalità di identificazione dei benefici, ovvero se essi potessero essere valutati come la resa di un servizio migliore in ambiti ottimali, ovvero come semplice vantaggio per la comunità di riferimento (ed in questo caso vi era spazio per ulteriori incertezze relative al volto concreto da attribuire a tali benefici, chiarendo quantomeno se potessero o meno valutati in termini economici).

La seconda teoria, invece, appariva più fedele ai limiti posti all'autonomia contrattuale delle amministrazioni. L'extraterritorialità era più che altro ammessa a fronte di comprovati vantaggi che la collettività di riferimento avrebbe ricevuto a fronte dell'estensione dell'attività anche in una dimensione esterna rispetto a quella del proprio Comune¹⁴⁶. L'apporto di tali vantaggi costituiva, ovviamente, un *quid pluris* rispetto alla richiesta di assenza di pregiudizi, se non altro perché la società locale era chiamata, ogni qual volta decideva di partecipare a delle gare per l'affidamento del servizio al di fuori dei confini, a dare una dimostrazione in

¹⁴⁵ A favore di un'attività extraterritoriale delle società locali, che sia però legata all'assenza di pregiudizi in termini di qualità del servizio reso, Tar Toscana, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 24; Tar Emilia-Romagna, Parma, 2 maggio 2002, n. 240; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080.

¹⁴⁶ Più incline ad adottare tale visione, senz'ombra di dubbio maggiormente scrupolosa nei confronti del mantenimento della qualità del servizio nonostante l'estensione territoriale, F. GOISIS, *I limiti all'attività extramoenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 560 ss, il quale fa coerentemente riferimento all'attività extramoenia come ricerca di un ambito sovracomunale ottimale nella gestione del servizio.

In giurisprudenza, sulla tolleranza dell'attività extraterritoriale legata a finalità di promozione della comunità locale di emanazione, Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2005, n. 5196; Cons. St., sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 8 giugno 2007, n. 1209.

positivo sul fatto che la collettività di riferimento non potesse che trarre dei vantaggi dall'espansione. Anche questo secondo orientamento lasciava qualche margine di incertezza.

Nella precedente impostazione il punto focale del dibattito risiedeva nel contrasto di opinioni secondo cui l'estensione dell'azione della società locale potesse giustificarsi o meno per il sol fatto che l'attività economica fosse da considerarsi libera ai sensi dell'art. 41 Cost.; di lì, il confronto poteva eventualmente volgere alla necessaria assenza di pregiudizio per la collettività di riferimento, o che dir si voglia alla compatibilità tra vocazione imprenditoriale ed obblighi istituzionali. In questa seconda prospettiva, invece, la questione diveniva ancor più intricata, poiché era necessario individuare quale beneficio potesse legittimare l'attività extraterritoriale. Gli orientamenti giurisprudenziali hanno reso interpretazioni differenti.

È stato talora negato che il mero ritorno economico potesse rappresentare un'effettiva soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento¹⁴⁷; la prudenza era generalmente dovuta all'affermazione che il capitale investito non apparteneva alla società ma alla comunità¹⁴⁸, e ciò era sufficiente per escludere che la ricerca del mero lucro potesse giustificare l'estensione dell'azione. Pertanto, una lettura di tal genere si limitava a definire come vantaggio il semplice apporto di migliorie tecniche, in assenza delle quali non sarebbe stato possibile autorizzare il generalizzato dinamismo societario.

In altri casi, invece, la giurisprudenza ha individuato nella semplice prospettiva di guadagno un valido interesse per la collettività, idoneo a giustificare l'attività *extramoenia*. Al riguardo, occorre sottolineare la differenza con quella corrente dottrinale e giurisprudenziale che qualificava la natura imprenditoriale della società come una conseguenza ineludibile del ricorso all'utilizzo dello strumento societario¹⁴⁹. Secondo quella precedente ottica, il mero ritorno economico doveva considerarsi un insopprimibile tratto caratteristico di questo modello di gestione dei servizi pubblici locali. Al contrario, nella prospettiva ora evidenziata

¹⁴⁷ Cons. St., sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, in *Foro it.*, 2005, III, 385; Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, in *Foro amm.*, CDS, 2004, 2620; Cons. St., sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5204, in *Foro amm.* CDS, 2005, 9, 2592, secondo cui «l'attività extraterritoriale di società a partecipazione pubblica locale è subordinata alla dimostrazione che in tal guisa viene soddisfatta una specifica esigenza della medesima collettività, che non si traduca in un mero ritorno di carattere imprenditoriale»; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 8 giugno 2007, n. 1209, il quale ricorda che «l'attività extraterritoriale svolta dalle società miste non è del tutto libera ma - in funzione del vincolo teleologico connesso al soddisfacimento dei bisogni della collettività locale cui fa riferimento - è subordinata alla dimostrazione che attraverso tale attività venga soddisfatta una specifica esigenza della medesima collettività (che non si traduca in un mero ritorno economico) e soprattutto sia esclusa una incompatibilità con gli interessi di tale collettività, determinata da una possibile distrazione di risorse e mezzi in grado di arrecare un pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico locale».

¹⁴⁸ Cons. St., sez. IV, 29 settembre 2004, n. 5204, cit. La medesima impostazione si desume anche dalla lettura di Tar Lombardia, Brescia, 14 gennaio 2000, n. 8, in cui si riconosce che la società locale «potrà valicare il territorio di competenza, solo se serve agli interessi degli Enti che vi partecipano», il che comporta il passaggio in secondo piano delle finalità di guadagno.

¹⁴⁹ Vd. note 132 e 138.

(nonostante i rilievi critici)¹⁵⁰, tale aspettativa viene declinata non tanto come un carattere essenziale ed intrinseco alla società per azioni, quanto come un particolare interesse della collettività: lo scopo di lucro veniva dunque quotato quale vero e proprio interesse pubblico¹⁵¹. In altre parole, la giurisprudenza favorevole sul punto riteneva che l'arricchimento, o quantomeno il potenziale arricchimento, costituisse un elemento idoneo a giustificare l'attività extraterritoriale, facendo leva non sulla dimensione privatistica della società, bensì, con un'interpretazione di gran lunga più audace, sulla dimensione pubblicistica dell'interesse degli enti costitutori: la dimostrazione del possibile ritorno economico veniva individuata come un elemento non contraddittorio, bensì empatico, rispetto alla cura delle esigenze della collettività¹⁵².

¹⁵⁰ Tar Toscana, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 24; Tar Liguria, sez. II, 8 maggio 1997, n. 134, in *Foro amm.*, 1998, 848, il quale propende espressamente per la limitazione della capacità imprenditoriale della società locale laddove gli obiettivi non influiscano positivamente sulla soddisfazione delle esigenze della collettività di riferimento. Il giudice ligure, difatti, afferma che «*l'estensione dell'attività della società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio dell'Ente locale che l'ha costituita presuppone comunque un collegamento funzionale, anche se non territoriale, tra il servizio eccedente l'ambito locale e le necessità della collettività locale, collegamento che non può essere ridotto al puro dato dell'interesse imprenditoriale*». A conferma dell'orientamento così esposto si è pronunciato anche il giudice d'appello nell'ambito della stessa controversia: si veda Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Urb. e app.*, 1998, 402 ss, con nota di R. GAROFOLI, *Spa mista: criteri di selezione del socio privato di minoranza*. Ritiene che la semplice prospettiva di arricchimento attraverso il modello societario non contraddistingua un bisogno della comunità di riferimento Tar Emilia-Romagna, Parma, 2 maggio 2002, n. 240, in *Foro amm. Tar*, 2002, 1565 ss., con nota di con nota di G. CAIA, *L'attività imprenditoriale della società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*. In quest'occasione, il giudice emiliano-romagnolo afferma che «*l'estensione dell'attività fuori del territorio dell'ente locale costituente è possibile a condizione che [...] vengano soddisfatte anche le esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'ente costituente e che ciò non si traduca in un mero ritorno di carattere imprenditoriale*».

In dottrina, F. GOISIS, *I limiti all'attività extramoenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, cit., 563-564, riconosce che, pur a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato n. 374/1990, il giudice amministrativo si sia mostrato in diverse occasioni piuttosto refrattario nell'avallare l'attività extramoenia, ed a fronte di autorizzazioni in tal senso, l'A. ritiene che la motivazione cui faceva riferimento la giurisprudenza fosse sempre la stessa: la dimensione ottimale sovracomunale del servizio. Altri parametri, come ad esempio la convenienza legata ai maggiori profitti, non venivano in alcun modo presi in considerazione.

¹⁵¹ Sembra questa la corretta lettura da rendere a Cons. St., sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1469, secondo cui «*a differenza del modello delle aziende speciali, è operante per le società miste a maggioranza pubblica, costituite appositamente per lo svolgimento di servizi pubblici, una maggiore flessibilità nel dimensionamento del vincolo funzionale nel senso di ammetterne l'impegno extraterritoriale ove questo comporti apprezzabili ritorni di utilità e non distolga in maniera rilevante risorse e mezzi dalla collettività di riferimento*».

In termini analoghi anche Cons. St., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in *Giur. it.*, 2006, 3, 615, in cui il Collegio apre a favore di valutazioni circa la convenienza economica dell'investimento.

In dottrina, ripropongono il collegamento tra elemento funzionale e remunerazione, F. GOISIS, *ult. op. cit.*, 567; G. ROSSI, *L'ambito territoriale e i rapporti delle società con i soci terzi*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali. Atti del Convegno, Messina, 22-23 novembre 1996*, Milano, Giuffrè, 1999, 173 ss., ed in particolar modo p. 176, in cui l'A. afferma che «*è sufficiente che l'azienda speciale o la società traggano economie di scala, vantaggi economici dalla loro attività extraterritoriale, per legittimare l'ampliamento al di fuori del territorio*».

¹⁵² La teoria appare ancor più significativa se confrontato con quanto scritto da N. AICARDI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, cit., 134-135-138, il quale, con riferimento alle sole aziende speciali, ricorda che l'attività extraterritoriale debba necessariamente mantenere un carattere strumentale rispetto al perseguimento dei fini istituzionali dell'azienda. Nella specificazione del

Ne sono discese importanti conseguenze, deducibili dalla lettura di successive pronunce, emanate solo pochi anni fa. Il giudice amministrativo è talvolta giunto, in contrapposizione a quanto affermato in altre occasioni¹⁵³, ad esonerare gli enti locali dall'oneroso compito di giustificare in positivo, alla luce dell'interesse pubblico, la convenienza economica dell'attività extraterritoriale¹⁵⁴. Tale esonero è stato motivato sulla base delle semplici dimensioni della società, ovvero sull'assunto che l'elevato numero di enti soci avrebbe di per sé determinato la legittimità dell'attività *extramoenia*, senza che a riguardo fossero necessarie ulteriori dimostrazioni¹⁵⁵. In casi del genere, dunque, il *favor* per l'estensione dell'azione era evidente, in quanto la convenienza economica veniva considerata compatibile con l'assenza di pregiudizi concreti per la collettività, laddove invece l'astratto nocumento che sarebbe potuto derivare dal rischio imprenditoriale non sembrava godere di considerazione.

La giurisprudenza ha dunque compiuto un passo ulteriore, in quanto appariva evidente l'introduzione di una presunzione di legittimità dell'attività extraterritoriale a fronte delle dimensioni societarie. L'orientamento appena riproposto ha fortemente incentivato gli enti locali ad aggregarsi al fine di costituire società con risorse economiche e tecniche importanti,

concetto, questi sottolinea la necessità che l'attività extraterritoriale delle aziende speciali sia volta ad apportare delle migliorie non tanto sotto il profilo economico, quanto sotto quello dell'accresciuta efficienza e qualità del servizio.

Ciò detto, viene spontaneo eseguire il paragone con l'orientamento giurisprudenziale sopra citato sulle società miste. Infatti, e nonostante il carattere imprenditoriale delle aziende speciali affermato da Aicardi, se ne desume che la società locale è il solo strumento idoneo a legittimare il fine lucrativo e di arricchimento per la comunità di appartenenza. Pertanto, la natura commerciale della seconda è ben più significativa. Ne deriva che il fine di guadagno implica un maggior incentivo per gli enti locali alla loro costituzione.

¹⁵³ Cons. St., sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, in cui per l'appunto si legge che «*la capacità, in termini di mezzi tecnici e finanziari, della società mista ad assumere, in aggiunta a quelle derivanti dal servizio svolto per l'ente di riferimento, anche il servizio oggetto della specifica gara alla quale chiede di partecipare, attiene alla legittimazione della società a partecipare alla gara ed assume quindi la valenza di un requisito soggettivo che, in quanto tale, deve essere assoggettato a verifica come avviene per altri requisiti soggettivi*»; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, secondo cui, ai fini della legittimazione all'attività *extramoenia* è necessaria la dimostrazione di un'utilità di riferimento tangibile per la collettività di riferimento che, tra le altre cose, secondo questo giudice non può configurarsi quale un mero ritorno di carattere economico imprenditoriale.

¹⁵⁴ Cons. St., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, cit., espone a riguardo un ragionamento estremamente interessante. Difatti, in prima battuta, richiamando un precedente della stessa sezione (3 settembre 2001, n. 4586), sottolinea che l'assunzione del servizio a livello extraterritoriale sia legittimo a fronte del semplice fatto che l'attività non incida negativamente sulla gestione *intramoenia*. In questo senso, dunque, è chiaro come non venga pretesa la dimostrazione di una vera e propria convenienza economica. Inoltre – e qui sta l'elemento di maggiore interesse della pronuncia – nella visione di questo giudice all'aumentare delle dimensioni della società corrisponde la diminuzione delle possibilità che l'attività extraterritoriale causi una distorsione delle risorse nonché il conseguente pregiudizio per la comunità di riferimento.

Tale interpretazione è stata anche avvallata da Cons. St., sez. VI, 16 giugno 2009, n. 215.

¹⁵⁵ In termini analoghi alla sopra annotata giurisprudenza, Tar Lazio, Roma, sez. III, 30 giugno 2008, n. 6333, in cui si legge che la disponibilità di mezzi economici e finanziari induce a ritenere che la società locale possa partecipare alla gara per l'affidamento del servizio in altre circoscrizioni territoriali; Cons. St., sez. V, 15 maggio 2009, n. 3001 afferma che «*le dimensioni della società [...] sono tali da ritenere insussistente un pericolo di sviamento anche ai limitati fini di un non proficuo perseguimento rispetto alle finalità istituzionali avute di mira dagli enti pubblici partecipanti al suo capitale*».

in quanto in tale ipotesi il giudice amministrativo non imponeva né il predetto obbligo della dimostrazione in positivo della convenienza economica né tantomeno una distorsione delle risorse che potesse inficiare la resa dei servizi nei territori di riferimento. L'impressione è che l'interprete abbia così individuato una legittimazione all'attività extraterritoriale *in re ipsa*, ossia legata al peso economico ed alle dimensioni della società. Ne conseguiva l'affermazione di un crescente processo di defunzionalizzazione dell'oggetto sociale, i cui contorni non coincidevano più con la cura di interessi circoscritti ad una precisa area locale. In altre parole, l'attività societaria vedeva stravolta la propria natura originaria.

Ma vi è di più. Se è vero che la società di notevoli dimensioni legittimava in via presuntiva l'assunzione di un servizio al di là dei confini territoriali, l'interprete non era chiamato a verificare se quell'attività potesse essere opportunamente svolta in diversi bacini di utenza (perché ciò doveva darsi per presupposto); l'eventuale censura doveva semmai riguardare la delibera con cui l'ente locale sceglieva di investire le proprie risorse in un determinato tipo societario piuttosto che in un altro¹⁵⁶. Le conseguenze sul piano processuale erano evidenti: la contestazione da parte di imprese terze, potenziali concorrenti con la società locale, non avrebbero riguardato le modalità di affidamento del servizio, bensì la pregressa decisione dell'ente (o degli enti) di costituire la medesima che, viste le sue notevoli proporzioni, avrebbe senza dubbio operato su più livelli territoriali¹⁵⁷. La lettura è ancora più significativa se confrontata con la soluzione approntata dal legislatore negli anni successivi. Ad oggi, la definizione per via legislativa degli ambiti territoriali ottimali (in ultimo con l'art. 3bis, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148) ha certamente limitato il fenomeno così descritto, ed anzi essa è risultata un efficace rimedio per contrastare le contraddizioni descritte. L'intervento del legislatore si è rivelato assolutamente puntuale perché ha imposto una delimitazione che, altrimenti, gli enti locali non avrebbero osservato a causa dell'accrescimento della propria capacità imprenditoriale.

Tuttavia, con riferimento all'epoca passata in questa sede analizzata, gli scenari che si aprivano erano apocalittici. L'operatore privato avrebbe potuto subire importanti svantaggi in quanto, *rebus sic stantibus*, sarebbe stata teoricamente legittima la declaratoria di inammissibilità per scadenza dei termini del suo ipotetico ricorso avverso l'affidamento.

¹⁵⁶ Sulla valutazione "a monte" dell'extraterritorialità, Cons. St., sez. I, 16 gennaio 2009, n. 215, in cui si legge che «*le stesse dimensioni della società, palesemente eccessive rispetto all'ambito locale, dimostrano, quindi, come la valutazione circa la convenienza della sua ultrattività sia stata compiuta a monte, all'atto della sua costituzione, in termini tali non richiedere la valutazione caso per caso*».

¹⁵⁷ La presente lettura sembra vallata da Tar Puglia, Bari, sez. II, 23 aprile 1998, n. 367, secondo cui l'affidamento del servizio ad una società a prevalente partecipazione pubblica costituisce naturale corollario della sua costituzione; pertanto, l'atto lesivo per l'imprenditore privato non è quello che sancisce tale affidamento, bensì quello costitutivo dello strumento societario.

Infatti, la decadenza dall'impugnazione si sarebbe verificata in un momento – la delibera comunale – assolutamente antecedente a quello in cui sarebbe concretamente sorto – la gara per l'affidamento di un servizio al di fuori del territorio di competenza della società locale – l'interesse legittimo dell'imprenditore privato concorrente. Il paradosso veniva confermato da quanto stabilito nell'ultima pronuncia annotata, in cui si affermava espressamente che la valutazione sulla convenienza dell'ultrattività doveva essere compiuta all'atto di costituzione della società, al fine di evitare una valutazione “caso per caso”.

Quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, oltre che contribuire a rendere più confuso ed estremamente frammentato il panorama giuridico del rapporto tra vincolo funzionale e limiti territoriali, si dimostra chiaramente favorevole per quegli enti locali che avessero voluto costituire proprie società. Ciò è evidente non soltanto per l'ampiezza dell'oggetto sociale, non più necessariamente coincidente con i bisogni della popolazione che risiede¹⁵⁸ nei Comuni soci, ma anche (e soprattutto) per l'introduzione di un regime processuale nettamente favorevole. È evidente che sarebbe stato estremamente arduo per gli operatori privati, intenzionati a contestare l'attività extraterritoriale, impugnare l'atto di costituzione “a monte” della società locale, momento in cui difficilmente sarebbe stato possibile dimostrare una concreta lesione (di stampo economico) al proprio bene della vita. Ed è comunque intuibile la minore sensibilità nella percezione del pregiudizio in tale momento.

Un elemento pare particolarmente degno di nota. Il filo conduttore degli orientamenti giurisprudenziali riportati si sviluppa attorno ad un solo minimo comun denominatore, ossia la necessità che la società locale svolgesse *in primis* l'attività per l'ente (o gli enti) di riferimento. Condiviso il presupposto, e dunque seguito l'insegnamento della pronuncia n. 374/1990 del Consiglio di Stato, il giudice amministrativo ha chiaramente reso risposte differenti circa la legittimità o meno dell'utilizzo dello strumento societario oltre i confini dell'ente locale di riferimento. L'estrema frammentazione degli orientamenti riportati evidenzia la mancanza di una visione unica a livello giurisprudenziale, nonostante la dottrina maggioritaria avesse propeso per il *favor* per l'extraterritorialità in modo più compatto. Il

¹⁵⁸ Anche la questione della residenza sarebbe poi, pur non essendo questa la sede, da approfondire. Infatti, è evidente che la fruizione dei servizi non possa essere parametrata solamente sui residenti o su coloro che comunque vivono stabilmente in una data località. Al contrario, la valutazione politica in ordine al servizio pubblico locale dovrebbe considerare, secondo un profilo sociologico prima che giuridico, anche tutti i soggetti che trascorrono in una determinata città, per esigenze puramente lavorative, gran parte della loro giornata, salvo per poi ritornare nel proprio Comune la sera. Tali soggetti, chiaramente, fruiscono dei servizi pubblici erogati dall'ente nel cui territorio esercitano la propria prestazione lavorativa. Ne discende che la predetta valutazione politica non può non considerare anche questi dati.

mare magnum delineato ha creato un sistema variegato, con plurime incertezze che consentivano di assumere decisioni alquanto flessibili e tra loro eterogenee.

Ciò spiega il rilevante potere decisionale in capo agli enti locali nella costituzione, o comunque partecipazione, ai modelli societari ammessi dal legislatore negli anni '90. Ecco, dunque, un primo importante passo nell'indagine delle ragioni che hanno condotto alla proliferazione delle società locali: l'assenza di un riferimento normativo chiaro su alcuni punti chiave della questione, nonché la profonda interpretabilità della sentenza che rappresentava il *leading case* in materia. La mancanza di chiarezza ha, di fatto, favorito una maggior disinvoltura per i Comuni nella stipulazione del contratto associativo.

La ricostruzione formulata, e che verrà approfondita nei successivi paragrafi, a prima vista non trova conforto nel pensiero di chi ritiene, ripercorrendo l'evoluzione dello strumento societario pubblico, con specifico riferimento alla difficile convivenza tra finalità pubblicistiche e scopo lucrativo, che la società pubblica sia stata piegata ad esigenze eterogenee, talvolta estremamente lontane da finalità speculative¹⁵⁹. Seguendo questa prospettiva, si è denunciato che le amministrazioni fossero spesso interessate non tanto al diritto privato quanto alla veste privatistica della società, così da fuggire l'applicazione dai vincoli pubblicistici¹⁶⁰. Tuttavia, corollario di queste conclusioni è il riconoscimento giurisprudenziale della preminenza della sostanza pubblicistica sulla forma privatistica¹⁶¹. In questa sede, non interessa conciliare le due anime contrastanti della società pubblica, in quanto rileva maggiormente un altro profilo della vicenda: ovvero, preme dimostrare che, aldilà della contrapposizione tra finalità speculative ed interessi pubblici nell'attività societaria, gli stessi enti locali, talora, vantassero in via principale un interesse speculativo all'atto della partecipazione in società.

Premesse queste osservazioni, occorre indagare più concretamente, a fronte di un panorama giurisprudenziale così variegato, o meglio confuso, i lidi verso cui queste incertezze hanno condotto.

2. La defunzionalizzazione dell'attività societaria e la pubblicizzazione del fine di lucro.

L'apertura di parte della giurisprudenza all'attività extraterritoriale della società pubblica maggioritaria ha impresso – è ovvio – un'impronta marcatamente imprenditoriale al modello di gestione dei servizi pubblici locali. Tuttavia, di ben altro spessore appare una seconda

¹⁵⁹ S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, 39 ss.

¹⁶⁰ ID, *ult. op. cit.*, 52.

¹⁶¹ ID, *ult. op. cit.*, 52.

conseguenza: la partecipazione degli enti locali soci poteva essere motivata alla luce di un mero intento lucrativo, quantomeno con riguardo ad alcune di queste amministrazioni. Si tenterà di dimostrare cioè che, nonostante in linea teorica la doverosa cura degli interessi della comunità di appartenenza sia un elemento funzionale irrinunciabile, nella prassi l'obiettivo dell'arricchimento dei Comuni soci – o comunque di alcuni di essi – fosse divenuto fine a se stesso. Seguendo questo filo logico, i vantaggi apportati dall'azione *extramoenia* potevano non identificarsi né nella resa del servizio né in suoi miglioramenti tecnici o qualitativi, bensì in semplici benefici economici.

Tale affermazione, che in prima battuta appare particolarmente audace, non sembra in realtà azzardata: è evidente, però, che necessita di approfondita spiegazione.

In primis si rileva che essa non contrasta con quanto già affermato nel precedente capitolo¹⁶², in cui si è sottolineato che l'impiego pubblico dello strumento societario non fosse incompatibile con lo scopo di lucro, da non potersi considerare “annacquato” per il solo fatto che la società fosse partecipata da enti pubblici territoriali. Tuttavia, se questo è il punto di partenza dell'analisi, le attuali riflessioni mirano ad approfondire la questione, dimostrando che l'aspettativa del guadagno fosse divenuta in alcune circostanze il solo fattore giustificativo dell'atto contrattuale di natura associativa. Di conseguenza, l'estensione territoriale non poteva più motivarsi, come nel suo originario significato, alla luce di una gestione più efficiente del servizio. Invero, la legittimazione della società ad operare oltre i confini di riferimento avrebbe determinato una differente lettura della funzionalizzazione dell'attività privatistica degli enti locali, non più sostenuta da ragioni eminentemente gestorie, ma dal semplice scopo di arricchimento. In questa prospettiva, l'interesse pubblico sarebbe divenuto coincidente con il puro rischio imprenditoriale o, che dir si voglia, con l'aspettativa di lucro.

Laddove si accettasse questa teoria, si dovrebbe convenire sull'avvio negli anni '90 di un processo di defunzionalizzazione dell'autonomia contrattuale degli enti locali, perlomeno sul piano associativo. Tale processo, ovviamente, non avrebbe riguardato l'intera società che – come finora ripetuto – non poteva (così come non può tuttora, chiaramente) rinunciare alla cura materiale della comunità di appartenenza. Al contrario, avrebbe riguardato alcuni degli enti locali soci, dal momento che la fruizione del servizio non sarebbe stata assicurata ad ognuno di essi per il sol fatto di possedere delle quote. Pertanto, il connubio tra extraterritorialità ed autonomia contrattuale associativa degli enti locali avrebbe determinato una situazione assolutamente particolare: la società per la gestione dei servizi pubblici, pur

¹⁶² Vd. cap. 1, note da 74 a 77.

potendo svolgere attività extraterritoriale, non operava necessariamente all'interno di ogni singolo ente socio. In questo senso, lo scopo di lucro sarebbe rimasto l'unico sostegno cui appoggiare il necessario motivo di interesse pubblico dell'attività amministrativa (anche) privatistica.

È vero che attraverso l'attività di impresa gli enti pubblici possono comportarsi alla stregua di soggetti privati (senza le limitazioni legislative che sono state imposte nel corso degli anni); tuttavia, l'attuale ambito di indagine si riferisce alla gestione di servizi pubblici, e dunque ad una attività amministrativa esercitata con mezzi privatistici, ragion per cui l'assoluta centralità dello scopo di lucro stonerebbe con la natura e le ragioni della dimensione ora analizzata.

Un fattore è indiscutibile. L'importanza assunta dalla prospettiva di arricchimento, qualora dimostrata, spiegherebbe almeno in parte la proliferazione delle società locali. Per dovere di completezza, occorre ricordare che anche l'esternalizzazione del servizio dà luogo a profitto, senza che ciò abbia mai causato alcuna contestazione, in quanto la tutela dell'interesse pubblico è garantita dalla regolazione e dal controllo. Tuttavia, nell'ipotesi della dequotazione del vincolo funzionale dell'attività societaria, la questione sembra differente; infatti, la costituzione della società veniva millantata quale forma gestoria del servizio pubblico cui poteva eventualmente accedere un fine di lucro. L'impressione è che i termini della questione fossero opposti, nel senso che la stessa società assumeva, nella sostanza, i contorni di uno strumento incline ad assicurare agli enti locali *in primis* un'opportunità di guadagno ed in seconda battuta, eventualmente, l'occasione di una migliore gestione del servizio. La difficile percezione della contraddizione faceva sì che gli enti locali fossero incentivati nella stipulazione del contratto associativo dalle prospettive di guadagno; ed, al contempo, agevolati in quanto il generale richiamo al partenariato pubblico-privato rappresentava una rassicurazione tale da far credere che la partecipazione societaria degli enti locali fosse di per sé garanzia assoluta della soddisfazione della finalità pubblica.

Ciò detto, occorre verificare se la tesi prospettata sia accettabile. Del resto, è facile intuire la delicatezza della questione: è palese che il legislatore del '90, ed in seguito quello del '92, hanno diminuito la distanza tra la capacità di agire delle pubbliche amministrazioni a quella del privato, ma è al contempo evidente che l'eventuale *deminutio capitis* dell'elemento funzionale, nel significato appena riproposto, rappresenti un'ipotesi da valutare con la massima lucidità ed attenzione.

La questione è ancor più significativa se si pensa al fatto che la società locale nacque come strumento organizzativo¹⁶³, o meglio come strumento di razionale ed efficiente gestione del servizio pubblico¹⁶⁴, e non come mezzo lucrativo, salvo per poi rinnegare la sua originaria natura ed abbracciare quella di «*variabile dell'affidamento a società di capitali*»¹⁶⁵. Di qui, per indagare le modalità in cui si è giunti all'esclusiva ricerca del guadagno economico, occorre considerare il processo evolutivo della principale giurisprudenza che si è occupata del tema.

A riguardo, è innanzitutto opportuno ricordare quelle pronunce secondo cui non era ammissibile l'affidamento diretto del servizio ad una società locale, appositamente creata, da parte di un Comune che avesse una partecipazione minima all'interno della stessa¹⁶⁶. La motivazione a suo tempo resa era piuttosto semplice: l'affidamento diretto veniva giustificato sulla base dell'effettivo controllo da parte dell'ente sulla gestione societaria, il quale veniva a mancare a fronte dell'esigua quantità di azioni possedute¹⁶⁷. Tuttavia, ciò non ha precluso il

¹⁶³ Tale visione era abbastanza comune in giurisprudenza. Sul punto, ad esempio, Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, che definisce la società per azioni «*un organo indiretto dell'amministrazione, deputato alla gestione del servizio pubblico*»: su tale pronuncia si veda anche il relativo commento di M. DUGATO, *L'individuazione del socio di minoranza nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 5, 428 ss; Cons. St., Ad. gen., 16 maggio 1990, n. 60; Cons. St., sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366; Corte cass. Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221.

¹⁶⁴ Cfr. E. SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, cit., 779, scrive che nella realtà dei fatti la forma societaria, intesa come strumento imprenditoriale, ha prevalso sulla sostanza, intesa come modello gestorio dei servizi pubblici locali.

Mutatis mutandis, vari anni dopo e con specifico riferimento alle società *in house*, analoga riflessione è svolta da A. ROMANO TASSONE, *La società in house e la sua complessa disciplina*, in F. MASTRAGOSTINO, M. DUGATO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissione e gestione*, in *Quaderni della spisa*, 2012, 231, secondo il quale «*sembra sfuggire al legislatore nazionale, perciò, l'intrinseca ratio dell'affidamento in house, che è quella di consentire comunque all'ente pubblico l'autoproduzione del servizio, senza rivolgersi al mercato*». Se ne desume, dunque, che nel pensiero dell'A. il modello societario (pur in questo caso *in house*) non è stato concepito dall'ordinamento europeo quale elemento da porre al centro di logiche concorrenziali ma, più semplicemente, di logiche organizzative.

¹⁶⁵ Cfr. E. SCOTTI, *ult. op. cit.*, 790.

¹⁶⁶ In dottrina, M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milanofiori, Assago, Ipsoa, 2001, 72 ss.

¹⁶⁷ Sul punto, si è pronunciati più volte il Tar Lombardia, Brescia. Tra le sentenze da esso emanate, si segnalano le seguenti: 4 aprile 2001, n. 222, con nota di M. DUGATO, *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 11, 1127 ss; 18 maggio 2001 n. 368; 4 gennaio 2002, n. 6, in cui si ribadisce che «*la partecipazione del tutto marginale di un Comune al capitale sociale di una società mista non giustifica l'affidamento diretto del servizio*»; 13 maggio 2003, n. 681, con nota di L. MUSSELLI, *Affidamento diretto di servizi a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 1515, 2174, in cui il giudice lombardo esegue un rinvio pregiudiziale nei confronti della Corte di giustizia, con specifico riferimento alla compatibilità o meno, con gli artt. 43, 49 e 81 dell'allora Trattato della Comunità europea, dell'affidamento diretto del servizio ad un Comune in possesso di una minima quota partecipativa; ed ancora sempre lo stesso giudice bresciano nella pronuncia 14 gennaio 2000 n. 8, afferma esplicitamente che «*mere partecipazioni dell'Ente non specificamente finalizzate all'attività della società, si risolvono, in sostanza, in un normale investimento finanziario*»; con un'identica espressione si veda anche la pronuncia 21 agosto 1998 n. 746.

Ancora, sul tema, Tar Toscana, 15 gennaio 2001 n. 24, il quale impone esplicitamente che, ai fini dell'affidamento diretto del servizio, la società sia espressione degli enti locali soci: se ne desume che tale presupposto non possa essere rispettato a fronte di una partecipazione minima; Tar Umbria, 10 agosto 2001 n.

mantenimento della partecipazione societaria, la quale non era chiaramente in grado di assicurare all'ente socio la prestazione materiale, ma senza ombra di dubbio garantiva il diritto alla spartizione degli eventuali utili maturati. Già solo mediante tale prima riflessione, dunque, è evidente che la capacità del Comune di concludere un contratto associativo non potesse ricercarsi – nonostante fosse presumibilmente questa la sua intenzione al momento dell'acquisizione delle quote – nella resa del servizio. Al contrario, occorreva individuare un altro elemento che giustificasse la validità del contratto associativo stipulato, nonché il suo mantenimento nel corso del tempo. In breve, se l'ente intendeva conservare tali quote era imprescindibile motivarne il possesso sotto il profilo del fine istituzionale, ed in questo senso non si notavano altre plausibili ipotesi oltre allo scopo di arricchimento¹⁶⁸.

Se così è, dunque, interesse pubblico e ritorno economico si intrecciavano sino a sovrapporsi del tutto. Non solo. L'ente locale iniziava ad assumere l'effettiva fisionomia dell'imprenditore, dato che la propria partecipazione nulla aveva a che vedere con la *ratio* dell'art. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/90, ossia la garanzia della resa del servizio attraverso il modulo societario¹⁶⁹.

428, il quale chiaramente afferma «*costituita una società mista da un ente locale [...] sarà possibile che un altro comune partecipante affidi ad essa servizi pubblici di cui è titolare se [...] la società appaia sostanzialmente qualificabile come strumento di "gestione diretta" anche dal punto di vista del comune partecipante (se cioè quest'ultimo -in forza dell'entità della partecipazione alla luce della composizione dell'azionariato [...] - sia in grado di contribuire ad orientare concretamente l'attività della società mista verso il conseguimento di finalità e secondo criteri propri). Diversamente, la partecipazione assume un significato meramente finanziario e non consente di affermare quel collegamento funzionale tra la società mista ed il comune partecipante che, solo, giustifica l'affidamento diretto*». Anche quest'ultimo caso conferma – così come già segnalato sopra – che la partecipazione minima non sia rifiutata *in se*, ma non sia sufficiente a consentire l'affidamento in via diretta. In senso analogo, e precipuamente sul tema del controllo da parte dell'ente locale nei confronti della società costituita, si veda ancora Tar Lombardia, Brescia, 4 marzo 1997, n. 269, in cui viene ritenuta illegittima la costituzione di una società locale ai sensi dell'art. 22 co. 3, lett. b), l. n. 241/90 per la semplice ragione che il Comune di Crema possedeva, nel caso di specie, una partecipazione societaria pari al 28% del capitale sociale. Il che impediva, ovviamente, di mantenere un effettivo controllo sulla gestione societaria. Questo è stato il motivo principale per cui il Tar ha ritenuto illegittima la costituzione di società. Ora è pur vero che tra le due pronunce c'è qualche differenza – su tutte il fatto che solo nella prima si tratti di una partecipazione minoritaria da parte di altri enti locali, mentre nella seconda si discuta sulla conformità o meno della società costituita al modello delineato dalla l. n. 142/90. Tuttavia, è chiaro che entrambi gli esempi segnalati sottolineano un dato di assoluto rilievo, ossia che l'assenza di un controllo effettivo esclude la gestione diretta del servizio pubblico locale, ma non preclude (difatti non si rinviene neppure nella seconda sentenza alcun divieto esplicito in tal senso) la partecipazione *in se*. Ovviamente, per aspirare alla gestione del servizio, occorre la procedura ad evidenza pubblica. Ma proprio per tale ragione è evidente che la semplice acquisizione di quote, non potendo essere motivata a fronte del sicuro affidamento del servizio (variabile che rappresenta, se viene svolta la gara, una vera e propria incognita), deve ricercare la propria ragion d'essere, ossia di conformità ai fini istituzionali, in altri profili.

¹⁶⁸ Del resto, questa appare l'unica soluzione possibile. Il Comune, cioè, non avrebbe potuto neppure motivare la propria esigua partecipazione alla società invocando l'intenzione di reperire, in questo modo, alcune prestazioni strumentali che migliorassero l'erogazione del servizio pubblico già reso mediante altra via. La pretestuosità di una simile eccezione sarebbe stata palese. Infatti, tale Comune mirava, attraverso l'acquisizione delle poche quote, ad affidare direttamente il servizio medesimo, non a beneficiare di migliorie (per l'appunto strumentali) per le attività volte a soddisfare le esigenze della propria popolazione.

¹⁶⁹ La lontananza dallo schema così descritto dal legislatore è ribadito sempre dal giudice amministrativo bresciano che, dall'indagine svolta, dimostra di essere stato estremamente sensibile al tema. Sul punto, Tar

Questo risultato non desta troppo stupore per due ragioni. La prima si ricollega logicamente a quanto già scritto nel capitolo precedente, in cui si è sostenuto che la privatizzazione a livello locale ha ampliato, anziché diminuire, la capacità di agire degli enti territoriali, consentendo loro di sfruttare un ulteriore elemento con cui motivare la stipulazione del contratto associativo: il semplice fine di lucro. Il che, certamente, non era novità di poco conto, in quanto, secondo gli insegnamenti della dottrina, i contratti dell'amministrazione potevano qualificarsi solo finali o strumentali¹⁷⁰, al cui novero può ricondursi il contratto associativo. Questi, dunque, venivano giustificati solo a fronte dell'interesse pubblico, il cui soddisfacimento si aveva per via immediata o mediata, caratteristica che risultava comunque incompatibile con intenti speculativi. Ciò significa che i mezzi di cui l'amministrazione poteva tradizionalmente avvalersi, così da garantire la soddisfazione delle proprie finalità istituzionali, erano difficilmente conciliabili con l'aspetto speculativo dell'attività. La seconda ragione richiede un ragionamento leggermente più complesso. La costituzione di società di capitali a maggioranza pubblica prima, e quelle a minoranza pubblica poi, tollerava, per forza di cose, che vi fosse una coesistenza tra socio pubblico e socio privato: una delle conseguenze più ovvie era la difformità di intenti tra i due. Mentre il primo avrebbe dovuto in special modo garantire alla popolazione di riferimento la miglior gestione possibile del servizio, il secondo avrebbe più che altro mirato a ricavare dall'attività profitti personali. Il che è stato riconosciuto come naturale anche in dottrina¹⁷¹. Pertanto, seguendo questo filo logico, è possibile ipotizzare una diversità di intenti nella partecipazione anche fra soci con la stessa natura giuridica. In particolare riconoscendo che i vari soci pubblici, partecipanti in diversa misura al capitale sociale, avevano scopi differenti, mutevoli sulla base di un'unica variabile: il dato numerico delle quote possedute.

Da quanto detto, è possibile giungere ad una prima conclusione. L'ammissione della partecipazione societaria dei Comuni scissa dall'affidamento diretto del servizio, ovvero nelle ipotesi descritte motivata dal mero scopo di arricchimento, determinava delle incrinature

Lombardia, Brescia, 21 agosto 1998, n. 746; 20 settembre 1996, n. 918; 1° ottobre 1996, n. 962; 4 marzo 1997, n. 269.

¹⁷⁰ C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, Casa editrice Cya, 1954, 119 ss, il quale identificava i contratti strumentali come il mezzo di cui l'amministrazione si avvale per poi adempiere successivamente i compiti che le sono attribuiti dalla legge.

Più recentemente, sul tema della funzionalizzazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione si veda M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, 28, 40 ss. in particolare, questi evidenzia la non condivisione della tesi di Cammeo, secondo cui per i soli contratti finali sarebbe ipotizzabile una vera e propria funzionalizzazione. Infatti, Dugato sottolinea che la tesi non convinca in quanto ammette, ipotesi denegata, che i contratti strumentali sarebbero esonerati dal vincolo di scopo.

¹⁷¹ F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 1, 44, non intravede nessun ostacolo a che all'interno di società miste vi siano interessi differenti tra i diversi soci.

piuttosto visibili nella granitica equazione “momento funzionale-benefici per la comunità di riferimento”. Anzi, poneva seri dubbi sulla sua validità, confermando l’idea sopra anticipata: nel periodo delle privatizzazioni degli anni ’90 le società costituite dagli enti locali hanno realmente subito un processo di defunzionalizzazione dell’oggetto sociale, perlomeno in riferimento ad alcuni di essi. Tale aspetto ha come naturale confluenza l’abbattimento di quei vincoli che ostacolavano, da un punto di vista ontologico, l’assimilazione tra la capacità imprenditoriale del soggetto privato e pubblico. L’ulteriore effetto è stato, per l’appunto, la proliferazione di società locali.

Del resto, individuare una conferma di quanto appena sostenuto non è operazione ardua. Basti pensare che, *a posteriori*, è stato segnalato lo scarso numero di società pubbliche appositamente costituite per la gestione dei servizi pubblici locali rispetto al dato numerico di quelle che, al contrario, erano state create per scopi eminentemente imprenditoriali e commerciali¹⁷², estranee alle primarie finalità istituzionali dell’ente. Tuttavia, la crescita esponenziale di società locali non si registra solamente sul fronte dell’attività di impresa di enti pubblici. È evidente che siano fiorite le ideali condizioni per un forte radicamento (anche) delle società effettivamente costituite per sola la gestione dei servizi pubblici. Ne è prova l’ammissione alla partecipazione di più Comuni al capitale sociale: alcuni di questi, incentivati dall’aspettativa di lucro ed impossibilitati a ricevere il servizio viste le esigue quote possedute, favorivano la costituzione della società per due diversi ordini di ragioni. Innanzitutto, l’acquisizione delle stesse contribuiva alla formazione del capitale sociale necessario, altrimenti (presumibilmente) mancante¹⁷³. Inoltre, la società non doveva investire

¹⁷² Del resto, già vari autori hanno sottolineato che la vera proliferazione di società locali si è avuta sul versante dell’attività puramente imprenditoriale. Si veda ad esempio T. BONETTI, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Ist. fed.*, 2011, 2, il quale ricorda che, a seguito della delibera della Corte dei conti 18 settembre 2008, n. 13, veniva denunciato che solamente un terzo delle società partecipate a livello locale fosse stata creata per gestire servizi pubblici locali. A riguardo, si veda anche L. GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l’autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, I, 1995, 1014. Sposa la medesima teoria anche R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 18-21, secondo il quale «*gli enti territoriali hanno utilizzato, e talvolta abusato, dello strumento privatistico per il perseguimento, diretto o mediato di politiche pubbliche al di fuori del circuito del diritto amministrativo*».

¹⁷³ Questa lettura sembra indirettamente confermata da quanto sostenuto da V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1997, 94, in cui si ammette che il “prevalente capitale pubblico locale” di cui all’art. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/90 possa risultare dalla somma di partecipazioni di più enti locali. È, dunque, presumibile che a tale prevalenza possano anche contribuire più Comuni con una quantità esigua di quote azionarie. Ciò che, tuttavia, non convince della tesi prospettata è il riferimento al “gruppo locale di comando” il quale, secondo la lettura data da Martelli, giustificherebbe l’affidamento del servizio a qualsiasi ente locale ne faccia parte, a prescindere dal *quantum* della partecipazione. Tale ipotesi è stata chiaramente rinnegata dalla giurisprudenza e da accreditata dottrina. Ne consegue, ancora una volta, che l’apporto di enti locali a partecipazione minima alla prevalenza del capitale sociale non possa che essere motivato sulla base del mero scopo di arricchimento.

Non sembra concorde sul concetto di “prevalenza di capitale pubblico locale”, invece, M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 72, secondo cui «*i Comuni differenti dal Comune costituente*

risorse a loro favore, data l'impossibilità di questi a ricevere il servizio, risparmiando mezzi economici da impiegare su altri versanti. Un simile meccanismo non poteva che agevolare l'utilizzo dello strumento societario in ogni sua declinazione.

2.1. (Segue): Un'ulteriore conferma: il caso delle società *holding* e l'assenza di compiti operativi.

La dequotazione del vincolo funzionale potrebbe essere contestata da chi la ritenesse un fenomeno sporadico. Potrebbe cioè controbattersi che il punto di partenza del ragionamento, ossia il divieto di affidamento diretto del servizio all'ente locale socio con partecipazioni esigue e la contestuale legittimazione della sua presenza all'interno della società, costituisse un esempio privo nella pratica di una sufficiente rilevanza. O, che dir si voglia, di un esempio non in grado di motivare adeguatamente il processo di defunzionalizzazione, inteso come rottura del rapporto tra elemento funzionale e materiale cura dei bisogni della popolazione. In altre parole, si destituirebbe di importanza la tesi secondo cui l'ente locale socio, al pari del socio privato, non fosse necessariamente fruitore dell'attività societaria. Quantomeno, se ne sottolineerebbe il carattere episodico, affermando contestualmente che tale società svolgesse nella quasi totalità dei casi compiti operativi a favore di tutti gli enti soci. In realtà, con riferimento alle ipotetiche censure, in special modo all'ultima, è possibile muovere qualche ulteriore controdeduzione.

Si pensi a tutti quei casi in cui il servizio pubblico locale veniva svolto attraverso una fitta rete di organizzazioni, cui partecipavano un numero elevato di società, ognuna delle quali facente capo ad una *holding* partecipata dall'ente di riferimento. È evidente che, in ipotesi di tal genere, e per una riorganizzazione degli ambiti ottimali di gestione del servizio, uno o più Comuni potessero dare vita ad un modello societario che non svolgeva concretamente compiti operativi – e dunque non assicurava materialmente il soddisfacimento delle esigenze delle collettività locali – rivestendo comunque un ruolo di primo piano con mansioni differenti (su

titolare del servizio non concorrono, nel senso tecnico voluto dalla legge, alla determinazione del "capitale pubblico locale"».

Nonostante l'accreditato parere non possa non essere tenuto in considerazione, sembra difficile non intravedere nella prassi alcuna confusione tra il capitale apportato dagli enti di riferimento e quello apportato dal Comune o dai Comuni meri soci non fruitori del servizio. Ciò premesso, è ovvio che la quota esigua di un solo ente locale potesse non essere decisiva nella formazione del capitale sociale. Nondimeno, l'apporto da parte di più Comuni, ognuno dei quali in possesso di basse percentuali, poteva comunque risultare determinante.

tutte la cura dell'assetto organizzativo dell'attività). Pur essendo presenti delle pronunce in senso contrario¹⁷⁴, in dottrina si è accolta con favore la costituzione di tale modello societario, se non altro perché utile nel garantire una maggior efficienza del servizio in ambiti territoriali ottimali, comprensivi di più circoscrizioni comunali¹⁷⁵. Visione da potersi condividere, anche perché l'opposta lettura del giudice amministrativo non convince nelle motivazioni rese.

I dubbi di legittimità circa l'utilizzo di una società *holding* comunale erano dovuti ad un duplice ordine di motivazioni. Con la prima, si era contestato l'utilizzo di un modello atipico, non espressamente previsto dal legislatore, mentre con la seconda si lamentava il fatto che tale società non svolgesse materialmente il servizio. Conviene sin da subito dar conto che le due obiezioni – peraltro il tema è ancora oggi di stretta attualità – non siano decisive.

Il dibattito sull'argomento ha suscitato grande fervore tra i migliori studiosi del fenomeno societario. Da un lato, un'autorevole dottrina ha esplicitamente propeso per il necessario rispetto delle soluzioni gestorie espressamente delineate dal legislatore¹⁷⁶, mentre, dall'altro, studiosi altrettanto accreditati preferivano non attribuire decisiva importanza al dato letterale, essendo talvolta auspicabile un'interpretazione più flessibile e meno rigorosa¹⁷⁷. La presenza di letture contrapposte era già di per sé sintomo di disaccordo con le conclusioni giurisprudenziali. Ma vi è di più. Lo stesso giudice amministrativo aveva in passato riconosciuto una nozione piuttosto estesa di servizio pubblico locale, comprensiva anche di attività strumentali¹⁷⁸, e di conseguenza giustificato l'affidamento diretto ai sensi del più volte citato art. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/90 anche a fronte di un oggetto sociale che veniva forzatamente ricondotto all'interno dell'area del servizio pubblico. Tuttavia, così facendo, ne scaturiva la tendenza ad autorizzare un modello gestorio atipico, in cui l'attività resa non coincideva più effettivamente con la cura delle esigenze della collettività. Ne derivava

¹⁷⁴ Tar Toscana, 15 gennaio 2001, n. 25 rifiutava la creazione di una società *holding* sia perché rappresentativa di un modello atipico, non previsto né dall'art. 22, l. n. 142/90, né dall'art. 12, l. n. 498/92, sia perché, come segnalato sopra, non garante di compiti operativi.

¹⁷⁵ M. DUGATO, G. PIPERATA, *La gestione di servizi pubblici locali attraverso società holding*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 2, 312 ss, ed in special modo p. 319, in cui gli autori ricordano come tale tipo di società sia pur sempre ascrivibile allo schema dettato dall'art. 22, l. n. 142/90.

¹⁷⁶ G. CAIA, *L'organizzazione dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1998, 931 e 969 ss, benché l'A. apra ad un minimo di discrezionalità in favore dell'ente locale a fronte delle concrete esigenze di gestione.

¹⁷⁷ G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, I, 400, ad esempio afferma che l'utilizzo della s.r.l. fosse possibile ancor prima che tale tipologia fosse ufficialmente ammessa con l'art. 17, co. 51 ss, l. n. 127/97, in quanto non si rinviene nell'art. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/90 la volontà di superare la prassi, all'epoca già affermatasi, con cui gli enti locali avevano dato vita a delle s.r.l. nel decennio precedente; ID, *La costituzione delle società miste per i servizi locali*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, Giuffrè, 1999, 81.

¹⁷⁸ Tra le tante, Cons. giust. amm. reg. sic, 23 luglio 2001, n. 410.

In dottrina, G.F. CAMPOBASSO, *ult. op. cit.*, 74, evidenzia che l'art. 12, l. n. 498/92, facendo riferimento alla «realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio», tradisce chiaramente una formula descrivente un oggetto sociale più ampio rispetto a quello descritto dall'art. 22, l. n. 142/90.

l'inutilità della pretesa che fossero rigidamente rispettate le forme prestabilite dal legislatore¹⁷⁹, la cui *ratio* è semplicemente dovuta al fatto che la fonte legislativa garantisce una più approfondita e lucida analisi circa l'enucleazione dei metodi più convenienti.

Così, in alcune ipotesi, il giudice amministrativo intravedeva nell'atipicità delle forme di gestione – per l'appunto il modello della *holding* – una seria minaccia alla intima natura dei servizi pubblici, mentre in altre riteneva accettabile una sua dequotazione senza il rischio di pericolose ricadute in tema di nominatività del potere. Per ragioni di coerenza, dunque, non convince la preoccupazione esternata volta a rendere inutilizzabile tale modello, considerata anche l'utilità che sul piano pratico potrebbe rivestire.

La seconda motivazione attraverso cui il giudice delegittimava l'utilizzo della società *holding* era dovuta al fatto che questa non avrebbe svolto compiti operativi, senza poter perciò risultare affidataria diretta del servizio¹⁸⁰. Anche in tal caso l'eccezione non appare decisiva, se non altro perché una volta avallata definitivamente la scelta dello strumento societario era inevitabile cedere (seppur senza trascurare del tutto i connotati pubblicistici) a qualche logica privatistica se, come si è ammesso nel caso concreto, foriera di benefici sul piano organizzativo, da motivarsi adeguatamente nella delibera di costituzione della società. La considerazione sembra confermata da una tesi già in passato sostenuta, stando alla quale la qualificazione della natura giuridica della s.p.a. a partecipazione pubblica come soggetto di diritto privato permetteva alla società di espletare non solo un'attività per l'erogazione di servizi pubblici, ma altresì un'attività puramente privatistica¹⁸¹. Se così è, non pareva illogico accettare anche la costituzione di una società con compiti organizzativi, ed esonerata da funzioni operative. Del resto, una società *holding* partecipata da più Comuni, e facente capo ad un solo ente di riferimento, definiva un sistema garante del pieno sfruttamento delle economie di scala, se non altro perché capace di estendere l'area di mercato in cui il servizio veniva erogato, in maniera tale che lo strumento societario pubblico potesse realmente essere competitivo alla stregua del modello di gestione privato¹⁸². Non convince, dunque, la tesi

¹⁷⁹ M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002,1, 21 ss.

¹⁸⁰ Sul punto si veda anche M. CAMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 1, 55, il quale ammonisce circa il dovere di prestare massima cautela a fronte dell'utilizzo dello strumento della *holding* in quanto esso implica la perdita da parte del Comune di alcune funzioni strategiche a vantaggio della stessa capogruppo. Se ne desume una certa apertura all'ammissione – e ciò conferma l'ipotesi del predetto principio di defunzionalizzazione – della possibilità di costituire società *holding* nella gestione del servizio da parte degli enti locali.

¹⁸¹ Cfr. S. MARCHI, *Rapporti tra s.p.a. comunali ed enti di riferimento*, in *Riv. trim app.*, 1995, 338.

¹⁸² E. GIARDINA, *Società miste e finanza locale*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, cit., 63-64, evidenzia che le economie di scala siano positivamente influenzate dalla presenza di più enti locali soci. Ne deriva che un'efficiente struttura organizzativa possa essere perseguita attraverso un'ampia struttura organizzativa ed, eventualmente, anche attraverso strumenti diversi dalla società mista. Perciò, non si vede come

secondo cui l'assenza di compiti operativi fosse in grado di pregiudicare la logica della costituzione della società partecipata.

A ben vedere, però, le riflessioni appena riproposte perderebbero parte della loro robustezza se non fossero corroborate da un qualche riscontro giurisprudenziale, dato che la rottura della relazione tra il momento funzionale e la cura materiale delle esigenze della collettività doveva pur spiegarsi anche alla luce delle prese di posizione del giudice amministrativo.

Un importante riscontro a riguardo viene individuato nella sentenza d'appello che annullò la citata pronuncia del Tar Toscana¹⁸³. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha dettato un tanto importante quanto chiaro cambiamento di rotta pochi mesi dopo rispetto alla pronuncia del giudice regionale, rifiutandone, per ciò che qui interessa, i passaggi fondamentali: la nuova impostazione accoglieva con favore l'eventualità che un ente locale partecipasse ad una società *holding* deputata alla gestione di servizi pubblici locali¹⁸⁴. Il che risultava coerente, se non con il testo di legge, quantomeno con la *ratio* del modello societario cui si è ispirato il legislatore del 1990, secondo cui la sua utilità era data dalla maggiore flessibilità dei mezzi di gestione¹⁸⁵. In altri termini, dunque, il Consiglio di Stato non solo rifiutava la visione di un rigido attaccamento al dato normativo, ma avallava anche la possibilità di costituire una società con sole partecipazioni pubbliche, pur senza compiti operativi, con il solo limite del rispetto delle normative concorrenziali¹⁸⁶.

Ancora, la non necessaria imputazione di compiti operativi sembra confermata anche sotto un diverso punto di vista. Si pensi a quelle pronunce sulla natura dei soci della società locale, sul quale ampia parte della dottrina si era interrogata chiedendosi se il modello delineato dal legislatore del '90 potesse legittimare la costituzione di un ente interamente

il modello della *holding*, che obiettivamente riflette le presenti caratteristiche, non possa essere proficuamente utilizzato in questo senso.

¹⁸³ Vd. nota 167.

¹⁸⁴ Vengono qui riportati integralmente due dei passaggi più significativi della pronuncia Cons. St., sez. V, 24 settembre 2001, n. 5004. Nel primo si afferma che «*la partecipazione di un ente locale ad una società a maggioranza pubblica con compiti di indirizzo, coordinamento e controllo (c.d. holding) di istituendo società di scopo, destinate alla gestione operativa di servizi pubblici locali, non è censurabile sotto il profilo della legittimità se risulta esplicito l'impegno ad individuare un socio privato attraverso procedure di evidenza pubblica*». Più specificamente, nel secondo, «*appaiono inammissibili le censure di primo grado appuntatesi contro la determinazione del comune di partecipare al capitale sociale della detta holding*».

¹⁸⁵ Del resto è questa la conclusione cui giunge Corte cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989, c.d. sentenza "Siena parcheggi", a detta della quale la ragione dell'utilizzo dello strumento societario nella gestione dei servizi pubblici locali è dovuto alla «*opportunità di promuovere la collaborazione tra enti locali ed altri soggetti apportatori di capitali, tecnologia, organizzazione e competenze imprenditoriali specifiche, nella prospettiva di una più efficiente prestazione del servizio, mediante una più agile struttura di tipo privatistico, e dell'autofinanziamento del servizio stesso*».

¹⁸⁶ G. PASQUINI, commento a Cons. St., sez. V, 24 settembre 2001, n. 5004, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 12, 1237, ricorda che il solo limite individuato da questo giudice risiede nell'obbligo della gara per la scelta dell'eventuale socio privato.

partecipato da soggetti pubblici. L'orientamento di gran lunga maggioritario, pur incontrando qualche sporadica opposizione¹⁸⁷, ha reso una risposta affermativa¹⁸⁸, rafforzata dall'assenza di espliciti dinieghi in giurisprudenza¹⁸⁹. Invero, il terreno di scontro su cui la discussione si è più animata si incentrava su un'altra problematica: se la società potesse essere, o meno, interamente partecipata da enti locali. Come è evidente, la questione è ben più specifica rispetto all'acclarata eventualità che il capitale sociale fosse nella sua totalità in mano pubblica.

La dottrina ancor prima che la giurisprudenza si era comunque divisa sul punto, talora valutando come lecita la partecipazione totalitaria degli enti locali al capitale sociale,¹⁹⁰ in altri casi negando chiaramente tale eventualità¹⁹¹, ed in alcune ipotesi formulando una terza via che, pur rinnegando l'esclusiva presenza di enti locali, appare comunque differente rispetto a quelle precedenti. In questo senso, la necessaria presenza di altri soggetti pubblici o privati – accanto al Comune o ai Comuni di riferimento – risultava soddisfatta anche a fronte della partecipazione di altri enti locali (cosicché il capitale sociale fosse composto interamente da questi) purché non interessati (*rectius*: non affidatari) del servizio¹⁹².

¹⁸⁷ Al contrario, propendono per la necessaria presenza del socio privato nella società a capitale pubblico maggioritario, M. CHITI e D. SORACE, il cui intervento all'incontro di presentazione del documento congiunto Cispel/Cgil-Cisl-Uil su Servizi pubblici locali, una politica possibile, è stato trascritto in *Imp. pubbl.*, 1991, rispettivamente alle pp. 40 e 28.

¹⁸⁸ M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., 185, i quali rifiutano la tesi secondo cui l'art. 22, l. n. 142/90 vietasse la costituzione di società a totale partecipazione pubblica. Difatti, nel pensiero degli A., il limite della prevalenza del capitale pubblico locale deve intendersi come limite «funzionale» minimo, essendo invece legittima la costituzione di società con soli azionisti pubblici; F. CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 689; dello stesso avviso, M. DUGATO, G. PIPERATA, *ult. op. cit.*, 323-324; C. TESSAROLO, *La specialità dell'Azienda speciale*, in *Imp. pubbl.*, 1991, 7, 12.

¹⁸⁹ In giurisprudenza, favorevole alla costituzione di società con totale partecipazione pubblica, Cons. St., sez. V, 24 settembre 2001, n. 5004, Tar Emilia-Romagna, sez. I, 13 luglio 1998, n. 271; Cass. Sez. Un., 27 marzo 1997, n. 2738, con nota di S. MARCHI, *Il servizio di tesoreria e le "sponsorizzazioni"*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 140 ss, e di C. GUCCIONE, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 617 ss.

¹⁹⁰ G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, cit., 403-404; ID, *La costituzione delle società miste per i servizi locali*, cit., 83; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 71-72; M. MIOLA, *Le società miste come società di «diritto speciale»*, in G. DI GIANDOMENICO, R. FAGNANO, G. RUTA, (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997, 186; V. DE DONATO, *Le società di capitali come strumento di coordinamento fra comuni alternativo al consorzio*, in *Le società*, 2000, 927 ss.

¹⁹¹ A. GRAZIANO, *Le società per azioni con partecipazione degli enti locali: affidamento di servizi e appalto di lavori pubblici. Per un'interpretazione degli artt. 22, lett. e), legge 8 giugno 1990, n. 142 e 12, co. 3, legge 23 dicembre 1992, n. 498*, in *Riv. trim. app.*, 1994, 613-614, pur ammettendo la totale partecipazione pubblica, rifiuta chiaramente l'eventualità di una società partecipata esclusivamente da enti locali; F.A. ROVERSI MONACO, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 723, sostiene che «la finalità propria dell'art. 22, comma 3, lett. e) non mi sembra, in effetti, quella di affermare che la partecipazione degli enti locali possa essere soltanto prevalente, bensì quella di escludere la costituzione di una società con intero capitale degli enti locali». Pare propendere nello stesso senso anche S. D'ANTONIO, *La giurisprudenza recente sulle società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1, 65.

¹⁹² G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, cit., 1082, ritiene in *primis* necessario che la società non sia costituita da un solo ente

In merito alla giurisprudenza, è vero che in principio, benché non ritenesse necessaria la partecipazione di soci privati, si era mostrata piuttosto scettica nell'accettare una compagine azionaria posseduta solo ed esclusivamente da enti locali¹⁹³. Tuttavia, in un secondo momento è prevalsa la tesi differente, il cui ragionamento appare corretto. In antitesi alle precedenti pronunce, è stato sostenuto che il capitale sociale potesse essere interamente composto da enti locali, sulla scorta del fatto che gli enti locali sottoscrittori ma non affidatari non dovessero considerarsi tali, bensì dovessero genericamente qualificarsi come enti pubblici: in altre parole, la territorialità veniva meno laddove il Comune non ricevesse direttamente il servizio¹⁹⁴. La discussione circa la possibilità o meno per gli enti locali di sottoscrivere interamente il capitale sociale otteneva così una risposta positiva.

L'orientamento ora richiamato si coniuga perfettamente con la lettura di chi riteneva che la società potesse essere integralmente partecipata dagli stessi, a condizione che questi fossero soci "extralocali", ossia non fruitori del servizio¹⁹⁵. Ma se così è, si impone un fondamentale passaggio logico: veniva avallata la costituzione di un modello di impresa pubblica i cui soci, utilizzando il linguaggio della sentenza, non erano qualificati come enti locali pur essendo tali, o che dir si voglia, utilizzando il linguaggio della dottrina, non dovevano essere interessati dal servizio. Proprio questa seconda prospettiva tradisce in modo ancor più nitido che, nella prassi, lo svolgimento di compiti operativi non dovesse considerarsi un elemento imprescindibile: non solo non veniva necessariamente imposta la loro esecuzione a favore di ogni ente locale socio, ma talvolta la loro mancata realizzazione era addirittura il presupposto perché la società potesse legittimamente operare.

locale. Ciò, però, non esclude che la stessa possa essere costituita da più enti pubblici, anche territoriali, e dunque da enti locali soci – definiti soci pubblici extralocali – purché non direttamente interessati dal servizio.

In termini analoghi, ma con i dovuti distinguo, M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 71-72, il quale innanzitutto sposa la tesi per cui la società possa essere interamente costituita da enti locali. Inoltre, in conformità all'opinione del precedente autore, sottolinea che i Comuni soci fuori dal territorio di riferimento, ovvero non fruitori del servizio, sono da considerarsi enti pubblici, ma non anche enti pubblici locali.

Dalla lettura di entrambe le ricostruzioni dottrinali emerge chiaramente un punto in comune: la compagine azionaria può essere partecipata anche da più enti territoriali che, tuttavia, non sono da considerarsi diretti beneficiari del servizio.

¹⁹³ Tar Toscana, sez. II, 14 dicembre 1994, nn. 415 e 418, raggiungono la stessa conclusione, ma specificano che, pur potendo la totalità delle partecipazioni azionarie ricadere in mano pubblica, i soci di riferimento non possono essere esclusivamente enti territoriali ma vi deve essere almeno un ente pubblico. Difatti, secondo la prima delle due pronunce del giudice toscano, «*ai sensi dell'art. 22 lett. e) l. 8 giugno 1990 n. 142, la S.p.A. a prevalente capitale pubblico locale per la gestione di servizi pubblici locali secondo criteri imprenditoriali ha come presupposto logico indispensabile la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati in aggiunta agli enti locali territoriali che intendono sottoscrivere l'atto costitutivo; diversamente non avrebbe alcuna giustificazione il riferimento alla prevalenza (e non all'incertezza) del capitale pubblico locale, né il riferimento ai soggetti pubblici in alternativa a quelli privati può consentire implicitamente l'esclusiva partecipazione degli enti territoriali locali in qualità di enti pubblici, poiché alla norma si attribuirebbe un significato esegeticamente non corretto sia sotto il profilo teleologico che sotto quello sistematico e lessicale[...]*».

¹⁹⁴ Tar Emilia-Romagna, sez. I, 13 luglio 1998, n. 271.

¹⁹⁵ Vd. nota 192.

Alla luce di quanto scritto, è possibile individuare alcuni elementi certi nella ricostruzione storica.

La costituzione della società locale operativa era legittima pur laddove alcuni enti locali, a causa delle poche azioni possedute, non potessero fruire del servizio; legittimo era anche il mantenimento di dette azioni. Nelle società non operative (*holding*) si aveva identico risultato. La possibilità di costituire società *holding* è un'ulteriore dimostrazione della graduale perdita di importanza dei predetti compiti operativi, a conferma del fatto che l'esecuzione materiale del servizio rappresentava per alcuni enti locali partecipanti un elemento assolutamente marginale. Nelle società operative, il diverso trattamento ad essi riservato, per cui al solo Comune di riferimento poteva affidarsi direttamente il servizio, mentre la stessa soluzione non era praticabile nei confronti di quelli con esigua partecipazione, non costituiva una contraddizione del sistema: come era (ed è anche attualmente) pacifico che soci di opposta natura giuridica potessero rivestire ruoli diversi, era altresì possibile che si presentasse la stessa evenienza anche tra i soli soci pubblici¹⁹⁶.

Lo svolgimento dei compiti operativi non risultava quindi più una *condicio sine qua non* per l'utilizzo dello strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali, bensì una delle sue possibili conseguenze (affermazione che, come si vedrà in seguito, andrà rimeditata se riferita ad oggi vista l'evoluzione normativa in materia di cui nei prossimi capitoli). Una contraria ammissione non sarebbe coerente con la realtà dei fatti, in quanto non riuscirebbe a spiegare perché la partecipazione (e la conseguente redistribuzione degli utili) fosse legittima, pur a fronte della mancata garanzia del servizio. In quest'ottica, il negozio contrattuale di natura associativa non poteva che giustificarsi sulla base del solo intento lucrativo; ciò equivale a sostenere che in tutte queste ipotesi il motivo di interesse pubblico a sostegno della delibera con cui l'ente locale acquistava delle quote non coincideva con l'aspirazione a curare gli interessi della popolazione, bensì con l'intento di giungere, attraverso il rischio di impresa, ad un mero guadagno. A conferma del fatto che il binomio elemento funzionale-benefici per la collettività si incrinasse con sempre maggior frequenza, fino talora ad equiparare l'elemento funzionale allo scopo di lucro. Il discorso si ricongiunge naturalmente a quelle motivazioni extragiuridiche, sopra richiamate, secondo cui la politica locale abusava dello strumento societario per ricercare un consenso elettorale. Atteggiamento che si è rivelato deleterio per l'assetto economico a livello locale, e probabilmente ha

¹⁹⁶ Non ultimo, sulla differenza di ruoli degli enti locali soci, G. PERICU, *La partecipazione degli enti locali alle società per la gestione dei servizi*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, cit., 33 ss.

contribuito a foraggiare quell'atteggiamento tipicamente italico di posizionare esponenti del partito all'interno di una qualche *longa manus* dell'ente territoriale.

In definitiva, il processo di allontanamento dal vincolo funzionale, così come tradizionalmente inteso, ha generato una maggiore disinvoltura in capo agli enti locali nella conclusione di contratti associativi. Tuttavia, come verrà considerato nel successivo paragrafo, quelle finora descritte non sembrano affatto essere le uniche ragioni della proliferazione dello strumento societario.

3. La “volgarizzazione” del significato di servizio pubblico locale e l’atipicità delle forme di gestione: un evidente *favor* per la capacità imprenditoriale degli enti locali.

A ben vedere, le ragioni della proliferazione non devono ricercarsi solamente nel fatto che gli enti locali, potendo acquisire partecipazioni a prescindere dalla fruizione di compiti operativi, abbiano talora stipulato il contratto associativo mossi dalla sola finalità lucrativa. Certamente, la fungibilità tra finalità istituzionali ed il rischio imprenditoriale è stato uno dei fattori che ha determinato il frequente utilizzo della società locale, ma non l'unico. Questa ricostruzione non valuta, dando ciò per presupposto, se l'attività societaria posta in essere identificasse effettivamente un servizio pubblico: più semplicemente, denuncia come la sua erogazione non fosse prerogativa di tutti gli enti locali soci, ragion per cui occorre individuare un altro motivo per giustificare l'attività contrattuale associativa. Il risultato è il medesimo anche con riguardo alle ipotesi di utilizzo di società *holding*. Pur non attuando direttamente la prestazione, si è dato per sottinteso che la funzione organizzativa fosse rivolta a garantire una miglior efficienza nella gestione dell'attività finale, ovvero un servizio pubblico. Alcuni dei Comuni soci, pur partecipando alla capogruppo, potevano non fruire dei materiali benefici che le imprese controllate assicuravano alla popolazione.

In parole più semplici, in entrambi i casi considerati si è presunto che l'oggetto sociale (delle società che erogavano direttamente la prestazione) o comunque lo sforzo organizzativo (delle società *holding*) coincidesse indubitabilmente – o perlomeno nel secondo caso fosse rivolto a garantire – un servizio pubblico (locale). La defunzionalizzazione dell'attività societaria, pertanto, si manifestava sul profilo soggettivo, nel senso che, come già detto, gli enti locali soci erano più stimolati dalla prospettiva di lucro che non dalla fruizione delle prestazioni materiali, corrispondenti all'ambito ritagliato dal legislatore del '90.

Una simile lettura, benché ritenuta corretta, è però parziale, in quanto l'allontanamento dalle finalità istituzionali non poteva ridursi alla sola eventualità che il godimento del servizio

fosse superfluo per alcuni Comuni soci, incentivati a partecipare dalla preminente prospettiva di arricchimento. Al contrario, devono individuarsi ulteriori concause.

Le ragioni del diffondersi della società locale non possono trascurare l'analisi delle vicende riguardanti l'oggetto sociale. La defunzionalizzazione dell'attività societaria poteva spiegarsi anche alla luce della manipolazione e distorsione del concetto di servizio pubblico locale¹⁹⁷ che si è verificata nel corso degli anni. Gli enti locali costituivano spesso società le

¹⁹⁷ Non è chiaramente questa la sede in cui approfondire il discorso sulla definizione di servizio pubblico locale che, pur centrale, deve essere data per scontata. È, pertanto, preferibile rinviare alle più celebri opere della dottrina sull'argomento.

Sulla nozione di servizio pubblico locale: AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione (Varenna, 21-23 settembre 1995)*, Milano, Giuffrè, 1997, 125 ss; L. AMMANNATI, *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, 59 ss; G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 2003; G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, 3168., ID, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, A. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, vol. II, 131 ss; ID, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, cit., 806; ID, (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Rimini, Maggioli, 1995; M. CAMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 6 ss; M. CAMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 85 ss; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990, 355 ss; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993, 29 ss; P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, Milano, Società editrice libraria, 1924; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo III, Milan, Giuffè, 2003, 2581 ss, ID, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 55; F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, 367 ss; R. GAROFOLI, *I servizi pubblici*, in R. GAROFOLI, F. CARINGELLA (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, I, *Il riparto di giurisdizione*, 316 ss; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1953, 611 ss; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, Giuffrè, 1998; F. LIGUORI, *Servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, Giuffrè, 1987; V. MARTELLI, *Servizi pubblici e società per azioni*, Milano, Giuffè, 1997; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, *passim*; ID, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, 215 ss; G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, Società editrice libraria, 1902; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; V. PARISIO, *Servizi pubblici, e monopoli*, in E. PICOZZA (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, Maggioli, 1996; G. PASTORI, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in *Quad. reg.*, 1991, 941 ss; L.R. PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 187 ss; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994, 23 ss; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 462; S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1998, 331; G. ROSSI, *I servizi pubblici locali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Padova, Cedam, 491 ss; G. SANVITI (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 1995; D. SORACE, *Note sui «servizi pubblici locali» dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 1141 ss; VASQUES, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, Giappichelli, 1999; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959, V, 346 ss, il quale sottolinea la difficile riduzione ad unità delle diverse teorie dottrinali sul tema.

Con specifico riferimento al dibattito sulla lettura soggettiva ed oggettiva del servizio pubblico, favorevoli alla prima, D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it dir. pubbl. com.*, 1997, fasc. 1n. 53, 54; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 1; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 58; ID, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 2003, Milano, Giuffrè, 2581 ss; G.D. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 187 ss; G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 219; A. POLICE, *ult op. cit.*, 84 ss; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, Padova, Cedam, 2003. Favorevoli alla visione oggettiva G. PASTORI,

cui prestazioni erano formalmente considerate servizi pubblici, mentre nella sostanza si confondevano con attività puramente economiche o, comunque, strumentali ai bisogni dell'amministrazione e non della comunità di riferimento¹⁹⁸. La volgarizzazione del

Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato, in V. CERULLI, G. MORBIDELLI, *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., 311 ss, in cui è riportato «la più recente evoluzione legislativa [...] ha visto emergere in modo sempre più esplicito e ricorrente la considerazione del servizio pubblico in senso oggettivo»; e così pure R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964; in tempi più recenti L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

Con riguardo alla distinzione tra servizio pubblico locale ed attività di impresa, A. BARDUSCO, *Servizi locali e libertà di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 27 ss; E. CAPACCIOLI, *Servizio pubblico e impresa (a proposito della posizione finanziaria delle Regioni)*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1976; G. CORSO, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss; E. FERRARI, *Servizio pubblico ed attività economica dell'amministrazione: il caso di una tipografia comunale*, in *Le Regioni*, 1987, 3, 575; V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1997, 184 ss, L.R. PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 187 ss; F. ZUELLI, *Servizi pubblici ed attività imprenditoriale*, Milano, Giuffrè, 1973.

Il dato economico assume importanza centrale in entrambe le fattispecie. Tuttavia, come più volte riportato, non è possibile prescindere dal fatto che l'attività amministrativa in forma privatistica – e dunque anche l'attività di impresa di enti pubblici – debba sempre individuare un interesse pubblico come motivazione dell'agire. Occorre, però, intendersi sul significato da attribuire a tale interesse: questo è il punto che rappresenta le maggiori difficoltà nella legittimazione dell'attività economica e, di riflesso, nell'opera di distinzione con l'ambito dei servizi pubblici, date le molteplici letture rese dalla dottrina. Come sottolineava M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 662, l'interesse pubblico può assumere varie forme, a seconda delle singole finalità dell'attività amministrativa. Per esempio, E. FERRARI, *ult. op. cit.*, 575, riteneva sufficiente un motivo di mero arricchimento per giustificare l'attività economica degli enti pubblici. Visioni parzialmente diverse si rinvenivano in I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., 46 ss, che riscontrava le ragioni di pubblico interesse nel fatto che l'impresa pubblica fosse presente in un determinato settore produttivo; V. OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 267 ss, evidenziava che lo scopo di lucro, pur dovendo rimanere compatibile con i fini pubblici perseguiti, dovesse intendersi non solo quale copertura delle spese, ma anche come un'occasione di guadagno, se non altro in termini di competizione sul mercato con le imprese private. Ancora, G. ROSSI *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 237 ss, ed in special modo 245, affermava che le ragioni di pubblico interesse sottese all'attività di un'impresa pubblica potessero ritenersi soddisfatte dalla sola esistenza dell'attività produttiva; in termini leggermente diversi V. Martelli, *I servizi pubblici*, cit., 176, la quale esclude esplicitamente che l'attività meramente economica possa giustificarsi a fronte del solo scopo di un generico aumento della produzione e della ricchezza, perché ciò prescinderebbe da esplicite domande della collettività.

¹⁹⁸ Il tema cui si fa cenno è classico e, come noto, consiste nella crescente assimilazione, emersa a causa delle indicazioni europee sul punto, tra servizi pubblici e servizi strumentali. La letteratura è ricchissima. Tra i tanti, M. CAMMELLI, *Gli appalti pubblici di servizi*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, Cedam, 1998, 40; F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, vol. I, 277 ss; G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di servizio pubblico*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, cit., 14 ss; ID, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 2, 1289; ID, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimenti e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 390; ID, *Gli appalti di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, cit., 13 ss; E. PICOZZA, *I pubblici servizi locali e le loro forme di gestione, con riguardo al regime di diritto comunitario, nazionale e regionale*, in *Nuova rass.*, 1995, 1005 ss; U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 394 ss; L. RIGHI, *Ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del d. lgs. n. 157/1995; amministrazioni aggiudicatrici ed appalti pubblici di servizi*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, cit. 83 ss; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi.*, cit., 99 ss.

Il tema ha avuto grande fortuna anche in giurisprudenza, la quale ha recepito, nel corso degli anni, gli insegnamenti della Corte di giustizia nella distinzione tra servizi pubblici e servizi strumentali da effettuarsi sulla base dei criteri economici del rischio di gestione e delle modalità di retribuzione (oggi, del resto, ripresi anche dalle relative norme europee, su tutte la recente direttiva n. 2014/23). Tra le tante, anche recenti, che confermano il trend affermatosi sin dalla fine degli anni '90, Tar Lombardia, Brescia, sez. 26 febbraio 2003, n. 292; Tar

significato della categoria ha ampliato la gamma di attività da svolgersi mediante lo strumento societario, consentendo a Comuni e Province la possibilità di gestire un servizio dai contorni piuttosto flessibili¹⁹⁹; è evidente, dunque, che l'estensione dell'oggetto sociale sia stata ulteriore causa dell'ipertrofico utilizzo dello strumento societario, utilizzato per finalità (anche) differenti da quelle cui la disciplina legislativa originariamente si ispirava. La connotazione in senso economico che andava crescentemente caratterizzando il servizio pubblico non consentiva certamente, sommata alla già descritta tendenza speculativa delle amministrazioni, di contenere la diffusione delle società locali; al contrario era un ulteriore incentivo poiché obblighi di servizio pubblico si andavano a confondere con attività esclusivamente imprenditoriali. In questo senso, si assisteva ad un processo di defunzionalizzazione delle partecipazioni societarie anche da un punto di vista oggettivo. Vi erano, dunque, le premesse per la creazione di un modello societario ibrido, diretto affidatario del servizio, non da intendersi secondo la nozione della tradizione giuridica nazionale, ma come attività in cui la componente economica veniva fortemente valorizzata, a discapito dell'attenzione per la cura dei bisogni della collettività.

L'art. 12, l. n. 498/1992, era una conferma della tendenza. Dalla semplice lettura della norma²⁰⁰, si nota che il legislatore volle ampliare l'oggetto sociale, consentendo all'ente

Lombardia Milano, sez. III, 4 settembre 2004, n. 3242; Tar Lazio, sez. II, 6 settembre 2005, n. 6581; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6581 Tar Liguria, 7 aprile 2006, n. 343; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333 Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, Consiglio di Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; Tar Abruzzo 25 maggio 2011, n. 293; Consiglio di Stato, 24 marzo 2011, n. 1784; Tar Campania, sez. I, 3 maggio 2012, n. 2014; Tar Puglia, sez. I, 4 aprile 2012, n. 665; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 febbraio 2013, n. 1555; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 18 aprile 2013, n. 363; Tar Marche, sez. I, 8 novembre 2013, n. 808.

¹⁹⁹ Sulla dilatazione del significato di servizio pubblico locale, tra i tanti, M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società ed istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblici ed enti pubblici*, 1994, 328-331, in cui l'A. ricorda che, contrariamente a quanto era avvenuto con il r.d. n. 2578/1925, descrivente in modo tipico quelle categorie da far rientrare nell'ambito in questione, la tecnica di enumerazione dei medesimi diviene desueta, ragion per cui è necessario desumere quali attività possano definirsi tali. A ciò si aggiunga il fatto che l'abbattimento dei limiti territoriali determina la perdita del carattere di eccezionalità delle prestazioni in questione.

Premesse queste considerazioni, Cammelli riconosce come logica conseguenza la dilatazione del concetto di servizio pubblico locale, da cui derivano anche alcuni problemi in tema di distinzione con le attività strumentali. Sull'utilizzo dello schema societario dettato dall'art. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/90 per svolgere attività il cui oggetto sociale non era compatibile con il concetto di servizio pubblico locale, ID, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, cit., 126; sulla proliferazione di società che non svolgono servizi pubblici locali ma attività economica, L. GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, I, 1995, 1014.

²⁰⁰ Si riporta qui, integralmente, il comma 1 dell'art. 12: «Le province ed i comuni possono, per l'esercizio dei servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi di programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale

costitutore di creare una società «*a vocazione doppia*²⁰¹», in cui la conduzione del servizio integrava solo una parte dei compiti che essa poteva effettivamente svolgere. L'altra parte era di fatto rappresentata da tutte quelle "opere necessarie al corretto svolgimento del servizio", che riguardavano attività accessorie e serventi rispetto a quest'ultimo. La legittimazione allo svolgimento di differenti, seppur connesse, attività in capo alla società minoritaria – aldilà delle preoccupanti derive in tema di tutela della concorrenza²⁰² – non ha certamente contribuito a chiarire gli effettivi contorni che il servizio pubblico locale andava assumendo²⁰³. La norma, pertanto, ammetteva la presenza sul mercato di società dirette affidatarie del servizio, in cui il dispendio maggiore di risorse poteva teoricamente essere impegnato, anziché per la sua gestione, per la costruzione delle opere accessorie²⁰⁴. Con la conseguenza che la facoltà di costituire una società cui affidare direttamente, e perciò senza gara²⁰⁵, non solo la gestione del servizio pubblico, ma anche altre opere non specificamente individuate, di matrice imprenditoriale, rappresentava un'invitante prospettiva di lucro per gli enti locali. Inoltre, si osservi, sarebbe stato arduo contestare la legittimità della costituzione della società, lamentando la sproporzionata preponderanza dell'attività imprenditoriale rispetto alla minor rilevanza del servizio pubblico, se non altro perché il venir meno della rigida linea di separazione tra i due istituti contrastava con l'auspicio di una rigida distinzione. In definitiva, l'art. 12, ampliando l'oggetto delle società minoritarie, ed ammettendo lo

collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedura ad evidenza pubblica. L'atto costitutivo della società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori o sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato».

²⁰¹ M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 23.

²⁰² M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., 343, rivolgono alcune significative critiche nei confronti della scelta legislativa così come descritta. Tali critiche non sono tanto dovute alla decisione di legittimare una società per la gestione dei servizi pubblici controllata da privati, quanto alla prevista possibilità per le stesse di costituire opere accessorie al servizio pubblico. In particolare, gli autori ritengono che l'affidamento diretto dell'attività costituisca un importante *vulnus* alla normativa in tema di appalti pubblici di opere, con la conseguente elusione dei principi di imparzialità di derivazione europea.

²⁰³ F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, 372-373, evidenzia la confusione, ovvero le difficoltà nel distinguere in concreto, tra gestione del servizio pubblico e concessione comprendente l'esercizio di un'opera ad esso accessoria, differenziando al contempo le finalità e le caratteristiche dei due istituti, ritenuti non assimilabili.

²⁰⁴ Critico nei confronti della disposizione, in quanto limitativa della concorrenza, anche M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2587-2588.

²⁰⁵ È bene ricordare che l'affidamento diretto del servizio alle società per azioni a capitale pubblico minoritario è stata scelta accettata e condivisa dalla quasi totalità della dottrina. Tuttavia, per dovere di onestà intellettuale, è opportuno segnalare l'esistenza di qualche opinione in senso contrario. Infatti, propende per il doveroso svolgimento della gara per l'affidamento del servizio alle società locali costituite *ex art. 12, l. n. 498/1992*, sulla base della motivazione per cui altrimenti l'ente non avrebbe mantenuto alcun tipo di controllo sull'attività, L. BOCCHI, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: affidamento diretto del servizio e procedura ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.*, 1996, 1, 46, secondo cui in tali società non si può prescindere dall'atto di concessione.

svolgimento di attività puramente strumentali²⁰⁶, costituiva non solo uno stimolo nel ricorso alla s.p.a. da parte degli enti locali²⁰⁷, ma anche la dimostrazione della graduale assimilazione, per via legislativa, di attività eterogenee.

Inoltre, è interessante notare che le diverse attività subivano una tendenziale equiparazione non solo da punto di vista concettuale, ma anche da quello procedurale, in quanto erano oggetto di un'unica aggiudicazione. Il che, pur garantendo certamente esigenze di economia procedimentale, contribuiva a rendere ancor più netta la tendenziale assimilazione dei due istituti, legittimando l'affidamento di attività diverse tramite un'unica procedura. Anche da questo punto di vista emergevano delle problematiche. La costituzione di società per la gestione dei servizi pubblici imponeva adempimenti più gravosi in capo al Comune rispetto all'ipotesi di creazione di società imprenditoriali²⁰⁸. Nel primo caso l'obbligo di motivazione della preferenza di tale strumento doveva essere puntualmente descritto nell'apposita delibera²⁰⁹, mentre nel secondo la dimostrazione dell'interesse – che tra le altre cose, come ricordato, poteva anche essere costituito dal mero arricchimento o comunque dalla semplice convenienza di occupazione di alcuni settori del mercato²¹⁰ – rappresentava un'incombenza meno gravosa²¹¹ e, soprattutto, da non doversi esplicitare in un apposito atto²¹². Tuttavia, le società pubbliche costituite per scopi puramente imprenditoriali, ovvero per la realizzazione di opere accessorie ed attività strumentali, dovendo equipararsi alle comuni società commerciali private²¹³, avrebbero necessitato di una concessione per poter

²⁰⁶ F. FRACCHIA, *ult. op. cit.*, 374, afferma che il profilo dell'erogazione del servizio pubblico è estraneo all'oggetto della concessione per la costruzione dell'opera. Infatti, quest'ultima rappresenta un'attività strumentale rispetto alla cura delle esigenze della popolazione, e viene svolto nell'ambito di un esclusivo rapporto con l'amministrazione, senza coinvolgimento degli amministratori.

²⁰⁷ M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società ed istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 351.

²⁰⁸ D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, cit., 141 ss, ricorda che l'amministrazione possa considerarsi legittimata a costituire società per la gestione dei servizi pubblici solamente a fronte dell'impossibilità di reperire gli stessi sul mercato, pena l'illegittimità dell'intervento dell'ente sotto il profilo amministrativo. Infatti, in una tal evenienza, verrebbero poste le basi per l'imposizione di un monopolio di fatto, in dispregio delle normative nazionali e comunitarie a tutela della concorrenza.

²⁰⁹ *Ex multis*, M. CAMMELLI, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, cit., 131; V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, 1994, 1,11.

²¹⁰ Vd. note 206 e 207.

²¹¹ Sulla gravosità della motivazione circa la costituzione della società per la gestione dei servizi pubblici locali rispetto alla creazione di società che svolge attività puramente imprenditoriale, M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società ed istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 344, il quale ricorda che, con riferimento alle seconde, si riepanda la piena libertà di scelta dell'ente locale. Se ne desumono, dunque, cogenti limiti nella scelta di utilizzare il primo modello societario.

²¹² Mi sembra che giunga alla medesima conclusione anche V. MARTELLI, *ult. op. cit.*, 153-154, secondo cui per gli enti locali era più conveniente costituire società che svolgessero attività economica per due ragioni: esse erano soggette ad un minor numero di controlli e lo schema per la loro costituzione era atipico, dato che il principale interesse che esse dovevano soddisfare era l'effettiva penetrazione nel mercato.

²¹³ F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, cit., 292.

gestire il servizio pubblico²¹⁴. Al contrario, come più volte detto, questo adempimento non era assolutamente preteso nel caso di utilizzo per le società locali appositamente costituite per tale specifico compito, in quanto dirette affidatarie in entrambe le ipotesi in cui il capitale dell'ente locale di riferimento fosse maggioritario o minoritario. Considerando il fatto che, dipendentemente dall'oggetto sociale, mutavano in modo evidente le agevolazioni nel ricorso allo strumento societario, se ne ricava che la dilatazione del significato del servizio pubblico e l'unica procedura di affidamento abbiano fortemente inciso sulla proliferazione. I Comuni, vista la sempre più labile linea di confine tra attività economiche e prestazioni a favore della popolazione, avevano innanzi a sé la possibilità di cogliere un duplice vantaggio: svolgere un'attività ibrida, in cui la matrice imprenditoriale era spesso preponderante, e simultaneamente rinunciare alla gara. In questo senso, è chiaro che vi erano tutte le premesse necessarie per la fioritura del capitalismo municipale, anche perché l'ampia nozione di servizio pubblico locale non riguardava solo l'art. 12, l. n. 498/92, in quanto la giurisprudenza ne individuava i contorni anche all'interno dell'art. 22, co. 3, l. n. 142/90²¹⁵. Pertanto, a prescindere dal fatto che il capitale in mano pubblica fosse maggioritario o minoritario, il

Infatti, non sembra errato ritenere che, anche per le società pubbliche con oggetto sociale puramente imprenditoriale, al pari delle società *tout court* private, fosse necessaria l'atto di concessione del servizio *ex art. 22, co. 3, lett. b)*, nel caso in cui volessero concorrere per l'affidamento del servizio.

²¹⁴ Questa tesi è confermata da L. GIAMPAOLINO, *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali*, cit., 23, il quale, richiamando il parere dell'AGCM del 17 aprile 1998, sostiene che l'affidamento diretto a società miste possa riguardare solo quelle il cui oggetto sociale corrisponde ad un servizio pubblico locale, «*restando escluso che possano essere affidate a dette società attività diverse che svolgono anche altre imprese, come lavori, servizi e forniture*». Del resto, come ricordato da M. CAMELLI, *Enti pubblici, società ed istituzioni*, cit., 352, la volontà di rimarcare la differenza tra le s.p.a per la gestione dei servizi pubblici locali e tutte le altre s.p.a. in cui gli enti locali vantavano una partecipazione delineava un regime giuridico sempre più distante tra i due modelli. Infatti, come precisa l'A., «*più si precisa la disciplina delle prime, più si fa marcata la distinzione rispetto a tutte le altre che continuano ad essere disciplinate [...] dal diritto comune*».

Pertanto, se ne desume che l'affidamento diretto di cui alla lett. e) potesse solamente valere per le società costituite per la gestione dei servizi pubblici, mentre le altre società a partecipazione pubblica potessero sì ottenerne lo svolgimento, ma solo a seguito di procedura ad evidenza pubblica come se fossero un qualsiasi soggetto privato.

²¹⁵ Sul punto, tra le tante, Cons. giust. amm. reg. Sic., 23 luglio 2001, n. 410, in cui si afferma che «*i servizi di custodia e pulizia di immobili, finalizzati alla conservazione e ordinaria manutenzione del patrimonio comunale, non sono estranei all'ampia nozione di servizio pubblico cui ha riguardato l'art. 22 l. n. 142/90, atteso in particolare il rapporto di strumentalità intercorrente tra le attività di cui trattasi, svolte a favore dell'ente esponenziale ma finalizzate, tra l'altro, a consentire idonee condizioni di decoro, fruibilità ed agibilità dei beni immobili che ospitano i diversi uffici e servizi comunali, e l'attività di diretta erogazione dei servizi in favore della collettività sottostante da parte degli uffici medesimi*». In termini analoghi, e cioè a favore di una nozione ampia di pubblico servizio, Cons. St., sez. V, 11 luglio 2001, n. 3847, secondo cui è servizio pubblico quell'attività «*servente al soddisfacimento di altri fini pubblici inerenti allo sviluppo e alla promozione sociale della comunità*»; Cons. St., sez. V, 9 maggio 2001, n. 2605; Cons. St., Ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 368 ss, la quale ha esteso la nozione «*ad ogni attività di qualsiasi natura, connessa alla cura di interessi collettivi*», con commento di F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, e di G. ROSSI, *Dove inizia il «pubblico servizio»; avvio di una riflessione*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2, 2000, 7 ss.

In dottrina, L.R. PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*, cit., 194, sostiene che la lettura data dal Consiglio di Stato nei termini ora prospettati sia fuorviante, in quanto atta a ricomprendere gran parte delle attività di impresa ascrivibili all'ente.

modello societario consentiva l'affidamento diretto di plurime attività non qualificabili come mezzo per la soddisfazione delle necessità del vivere civile.

Un altro elemento estremamente significativo sul tema è rappresentato dal dibattito sulla tipicità delle forme di gestione²¹⁶. La questione è di assoluto rilievo nel tema della costituzione delle società locali e, di conseguenza, anche su quello relativo alla loro proliferazione. Infatti, è logico che la tassativa definizione legislativa dei modelli societari utilizzabili, rinvenibile sia nell'art. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/90 sia nell'art. 12, l. n. 498/92, i quali ammettevano la sola società per azioni²¹⁷, precludeva agli enti locali l'adozione di schemi difforni da quelli previsti *ex lege*. Il limite non era di poco conto, in quanto essi erano vincolati nelle proprie scelte da dettami civilistici, che imponevano specifiche condizioni per la stipulazione del contratto associativo. La scelta obbligata rappresentava chiaramente un freno per le amministrazioni e, perciò, per la diffusione delle società locali. La tipicità delle forme di gestione, dunque, appariva un efficace strumento per contenerne la diffusione, mentre l'eventuale atipicità ne avrebbe causato un più disinvolto utilizzo, se non altro perché le delibere avrebbero goduto di maggiore flessibilità nella definizione del modello gestorio.

In dottrina era stato sottolineato che la delicatezza delle questioni sottese allo svolgimento del servizio pubblico imponesse il rispetto dello schema tipico dei mezzi di gestione elencati dal legislatore nel predetto art. 22, co. 3²¹⁸, in quanto un atteggiamento cauto era necessario in un ambito in cui la cura delle esigenze dei più doveva considerarsi obiettivo apicale. È palese come questa lettura contrastasse con l'assetto dell'ordinamento sulla materia. L'estensione del concetto di servizio pubblico, e la simultanea comprensione di attività economiche e strumentali, determinava la superfluità della predetta accortezza. Anzi, a ben vedere, essa appariva incoerente con la realtà dei fatti²¹⁹. Infatti, laddove

²¹⁶ Per una esauriente ricostruzione sulla tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, nonché un'analisi della loro evoluzione nel corso degli anni, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 105 ss, il quale sostiene che il legislatore abbia inteso, sin dal 1990, attuare una forte tipizzazione delle forme gestorie dei servizi pubblici locali.

²¹⁷ Si ricorda, comunque, che con la l. art. 17, co. 58, l. 15 maggio 1997, n. 127, fu introdotta la possibilità di costituire anche società a responsabilità limitata nello svolgimento dei servizi pubblici locali.

²¹⁸ G. CAIA, *L'organizzazione dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1998, 931 e 969 ss che, per l'appunto, rinveniva nella tipicità l'ineludibile forma di garanzia per la realizzazione dell'interesse pubblico; M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 25. *Contra*, G. ROSSI, *I servizi pubblici locali (tipologia delle formule organizzative e analisi delle problematiche)*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, Cedam, 1998, 500 ss, il quale ritiene che l'ampia definizione di servizio pubblico locale stabilita dall'art. 22, co. 3, tradisca una forte atipicità delle formule gestorie; lo stesso M. CAMMELLI, *ult. op. cit.*, 21, sottolinea la contraddittorietà nel riconoscere ampia autonomia di scelta agli enti locali nel decidere cosa è servizio pubblico locale e, contemporaneamente, apporre un rigido vincolo (che l'A. stima comunque sussistente) per le modalità di gestione.

²¹⁹ Giunge a questa conclusione, affermando che «la rigidità delle forme di gestione non appare più così giustificata» M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1, 27. L'A., inoltre, pone l'accento su un'ulteriore minaccia alla coerenza del sistema. Il modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali è speciale, e perciò derogatorio, rispetto a quello

l'amministrazione agisca con atti paritetici – novero cui appartiene l'esercizio imprenditoriale – la garanzia del rispetto dell'interesse pubblico non viene accordata tramite la tipicità (la cui presenza è ritenuta necessaria solo a fronte della soggezione del privato al potere), ma viene resa mediante altra via, ossia la funzionalizzazione dell'attività negoziale pubblica ai fini istituzionali dell'ente²²⁰. Ovviamente, occorrerà intendersi sul significato da attribuire a tali fini istituzionali, in quanto si è visto come la sola prospettiva lucrativa in alcuni casi fosse sufficiente a legittimare la partecipazione in società. È però palese che l'incondizionata fedeltà delle forme gestorie al dato normativo contrastasse con l'evoluzione delle vicissitudini giuridiche nell'ambito considerato. Del resto, la privatizzazione apriva necessariamente ad una dimensione più economica, in cui il principio della concorrenza di derivazione europea – questione su cui si tornerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo – diveniva il faro intorno al quale valutare la legittimità o meno dell'utilizzo di determinate forme gestorie, in ciò sostituendo il principio di tipicità²²¹. In altre parole, il progressivo coinvolgimento dei privati ed il connubio tra servizi pubblici ed attività economiche stimolavano lo sviluppo di soluzioni che spesso non riflettevano le scelte del legislatore, con la naturale conseguenza della inarrestabile riduzione di importanza delle scelte normative prestabilite, oramai sempre

previsto dal Libro quinto del codice civile, da applicarsi alle società, pubbliche o private che siano, che svolgono una normale attività imprenditoriale. Ebbene, la dilatazione del concetto di servizio pubblico potrebbe causare un'inversione tra regola ed eccezione, nel senso che, se gran parte delle attività ascrivibili al Comune vengono erroneamente qualificate in questi termini, ne deriva l'assunzione del modello di gestione *ex artt. 22, l. n. 142/90 e 12, l. n. 498/92* a principale punto di riferimento normativo, da applicarsi in via generale alla regolazione delle società pubbliche per il sol fatto della presenza dell'amministrazione nel capitale sociale.

In termini analoghi, G. PIPERATA, *Tipicità e funzionalizzazione nell'organizzazione pubblica: il caso dei servizi pubblici locali, passim*, secondo cui è opportuno avanzare dei dubbi circa la doverosa persistenza della tipicità nelle forme di gestione societarie; G. SCIULLO, *I servizi culturali degli enti locali nella finanziaria per il 2002*, in *Aedon*, 1, 2002, il quale ritiene che il principio di tipicità sia ormai "stemperato" anche con riguardo agli allora servizi a rilevanza industriale.

²²⁰ Per una esauriente ricostruzione del rapporto tra atipicità contrattuale dell'amministrazione e funzionalizzazione dell'attività, M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, *passim*, ed in special modo 79 ss. Emblematico quanto l'A. scrive a p. 104, in cui sostiene che la funzionalizzazione, intesa come corrispondenza tra attività e finalità da perseguire da parte dell'ente, costituisce il caposaldo dell'atipicità contrattuale amministrativa. In tal caso, la funzione di garanzia è assicurata dalla verifica della corrispondenza tra la causa del negozio atipico e gli scopi che la legge impone all'amministrazione di perseguire.

²²¹ Di indebolimento del principio di tipicità nelle forme gestorie dei servizi pubblici locali scrive G. PIPERATA, *ult. op. cit.*, 187 ss, in cui l'A. ricorda come l'uropeizzazione dei servizi pubblici, e cioè la maggior attenzione per la tutela del predetto principio di concorrenza, determina il giusto metodo con cui valutare il legittimo (o illegittimo) utilizzo dello strumento societario. In altre parole, l'elemento della tipicità vedeva messa in fortissima discussione la propria utilità.

Ancora, questi (p. 448) riconosce che «la mancanza di apposite norme ovvero l'inadeguatezza di quelle esistenti hanno spinto gli enti locali a forzare il quadro tipico di gestione dei servizi pubblici, sperimentando nuovi modelli organizzativi, più o meno atipici, al fine di poter soddisfare nuove esigenze gestionali emerse in seguito all'evoluzione del settore di intervento economico».

Piperata, infine, individua i due ulteriori momenti di crisi della tipicità nel principio di qualità della prestazione, nonché in quello del rafforzamento dell'autonomia degli enti locali.

meno influenti, a favore di profili di atipicità²²². Questi costituivano, dunque, nel modello di gestione dei servizi pubblici locali, un risultato da preventivare, o che quantomeno poteva ipotizzarsi, alla luce della definitiva autorizzazione legislativa all'utilizzo dello strumento societario nello svolgimento di attività, per lo meno di facciata, amministrative²²³.

Questa lettura trova conferma anche in un'altra considerazione. Era stato sostenuto che la tipicità dei moduli di gestione fosse necessaria anche perché il quadro ordinatorio tipizzato in astratto dal legislatore risultava lo strumento con cui discernere il servizio pubblico da tutte le altre attività svolte dall'ente locale²²⁴. In altre parole, il vincolo organizzativo veniva considerato un efficace "grimaldello" con cui scardinare le difficoltà nella scomoda risoluzione della dicotomia. Tuttavia, sembra che questo strattagemma, seppur apprezzabile sul piano teorico, non avrebbe condotto ad apprezzabili risultati sul piano pratico, in quanto la vulgarizzazione del servizio pubblico ne impediva il fruttuoso utilizzo²²⁵. Infatti, non sarebbe stato possibile affidarsi a questo metodo se l'oggetto delle società costituite ai sensi degli artt. 22 e 12 non corrispondeva appieno ad attività promosse a favore della popolazione, ma andava ad inglobare anche attività economiche e strumentali ai suoi bisogni. In questo senso, è evidente che la tipicità non poteva risultare così utile come auspicato nell'opera di discernimento.

In definitiva, i modelli societari dettati dal legislatore del 1990 e del 1992 venivano storpiati per consentire lo svolgimento (anche) di attività (prevalentemente) imprenditoriali, da affidarsi senza gara. La scelta veniva giustificata richiamando, da un lato, la capacità di agire dell'ente locale, dall'altro l'esistenza di un oggetto sociale multiforme, in cui la marginale sussistenza del servizio pubblico inteso nel suo originario significato, ovvero la sua

²²² ID, *ult. op. cit.*, 355 ss; inoltre, pp. 385-386, l'A. rileva che l'avvenuta costituzione di una società *holding* da parte degli enti locali sia la traduzione pratica della necessità per questi ultimi di competere sul mercato a seguito dell'ondata delle privatizzazioni.

²²³ Sulla connessione tra moduli privatistici ed organizzazione amministrativa, G. BERTI, *Introduzione*, in ID (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, Il Mulino, 1993, 13 ss; C. MARZUOLI, *La privatizzazione tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 661 ss.

²²⁴ G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, cit., 3171, secondo cui nell'attuazione della distinzione delle categorie «*rileva l'organizzazione del servizio ovvero l'identificazione delle figure o modelli, di volta in volta, più adeguati a gestire l'attività di cui trattasi*».

Sul punto, si vedano anche le riflessioni di G. PIPERATA, *ult. op. cit.*, 123-124, il quale, commentando questa lettura, sostiene che le attività riconducibili al servizio pubblico locale possano individuarsi sfruttando il principio di tipicità. Ne deriva che esso, secondo questa prospettiva, è «*più organizzazione che attività*».

²²⁵ ID, *ult. op. cit.*, 452 ss, giunge alla stessa conclusione, in quanto riconosce che la tipicità, nonché il profilo organizzativo non siano idonei strumenti per individuare quale attività possano considerarsi servizio pubblico locale. La ragione è semplice: la crisi del concetto impedisce di individuare una nozione precisa. Questa considerazione, unitamente all'accresciuta autonomia degli enti locale, conduce l'autore alla conclusione per cui la tipicità delle formule gestorie non possa ritenersi valido criterio per qualificare l'oggetto sociale di una società costituita ex artt. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/90 e 12, l. n. 498/92.

sussistenza secondo i nuovi canoni descritti, fungeva da mero pretesto per aggirare le regole in tema di evidenza pubblica. È evidente il radicamento delle idonee condizioni per favorire una crescita fuori controllo delle società locali.

3.1. (Segue). La confusione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico.

La deriva in senso imprenditoriale dei servizi pubblici locali non è dovuta solamente alle ragioni sinora considerate. Anzi, queste sembrano più una conseguenza di un altro fattore, ovvero l'influenza rivestita nella tematica dal diritto comunitario, il quale intravedeva nella riorganizzazione del sistema tradizionale di gestione dei servizi pubblici locali non solo la necessità di contenimento della spesa pubblica, ma anche un espediente per valorizzare l'iniziativa economica privata²²⁶. Per proseguire verso la direzione auspicata dagli organi europei, era necessario enfatizzare il carattere economico del servizio pubblico²²⁷: così facendo, da un lato si garantiva una definizione più omogenea della categoria, altrimenti irrealizzabile data l'eterogeneità della categoria nelle varie esperienze giuridiche nazionali²²⁸, e dall'altro si facilitava l'ingresso nel settore, non più appannaggio delle amministrazioni pubbliche, anche di imprenditori privati. L'obiettivo era chiaramente collegato alla promozione del profilo concorrenziale nella resa dei servizi pubblici, date le lacune che lo

²²⁶ Sul punto, si vedano le riflessioni di M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000, 103 ss

²²⁷ Sull'influenza del diritto europeo alla confluenza del servizio pubblico nel più ampio bacino dei servizi in genere, tra i tanti e senza pretese di completezza, M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, 423 ss; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 56; F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, 367 ss; G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 5, 1285 ss; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, Cedam, 1998, e *ivi* vari contributi; L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 479 ss; G. PIPERATA, *ult. op. cit.*, 187 ss; G. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, 2, 201 ss; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in F. TRIMARCHI (a cura di), cit., 151; ID, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 370 ss; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, 20078, Milano, Giuffrè, 99 ss.

²²⁸ Sulla diversa nozione di servizio pubblico tra diversi Stati, seppur incidentalmente, accennano G. PIPERATA, *ult. op. cit.*, 192, L. RIGHI, *Ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del d. lgs. n. 157/1995; amministrazioni aggiudicatrici ed appalti pubblici di servizi*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, cit., 105.

caratterizzavano in questo senso²²⁹, su tutte l'inapplicabilità a questi delle normative in tema di appalti²³⁰. I sintomi della nuova impostazione erano rinvenibili anche nell'utilizzo di una nuova terminologia, distinta da quella tradizionale, che per l'appunto sottolineava la preponderanza del profilo economico e dunque concorrenziale dell'attività²³¹, a discapito di quello legato alla soddisfazione dei bisogni della collettività.

²²⁹ In questo senso sono emblematiche le considerazioni di A. POLICE, *Le concessioni di servizi pubblici: regole di concorrenza e "privilegi" per l'amministrazione.*, in *Riv. trim. app.*, 1995, 361 ss, in cui sono evidenziate, attraverso il riferimento ad una fattispecie concreta su cui si era pronunciato il Tar Emilia-Romagna, sez. I, 13 luglio 1995, n. 622, le carenze sotto il profilo concorrenziale della disciplina in tema di servizi pubblici locali. In particolare, è dato risalto al frequente atteggiamento delle amministrazioni locali nel qualificare un evidente appalto di servizi in termini di servizio pubblico, al fine di non dover svolgere una rigida procedura ad evidenza pubblica nella scelta del contraente.

²³⁰ Si veda la bibliografia già citata alla nota 104. Nello stesso senso, si richiamano anche i lavori di M. CAMMELLI, *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, cit., 40; G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di servizio pubblico*, cit., 14; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 100, i quali rimarcano che l'espulsione dal testo definitivo della direttiva di ogni riferimento alle concessioni di servizio pubblico, a fronte di alcune previsioni a riguardo nel testo della proposta, esclude che le norme ivi contenute possano riferirsi anche a tale ultimo istituto

Si annota brevemente qualche informazione aggiuntiva sulla direttiva n. 92/50. Essa fu recepita nel nostro ordinamento attraverso il d.lgs. n. 157/1995, il quale a sua volta descriveva una rigida procedura ad evidenza pubblica nella scelta del contraente, ispirata alla valorizzazione della competizione economica. Tale direttiva, per l'appunto, non veniva considerata applicabile alle concessioni di servizi pubblici ma ai soli appalti pubblici di servizi, ragion per cui i secondi potevano legittimamente essere affidati in assenza di qualsiasi confronto competitivo.

Tuttavia, in termini opposti, ma tale lettura è assolutamente minoritaria, P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994, 56-57, ritiene che la direttiva n. 92/50 incida anche sul regime di riferimento dei servizi pubblici, introducendovi i principi della *par condicio* e della pubblicità. Pertanto, questa si affiancherebbe alle normative interne che disciplinano la categoria in questione, su tutte la l. n. 142/90. Se ne induce che, nel pensiero dell'A., gli ambiti della concessione di servizi pubblici ed appalto pubblico di servizi sono coincidenti. In termini analoghi V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali*, cit., 110, secondo cui i servizi pubblici locali rientrano nell'ambito della normativa europea quantomeno laddove l'affidamento abbia natura contrattuale.

²³¹ È chiaro il riferimento alla categoria dei SIEG (servizi di interesse economico generale). Per un'approfondita analisi della categoria, nonché della relativa prospettiva europea, tra i tanti e senza pretese di completezza, E. PICOZZA, *I pubblici servizi locali e le loro forme di gestione con riguardo al regime di diritto comunitario, nazionale e regionale*, in *Nuova rass. leg. dottr. giur.*, 1995, 9, 1005 ss; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; L. BERTONAZZA, R. VILLATA, *I servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1798 ss.

Si ricorda, inoltre, che è stata posta in dubbio la stessa congruenza tra la definizione di servizio di interesse economico generale di derivazione europea e quella di servizio pubblico nazionale. Sul punto, A riguardo G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1221, il quale sottolinea che i SIEG sono frutto di un *collage* tra tradizioni giuridiche nazionali. Essi riprendono, per esempio, dalla esperienza francese il principio di continuità del servizio; con riferimento, invece, ai principi di qualità e di accessibilità delle tariffe viene sostenuto che tali elementi sono stati desunti dal servizio universale, a sua volta mutuato dalla tradizione americana. Dubbioso sull'equiparazione tra le due categorie, R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 33.

Ancora sulla contrapposizione tra SIEG e servizi pubblici è opportuno ricordare gli scritti di altri autori. Con riguardo al termine «servizi» di cui all'art. 60 TCE, si vedano le riflessioni di V. MARTELLI, *ult. op. cit.*, 107; con riguardo al termine «servizi» di cui alla direttiva n. 92/50 si pronuncia F. FRACCHIA, *ult. op. cit.*, 415. In entrambi i casi, gli A. riconoscono che l'istituto così richiamato descrive un significato più ampio della locuzione "servizio pubblico" utilizzata a livello nazionale. Ad esempio, Fracchia ricorda che gli allegati della direttiva ricomprendano anche prestazioni rese alla pubblica amministrazione, fra cui servizi di manutenzione e riparazione, servizi finanziari, servizi di pulizia degli edifici.

L'opportunità di procedere in questo senso era percepita su più fronti²³².

Tuttavia, nonostante la bontà delle intenzioni, importanti problematiche si celavano dietro la tendenza a valorizzare in maniera pressoché assoluta il profilo imprenditoriale dei servizi pubblici. L'ampia nozione comunitaria di servizi ha, da un lato, reso meno forzata l'applicazione ai secondi delle rigide normative pro-concorrenziali, mediante la valorizzazione della loro matrice economica. Dall'altro, tuttavia, ha inevitabilmente contribuito a rendere sempre più flebile la linea di confine tra le due categorie, tradizionalmente afferenti a regimi giuridici distinti. Lo strattagemma pensato dalle istituzioni europee era certamente acuto: queste non avrebbero privato gli ordinamenti nazionali della libertà di determinare le forme di gestione dei servizi pubblici²³³ – prevenendo così probabili resistenze da parte di questi ultimi, timorosi di perdere autonomia di scelta – ma incideva direttamente sulla qualificazione della categoria e, dunque, sul regime giuridico di riferimento. Peraltro, la valorizzazione della competizione economica non avrebbe neppure impedito la gestione pubblica dell'attività, stante il conclamato principio di indifferenza sulla natura pubblica o privata delle imprese che svolgono attività economica, oggi apparentemente²³⁴ confermato dall'art. 106 TFUE.

Premesse le ragioni dell'ampia nozione di servizi promossa dalle istituzioni comunitarie, è necessario indagare come, concretamente, l'obiettivo sia stato raggiunto. Il richiamo alle fonti normative comunitarie, ed all'utilizzo dell'onnicomprensivo termine «servizi», non era sufficiente per estendere il regime concorrenziale alla dimensione dei servizi pubblici. Del resto, come già ricordato, l'applicabilità nei loro confronti della direttiva n. 92/50 era stata esclusa non solo in applicazione del canone *ubi lex voluit dixit*²³⁵, ma anche

²³² Gli influssi dell'ordinamento comunitario all'interno dei confini nazionali sono rinvenibili anche nelle pronunce del giudice delle leggi. Si veda, ad esempio, Corte cost., 17 marzo 1988, n. 303, in cui si legge che «tutti i servizi pubblici locali devono essere organizzati e gestiti in forma di impresa»; sul punto anche A. PERICU, *Impresa ed obblighi di servizio pubblico: l'impresa di gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2001, il quale propende nettamente a favore della esigenza di sottolineare il carattere imprenditoriale dei servizi pubblici locali. Negli stessi anni, anche il legislatore nazionale ha seguito la stessa direzione, rimarcando il carattere dell'imprenditorialità nell'art. 112, co. 1, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

²³³ Sui profili di discrezionalità nella scelta, F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, cit., 367 ss, ed in special modo 404 ss, pone l'accento sul fatto che, pur non essendo di principio applicabili alle concessioni di servizio pubblico le normative concorrenziali previste per i contratti pubblici dell'amministrazione, esista nella giurisprudenza nazionale, anche anteriore al 1990, la consapevolezza del rispetto di un generale principio di concorsualità nella scelta del gestore. In altre parole, questi, perché sia selezionato, deve rispondere di requisiti dal punto di vista morale, tecnico e finanziario. La discrezionalità, dunque, non può considerarsi assoluta, anche a causa dell'influenza sovranazionale sul tema: la Comunità europea ritiene che la riduzione della stessa sia funzionale al raggiungimento del proprio obiettivo, ovvero la garanzia di un'effettiva concorrenza sul mercato.

Ciò detto, nondimeno, la scelta del modello di gestione continua ad essere effettuata dagli ordinamenti nazionali, o meglio, a livello locale, pur se con un carattere fiduciario di minore entità rispetto al passato.

²³⁴ Si vedano a riguardo le riflessioni svolte capitolo I, § 1.2

²³⁵ Sulla proposta, poi espunta dal testo finale, di applicabilità della direttiva anche alle concessioni, e sulla

perché tale evenienza non aveva incontrato i favori della stessa giurisprudenza comunitaria²³⁶. Inoltre, alcune resistenze venivano mosse anche in dottrina, i cui insegnamenti tradizionali²³⁷ denunciavano la doverosa distinzione tra le categorie considerate, dato che il servizio pubblico discende da una prerogativa fondamentale dell'amministrazione in senso operativo²³⁸, laddove il carattere di pubblicità dell'appalto non deriva dall'attività medesima - ontologicamente diversa²³⁹ - bensì dal dato soggettivo della presenza dell'amministrazione quale soggetto contraente.

Come è noto, l'assimilazione, o quantomeno la sovrapposizione, tra i due istituti fu determinata attraverso l'adozione di parametri discretivi nuovi, di impronta più marcatamente economica, rispetto a quelli della cura delle esigenze della collettività, così da facilitare la confluenza delle due categorie. L'imposizione da parte della Corte di giustizia dei criteri di stampo economico sostanziale²⁴⁰, ossia il rischio di gestione e le modalità di retribuzione per

conseguente impossibilità della prima di regolare le seconde, si vedano le riflessioni di Greco, Cammelli, Villata, riportate alla nota 130.

In termini analoghi, L. RIGHI, *Ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del d. lgs. n. 157/1995; amministrazioni aggiudicatrici ed appalti pubblici di servizi*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, Cedam, 1998, 105, in cui l'autore giustifica la mancata applicazione della direttiva in questione alle concessioni di servizio pubblico alla luce di ragioni politiche e giuridiche, dovute alle notevoli divergenze delle legislazioni nazionali sul punto.

²³⁶ Il rimando è sempre a Corte giust., 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags* contro Telekom Austria, nonché ai relativi commenti di F. LEGGIADRO, *Applicabilità delle direttive comunitarie*, in *Urb. e app.*, 2001, 487 ss, e di G. GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 6, 1461. In ambito nazionale, ad esempio, Tar Emilia-Romagna, sez. I, 13 luglio 1995, n. 622.

²³⁷ *Ex multis*, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale, passim*; M. CAMMELLI, *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, cit., 39 ss; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 58-59; ID, *I servizi pubblici locali*, cit., 2581 ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè 2005, 2278; ID, *Gli appalti di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, cit., 13 ss; ID, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 1285 ss; ID, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimenti e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 390; U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 394 ss; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi.*, cit., 99 ss.

Contra P. PIRAS, *I servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994, 56-57; V. MARTELLI, *ult. op. cit.*, 110, secondo cui i servizi pubblici locali rientrano nell'ambito della normativa europea quantomeno laddove l'affidamento abbia natura contrattuale.

²³⁸ G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.

²³⁹ Sul punto si segnalano le letture classiche di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, vol. I, 568; F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, XVII, 215 ss. Più recentemente, A.M. BALESTRIERI, *Note sulla distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 730.

²⁴⁰ Nel corso degli anni, tra le tante, si veda Tar Lombardia, Brescia, sez. 26 febbraio 2003, n. 292; Tar Lombardia Milano, sez. III, 4 settembre 2004, n. 3242; Tar Lazio, sez. II, 6 settembre 2005, n. 6581; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6581 Tar Liguria, 7 aprile 2006, n. 343; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333 Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, Consiglio di Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; Tar Abruzzo 25 maggio 2011, n. 293; Consiglio di Stato, 24 marzo 2011, n. 1784; Tar Campania, sez. I, 3 maggio 2012, n. 2014; Tar Puglia, sez. I, 4 aprile 2012, n. 665; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 febbraio 2013, n. 1555; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 18 aprile 2013, n. 363; Tar Marche, sez. I, 8 novembre 2013, n. 808.

A riguardo, occorre segnalare che gli strumenti interpretativi per la risoluzione della dicotomia sono stati forniti attraverso la circolare 3944/2002, con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri si era preoccupata di

la prestazione eseguita²⁴¹, ha assunto rilevanza centrale. La stessa Commissione si era rivelata un convinto *sponsor* dell'applicazione di tali parametri²⁴², ritenuti in grado di delineare un miglior assetto concorrenziale dell'attività²⁴³ – nel senso che il mercato escluderebbe automaticamente gli operatori non idonei a fronteggiare le richieste degli utenti – ed al contempo evitare fenomeni elusivi della procedura ad evidenza pubblica²⁴⁴. La definizione in questi termini del servizio pubblico avrebbe frustrato eventuali tentativi da parte delle

precisare l'utilizzo degli indicatori in ossequio alle richieste di derivazione comunitaria sulla materia, riportate all'interno della comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, la quale ha in seguito influenzato l'operato dei giudici nazionali. L'*iter* argomentativo è chiaro, in quanto l'elemento discrezionale tra le due realtà giuridiche viene individuato nel rischio di gestione. Pertanto, «*si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio rifacendosi all'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone*». (punto 2.2. comunicazione).

Più recentemente, l'utilizzo dei criteri economico-sostanziali è stato definito anche all'interno degli artt. 3, co. 12, e 30, d. lgs. 163/2006.

Seppur cosa nota, e a soli fini di chiarezza espositiva, si ricorda che in base a detti parametri il giudice europeo identifica un servizio pubblico laddove l'operatore assuma il rischio imprenditoriale legato alla gestione dell'attività, ricevendo il proprio compenso mediante il pagamento diretto delle tariffe da parte degli utenti della prestazione; al contrario, individua un appalto qualora l'operatore sia remunerato dall'amministrazione, il che escluderebbe l'accollo del medesimo rischio.

²⁴¹ Sono rare le pronunce che continuano ad applicare i criteri lasciati in eredità dalla tradizione giuridica nazionale nella distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico. Tra queste, si veda ad esempio Cons. St., sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289, in *Foro amm. CdS*, 2003, 998 ss, con nota di L.R. PERFETTI, *Nozione di servizio pubblico locale e fini sociali. Revirement del Consiglio di Stato in tema di servizi pubblici locali*, il quale condivide appieno la decisione del giudice amministrativo, rimarcando la centralità del soddisfacimento dei fini sociali quale elemento discriminante del servizio pubblico. Del resto, è già stato segnalato come lo stesso Perfetti, in *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*, cit., 187 ss, avesse aspramente criticato la sentenza Cons. St., sez. V, 11 luglio 2001, n. 3847, la quale aveva identificato la medesima attività, ovvero il servizio di riscaldamento e manutenzione in uffici pubblici, alla stregua di un servizio pubblico. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'A. aveva rinvenuto nella decisione così assunta una nozione eccessivamente ampia di servizio pubblico, che andava a snaturare l'essenza del concetto.

²⁴² Il riferimento riguarda ancora la precedentemente annotata Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000, la cui pubblicazione ha influenzato la giurisprudenza non solo europea ma anche interna. Stando ai suoi insegnamenti, i criteri caratterizzanti le concessioni di servizi sono il rischio di gestione e le relative modalità di retribuzione dell'operatore, basate appunto su un piano tariffario sostenuto dagli utenti. La remunerazione fissa devoluta dall'amministrazione all'imprenditore è, invece, tratto sintomatico dell'appalto.

Attraverso tali indici, sarebbe stato garantito l'assetto concorrenziale del mercato pur a fronte dell'inapplicabilità delle norme di diritto derivato alle concessioni di servizio pubblico.

²⁴³ Il concetto viene così espresso anche da A. SCALCIONE, *Brevi note a margine su appalti di servizi, concessioni di servizi pubblici e normativa applicabile*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 2397 ss, commento a Tar Liguria, 7 aprile 2006, n. 343, secondo cui l'utilizzo dei criteri sostanziali è in grado di esorcizzare l'individuazione di una attività quale concessione anziché come appalto per scopi meramente elusivi dell'evidenza pubblica. Laddove l'operatore che impegni capitali, mezzi, assuma il rischio della gestione ed ottenga remunerazioni da parte degli utenti sia identificato come un concessionario, è logica conseguenza che le amministrazioni non saranno nelle condizioni di aggirare i principi concorrenziali nella scelta del gestore, in quanto i profili economici sovrastano quelli fiduciari. Ancora, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 4 agosto 2004, n. 3242, con nota di F. LEGGIADRO, *La concessione di servizio pubblico e l'obbligo della gara secondo il diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2005, 219, 220.

²⁴⁴ Sulla concretizzazione di indebiti privilegi per l'amministrazione, causati da un'errata distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico, A. POLICE, *Le concessioni di servizi pubblici: regole di concorrenza e "privilegi" per l'amministrazione*, cit., 361 ss. Più precisamente, Police spiega che, nel caso di specie, la qualificazione da parte del Tar Emilia-Romagna del servizio di tesoreria in termini di servizio pubblico, anziché, come sarebbe stato corretto, di appalto pubblico di servizi causa un'indebita elusione dell'applicazione della procedura ad evidenza pubblica nella scelta del contraente ai sensi della direttiva n. 92/50.

amministrazioni di sfruttare il modello della concessione per sfuggire alla classificazione in chiave di appalto²⁴⁵, scongiurando così l'obbligo di doversi conformare alle rigide regole della procedure di gara per la scelta del contraente²⁴⁶.

L'utilità dei criteri economico-sostanziali veniva percepita, inoltre, anche sotto un altro punto di vista. Pur non essendo applicabile alla categoria dei servizi pubblici la direttiva n. 92/50²⁴⁷ (né la direttiva n. 93/38 riguardante specifici settori), la Corte di giustizia, incoraggiata in questo senso dalla Commissione²⁴⁸, cominciava ad imporre l'utilizzo, se non delle norme di diritto derivato, quantomeno dei principi dei Trattati, utili per disciplinare le modalità di scelta del gestore in termini coerenti con l'assetto concorrenziale del mercato²⁴⁹. Ne derivano due rapide riflessioni. La prima evidenza, ancora una volta, la difficoltà nell'epurare la categoria da qualsiasi connotazione fiduciaria. La seconda, invece, suggerisce

²⁴⁵ Sul punto, tra gli altri, F. FRACCHIA, *ult. op. cit.*, 420.

²⁴⁶ F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 277 ss, evidenza che il deficit normativo a livello comunitario con riguardo alla concessione di servizio pubblico consentiva maggior arbitrarietà in capo all'amministrazione nella scelta del concessionario.

²⁴⁷ È già stato dato ampio risalto a questo profilo. Tuttavia, pare che una conferma definitiva in questo senso, sviluppata in termini assolutistici, venga resa attraverso una lucida analisi sulla predetta sentenza Corte giust., 7 dicembre 2000, C-324/98 (Teleaustria) da G. GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, cit., 1465.

Più precisamente, la stessa sentenza afferma l'inapplicabilità delle direttive n. 92/50 e 93/38 alle concessioni di servizi, ma al contempo ammette l'applicazione dei soli principi dei Trattati, al fine di delineare una procedura di scelta più conforme alle esigenze di parità di trattamento tra operatori pubblici e privati. A riguardo, si rimanda anche al commento della medesima sentenza Teleaustria di F. LEGGIADRO, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*, in *Urb. e app.*, 2001, 5, 487 ss, il quale sottolinea esplicitamente che, nell'ottica comunitaria, il fattore discrezionale rilevante delle concessioni è l'alea economica; al contrario, non rileva in alcun modo che la prestazione sia manifestazione di un settore del potere pubblico, in quanto tale dato è meramente eventuale. Ecco un'ulteriore conferma del privilegio accordato alla dimensione economica.

²⁴⁸ Il riferimento è, ovviamente, ancora alla Comunicazione 12 aprile 2000, di poco anteriore alla predetta sentenza Teleaustria. Tale comunicazione, oltre ad aver preteso l'applicazione dei criteri di carattere economico-finanziario, ha affermato la necessità di svolgere la gara per la scelta dell'affidatario in conformità ai principi del Trattato. Per una lucida disamina sul punto, si rinvia a F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, cit., 288.

, si vedano i contributi di F. LEGGIADRO, in *Urb. e app.*, 2000, 10, 1071 ss e C. GUCCIONE, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 12, 1263 ss.

²⁴⁹ G. GRECO, *ult. op. cit.*, 1465-1466, riconosce che, attraverso la sentenza Teleaustria, la Corte di giustizia abbia voluto imporre un momento concorrenziale minimo anche nella scelta dell'affidatario nell'ambito dei servizi pubblici. Perciò, pur non essendo applicabili in questo ambito le rigide normative pro-concorrenziali dettate per gli appalti, il diritto comunitario cominciava ugualmente ad interessarsi del settore degli affidamenti dei pubblici servizi, talché la sua influenza costituisce «la caduta di uno degli ultimi fortini di sovranità esclusiva della legislazione nazionale».

È, pertanto, evidente anche sotto questa prospettiva il desiderio delle istituzioni sovranazionali di limitare il più possibile il raggio d'estensione dell'*intuitus personae*, da sempre caratterizzante i provvedimenti di concessione, e chiaramente in contrasto con un andamento imparziale e favorevole alla concorrenza.

Del resto, l'introduzione di un momento concorrenziale minimo, dovuto al richiamo dei principi di imparzialità, parità di trattamento, pubblicità nella selezione del gestore sarebbe stato poi richiamato anche dalla normativa nazionale.

Si pensi, ad esempio, alle discipline normative di cui all'art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448; all'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326; all'art. 23bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133.

che l'impossibilità di ricondurre ad essa le ben più rigorose norme di diritto derivato avrebbe comunque incentivato l'atteggiamento elusivo delle amministrazioni, tendente a qualificare l'appalto in termini di concessione: infatti, è evidente che l'obbligo di svolgere la gara per la scelta del concessionario del servizio pubblico sulla base dei soli principi, anziché della rigida normativa di diritto positivo, lasciasse maggiori margini di discrezionalità (*reciuts*: arbitrio) in capo all'amministrazione²⁵⁰. Vi era, cioè, il pericolo che il rapporto fiduciario non fosse completamente estirpato. Ecco dunque la ragione per cui, nonostante i tentativi di procedimentalizzarne anche la scelta del gestore del servizio pubblico, l'utilizzo dei criteri economico-sostanziali risultava, nell'ottica comunitaria, comunque efficace.

Viste le premesse, è necessario considerare come gli elementi descritti abbiano (eventualmente) influito sul tema della proliferazione delle società locali.

La qualificazione dei servizi pubblici sulla base di fattori economico-sostanziali, dato il proposito di evitare ingiustificati *vulnera* alla concorrenza, era certamente animata da nobili intenti. Tuttavia, l'integrale applicazione di detti parametri²⁵¹ ha determinato – aldilà di pronunce piuttosto originali circa la qualificazione in termini di servizio pubblico di attività di illuminazione di aree votive cimiteriali²⁵² e gestione di distributori di snack in strutture pubbliche²⁵³, e di definizione della raccolta di rifiuti urbani quale appalto pubblico²⁵⁴ – un esito antitetico rispetto a quello auspicato. Del resto, la rigida e meccanica applicazione dei criteri economico-sostanziali sorvola sul fatto che il rischio di gestione, venendo assunto seppur in forma diversa anche dall'appaltatore²⁵⁵, non pare prerogativa del solo

²⁵⁰ In tal senso, F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, cit., 290; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 125.

²⁵¹ Per esigenze di chiarezza è bene specificare i termini della vicenda. La giurisprudenza – *ex multis* Cons. St., sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012 – non ha sempre escluso dal novero degli indici da considerare i tradizionali parametri dell'utilità immediatamente percepibile per la collettività e del c.d. criterio del destinatario. Tuttavia, dimostrava di non dedicarvi troppa attenzione né di attribuirvi sufficiente rilevanza, dato che il loro peso specifico risultava sempre e comunque inferiore a quello del rischio di gestione e delle modalità retributive. Pertanto, la loro mera enunciazione appariva più come una sorta di tributo ossequioso nei confronti della tradizione giuridica che non una convinzione circa l'effettiva utilità degli stessi. In questo senso non sembra di lanciare una sterile provocazione ipotizzando che, per esigenze di coerenza sistemica, sarebbe stato probabilmente più opportuno non farne menzione alcuna.

²⁵² Cons. St., sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784.

²⁵³ Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2010, n. 445.

²⁵⁴ Tar Abruzzo, sez. I, 25 maggio 2011, n. 293.

²⁵⁵ R. CAVALLO PERIN, *I principi del pubblico servizio*, in *Dir. amm.*, 2000, 1, 77-78, secondo cui sia il concessionario sia l'appaltatore assumono il rischio della gestione, pur ammettendo che il concetto di "rischio di impresa" muti nei due casi: nel primo l'alea si riversa nel rapporto con gli utenti, nel secondo nel rapporto giuridico con l'amministrazione.

Così anche R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 116,117, il quale concorda con quanto sopra riportato, ed inoltre ricorda che la dottrina italiana a suo tempo non aveva lesinato critiche nei confronti della Comunicazione interpretativa della Commissione del 12 aprile 2000 sulle concessioni di servizio nel diritto comunitario che individuava, sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'elemento del rischio quale criterio discrezionale fondamentale per distinguere le due vicende oggetto di studio.

Contra, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, 115, secondo cui il rischio in questione configura «qualcosa di più e di diverso rispetto alla normale alea dell'imprenditore che, per conseguire l'utile

concessionario; inoltre, al fine della distinzione tra le categorie, enfatizza in modo eccessivo le modalità di retribuzione, ignorando che l'onere economico grava ugualmente sulla collettività, pur in via indiretta, anche laddove le modalità di retribuzione seguano un sistema a tassazione²⁵⁶. Già questa considerazione pone qualche incertezza sulla rigida applicazione di questi parametri. A ben vedere – come anticipato – i dubbi maggiori insistono su un altro profilo: l'incapacità di garantire in modo assoluto un'effettiva tutela della competizione economica ed, anzi, aver talvolta provocato la realizzazione di esiti anticoncorrenziali²⁵⁷. Non è intenzione insinuare che i criteri economici conducessero il più delle volte a tali esiti – essendo anzi probabilmente vero il contrario – ma la prospettazione di una simile eventualità avrebbe dovuto quantomeno far ricredere il giudice amministrativo sulla convenienza della loro integrale e meccanica applicazione. L'affermazione è motivata dal confronto tra due distinte pronunce del giudice amministrativo. In un caso affrontato dal Tar Abruzzo²⁵⁸, la definizione delle categorie mediante parametri economici ha legittimato l'affidamento del servizio, qualificato come un appalto, ad un imprenditore già concessionario in via diretta. La decisione contrastava chiaramente con la tutela della concorrenza. Infatti, sulla base della disciplina allora vigente, nell'ottica di favorire la competizione fra aspiranti gestori, l'art. 23bis, co. 9, d.l. n. 112/2008 impediva la partecipazione alla gara, ed *a fortiori* l'aggiudicazione del servizio, a colui che risultasse già concessionario in via diretta. Ovviamente, qualificando il servizio di raccolta dei rifiuti in termini di appalto pubblico, il giudice abruzzese escludeva l'applicazione di questa specifica norma, inapplicabile all'ambito dei contratti pubblici, la quale, altrimenti, avrebbe precluso la gestione a chi già risultava affidatario senza gara di altra attività. In altra pronuncia, il Consiglio di Stato, individuando l'attività di illuminazione votiva cimiteriale quale servizio pubblico²⁵⁹, negava l'applicazione della norma sull'offerta anomala di cui all'art. 84, d.lgs. n. 163/2006 – nel caso di specie lo stesso giudice aveva ritenuto tale la proposta avanzata dal vincitore – la quale, altrimenti, avrebbe precluso l'affidamento. Le contraddizioni così riassunte, chiaramente, non

sperato deve saper organizzare in modo adeguato i propri mezzi di produzione e rientrare nelle previsioni economiche che ha formulato nell'offerta».

²⁵⁶ G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, cit., 15-16, sostiene che il carattere oneroso del servizio vada inteso in senso economico e finanziario, non con riferimento alle singole modalità di pagamento, in quanto il sistema di prelievo è un elemento estrinseco ed occasionale. La riflessione proposta riguarda un caso di smaltimento di rifiuti, attività rispetto alla quale desta perplessità la mancata qualificazione in termini di servizio pubblico per il sol motivo che sugli utenti gravano tasse e non tariffe; ID, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 5, 1290.

²⁵⁷ Le riflessioni che seguiranno sono frutto del confronto tra alcune sentenze del giudice amministrativo. In particolare, si rimanda alla lettura di Tar Abruzzo, sez. I, 25 maggio 2011, n. 293 e Cons. St., sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784. Da una breve analisi comparata delle pronunce è di facile deduzione che l'integrale applicazione dei criteri economici abbia condotto ad esiti opposti rispetto ai risultati auspicati.

²⁵⁸ Dunque, il riferimento è a Tar Abruzzo, n. 293/2011.

²⁵⁹ Cons. St., n. 1784/2011.

pretendono di assumere rilevanza globale, ma sono ugualmente significative del contrasto tra obiettivi preposti (assicurare una maggior tutela della concorrenza) ed i risultati raggiunti (esito anticoncorrenziale). Il quadro che ne emerge è chiaramente contraddittorio: l'utilizzo di strumenti appositamente promossi per specifici scopi non solo non erano sempre in grado di garantire il risultato prefissato, ma talvolta risultavano controproducenti, non assicurando la *par condicio* tra operatori economici.

Potrebbe controbattersi che la questione fosse frutto di un semplice coacervo di situazioni concrete, non un avvenimento sistemico riproponibile con regolarità. Tuttavia, l'evenienza che la confusione tra le due categorie potesse determinare degli esiti anticoncorrenziali era già avvertita in precedenza da autorevole dottrina, la quale aveva ammonito circa le conseguenze sul profilo della competizione economica nell'ipotesi di una non corretta, o comunque forzata, distinzione tra servizi pubblici e servizi strumentali²⁶⁰. L'*impasse*, avvertito anche da accreditati studiosi, giustifica qualche incertezza sulla effettiva idoneità dei criteri economico-sostanziali di garantire con totale sicurezza la salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato.

Le contraddizioni appena descritte suggeriscono la risposta all'interrogativo posto, circa le ragioni della proliferazione di società locali determinata dall'utilizzo di tali indici.

La riconduzione di una serie di attività con connotati di potestà amministrativa al novero dei "servizi" latamente intesi, poveri di elementi di pubblicità sotto il profilo oggettivo, avrebbe dovuto, da un lato, stigmatizzare il carattere fiduciario dell'affidamento e

²⁶⁰ Indaga la confusione che gli indirizzi normativi europei hanno talvolta determinato in capo al giudice amministrativo, A. POLICE, *La concessione di servizi pubblici: regole di concorrenza e "privilegi" dell'amministrazione*, cit., 384. Più precisamente, secondo l'A., il fraintendimento tra le categorie dei servizi e dei servizi pubblici nella sentenza commentata Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 13 luglio 1995, n. 622, determina un esito anti-concorrenziale poiché il servizio di tesoreria viene erroneamente definito, in assenza della stipulazione di uno specifico contratto, quale un servizio pubblico. Il risultato è che le norme di cui alla direttiva n. 92/50 sono ritenute inapplicabili, con conseguente *vulnus* all'assetto concorrenziale del mercato. Per di più, nel caso di specie la bizzarria della pronuncia si rivelava ancora maggiore considerando che il servizio veniva reso nei confronti del Comune di Bologna, non della collettività, essendo dunque piuttosto intuitiva la qualificazione in termini di appalto. Il punto è centrale. Infatti, nonostante la sentenza analizzata fosse antecedente alla Comunicazione del 12 aprile 2000, con la quale gli organi comunitari hanno ufficialmente imposto l'utilizzo dei criteri economici, il Tar Emilia-Romagna ha comunque orientato la sua decisione basandosi sull'utilizzo dei medesimi che, già all'epoca, cominciavano ad essere utilizzati (e ciò è confermato dai passaggi di cui alle pp. 377-380 dell'opera). Nel fare ciò, ha snaturato anche uno dei parametri tradizionalmente utilizzati per attuare la distinzione, ossia quello dei fruitori della prestazione. Come è noto, il servizio pubblico, secondo questa lettura, si distingue per la resa dell'attività a favore della collettività, mentre il servizio strumentale per la resa a favore dell'amministrazione. Nel caso di specie, invece, l'utilizzo dei criteri economici, che cominciava ad affermarsi, aveva condotto a sostenere, snaturando così l'istituto, che la resa del servizio a favore dell'ente, anziché della collettività di riferimento, fosse indice della configurazione di servizio pubblico. La confusione sugli aspetti basilari delle categorie è evidente. In conclusione, dalla lettura dell'opera (1995) si evince che ben prima del 2000 (pp. 377-380), il dibattito dottrinale cominciava già a risentire della problematica circa l'utilizzo dei criteri del rischio di gestione sia le modalità di pagamento quali indici criteri discretivi, la cui meccanica applicazione non è condivisa neppure dallo stesso Police. A conferma del fatto che la rigida applicazione degli stessi non era considerata totalmente garantista di un assetto concorrenziale del mercato.

favorire la gara, ma dall'altro consentiva di fatto all'ente locale di costituire proprie società con minori formalismi, proprio perché l'oggetto sociale coincideva con un'attività più marcatamente economica. Già questa considerazione permetterebbe di spiegare le ragioni della fioritura delle società locali. Tuttavia, un altro profilo della questione è ancor più decisivo. L'affidamento riposto dagli indici discretivi, nella risoluzione della dicotomia tra appalti pubblici di servizi e servizi pubblici, sulle modalità di retribuzione consentiva agli enti locali di modellare con una certa facilità la definizione delle categorie, al fine di ottenere risultati per sé favorevoli. Ad esempio, per qualificare il servizio pubblico in termini di appalto, lo strattagemma era semplice: sarebbe stato sufficiente non far gravare, almeno formalmente, il pagamento della prestazione in capo all'ente locale²⁶¹, ma ad un soggetto terzo. Di qui l'attività, pur essendo in sostanza economica, sarebbe stata identificata come un servizio pubblico per la sola ragione delle modalità retributive, con la conseguente possibilità di affidamento diretto della stessa a favore della società locale all'uopo istituita. Si occupavano così indebitamente aree del mercato, sottratte all'attività imprenditoriale privata.

Tuttavia, la conclusione raggiunta potrebbe non convincere in assenza di un riscontro più significativo, che sottolinei come, in concreto, la sovrapposizione tra le due categorie abbia posto le fondamenta per un eccessivo sviluppo delle società locali. Una conferma in tale senso pare, in realtà, facilmente rinvenibile nella *ratio* di alcune disposizioni normative adottate in anni più recenti. Il riferimento – questione che verrà comunque trattata in maniera più esaustiva nei seguenti capitoli del lavoro – è agli interventi del legislatore che, nel corso del tempo, hanno drasticamente ridotto le possibilità per gli enti locali di costituire (o partecipare) società il cui oggetto sociale si qualifichi in termini di servizio strumentale²⁶². La contemporanea presa di posizione della giurisprudenza costituzionale, disposta ad accettare in via generalizzata l'attività amministrativa privatistica ma propensa a limitare l'attività di

²⁶¹ Lo strattagemma non sembra assurdo. Infatti, la possibilità che i criteri economico-sostanziali potessero essere manipolati per giungere a risultati non coerenti con la salvaguardia del libero mercato emerge anche dalla lettura dell'opera di G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, cit. 1290, il quale sottolinea di nutrire forti dubbi circa la bontà della scelta pretesa dall'ordinamento comunitario. In particolare, Greco ricorda la prassi diffusa in alcune zone della Regione Lombardia, all'interno della quale alcune amministrazioni locali identificavano servizi di brokeraggio ed incarichi di progettazione come dei servizi pubblici – eludendo così l'obbligo della gara – sol facendone ricadere formalmente il pagamento in capo a soggetti terzi, ossia estranei all'ente pubblico.

²⁶² Sono molteplici gli interventi del legislatore volti a limitare la costituzione (o la partecipazione) di società strumentali da parte degli enti locali. Come è noto, la prima presa di posizione da parte del legislatore si è avuta con l'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, con cui è stata drasticamente ridotta la possibilità per le società strumentali partecipate dagli enti locali, ed affidatarie in via diretta dei servizi, di operare liberamente sul territorio, non potendo prestare la propria attività per enti diversi da quelli costitutori. Altri interventi sono seguiti, animati dallo stesso intento, ossia limitare l'attività, e di conseguenza frenarne lo sviluppo, di società svolgenti attività strumentali: si pensi all'art. 3, co. 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244, ed anche all'art. 14, co. 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122 e, più recentemente, all'art. 4, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135.

impresa di enti pubblici²⁶³, dimostra una compatibilità di vedute con il legislatore circa la necessità, o comunque la non contraddittorietà con i principi della Carta, di contenere la creazione di società il cui oggetto sociale sia un servizio strumentale. Non vi potrebbe essere migliore testimonianza delle problematiche causate sul profilo concorrenziale dall'eccessivo utilizzo di società che svolgevano attività di impresa, in via esclusiva o prevalente. L'ostracismo riservato da legislatore e Consulta nei confronti dell'ente societario suggerisce, neppur troppo velatamente, che la disinvoltura con cui l'ordinamento aveva consentito la costituzione di società locali con oggetto variabile, e cioè comprensivo anche di attività marcatamente economiche, non aveva giovato all'assetto concorrenziale del mercato, ed anzi aveva agevolato l'occupazione pubblica di aree economiche, così da inibire l'iniziativa privata.

In definitiva, la confusione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico ha causato degli squilibri nell'utilizzo del modello societario, oggi testimoniata dal fatto che la distinzione tra le due categorie non rileva più – come invece accadeva in principio – sul versante delle modalità di svolgimento della gara per la scelta dell'aggiudicatario²⁶⁴, bensì su quello della legittimità o meno della costituzione della società²⁶⁵. Infatti, ad oggi, la sopravvivenza del modello societario pubblico locale è legata imprescindibilmente alla configurazione dell'attività in termini di servizio pubblico.

4. L'affidamento diretto del servizio a società strumentali.

Le perplessità sin qui mostrate con riguardo alla commistione tra servizi pubblici ed attività imprenditoriali sembrano più che legittime.

Innanzitutto, l'ampliamento per via normativa delle prestazioni che le società potevano svolgere ha determinato, già di per sé, importanti riflessi sulla proliferazione. Queste, benché costituite per la gestione dei servizi pubblici, erano autorizzate ad eseguire anche attività accessorie, e dunque economiche, da affidarsi per via diretta. La novità non era di poco conto, dato che tale affidamento sarebbe stato giustificato solamente a fronte di un

²⁶³ Per l'analisi della tematica dal punto di vista giurisprudenziale, si rinvia a Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326, con nota di R. URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 12 ss., e più recentemente Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229, con commento di M. DUGATO, *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in *Munus*, 2013, 3, 439 ss.

²⁶⁴ Così, per tutti, F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizio*, cit., 277 ss.

²⁶⁵ In sintesi, è questo il pensiero desumibile anche dal lavoro di M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 855 ss.

servizio che riflettesse la manifestazione di una potestà amministrativa²⁶⁶, non un esercizio di stampo imprenditoriale; ciò in conformità ai due distinti modelli di società locale²⁶⁷, il cui regime giuridico mutava in dipendenza dall'oggetto sociale. Inoltre, la questione appare ancor più significativa se confrontata con quanto il legislatore avrebbe disposto nel decennio successivo con l'art. 13, d.l. n. 223/2006, c.d. decreto Bersani, con cui sarebbero state limitate le ipotesi di affidamento in via diretta alla società locale strumentale²⁶⁸.

La possibilità di svolgere, ai sensi degli artt. 22, co. 3, l. n. 142/90 o 12, l. n. 498/92, oltre al servizio pubblico anche altre attività ad esso accessorie consentiva agli enti locali di costituire società dall'oggetto multiforme, il che non avrebbe certamente disincentivato il ricorso a tale modello. Tuttavia, in quelle ipotesi, pur non essendo sempre evidente quale prestazione fosse da considerarsi preminente, correndosi dunque il rischio che l'attività preponderante fosse quella economica anziché il servizio pubblico legittimante l'affidamento diretto, non si è dubitato del fatto che la società erogasse, seppur parzialmente, le prestazioni per cui era stata costituita ai sensi di legge.

In seguito, si è prospettata una ulteriore possibilità, ben più preoccupante: l'ente locale poteva costituire, o quantomeno acquisire quote, in una società che, di contro alle apparenze²⁶⁹, nulla aveva a che spartire con la manifestazione di una potestà amministrativa, essendo invece paragonabile ad un vero e proprio imprenditore di natura pubblica. Chiaramente, la possibilità per le società locali di svolgere attività esclusivamente economiche senza necessità di espletare la gara, nascondendosi dietro la qualifica di servizio pubblico della prestazione fornita, rappresentava, da un lato, un forte incentivo per gli enti alla loro creazione²⁷⁰. Dall'altro, i privati erano chiaramente depauperati di notevoli opportunità di

²⁶⁶ ID, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, cit., 381 ss.

²⁶⁷ V. OTTAVIANO, *Le società per i servizi locali*, cit., 5 ss, distingue tra società locali costituite per la gestione di servizi pubblici e società costituite per il semplice esercizio di attività imprenditoriale.

²⁶⁸ Vd. nota 262.

²⁶⁹ Su questo aspetto della problematica si sofferma anche L.R. PERFETTI, *Nozione di servizio pubblico locale e fini sociali*. Revirement del Consiglio di Stato, in *tema di servizi pubblici locali*, cit., 1004, in cui si afferma che la miopia del giudice nazionale, deciso a sottovalutare la capacità definitoria dei "fini sociali" rispetto al servizio pubblico locale, comportava evidenti ricadute sulla possibilità di procedere o meno ad affidamento diretto dell'attività.

²⁷⁰ D'altronde, non vi poteva essere vantaggio più grande rispetto a quello dell'affidamento diretto del servizio. V. MARTELLI, *ult. op. cit.*, 153-154, sottolinea che per gli enti locali sia più conveniente costituire società che svolgono attività economica, in quanto soggette a meno controlli e legittimate a fruire di uno schema atipico. Stando a quest'ottica, è palese che, se a queste facilitazioni si aggiunge anche l'affidamento diretto della medesima attività economica, gli incentivi per i Comuni fossero assoluti.

Sui vantaggi dell'utilizzo del modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali (fondamentalmente l'affidamento diretto), G. ROSSI, *I servizi pubblici locali*, in *Scritti in onore di Guarino*, cit., 506 ss.

lucro, trovandosi a competere con veri e propri operatori economici pubblici su un piano di disparità²⁷¹.

Sulla base di queste premesse, la conclusione è che le società locali, in via potenziale, godevano dell'affidamento diretto dell'attività (puramente) economica a due sole condizioni: o questa risultava accessoria, oppure veniva illegittimamente qualificata come servizio pubblico. La seconda ipotesi, in particolar modo, induce a ritenere che la commistione tra le due categorie non fosse realmente in grado di favorire una miglior competizione economica sul libero mercato.

Tuttavia, non sembra che le ragioni della proliferazione delle società locali siano state dovute solamente alla crescente difficoltà di stabilire ciò che fosse o meno servizio pubblico. Infatti, in alcune ipotesi il modello societario veniva utilizzato per eseguire, in via esclusiva, delle attività pacificamente considerate come strumentali, e dunque riconducibili al novero degli appalti, senza che fosse necessario invocare erroneamente la categoria del servizio pubblico per legittimarne l'affidamento in via diretta. O, che dir si voglia, senza che vi fosse incertezza alcuna circa la qualificazione dell'istituto. In altre parole, le vicende giuridiche succedutesi nel nostro ordinamento hanno agevolato l'insediamento, a livello locale, anche di società a partecipazione pubblica di natura strumentale, appositamente costituite, cui venivano affidate senza gara attività da svolgersi nei confronti della sola amministrazione. Anche in questa circostanza, l'ordinamento europeo non sembra del tutto esente da colpe.

La qualifica delle società locali in termini di amministrazione aggiudicatrice²⁷², nonostante qualche non convincente orientamento di segno opposto²⁷³, contribuiva in modo

²⁷¹ M. CAMMELLI, *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, cit., 56 ss, interrogandosi sulla possibilità per le società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali ad ottenere in via diretta l'affidamento di servizi strumentali da prestare all'ente costituente, ammette l'eventualità solo nei limiti in cui si delinei uno stretto rapporto di accessorietà rispetto all'oggetto del servizio pubblico. Altrimenti, tale soluzione non sarebbe accettabile, perché la formula organizzativa societaria verrebbe utilizzata in chiave elusiva del principio di concorrenza, esautorando spazi del libero mercato da destinarsi agli operatori privati.

²⁷² Sulla qualifica di una società per la gestione dei servizi pubblici locali a prevalente capitale pubblico in termini di amministrazione aggiudicatrice si veda il contributo di M. CAMMELLI, *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, cit., 56 ss.

Per ulteriore bibliografia sul tema, si rinvia alle opere citate nella successiva nota, critiche nei confronti della pronuncia "Siena Parcheggio", la quale aveva, a contrario, privato le società locali a capitale pubblico maggioritario della qualifica di amministrazioni aggiudicatrici.

²⁷³ Una posizione contraria è rinvenibile nella celebre sentenza "Siena parcheggio", Corte cass. Sez. Un., 9 maggio 1995, n. 4989, con commento, incentrato su profili ricostruttivi, F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996, I, 1364 ss. La Suprema Corte aveva – come noto – qualificato la società mista locale come soggetto di diritto privato, escludendone i caratteri di amministrazione aggiudicatrice.

La sentenza ha stimolato un ampio dibattito in dottrina: numerosi, infatti, sono stati i commenti, generalmente critici, ad essa dedicati. Infatti, si può rinvenire nelle diverse opinioni degli studiosi occupatisi del tema un filo conduttore che rifiuta in modo categorico l'idea, sponsorizzata dalla Corte, secondo cui la veste formale privatistica della società pubblica fosse in grado di escludere qualsiasi riflesso pubblicistico dei suoi atti, e di conseguenza, di eludere l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica. Sul punto, si vedano i lavori di L.

decisivo alla copiosa diffusione di società strumentali dirette affidatarie del servizio. L'affermazione merita qualche ulteriore riflessione.

L'art. 5, co. 2, lett. h), d.lgs. n. 157/95, di trasposizione dell'art. 6, direttiva n. 92/50, volta a regolare la fornitura di servizi strumentali per le stazioni appaltanti, sottraeva all'applicazione della disciplina comunitaria in tema di concorrenza gli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che fosse, per l'appunto, amministrazione aggiudicatrice²⁷⁴. Non si ignora che, per espressa previsione normativa²⁷⁵, la deroga alla disciplina comunitaria fosse possibile solamente purché la decisione non fosse incompatibile con il Trattato; e, nella tematica qui considerata, ciò significa che l'aggiudicazione senza gara di servizi strumentali non avrebbe dovuto causare *vulnera* all'assetto concorrenziale del mercato. Tuttavia, pare che questa pretesa sia rimasta lettera morta, visto l'alto numero di società non svolgenti servizio pubblico registrate a livello locale, come in precedenza menzionato. Il riconoscimento della predetta qualifica di amministrazioni aggiudicatrici in capo alle società di gestione dei servizi pubblici locali²⁷⁶ – si premette che le seguenti considerazioni valgono anche per quelle

BOCCHI, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: affidamento diretto del servizio e procedura ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.*, 1996, q, 41 ss; G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, cit., 1063 ss; B. MAMELI, *Brevi considerazioni per una interpretazione estensiva della dir. n. 89/440/CEE*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2993 ss; S. MARCHI, *Rapporti tra s.p.a. comunitaria ed enti di riferimento*, in *Riv. trim app.*, 1995, 329 ss.; PERINI, *L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedura di evidenza pubblica. (Alcune riflessioni in margine ad una sentenza regolatrice della giurisdizione)*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 1, 90 ss.

In effetti, la pronuncia delle Sezioni Unite si prestava ad apre critiche poiché del tutto incurante del profilo sostanzialmente pubblicistico dell'ente societario a prevalente partecipazione pubblica. Non stupisce, dunque, che la stessa Corte di cassazione avesse, in altre occasioni, reso una diversa lettura (si vedano Corte cass., Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221, Corte cass., Sez. Un., 15 ottobre 1992, n. 11264), confermate anche dal Consiglio di Stato. Con riferimento alle pronunce del giudice amministrativo, si rinvia a Cons. St., sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250; Cons. St., sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353; Cons. St., sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, secondo cui «*nel caso in cui la realizzazione di opere pubbliche sia stata affidata senza l'espletamento di alcuna procedura concorsuale, qualunque imprenditore privato operante nel settore oggetto del contratto d'appalto possiede la legittimazione processuale ad impugnare la delibera di aggiudicazione*», con commenti di A. POLICE, *ult. op. cit.*, 158 ss, il quale riserva alcuni dubbi sulla bontà della decisione; di diverso avviso, invece, B. MAMELI, *Organi indiretti della pubblica amministrazione e giurisdizione amministrativa*, in *Giur. it.*, 1996, III, 166 ss, che condivide appieno le risultanze della decisione del giudice amministrativo.

Del resto, il Consiglio di Stato richiamava – nonostante le critiche in questo senso riservate da Police – per sostenere la propria tesi la sentenza Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466, che riconosceva alla Corte dei conti il potere di controllo nei confronti delle società per azioni costituite a seguito della trasformazione di alcuni enti pubblici economici (ENI, INA, IRI), con note di A. CERRI, *La «mano pubblica» e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali in un interessante conflitto*, in *Giur. cost.*, 1992, 6, 3870 ss e di C. PINELLI, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*, *ivi*, 3872 ss.

²⁷⁴ Si ricordi, inoltre, che una norma analoga esiste anche per i c.d. settori esclusi. Infatti, l'art. 8, co. 2 lett. a), d.lgs. n. 158/95, di recepimento della direttiva n. 93/38, afferma che l'appalto pubblico di servizi può essere affidato a dei soggetti che siano anch'essi considerati amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 1 lett. b) direttiva n. 92/50.

²⁷⁵ Il riferimento è, ovviamente, ai già citati artt. 5, co. 2, lett. h), d.lgs. n. 157/95 e 6, direttiva n. 92/50.

²⁷⁶ Sulla qualifica di amministrazioni aggiudicatrici delle società di gestione dei servizi pubblici locali a maggioranza pubblica, *ex multis* G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, 1095; G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, cit., 1063 ss; L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano*

minoritarie, benché secondo alcuni non potessero considerarsi tali²⁷⁷ – ha determinato risvolti di un certo rilievo. Queste non solo potevano svolgere attività ibride, che poco avevano da

pubblica ed appalti di servizi, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 347 ss; S. MARCHI, *ult. op. cit.*, 350 ss; L. BOCCHI, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale*, cit., 50.

²⁷⁷ Propendono per l'impossibilità di ricondurre le società minoritarie per la gestione dei servizi pubblici locali alle amministrazioni aggiudicatrici M. CAMMELLI, *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, cit., 62; L. BOCCHI, *ult. op. cit.*, 51; forti perplessità in questo senso sono evidenziate anche da A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, cit., 158 ss, che addita la società di capitali come soggetto di diritto privato, indipendentemente dalla partecipazione pubblica; in modo analogo anche G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, cit., 1286, il quale tuttavia, affermando che le s.p.a. partecipate non possano rientrare nel novero degli enti pubblici soggetti alla disciplina comunitaria degli appalti, sembra più richiamare le risultanze della sentenza "Siena parcheggi" che non abbracciarne la teoria. Del resto, lo stesso Greco, nell'apposito commento alla stessa pronuncia, *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, cit., 1065, afferma esplicitamente di non condividere la tesi per cui tale società non vanta alcun connotato pubblicistico.

Non si ignora, dunque, la convinzione di alcuni esponenti della dottrina circa la difficoltà di ricondurre al novero delle amministrazioni aggiudicatrici la società costituita ex art. 12, l. n. 498/92. Allo stesso modo, l'ampia categoria degli organismi di diritto pubblico, adottata al fine di applicare le regole dell'evidenza pubblica anche ad organismi non qualificabili come enti pubblici in senso tradizionale, impone il perseguimento di interessi aventi carattere non industriale o commerciale. Perciò, è comprensibile l'immediata obiezione secondo cui tali obiettivi non sono assolutamente compatibili con la struttura della società minoritaria, a causa degli intenti speculativi del socio privato di maggioranza.

Tuttavia, è importante segnalare che, nonostante gli innegabili punti di contrasto, non potesse categoricamente escludersi che le società costituite ex art. 12, l. n. 498/92 non vantassero alcun requisito per essere identificate quali amministrazioni aggiudicatrici, e dunque essere soggette all'obbligo della gara nella scelta dei contraenti. Ammesso, quantomeno in via teorica, il vaglio di questa ipotesi, ne deriva che l'ente locale potesse procedere, in deroga alla regola dell'evidenza pubblica ed ai sensi dell'art. 5, co. 2, lett. h) d.lgs. n. 157/95, all'affidamento in via diretta del servizio strumentale a favore di tali società. Si tenterà di darne adeguata motivazione.

Nell'ultima opera citata, lo stesso Cammelli, pur rifiutando in definitiva l'equiparazione tra società minoritarie ed amministrazioni aggiudicatrici, riconosceva l'esistenza di evidenti punti di contatto tra le due categorie, su tutti il mantenimento di un forte vincolo organizzatorio delle prime con l'ente locale (p. 61). Una simile tesi sembra, ad esempio, riproposta anche da B. MAMELI, *ult. op. cit.*, 170, secondo cui qualora la società, pur a fronte della perdita del controllo da parte dell'amministrazione, continui a vantare un affidamento diretto del servizio, essa permane un organo indiretto di quest'ultima. E dunque sarà ugualmente sottoposta a dei limiti nello svolgimento delle proprie azioni.

Aprè ad analoga prospettiva L. RIGHI, *L'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del d.lgs. n. 157/1995: amministrazioni aggiudicatrici e appalti pubblici di servizi*, cit., 83 ss, il quale evidenzia la necessità di prestare maggiore attenzione, nell'ambito di applicazione soggettiva della normativa in tema di appalti pubblici di servizi, e dunque nell'ottica della qualificazione di un soggetto in termini di amministrazione aggiudicatrice, alla funzionalizzazione dell'attività dell'organismo a finalità di interesse generale. In altre parole, secondo il pensiero dell'autore, «una volta accertato il collegamento organizzativo-strutturale dell'organismo con soggetti pubblici che lo controllano [...] il requisito teleologico di cui alla prima alinea dell'art. 1, co. 1, lett. b), della direttiva verrebbe integrato qualora, pur anche in presenza di un'attività industriale o commerciale, si verifici che l'organismo persegue istituzionalmente finalità (tenda a soddisfare bisogni) di interesse generale non aventi tali finalità o bisogni e non tanto l'attività svolta) carattere industriale o commerciale». Non sembra, dunque, del tutto incompatibile con questa lettura la riconduzione delle società minoritarie al novero delle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto l'attività da esse svolta ha certamente carattere industriale e commerciale, ma le finalità sono altrettanto indubbiamente di stampo pubblicistico; ID, *La nozione di organismo pubblico nella disciplina comunitaria*, cit., 359, afferma che l'assenza del carattere industriale e commerciale debba riferirsi non all'organismo, ma ai bisogni di interesse generale per cui lo stesso è stato istituito.

In termini analoghi, in giurisprudenza, Corte giust., 10 novembre 1998, C-360/96, la quale afferma che «i bisogni di interesse non industriale o commerciale possono essere parimenti soddisfatti da imprese private», con nota di G. GRECO, *Organismi di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 184 ss.

Una conferma della qualificazione delle società minoritarie come amministrazioni aggiudicatrici si desume anche da F. MASTRAGOSTINO, *Dalla direttiva 92/50 CEE al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157*, in ID, (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, cit., 5, in cui l'A. ricorda che il recepimento della

condividere con la potestà amministrativa, ma erano legittimate anche ad assumere, in assenza della procedura ad evidenza pubblica, prestazioni strumentali, senza che vi fosse alcuna necessità di qualificare le stesse in termini di servizio pubblico²⁷⁸. La lettura non è altro che una conferma di quanto precedentemente sostenuto, là dove si ammetteva che ai sensi degli artt. 22, co. 3, l. n. 142/90 e 12, l. n. 498/92, la società di gestione potesse assumere anche attività strumentali purché accessorie. Tuttavia, nel caso di specie, l'affidamento del servizio strumentale pareva poter prescindere dalla natura accessoria, ed anzi rivestire carattere autonomo rispetto a qualsiasi servizio pubblico.

normativa comunitaria ha comportato, tra le varie problematiche, anche quella dell'inserimento delle società a partecipazione pubblica, sia maggioritaria sia minoritaria, nel sistema degli appalti pubblici di servizi. Del resto, l'art. 2, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 109/94, espressamente riferito agli appalti di lavori, individuava come soggetti aggiudicatori anche i concessionari di pubblici servizi, in cui erano ricomprese anche le società costituite dagli enti locali, anche con capitale non prevalente, che avessero ad oggetto la produzione di beni o servizi. Pertanto, esisteva anche una base normativa in virtù della quale le società minoritarie per la gestione dei servizi pubblici locali potevano qualificarsi alla stregua di amministrazioni aggiudicatrici. Per una esauriente ricostruzione sul punto, G. FERRARI, *Quadro generale e singole categorie contemplate dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 509 ss, ed in special modo pp. 527 ss.

Inoltre, una simile impostazione si desume anche dall'art. 2, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 158/95 (di recepimento della direttiva n. 93/38 sui settori esclusi), il quale annovera tra i soggetti aggiudicatori cui si rivolge la disciplina anche i soggetti privati che si avvalgono di diritti speciali o esclusivi. Infatti, pur riservando le perplessità sopra ricordate, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1997, 349, riconoscono che, stando al dato normativo appena ricordato, «*le .s.p.a minoritarie pubbliche sono assimilate alle amministrazioni aggiudicatrici*» (tesi esposta anche a p. 34).

In giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 21 aprile 1995, n. 353, secondo cui «*la nozione di impresa aggiudicatrice è ben più estesa della nozione di ente pubblico, e comprensiva di soggetti sia pubblici che privati, individuabili secondo criteri sostanziali, preordinati alla garanzia della libera concorrenza nelle attività economiche gestite con intervento di capitali pubblici o di amministratori di derivazione pubblica*»; così anche Tar Lombardia, Milano, 7 luglio 1995, n. 353, con nota di E. CHITI, *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 736 ss, il quale, prevede l'affermazione di un approccio sostanziale nell'identificare quei soggetti da sottoporre alle procedure di evidenza pubblica in quanto amministrazioni aggiudicatrici.

Per concludere, nonostante qualche perplessità esternata da autorevole dottrina, sembra che l'ordinamento, sia comunitario sia nazionale, abbia propeso per una valutazione in senso sostanziale di amministrazione aggiudicatrice, da intendersi come soggetto preposto alla cura di interessi generali. In questo senso, e ricollegandosi alle premesse, non sembra assurdo ipotizzare che le società minoritarie risentissero egualmente della, seppur parziale, partecipazione pubblica, così da essere qualificate come amministrazioni aggiudicatrici. Del resto, la possibilità di ottenere in via diretta l'affidamento del servizio pubblico avrebbe dovuto implicare degli effetti, su tutti l'obbligo di sottoposizione a procedure ad evidenza pubblica.

Il risultato finale di quanto premesso è facilmente intuibile. L'apertura alla definizione di amministrazioni aggiudicatrici per le società minoritarie per la gestione dei servizi pubblici locali avrebbe consentito l'estensione nei loro confronti della deroga all'obbligo della gara nella ricerca del contraente, ai sensi dell'art. 6, direttiva n. 92/50, recepito nell'art. 5 co. 2 lett. h) d.lgs. n. 157/95. Ciò significava che anche queste, alla stregua delle maggioritarie, avrebbero potuto ottenere l'affidamento del servizio strumentale in via diretta da parte della stazione appaltante.

²⁷⁸ L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, cit., 352, giunge a questa stessa conclusione. Infatti, nell'equiparare la società in mano pubblica alla categoria degli organismi di diritto pubblico (dato che nella prima ipotesi è mancante il requisito della "terzietà sostanziale"), egli individua due chiare conseguenze. La prima implica che tale società debba applicare le norme sugli appalti nella contrattazione con terzi. La seconda, che in questa sede realmente interessa, conferma che l'affidamento del servizio strumentale dall'ente pubblico ad un'amministrazione aggiudicatrice (quale è per l'appunto la società in mano pubblica) potesse avvenire senza lo svolgimento della gara.

A ben vedere – ed è questo l’aspetto fondamentale della questione – è verosimile che l’affidamento diretto del servizio strumentale potesse avvenire non solo a favore di società di gestione dei servizi pubblici, ma anche a favore di società appositamente costituite²⁷⁹, da non ritenersi un soggetto realmente terzo rispetto all’amministrazione, in quanto create per garantirle esigenze sue proprie²⁸⁰. Si spiega così la pregressa affermazione secondo cui interi settori del mercato, generalmente appannaggio di imprenditori privati, venivano resi saturi a causa dell’occupazione dell’impresa pubblica²⁸¹, senza invocare, in termini giustificativi, la categoria del servizio pubblico.

Del resto, questa conclusione trova delle conferme anche in un ulteriore dato normativo allora vigente. L’art. 8, co. 3, lett. a), d.lgs. n. 158/95, di recepimento della direttiva n. 93/38, relativa agli appalti nei c.d. settori esclusi, ammetteva l’affidamento del servizio strumentale a società (dunque strumentali e non di gestione di servizi pubblici locali) appositamente istituite, collegate al soggetto aggiudicatore, purché questa avesse maturato nell’ultimo triennio almeno l’80% della propria cifra d’affari media grazie ai servizi forniti all’ente aggiudicatore²⁸². Inoltre, in simili ipotesi non occorre qualificare l’impresa pubblica in termini di amministrazione aggiudicatrice, in quanto la lettera della legge era chiara sul punto: tale qualifica veniva richiesta solo in capo alla stazione appaltante, non alla società collegata²⁸³.

²⁷⁹ Per una lettura circa la possibilità di affidare il servizio strumentale a società appositamente istituite dagli enti locali ai sensi dell’art. 5, co. 2, lett. h), d.lgs. n. 157/95 si vedano le riflessioni di G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, cit., 1298-1299; M. CAMELLI, *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, cit., 56 ss, giunge alle stesse conclusioni, evidenziando però che ciò fosse possibile a condizione che i servizi riguardassero un ambito sottratto alla libera concorrenza.

²⁸⁰ Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147.

A riguardo, N. AICARDI, *Le società miste*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 236 ss, distingue il regime giuridico applicabile, da un lato, a società appositamente costituite dagli enti locali per l’affidamento diretto di attività qualificabili come appalti e concessioni e, dall’altro, attività puramente economiche. Se nella seconda ipotesi Aicardi esclude che esse debbano rispettare la procedura ad evidenza pubblica essendo da considerarsi *tout court* soggetti di diritto privato, nel primo caso ammette un più netto e non trascurabile collegamento con l’ente pubblico, anche per quelle società cui l’amministrazione di riferimento affida degli appalti, ossia attività qui definite con il termine “strumentali”.

²⁸¹ G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, cit., 191, individua, come conseguenza dell’estensione della qualifica di organismo di diritto pubblico – su cui le note precedenti – anche a soggetti formalmente privati (come ad esempio le imprese pubbliche), conseguenze di assoluto rilievo. Su tutte, il sorgere incontrollato di società pubbliche «*idonee a soppiantare le imprese private in settori tipici*». Ecco, dunque, che nel pensiero dell’A., secondo cui sarebbe stato opportuno continuare a distinguere impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico, la coincidenza tra le due categorie dettata da Corte giust., 10 novembre 1998, C-360/96, ha determinato, come effetto collaterale, l’occupazione di intere aree del mercato da parte di società in mano pubblica per lo svolgimento di servizi strumentali.

²⁸² ID, *Gli appalti pubblici di servizi*, cit., 1298-1299, ammette l’affidamento diretto del servizio strumentale sulla base di tale norma. Allo stesso modo, ammette la medesima eventualità anche per i servizi di cui all’Allegato II del d.lgs. n. 157/95 nonché per tutti i servizi sotto soglia. Al contempo, tuttavia, nega questa possibilità per quei settori che non siano esclusi, e dunque disciplinati dalla direttiva n. 92/50.

²⁸³ Si veda il testo dell’art. 8, co. 3, lett. a), d.lgs. n. 158/95: «*[Il presente decreto non si applica, inoltre, agli appalti di servizi] assegnati da un soggetto aggiudicatore ad una impresa collegata purché almeno l’80% della*

Qualche incertezza in più era stata palesata con riferimento agli appalti di servizi regolati dalla direttiva n. 92/50. Essa, infatti, non prevedeva una norma di analogo contenuto all'art. 8, co. 3, lett. a), d.lgs. n. 158/95, e dunque sarebbe stato difficilmente superabile l'obbligo della gara nell'affidamento del servizio strumentale ad una società (anch'essa strumentale) collegata all'ente appaltante²⁸⁴. Nondimeno, se quest'ultima fosse stata considerata amministrazione aggiudicatrice, vi sarebbero stati meno ostacoli alla deroga alla procedura di evidenza pubblica, il che non pare un'ipotesi assurda considerata sia l'assenza di un esplicito divieto sia il semplice collegamento non solo finanziario, ma anche organizzativo, tra i due soggetti. Inoltre, è chiaro che in caso di costituzione di società, sarebbe stato illogico non affidare alla stessa direttamente il servizio, pena il rischio di inutile dispendio di risorse della collettività.

La possibilità di istituire società strumentali cui affidare direttamente il servizio impone qualche finale considerazione.

Il capitalismo municipale assumeva con forza crescente dei connotati anti-concorrenziali. L'ente locale, oltre a partecipare a società per la gestione dei servizi pubblici, in cui il profilo funzionale veniva spesso subordinato alle finalità speculative, cominciava ad imporsi anche in settori tradizionalmente delegati all'attività imprenditoriale privata. L'aspetto più paradossale dell'intera questione si rinviene nel fatto che i *vulnera* all'assetto concorrenziale del mercato, ovvero gli svantaggi chiaramente subiti dagli operatori privati, cui era preclusa *ab initio* l'aspirazione ad ottenere l'appalto, venivano cagionati anche da una serie di fattori di derivazione comunitaria, i quali anzi avrebbero dovuto garantire la *par condicio* tra gli operatori economici. Senza ombra di dubbio non era questa l'intenzione delle istituzioni europee; tuttavia, le dinamiche appena descritte, unitamente alle pregresse considerazioni sulla nuova qualifica dei servizi, determinavano un assetto nettamente favorevole allo sviluppo dell'attività di impresa di enti pubblici il che, aldilà delle

cifra d'affari media realizzata nella Comunità dell'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata».

²⁸⁴ G. GRECO, *ult. op. cit.*, 1298-1299, giunge a questa conclusione dal combinato disposto di due fattori. Innanzitutto ricorda l'assenza, come detto, nel d.lgs. n. 157/95 di una norma analoga all'art. 8, co. 3, lett. a), d.lgs. n. 158/95. In seconda battuta, sottolinea che l'obbligo della gara nell'affidamento del servizio strumentale non potrebbe neppure essere derogato perché la sentenza Siena Parcheggio non ha riconosciuto le società a partecipazione pubblica (ed attenzione sul punto, in quanto Greco utilizza questa dicitura più generica, non facendo riferimento alle sole società per la gestione dei servizi pubblici locali) quali amministrazioni aggiudicatrici. Talché l'art. 5, co. 2, lett. h), d.lgs. n. 157/95, il quale consente solo a queste ultime di derogare la procedura ad evidenza pubblica nella scelta del contraente, non sarebbe invocabile per affidare direttamente il servizio strumentale. Tuttavia, se come ritenuto, la sentenza Siena Parcheggio ha partorito delle riflessioni errate, ne deriva che anche le società a partecipazione pubblica (e dunque non solo quelle per la gestione dei servizi pubblici locali) potrebbero divenire, stando al pensiero di Greco, dirette affidatarie del servizio strumentale.

problematiche sottese alla saturazione del mercato, poneva seri dubbi circa l'effettivo rispetto delle finalità istituzionali da parte dell'ente che abusava dello strumento societario.

In definitiva, l'intera vicenda ha assunto dei connotati fortemente paradossali. Le interazioni tra privatizzazione, nuove forme di gestione dei servizi pubblici locali, atipicità dei modelli gestori, scelta degli indicatori economico-sostanziali nella distinzione tra concessioni e appalti hanno determinato un connubio di elementi che, singolarmente considerati, avrebbero certamente fatto percepire la costruzione di un mercato realmente concorrenziale, in grado di valorizzare il ruolo del privato ed individuare spazi per l'imprenditoria anche in settori tradizionalmente ad esclusivo appannaggio delle amministrazioni. Tuttavia, svolgendo un'analisi più approfondita, e che non si fermi alla valutazione dei singoli profili, ma anzi indaghi le loro correlazioni ponendo assieme tutti i frammenti del mosaico, il quadro che ne emerge suggerisce di riconsiderare le vicissitudini giuridiche in una prospettiva completamente differente. Il radicamento di plurime condizioni favorevoli per l'ampliamento dell'autonomia contrattuale (ed anche della capacità giuridica) degli enti locali ha agevolato un utilizzo più flessibile dello strumento societario, concretizzando l'affermazione delle loro più intime aspirazioni imprenditoriali.

Non vi sarebbe potuto essere terreno più fertile per la proliferazione delle società.

CAPITOLO 3

LE REAZIONI DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE ALLA PROLIFERAZIONE DI SOCIETÀ LOCALI.

1. La situazione dei primi anni duemila: la copiosa presenza di società locali e la necessità di un loro utilizzo più limitato. 2. L'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448. Un primo (inutile) tentativo di compressione del numero di società locali, e l'esigenza nazionale di enti locali competitivi sul profilo imprenditoriale. 2.1. La dipendenza del vincolo funzionale dall'oggetto dell'attività societaria. 2.2. La definitiva assimilazione tra capacità imprenditoriale pubblicistica e privatistica. 2.3. La transizione della società mista: da modulo organizzativo del servizio pubblico locale a strumento puramente imprenditoriale. 2.4. Un risultato (solo apparentemente) inaspettato. 3. La riforma dei servizi pubblici locali del 2003 tra nuove soluzioni e vecchi problemi. 3.1. (*Segue*): ... Con riferimento al regime giuridico delle reti, dotazioni ed impianti. 3.1.2. (*Segue*): ... E con riferimento alla modalità di erogazione del servizio pubblico locale.

1. La situazione dei primi anni duemila: la copiosa presenza di società locali e la necessità di un loro utilizzo più limitato.

Come dimostrato nel precedente capitolo, la proliferazione di società locali negli anni '90 si è affermata per diverse ragioni, il cui minimo comun denominatore può rinvenirsi nella dequotazione del vincolo funzionale. I fattori determinanti sono stati rinvenuti sia nel disinvolto utilizzo della formula societaria, sia nella commistione nell'oggetto sociale di plurime attività, appartenenti a diverse categorie del diritto amministrativo, con caratteristiche e nature difformi.

La necessità di contenere il fenomeno e di tracciare un'inversione di rotta era dovuta a due motivi. Da un lato, si rendeva opportuno un decurtamento degli investimenti così da garantire un maggior risparmio di risorse pubbliche; dall'altro, la progressiva affermazione dei principi comunitari imponeva un più convinto rispetto del modello concorrenziale nella gestione dei servizi pubblici nonché una crescente apertura del settore ad operatori privati. Certamente, simili aspettative non potevano soddisfarsi a fronte di una massiccia presenza dell'imprenditore pubblico. La direzione da intraprendere veniva suggerita anche dalla presa di posizione della Corte di giustizia che, nel celeberrimo caso *Teckal*²⁸⁵, indicava i rigidi presupposti dell'affidamento diretto del servizio pubblico a società costituite dagli enti locali.

²⁸⁵ Corte giust., 18 novembre 1999, C- 107/98, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1393 ss., in cui il giudice europeo, come noto, ricordava che l'affidamento diretto del servizio a società pubbliche poteva non considerarsi lesivo della concorrenza a due condizioni: l'ente locale deve mantenere sulla società un controllo analogo a quello svolto sulle proprie strutture interne, e la stessa deve svolgere la parte più importante della propria attività a favore dell'ente (o degli enti) costituente.

Considerata l'importanza del *leading case*, unitamente all'elevato numero di società pubbliche per la gestione dei servizi, non stupiscono le reazioni riservate dall'ordinamento italiano nei confronti di tale istituto. Su tutte, oltre all'ovvio adeguamento della giurisprudenza nazionale alle determinazioni comunitarie, spicca per importanza l'art. 35, l. 29 dicembre 2001, n. 448 (finanziaria 2002)²⁸⁶.

La norma, è noto, modificando in maniera consistente l'art. 113 TUEL, eleggeva come unica modalità di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale²⁸⁷ lo strumento della società di capitali tramite procedura ad evidenza pubblica²⁸⁸. Ad una preliminare valutazione, era difficile non intravedervi una finalità deflattiva dell'utilizzo della società pubblica ed, al contempo, un intento di adeguarsi all'impostazione pro-concorrenziale sovranazionale²⁸⁹, il che, per di più, giustificava l'invasivo intervento legislativo statale²⁹⁰. Tuttavia, sarebbe oltremodo riduttivo ritenere che la riforma del 2001 cullasse lo spontaneo desiderio del legislatore italiano di allineare i due sistemi. Il nuovo regime normativo veniva

²⁸⁶ Per un commento sulla riforma della gestione dei servizi pubblici locali, tra i tanti e senza pretese di completezza, AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 8 ss; L. BENVENUTI, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. reg.*, 2002, 331 ss; G.E. BERLINGERIO, *Studi sul servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003, 191 ss; G. CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in *giustizia-amministrativa.it*; M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 517; M.P. CHITI, *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la finanziaria 2002*, in *Urb. e app.*, 2002, 379 ss; R. DAMONTE, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo la Finanziaria*, in *Urb. e app.*, 2002, 253 ss; V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2002, 311 ss; M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 218 ss; ID, *I servizi pubblici locali*, cit., 2581 ss; M. LUCCA, *I servizi pubblici locali a rilevanza industriale dopo la legge 448 del 28 dicembre 2001: una riforma tra regimi di monopolio pubblico ed esternalizzazione dell'azionariato privato*, in *Dir. reg.*, 2002, 407 ss; M. LAMANDINI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 541 ss; F. MERLONI, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2003, 2-3, 17 ss; V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 167 ss; L.R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, 575 ss; ID, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in L. PERFETTI, P. POLIDORI (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Padova, Cedam, 2003, 27 ss; C. SAN MAURO, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, 27 ss; ID, *L'art. 35 della legge finanziaria 2002. Prime note sui nuovi principi in tema di regolazione dei servizi pubblici locali*, in *Cons. St.*, 2002, II, 2119; E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, III, 553; A. VIGNERI, *Servizi pubblici locali al bivio*, *Dir. reg.*, 561 ss; C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urb. e app.*, 2003, 6, 711 ss.

²⁸⁷ La contrapposizione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale è stata accolta con favore da chi riteneva che il precedente riferimento all'imprenditorialità del servizio fosse piuttosto equivoca, in special modo con riferimento all'espressione "servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale". A riguardo si veda il contributo di M. ALESIO, *I servizi pubblici locali: peso della tradizione e nuovo assetto delineato dalla Finanziaria 2002*, in www.lexitalia.it, 2002.

²⁸⁸ Il passaggio che ivi interessa è riportato dall'art. 35, co. 5, l. n. 448/2001 (che novellava l'art. 113 co. 5 TUEL): «L'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con riferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica».

²⁸⁹ M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato*, cit., 513, individua nell'art. 35, l. n. 448/2001 l'elezione del principio di concorrenza a principio fondamentale in materia di servizi pubblici locali.

²⁹⁰ M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 2, 123.

definito a seguito di ufficiali reclami espressi dalla Comunità europea, la quale aveva lamentato la scarsa compatibilità della disciplina precedente – ovvero l’originaria versione dell’art. 113 TUEL – con i propri principi in tema di competizione economica. In special modo, essa si doleva dell’«*assenza di qualsiasi attenzione per la concorrenza e per il mercato dei servizi pubblici, resa evidente dall’affidamento diretto del servizio dall’ente locale alla società e dalla potenziale illimitatezza temporale dell’affidamento stesso*»²⁹¹. Per questa ragione, la Commissione avanzò una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia, in quanto la modalità di affidamento diretto del servizio ad una società mista non era ritenuto compatibile con le istituzioni comunitarie²⁹².

Il difetto di coordinamento tra le indicazioni europee e le norme interne destava preoccupazione in capo agli organi comunitari. Infatti, la società mista otteneva l’aggiudicazione diretta del servizio senza dover necessariamente rispondere dei requisiti del modello *in house providing* tracciati nella sentenza *Teckal*. Inoltre – e, verrebbe da dire, in special modo – la Commissione contestava il fatto che l’art. 113 TUEL, nella sua versione originaria, non prevedeva neppure, di contro a quanto stabilito dalle precedenti norme nazionali sul punto²⁹³, l’obbligo di selezione con gara del socio privato nella società mista²⁹⁴; fattore ritenuto intollerabile nell’ottica della tutela del libero mercato. L’assenza della previsione appariva piuttosto incomprensibile, dato che la giurisprudenza nazionale affermava

²⁹¹ Cfr. ID, *ult. op. cit.*, 122.

²⁹² È noto a riguardo l’atto di messa in mora, con conseguente avvio della procedura di infrazione *ex art. 226 TCE*, da parte della Commissione europea dell’8 novembre 2000, n. SG (2000) D/108243. Questa intravedeva nel regime normativo allora vigente, ovvero l’originaria versione dell’art. 113 TUEL che ricalcava le modalità di affidamento stabilite dall’art. 22, co. 3, l. n. 142/90, fra cui anche l’affidamento diretto del servizio a società mista, una violazione dei principi comunitari in tema di concorrenza. Infatti, la Commissione sosteneva che tale regime normativo fosse in contrasto con le direttive 92/50 CE (appalti pubblici di servizi) e 93/38 CE (c.d. appalti esclusi), in quanto consentiva l’affidamento diretto di servizi escludendo l’obbligo della procedura ad evidenza pubblica.

Il problema della distorsione del diritto comunitario sussisteva tanto per gli appalti quanto per le concessioni di servizi. Del resto, è pur vero – sosteneva la Commissione – che le predette direttive potevano applicarsi solo alla prima categoria e non alla seconda; tuttavia, le concessioni sono egualmente vincolate al rispetto delle norme del Trattato in tema di libera circolazione delle merci (artt. 28 ss.), libertà di stabilimento (artt. 43 ss.), libera prestazione di servizi (artt. 49 ss.), nonché dei principi sanciti dalla Corte (sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, *Unitron Scandinavia*) in particolare di trasparenza e di parità di trattamento o di non discriminazione. Infatti, l’ente locale avrebbe potuto procedere ad affidamento diretto solo laddove il soggetto aggiudicatario non fosse stato “terzo” secondo i criteri delineati dalla sentenza *Teckal*, ovvero laddove fosse intercorso un rapporto di delegazione organica tra amministrazione e gestore del servizio. Terzietà che, ovviamente, a parere della Commissione non sussisteva stando al regime delineato dall’art. 22, co. 3, l. n. 142/90, e sostanzialmente ripreso dalla versione originaria dell’art. 113 TUEL.

Per un’analisi delle ragioni dell’atto di messa in mora, G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in *lexitalia.it*, 2003, 12. A riguardo, si vedano anche le riflessioni di R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 183-184.

²⁹³ Il riferimento è chiaramente al d.P.R. n. 533/1996, in relazione alle società miste a capitale pubblico minoritario di cui all’art. 12, l. n. 498/1992.

²⁹⁴ Fa cenno a questa precisa lamentela della Commissione, R. URSI, *ult. op. cit.*, 186, ed in special modo nota 21.

già da qualche anno con tendenziale uniformità l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica nella scelta del medesimo socio privato anche nelle società a capitale pubblico maggioritario²⁹⁵. Ecco, dunque, il fulcro del problema: il modello societario di partenariato pubblico-privato non offriva, stando al dato legislativo, neppure l'anticipazione del confronto concorrenziale al momento della scelta del socio da affiancare all'ente locale.

La riforma attuata dall'art. 35, l. n. 448/2001 – della cui incidenza non pareva potersi dubitare nonostante la contemporanea presenza di alcune normative di settore²⁹⁶ – tentava di risolvere alla radice le predette problematiche, imponendo l'utilizzo del solo strumento della società di capitali nella scelta del gestore del servizio. La società mista avrebbe potuto, di lì in avanti, ottenere la gestione dello stesso solamente a seguito di un effettivo confronto concorrenziale con altre imprese a capitale privato²⁹⁷. Senonché questo primo tentativo di adeguamento agli indirizzi comunitari si rivelò insufficiente e dovette ben presto essere rivisitato.

La Commissione, infatti, avviò in reiterazione una nuova procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, il cui nuovo regime normativo in tema di servizi pubblici locali non risultava, ancora una volta, conforme ai principi comunitari in tema di competizione economica²⁹⁸. L'organismo europeo segnalava l'inopportunità di una serie di fattori. Fra questi, l'affidamento diretto della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, quando separata dall'erogazione dei servizi, a società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali (*ex art. 35, co. 1, l. n. 448/01, al punto 19 dell'atto di messa in mora in reiterazione*); la durata (massima) del periodo transitorio, durante il quale erano fatti salvi gli affidamenti diretti effettuati in passato (art. 35, co. 2, l. n. 448/01,

²⁹⁵ Per tutte, Cons. St., V sez., 19 febbraio 1998, n. 192, in *Foro amm.*, 1998, 432.

Tuttavia, *contra* M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società, istituzioni*, cit., 349 ss; G. CAIA, *Società a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, cit., 1082 ss.

²⁹⁶ A riguardo, si segnala infatti che il trasporto pubblico locale (d.lgs. n. 422/1997), il ciclo dell'acqua (l. n. 36/1994, c.d. "legge Galli"), la distribuzione dell'energia elettrica (d.lgs. n. 79/1999) e del gas (d.lgs. n. 164/2000) fossero già stati disciplinati con pregressi interventi normativi. Lo stesso art. 113, così come modificato dall'art. 35, l. n. 448/2001, affermava che «*restano ferme le disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie*». Tuttavia, in dottrina è stato segnalato che l'art. 35, da un lato, garantiva la sopravvivenza delle discipline di settore, vista tale clausola di salvaguardia a loro favore; dall'altro, non disponeva una loro assoluta ed incondizionata prevalenza rispetto alla normativa generale delineata nella finanziaria 2002. Quest'ultima, anzi, andava interpretata come sovraordinata rispetto alle discipline settoriali, le quali potevano sopravvivere solo se non in contrasto con quanto stabilito dal predetto art. 35. Così, M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 526; J. BERCELLI, *I servizi pubblici locali tra disciplina generale e discipline di settore (dopo l'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, finanziaria 2002)*, *ibidem*, 742 ss.

Contra, A. TRAVI, *Note introduttive*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 11-13, secondo cui l'incidenza dell'art. 35 risulta molto limitata a causa della copiosa presenza di normative di settore.

²⁹⁷ G. SIGISMONDI, *Le società miste nella disciplina dell'art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 32 ss.

²⁹⁸ Commissione EU, atto di reiterazione di messa in mora 26 giugno 2002, C(2002) 2329.

ai punti 21-23); l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali (art. 35, co. 5, l. n. 448/01, ai punti 24-26)²⁹⁹. Nonostante gli sforzi del legislatore, che pur dovevano volgersi a delineare un regime normativo più compatibile con quello preteso a livello comunitario, l'ordinamento italiano non si era ancora dotato di un assetto sufficientemente rispettoso della competizione tra operatori, il che, così come era stato lucidamente previsto qualche tempo prima dell'atto di reiterazione di messa in mora³⁰⁰, lasciava insoddisfatta la Commissione.

Il legislatore italiano si mostrava restio ad abbandonare definitivamente il modello del partenariato pubblico-privato che aveva ottenuto grande fortuna negli anni '90, ritenendo che il semplice principio di separazione tra proprietà delle reti e gestione del servizio potesse soddisfare le pretese sovranazionali³⁰¹. Tuttavia, le perplessità comunitarie risiedevano giustappunto nella sopravvivenza dell'affidamento diretto alla società mista, se non del servizio, della gestione delle reti, dotazioni ed impianti, a fronte della partecipazione privata in società; o, in taluni casi, addirittura dell'attribuzione della proprietà di tali beni³⁰². Pertanto,

²⁹⁹ Per un esauriente profilo ricostruttivo della posizione della Commissione nell'atto di reiterazione di messa in mora C(2002)2329, si veda R. MASSARO, *L'apertura alla concorrenza dei servizi a rilevanza industriale*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 27 ss., in cui l'A. sottolinea che, a detta dell'organo comunitario, l'affidamento diretto della gestione delle reti costituiva uno dei maggiori "punti deboli" dell'art. 35, l. n. 448/2001, in contrasto con gli artt. 43 e 49 del TCE. Inoltre, continuando a riferirsi all'opinione della Commissione, Massaro afferma che i profili legati all'affidamento diretto non si giustificavano neppure alla luce della sentenza *Teckal*: infatti, il controllo analogo non poteva considerarsi configurato a fronte dell'esercizio dei soli poteri di cui dispone il socio di maggioranza secondo il diritto societario.

Ancora, lo stesso A. individua altri profili di criticità della riforma nella previsione, ex art. 113, co. 13, TUEL, secondo cui l'ente locale potrebbe conferire a società a capitale pubblico maggioritario, oltre alla proprietà delle reti, anche la gestione delle stesse in via diretta (nelle modalità di cui al co. 4 lett. a). Tuttavia, questa seconda possibilità era subordinata ad un'apposita previsione di settore che preveda la separazione tra gestione della rete ed erogazione del servizio. Ciò premesso, il punto focale della questione era comprendere quali conseguenze si sarebbero verificate là dove non vi fosse stata una norma settoriale che prevedesse tale separazione, e dunque là dove gestione delle reti ed erogazione del servizio avvenissero contestualmente. In particolare, secondo Massaro, non era chiaro se l'affidamento di entrambe le attività potesse avvenire ex co. 4, e dunque in via diretta, oppure obbligatoriamente ex co. 5, e perciò mediante procedura ad evidenza pubblica. Ritenuta preferibile quest'ultima tesi, la preferenza della prima avrebbe condotto ad esiti palesemente anti-concorrenziali: infatti, l'affidamento diretto avrebbe consentito all'ente locale, ai sensi del co. 13, di conferire allo stesso soggetto la proprietà della rete, la sua gestione e l'erogazione del servizio che non fosse stato scorporato.

In via definitiva, lo scopo dichiarato di apertura al modello della concorrenza costituiva più una millantazione che non una volontà effettiva.

Per ulteriore profili ricostruttivo delle problematiche concorrenziali segnalate dalla Commissione, G. SCIULLO, *ult. op. cit., passim*; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91 ss.

³⁰⁰ L.R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, cit., 631-632.

³⁰¹ Per una esauriente ricostruzione della disciplina si rinvia a M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2592 ss.

³⁰² Varie perplessità a riguardo sono state sollevate anche da M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 519 ss, in particolar modo 528-531. Nel lavoro, l'A. evidenzia che ai sensi dell'art. 113 TUEL, così come novellato dall'art. 35, l. n. 448/2001, al co. 4, lett. a), il privato potesse partecipare alle società a capitale pubblico maggioritario per la gestione delle reti cui, in linea teoria poteva affidarsi anche la proprietà delle stesse ex co. 13. Inoltre, continua l'A., lo stesso co. 13 consentiva agli enti locali di devolvere la proprietà delle reti a società per azioni a capitale pubblico maggioritario, cui potevano dunque accedere anche i privati. Questi, nonostante la qualifica di proprietari delle reti, impianti e dotazioni,

il minor margine di scelta politica degli enti locali rispetto al passato circa le modalità di affidamento del servizio non era l'oggetto principale del monito della Commissione. Le incertezze potevano insistere, nel caso, sulla riduzione della discrezionalità di Comuni e Province in tema di erogazione del servizio; non su quello della valorizzazione del profilo concorrenziale. Il richiamo al solo strumento delle società di capitali rappresentava, sotto questo punto di vista, una garanzia; perlomeno apparentemente (*infra*).

A ben vedere, le perplessità comunitarie sulla scarsa compatibilità del modello gestorio con l'assetto concorrenziale del mercato dovevano ricercarsi su altri versanti: in special modo, sull'effettiva capacità dell'ente locale socio di esercitare concretamente un penetrante controllo sulla società così costituita³⁰³. Se vi erano alcuni dubbi che la stessa partecipazione totalitaria dell'ente pubblico potesse garantire un «*assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato*»³⁰⁴, a fortiori regnava l'incertezza laddove questo vantasse una semplice quota di maggioranza, considerato anche che «*non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario*»³⁰⁵. Detto in altro modo, gli organi comunitari non ritenevano potesse rientrare nella categoria *in house providing* un sistema di affidamento (con riguardo, indifferentemente, alla gestione delle reti, dotazioni

avrebbero potenzialmente potuto, al contempo, partecipare anche alla gara per l'affidamento del servizio. Ne derivavano effetti paradossali. Tali gare potevano divenire assolutamente distorsive dei principi concorrenziali là dove – come era teoricamente possibile – l'ente locale affidasse lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del gestore del servizio alla società intestataria delle reti. In questa ipotesi, il socio privato della società proprietaria di reti, impianti ed altre dotazioni sarebbe stato, qualora avesse partecipato alla gara per l'affidamento del servizio, simultaneamente arbitro e giocatore della competizione.

Ancora, vi sono altri elementi paradossali desumibili dal testo di legge dell'art. 113 TUEL, così come novellato dall'art. 35, l. n. 448/2001. Si consideri innanzitutto che, ai sensi del co. 13, la gestione delle reti poteva essere delegata ad una società diversa da quella cui era conferita la proprietà delle medesime. In quest'ottica, si presti anche attenzione al fatto che, di regola, ed ai sensi dell'art. 113 co. 3, l'affidamento della gestione delle reti e dell'erogazione del servizio avveniva a favore di un unico soggetto, da individuare con gara; tuttavia, nelle discipline di settore era possibile separare le due attività, attribuendole a due diverse società. Considerando questi aspetti, si deduce che, teoricamente, e rimandando anche a quanto scritto sopra, un unico soggetto privato poteva risultare, simultaneamente, sia socio della società proprietaria delle reti (ex co. 13), sia della società gestrice delle stesse (ex co. 4, lett. a), sia gestore del servizio (ex co. 3); a condizione che, come detto, gestione delle infrastrutture ed erogazione del servizio fossero, per l'appunto, separate nelle discipline di settore.

Vista la questione da tale prospettiva, i timori comunitari erano ben comprensibili: un privato con un numero così elevato di compiti avrebbe senza dubbio ristretto la competizione tra operatori, o comunque ne avrebbe falsato lo sviluppo.

³⁰³ M. LAMANDINI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, cit., 543, secondo cui se l'intenzione del legislatore era quella di assicurare un'effettiva influenza dominante pubblica, questo avrebbe dovuto servirsi del duplice requisito della proprietà maggioritaria e del controllo.

³⁰⁴ Punto 33 dell'atto di reiterazione di messa in mora.

³⁰⁵ Punto 32 dell'atto di reiterazione di messa in mora.

impianti, o alla resa del servizio) in cui il socio privato vantasse una partecipazione a fianco del socio pubblico³⁰⁶.

La Commissione, dunque, rimproverava all'Italia non tanto la previsione di un modello di gestione unico del servizio stesso, quanto un utilizzo di società a partecipazione pubblico-privata distanti dagli standard definiti dalla Corte di giustizia. La scorretta declinazione del requisito del controllo analogo costituiva l'ostacolo principale alla compatibilità della normativa nazionale con le indicazioni della Corte di giustizia nel celeberrimo precedente *Teckal*. Era evidente il difetto di una veduta comune sul significato da attribuire al concetto di *in house providing*³⁰⁷, con riferimento sia alla quantità di azioni che l'ente locale avrebbe dovuto possedere, sia alle modalità in cui si sarebbe potuto esercitare correttamente il controllo analogo, chiedendosi cioè se fosse sufficiente o meno l'esercizio dei

³⁰⁶ La possibilità di qualificare una società mista in termini di società *in house* era una esigenza sentita soprattutto con riferimento ai servizi pubblici locali. Infatti, come sottolinea G. SIGISMONDI, *ult. op. cit.*, 35, l'affidamento degli appalti pubblici di servizi poteva avvenire in via diretta a favore delle società miste qualora queste fossero state ritenute amministrazioni aggiudicatrici. Infatti, l'art. 6, direttiva n. 92/50 garantiva questa possibilità e, dato che la categoria delle amministrazioni aggiudicatrici ricomprende anche gli organismi di diritto pubblico, l'affidamento diretto poteva aversi qualora le società miste fossero considerate appartenenti a tale ultima categoria (gli organismi di diritto pubblico, per l'appunto), facendo leva sul predetto art. 6. Ed a riguardo, l'A. ricorda (nota 29) che la giurisprudenza maggioritaria ritenesse legittima l'opera di identificazione. Tuttavia, Sigismondi ricorda che, data la mancanza di una norma di analogo contenuto all'art. 6 per le concessioni di servizi, a queste ultime inapplicabile in quanto la categoria dei servizi pubblici era del tutto impermeabile alla direttiva n. 92/50, non vi era una norma che consentisse l'affidamento in via diretta della concessione a favore di un'amministrazione aggiudicatrice (*rectius*: ad una società mista), indipendentemente dalla questione circa la possibilità di qualificarla o meno in termini di organismo di diritto pubblico. Inoltre, considerato anche che i principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità, sempre da applicarsi al momento della scelta del concessionario, ostavano all'affidamento in via diretta, è facile comprendere che la possibilità di far rientrare nella nozione di gestione *in house* anche la relazione tra la società mista affidataria e l'ente locale rivestisse particolare importanza, in quanto questo appariva l'unica opzione perseguibile per consentire a tale tipologia societaria di ottenere il servizio senza l'obbligo di svolgere la gara.

³⁰⁷ A riguardo è opportuna una specificazione. Il concetto *in house providing*, così come, fra i tanti, sottolineato da C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovine, 2012, 117, è tematica che si sviluppa originariamente in tema di appalti, in relazione dunque alla possibilità per l'ente locale di affidare il servizio strumentale in via diretta ad una propria articolazione. Per i servizi pubblici locali, l'autorizzazione definitiva ad agire in questo senso si è avuta con l'art. 14, d.l. n. 269/2003; tuttavia, ancor prima del nulla osta legislativo, la dottrina maggioritaria era propensa ad estendere i benefici dell'*in house providing* anche al predetto ambito. Sul punto, G. GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio, e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1462; E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, 11, 557 ss.

Ciò premesso, e dunque spiegato perché è consentito riferire il modello *in house* anche ai servizi pubblici locali, è opportuno sottolineare che la migliore dottrina, in realtà, riteneva che la relazione tra la società mista e l'ente locale potesse considerarsi in questi termini. Così, G. GRECO, *ult. op. cit.*, 1466 ss; L.R. PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 212 ss. *Contra*, convinto che la situazione non fosse di così pacifica risoluzione, G. SIGISMONDI, *ult. op. cit.*, 37-38, il quale sottolinea, a titolo di esempio, che definire in via presuntiva come *in house* il rapporto tra società mista ed ente locale non era scelta logica. Infatti, così facendo, sarebbe stato possibile – evidentemente prima della riforma del 2001, visto che l'art. 35, l. n. 448/2001 imponeva la gara per la gestione del servizio – per l'ente locale partecipare ad una società mista a capitale prevalentemente pubblico, anche possedendo una quota minima. L'affidamento poteva avvenire in via diretta dato il capitale maggioritario pubblico, ma l'ente locale, con una quantità esigua di azioni, non avrebbe mai potuto esercitare alcun controllo analogo.

poteri che il diritto societario comune destina al socio di maggioranza³⁰⁸. Tuttavia, è evidente che la resa di queste risposte fosse un onere incombente sulla Corte di giustizia, non sul legislatore nazionale. In assenza di un'univoca presa di posizione da parte della prima, perlomeno nel biennio 2000-2002, è comprensibile che il secondo abbia introdotto, in risposta all'atto di reiterazione di messa in mora, una riforma dei servizi pubblici locali che

³⁰⁸ Le incertezze insistevano soprattutto in un periodo anteriore al 2005, ossia prima che fosse definita la celebre sentenza *Stadt Halle* (Corte giust., 11 gennaio 2005, C-26/03), in quanto l'interpretazione dei requisiti *in house* non era ben definita.

Come rileva efficacemente C. IAIONE, *ult. op. cit.*, 2012, 137 ss prima dell'*imprinting* reso dalla predetta pronuncia *Stadt Halle*, si annotavano difformi interpretazioni in seno agli stessi organismi comunitari. Nella pronuncia *Arnhem*, Corte giust. 10 novembre 1998, C-360/96, l'Avv. Gen. La Pergola definiva l'*in house* un mezzo di *ius vitae ac necis* dell'ente sulla società per azioni; nel caso *de qua* il giudice comunitario sentenziava che la dipendenza economica fosse un criterio da tenere in assoluta considerazione al fine di stabilire la sussistenza (o meno) del controllo analogo. Al contrario, nella pronuncia *Ri. San*, Corte giust. 9 settembre 1999, C-108/98 veniva affermata la necessità di una dipendenza funzionale, il che significava l'insufficienza del mero intreccio finanziario per concretizzare il requisito del controllo analogo. In questa prospettiva, dunque, occorreva oltre ad una dipendenza finanziaria, accertare l'attribuzione di specifici compiti agli organi societari.

Pochi anni dopo il problema sembrava essere giunto ad una soluzione allorché, nella causa Corte giust. 13 ottobre 2005, C-458/03 *Parking Brixen*, in www.curia.eu, l'Avv. Gen. Kokott affermava, da un lato, che la partecipazione totalitaria pubblica fosse necessaria per poter instaurare il controllo analogo; dall'altro che, di conseguenza, l'influenza si sarebbe potuta esercitare mediante il semplice utilizzo dei poteri societari di diritto privato (simili Corte giust., 21 luglio 2005, C-231/03, caso *Coname*). La tesi, che in effetti aveva declinato questi principi anche nella pronuncia *Stadt Halle*, veniva comunque smentita in altre occasioni. Si pensi, ad esempio, alla pronuncia Corte giust., 11 maggio 2006, C-340/04 (*Carbotermo*), in cui il giudice comunitario ha ritenuto che il controllo analogo non possa risolversi nei soli poteri che il diritto societario attribuisce in virtù della partecipazione azionaria, che pur può essere totalitaria. Occorre, infatti, la previsione di specifici poteri che, dal punto di vista funzionale, assicurino una facoltà di direzione e controlli che sfuggono alla logica societaria privatistica e si inscrivano in un percorso pubblicistico.

Del resto, lo stesso C. IAIONE, *Le società in house*, cit., 169 ss (con relative pronunce ivi segnalate), e 192 ss, ricorda come sia la giurisprudenza nazionale della prima metà degli anni 2000, sia la Commissione europea, erano spesso orientate ad escludere che la sola totalità delle partecipazioni azionarie in mano pubblica potesse risultare, sempre e comunque, condizione sufficiente per definire il controllo analogo. Ragion per cui, occorre esercitare a questo fine un potere che sia un *quid pluris* rispetto agli ordinari strumenti previsti dal codice civile.

Del tema si occupa anche R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 265 ss.

È, pertanto, evidente come l'intreccio di vedute sul tema fosse particolarmente complesso, considerato anche il fatto che alcuni non ritenevano la presenza del socio privato come necessariamente escludente il controllo analogo. A riguardo, si veda C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 348, secondo cui «non può ritenersi che la presenza di un socio privato sia di per sé un elemento che perturba a tal punto l'organizzazione societaria e vada ad impedire all'amministrazione di configurare correttamente le proprie determinazioni».

Ancora, la difficoltà di individuare una definizione univoca di controllo analogo era causata anche dalla polimorfia dello strumento societario. Infatti, l'utilizzo di società *holding*, oppure di società multicomunali, avrebbe consentito in certi casi, stando a quanto stabilito dalla giurisprudenza, l'assegnazione diretta del servizio anche ad enti locali soci, la cui quota era talvolta irrisoria. In tali ipotesi, dunque, gli stessi potevano fruire delle prestazioni pur non avendo la benché minima influenza sulla gestione societaria. Ne deriva un'ulteriore difficoltà nell'identificazione dei requisiti del controllo analogo, talora non da intendersi come una delega interorganica resa dall'ente pubblico alla società, ma alla stregua di un potere di indirizzo legittimato dalla mera quantità del capitale in mano pubblica, da considerarsi nel suo complesso e non limitatamente alle partecipazioni dei singoli enti locali. Per una ricostruzione della giurisprudenza occupatasi del tema, C. IAIONE, *ult. op. cit.*, 176 ss. Per una lettura contraria, ossia incitante al fatto che ogni ente locale deve essere posto nelle condizioni di "avere peso" nei processi decisionali, M. DUGATO, *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1130.

Ciò detto, è più facile comprendere le difficoltà che incontravano gli enti locali nell'interpretare il requisito in questione. Le poche certezze sul punto li ponevano evidentemente in una posizione assai scomoda, di difficile valutazione tra le indicazioni che provenivano dal livello sovranazionale e le casistiche concrete che l'utilizzo dello strumento societario generava.

autorizzasse diverse modalità gestorie, in attuazione degli insegnamenti europei³⁰⁹, in modo da non incorrere in nuovi rimproveri.

Prima di analizzare le risposte rese dall'ordinamento italiano alle reiterate lamentele della Commissione – confluite nella redazione dell'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326 – è necessario valutare gli effetti sortiti dall'art. 35, l. n. 448/2001 sulle vicende delle società locali. In particolare, occorre considerare se questa riforma si sia rivelata idonea ad arginarne la proliferazione avutasi nel decennio precedente e favorire la competizione economica tra operatori. Lo studio è doveroso al fine di comprendere se gli ulteriori rimproveri europei fossero giustificabili o meno. Non ci si potrà esimere, inoltre, dal fornire una valutazione sull'adeguatezza dell'intervento normativo rispetto al decantato perseguimento degli obiettivi, considerando le funzioni svolte dalle società locali nel biennio 2002-2003 (e cioè fino all'entrata in vigore del predetto art. 14). Ma soprattutto l'analisi non potrà tralasciare le conseguenze che la finanziaria 2002 ha posto sul piano della funzionalizzazione dell'attività societaria degli enti locali, anche a confronto con la situazione anteriore delineata nel precedente capitolo.

In ultimo, è necessaria una annotazione. Le seguenti riflessioni non si riveleranno puramente teoriche, e ciò nonostante l'ambito di applicazione dell'art. 35, l. n. 448/2001 sia stato quasi nullo, in quanto la sua concreta applicazione – come detto – era stata nell'immediato frenata dalla previsione di un lungo periodo transitorio, salvo per poi essere cancellata dalla riforma del 2003, intervenuta prima ancora che il previgente regime giuridico potesse concretamente attuarsi. Le valutazioni sull'impatto dell'art. 35 nel settore dei servizi pubblici locali sono degne di approfondimento per due ragioni: aiutano a ricostruire la diversa funzione che nel corso degli anni le partecipazioni azionarie degli enti locali hanno assunto con riferimento ai vari modelli societari definiti dal legislatore; l'impianto normativo è stato per molti profili confermato nella novella del 2003. In special modo, la linea di continuità tra le due riforme parte da un'unica premessa, che si tenterà di dimostrare nel prosieguo. L'intervento legislativo del 2001 si è rivelato assolutamente favorevole all'imprenditoria pubblica, nonostante la gestione del servizio fosse prevista solamente per le società di capitali; la tendenza, seppur con qualche tentativo di revisione, è stata confermata anche nel successivo regime normativo del 2003.

³⁰⁹ Il riferimento è, chiaramente, all'art. 14, d.l. n. 269/2003, il quale riproponeva tre modalità di gestione dei servizi pubblici locali: la società di capitali al fine di favorire la partecipazione dei privati; la società mista in cui il socio privato fosse obbligatoriamente scelto con gara, risolvendo così i rimproveri comunitari sull'assenza della gara per la scelta del partner privato; la società *in house* in cui la totalità delle partecipazioni fosse di proprietà dell'ente locale, così da assicurare il controllo analogo preteso dalla Corte di giustizia.

Le difficoltà nel definire un assetto concorrenziale effettivo nel settore dei servizi pubblici locali non sarebbero state dovute solamente all'affidamento in via diretta della gestione delle reti ed al lungo periodo transitorio. Anzi, l'obbligo di affidare la gestione del servizio alle sole società di capitali, da selezionare esclusivamente mediante gara, senza apportare ulteriori correttivi a questa previsione, non sarebbe realmente servito a scoraggiare l'imprenditorialità pubblica.

Di qui, la riflessione è la seguente: le partecipazioni azionarie degli enti locali sono state disciplinate dal legislatore statale in modo da favorire la resistenza del sistema imprenditoriale pubblico-locale piuttosto che un'effettiva promozione di un modello societario privato. In questo senso, le lamentele europee esternate con l'atto di reiterazione di messa in mora sarebbero risultate comprensibili e ciò, si badi, non solo in riferimento alle ipotesi in cui l'affidamento dell'attività era ancora garantito in via diretta (come per la gestione delle reti), ma anche in relazione all'affidamento dei servizi, pur esperibile solo attraverso la gara. La questione era certamente rilevante. Il problema principale, come si tenterà di dimostrare, è però un altro. Il *focus* sulla promozione ed il mantenimento del modello concorrenziale ha oscurato un aspetto centrale: la regolazione del fenomeno societario pubblico non può prescindere da una disciplina sua propria, che la sola normativa in tema di *competition* non è in grado di assicurare.

2. L'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448. Un primo (inutile) tentativo di compressione del numero di società locali, e l'esigenza nazionale di enti locali competitivi sul profilo imprenditoriale.

Dopo aver esternato alcuni dubbi sull'effettiva capacità dell'art. 35, l. n. 448/01, di contenere la proliferazione delle società locali, e dunque di privilegiare l'intervento dei privati, con riguardo alla gestione dei servizi pubblici (non delle reti), è opportuno valutare la questione in modo più approfondito, così da verificare la bontà delle premesse.

Non deve trarre in inganno il fatto che l'art. 113, co. 5, TUEL, così come novellato dalla riforma del 2001, eleggesse quale unica forma di gestione del servizio l'affidamento a società di capitali, eliminando qualsiasi richiamo ad una gestione pubblica. Rimarrebbe, infatti, deluso chi ritenesse che tale decisione lasciasse gli enti locali privi del diritto di costituire o partecipare a società per ottenere la conduzione dei servizi. Si tenterà di darne ragione.

Era stato a suo tempo sottolineato, affermazione di non poco conto, che uno dei tratti distintivi della riforma fosse il canone dell'atipicità delle forme di gestione dei servizi³¹⁰. In precedenza – pur se come è stato segnalato *supra*³¹¹ gli enti locali nella prassi avevano promosso svariate eccezioni al *numerus clausus* dei modelli gestori indicati nella l. n. 142/90 – il dettato legislativo non lasciava spazio ad ampi margini di manovra nella definizione delle formule gestorie. Le distorsioni dal modello tipizzato erano semplicemente dovute ad una libera iniziativa degli enti locali che, facendo leva sulla propria capacità giuridica, originavano molteplici realtà societarie con la finalità di definire un modello in grado di competere nel mercato. Al contrario, il riferimento di cui al novellato art. 113, co. 5, TUEL, alle «*società di capitali*» suggeriva l'avallo definitivo a molteplici modelli di conduzione dei servizi ora, a differenza che in passato, giustificati *ex lege*. Il dettato legislativo non vietava, dunque, la costituzione di società unicomunali né multicomunali, a capitale pubblico totale o misto, purché l'assegnazione del servizio fosse subordinata ad una procedura ad evidenza pubblica, che testimoniava il piano di parità con i privati imprenditori³¹². È vero che, secondo il precedente regime normativo, l'affidamento diretto del servizio veniva motivato a fronte della presenza pubblica in società, facendo leva sul fatto che, senza la certezza di ottenere la gestione, le risorse pubbliche impiegate nella costituzione della stessa sarebbero state dissipate³¹³. Tuttavia, sul punto, la riforma del 2001 non sembrava lasciar spazio a decisive preclusioni, vista l'assenza di espliciti divieti. Non ostava di principio alla sua creazione

³¹⁰ Sul superamento della tipicità delle forme di gestione dei servizi con la riforma del 2001, si veda M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2601 ss, ID, *I servizi pubblici degli enti locali*, cit., 220; C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello*, cit., 722. Sul punto anche G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., *passim*.

³¹¹ Si veda cap. 2, §2.1.

³¹² Giunge alla stessa conclusione M. LAMANDINI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 542; M.P. CHITI, *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la Finanziaria 2002*, cit., 379, ammette la medesima soluzione con riferimento alle società miste, purché non affidatarie in via diretta di servizi, in Italia o all'estero.

Anche in giurisprudenza si riscontravano analoghe letture. Si veda Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 24 dicembre 2002, n. 692, in *Urb. e app.*, 2003, 6, 711 ss, con nota di C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello*, cit., in cui il giudice siciliano ammette che «è illegittima l'esclusione di un raggruppamento temporaneo di imprese disposta per il fatto che una delle imprese associate è partecipata in modo maggioritario dalla stessa stazione appaltante. Ciò in quanto nessuna norma in tema di appalti prevede la detta circostanza come elemento ostativo alla partecipazione ad una pubblica gara. Né siffatto divieto discende dall'applicazione dei principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, nonché di principi generali sulla concorrenza e la par condicio nelle procedure ad evidenza pubblica [...]». Lo stesso Volpe, 721, afferma la tendenza all'equiparazione tra società miste e società private, operando entrambe in regime di piena concorrenza.

Tuttavia, occorre segnalare che accreditata dottrina predicava, a seguito dell'imposizione per via legislativa della procedura ad evidenza pubblica nella scelta dell'erogatore del servizio, un ruolo di decrescente importanza per le società miste locali. A riguardo, si veda R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2003, 144; V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzioni di garanzia del giudice amministrativo*, cit., 168; E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, I, 554 ss, spec. 559.

³¹³ In questo senso, per tutti, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999, 287.

l'eventualità che la società locale non ottenesse la conduzione del servizio; nel caso, l'evenienza poteva costituire fonte di responsabilità per gli amministratori dell'ente se fossero state investite invano delle finanze. L'elemento più interessante, però, insiste su un'altra questione: considerato che – come si auspica di aver dimostrato – non sempre le società locali erano strumentali al soddisfacimento delle finalità istituzionali dei singoli enti partecipanti, la sussistenza del presupposto dell'atipicità contrattuale amministrativa, ossia la funzionalizzazione dell'attività negoziale pubblica³¹⁴, non era assicurata. La mera eventualità che il contratto associativo atipico fosse accompagnato da uno scopo istituzionale conduce a due possibili conseguenze, tra loro alternative: o si accettava la tesi per cui la speculazione avrebbe giustificato il modello societario atipico, o in tutti le ipotesi in cui anche un solo ente socio non avesse fruito direttamente del servizio, l'intero contratto associativo doveva considerarsi nullo *ex art. 1418 c.c.*

L'imposizione per via normativa della società di capitali, pur non rappresentando un invincibile impedimento per Comuni e Province, poteva di fatto risultare un valido freno alla loro iniziativa: dunque, un efficace viatico per diminuire il numero delle società locali. L'ipotesi, benché teoricamente accettabile, appare parziale, poiché non tiene in sufficiente considerazione i risultati cui poteva condurre la scelta di un modello atipico, su tutti la possibilità per gli enti locali di associarsi, opzione del resto gradita alla giurisprudenza³¹⁵, e

³¹⁴ Così M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, 31 ss.

³¹⁵ Del resto, l'associazione degli enti locali in società per la gestione di servizi pubblici veniva legittimata con convinzione in quegli anni da parte del Consiglio di Stato. A riguardo, si veda, Cons. St., sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418, in *Foro amm CDS*, 2002, 1231 ss, con nota di G. CAIA, *Le società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in cui i giudici di Palazzo Spada sostengono che «*il significato della partecipazione dell'ente pubblico a società [...] sta nell'apprestare una formula organizzativa che consenta non solo la cooperazione tra l'interesse delle pubbliche amministrazioni con quello dell'impresa privata, ma anche l'esercizio in comune di servizi da parte di enti pubblici con interessi omogenei. Ciò spiega perché la norma, oltre a prevedere la partecipazione di più soggetti pubblici, riferisca la prevalenza del capitale sociale, attraverso la quale si esplica il controllo sulla società, all'insieme degli enti e non a ciascuno di essi singolarmente considerato*». E dunque, il giudice amministrativo riteneva che non ogni ente locale dovesse assurgere a ruolo di ente-guida per poter ottenere l'affidamento del servizio, ma anzi che l'associazione fra gli stessi fosse talvolta l'unico modo per garantire lo svolgimento del servizio anche a quei Comuni che, altrimenti, non sarebbero stati in grado di fruirne viste le esigue dimensioni e risorse.

Caia, nel commento alla sentenza, ritiene che, data la natura di “modulo organizzativo” della società a capitale pubblico prevalente, sia legittima l'ammissione di un capitale multi-comunale, nonché la possibilità di affidare il servizio anche all'ente locale proprietario di una quota esigua del capitale sociale. Infatti, sostiene l'A., è evidente che non tutti gli enti locali soci possano vantare una quota che consenta un effettivo controllo. Ciò premesso, tuttavia, Caia ritiene che la soluzione così apprestata sia sempre vera laddove la società sia costituita unicamente da enti locali; nell'ipotesi di società mista, invece, la presenza del privato suggerisce l'opportunità di assicurare strumenti di collegamento tra i soggetti pubblici, come ad esempio le convenzioni, perché essi riescano ad esercitare un controllo congiunto.

Sia consentita una breve osservazione sulla sentenza ivi annotata. Si nota un cambio di prospettiva rispetto ad alcune pronunce riportate nel cap. 2, § 2. (Tar Lombardia, Brescia, 4 aprile 2001, n. 222; ID, 18 maggio 2001 n. 368; 4 gennaio 2002, n. 6; 13 maggio 2003, n. 681), le quali negavano l'affidamento del servizio a fronte di una irrisoria partecipazione societaria. Si era, pertanto, evidenziato come il mantenimento delle partecipazioni da parte del Comune proprietario di una quota esigua potesse giustificarsi solamente in virtù di un interesse di

costituire società in grado di concorrere più efficacemente con i privati. Si aprivano scenari decisamente interessanti. In prima battuta, non veniva risolto il problema (evidenziato nel precedente capitolo) della partecipazione degli enti soci non necessariamente vincolata alla effettiva fruizione del servizio prestato dalla società; la riforma non precludeva la possibilità di acquisire quote del capitale sociale pur in assenza della soddisfazione delle finalità istituzionali. Pertanto, da un lato, l'art. 35, nonostante il rifiuto dell'affidamento diretto, principale stimolo degli enti locali nella costituzione di società, non eliminava affatto le possibilità per gli stessi di stipulare contratti associativi. Dall'altro – e tale considerazione appare ancor più significativa – il vincolo di funzionalizzazione dell'attività societaria degli enti locali non era (ancora una volta) necessariamente collegato alle predette finalità istituzionali.

La declinazione in termini atipici del modello societario definita dall'art. 35 legittimava – o quantomeno non vietava – la partecipazione minima di enti locali, contribuendo così alla progressiva separazione tra carattere strumentale dell'attività ed attuazione delle finalità istituzionali³¹⁶. In quest'ottica, non vi erano innovazioni rispetto all'*humus* creatosi nel decennio precedente, il quale aveva inesorabilmente condotto ad una crescita esponenziale delle società locali. Sarebbe vano supporre la ragione per cui il legislatore del 2001 non abbia inciso sull'autonomia privata degli enti locali, senza pretendere il rispetto di un concreto interesse pubblico: non è possibile fornire una risposta certa se non addentrandosi nel fastidioso ambito del processo alle intenzioni. Ma, azzardando delle ipotesi,

stampo lucrativo da parte dello stesso. Tale affermazione non è ora sconfessata, nonostante il Consiglio di Stato abbia reso una differente lettura, ammettendo la legittimità dell'affidamento diretto del servizio a società multicomunali, indipendentemente dal *quantum* di quote possedute. Infatti, nel caso analizzato da Cons. St. n. 2418/2002, il giudice amministrativo ammette la fruizione del servizio a favore di un Comune il cui intento partecipativo è dato esclusivamente dalla volontà di ottenere la prestazione a beneficio della collettività di riferimento. Non emergono, dunque, problematiche degne di nota sul versante dell'interesse pubblico.

In modo analogo, Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2297 in *Cons. Stato*, 2002, I, 907; Cons. St., sez. V, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2003, 2-3, 159 ss, con nota di E. MENICETTI, *Società per azioni multicomunali*, il quale tuttavia riserva esplicite perplessità sul fatto che un Comune con esigue partecipazioni possa fruire dell'affidamento in via diretta del servizio, in quanto ritiene che il possesso di una minima quota debba essere considerata a titolo di investimento piuttosto che un modulo organizzativo del servizio pubblico locale; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004, n. 1547, in *Foro amm. CDS*, 2004, 843 ss; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543, *ibidem*, 839.

In senso contrario a questa giurisprudenza, si veda Corte giust., 21 luglio 2005, C-231/03 (c.d. sentenza *Coname*), in cui si escludeva l'affidamento diretto del servizio, poiché lesivo dei principi in tema di concorrenza, a favore del Comune che possedeva quote pari allo 0,97% del capitale sociale.

³¹⁶ In questo senso anche E. MENICETTI, *ult. op. cit.*, 178, il quale tuttavia segnala che la strumentalità non rileva più sul profilo della quantità di azioni possedute da parte dell'ente locale nella società, ma sul profilo della funzionalità che si esplica a livello negoziale, attuata mediante la stipulazione di contratti di servizio che assicurano la resa di determinate prestazione a favore degli enti partecipanti. In altre parole, grazie all'utilizzo di tale strumento, la (adeguata) partecipazione non è più sinonimo di strumentalità del servizio alle finalità istituzionali dell'ente locale socio, il rispetto delle quali è affidato alla semplice previsione all'interno di uno strumento negoziale (il contratto di servizio, per l'appunto).

potrebbe dirsi che il legislatore stesso, nell'intento di frenare la proliferazione di società, non avesse compreso l'inutilità della preclusione all'affidamento diretto; oppure non aveva intenzione di limitare il fenomeno; oppure, a tal fine, considerava sufficiente che il vincolo di funzionalizzazione si imponesse sul versante dell'oggetto sociale, non su quello della partecipazione dei singoli enti soci.

La scelta di un modello gestorio atipico poneva delle problematiche circa la dequotazione dell'elemento funzionale anche con riferimento all'utilizzo delle società *holding*. Se esse in precedenza potevano essere oggetto di contestazione³¹⁷, teoria comunque come già detto non convincente, la decisione del legislatore del 2001 non lasciava spazio a dubbi di sorta. Il richiamo generico alle società di capitali legittimava la creazione del modello, ancorché non esecutivo di compiti operativi: anche in questa circostanza, l'eventuale partecipazione alla stessa di un ente locale poteva non essere finalizzata alla fruizione del servizio né ad attività organizzative. Ancora una volta, in simili circostanze l'interesse pubblico sotteso all'acquisizione delle quote si individuava in un interesse "di riserva", il cui significato era ben più vicino all'intento lucrativo che non a compiti organizzativi della funzione pubblica.

Questa lettura sembra confermata da ulteriori elementi: si pensi al tema della extraterritorialità. In precedenza, le società miste erano legittimate a partecipare alle gare per l'affidamento di servizi pubblici, indette da enti locali diversi da quelli di riferimento, là dove fosse dimostrato uno specifico interesse della collettività. Tralasciando il fatto che, come riportato nel capitolo precedente, talvolta tale interesse coincideva – nonostante alcune espressioni smentite della giurisprudenza a riguardo³¹⁸ – con un intento puramente lucrativo, la finanziaria del 2002 descriveva la problematica dell'attività *extramoenia* in termini differenti. L'art. 35, co. 2, l. n. 448/2001 imponeva alle società di capitali dei limiti espressi allo svolgimento dell'attività al di fuori del proprio territorio solamente a fronte di un pregresso affidamento diretto. Ciò significa che il legislatore, stabilendo precisi vincoli a riguardo, e cioè secondo il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, non intendeva differenziare il modello della società di capitali per l'erogazione del servizio a seconda della natura dei soci. Ossia, in assenza di specifiche disposizioni sul punto, e dato che le uniche norme sul tema non vi si pronunciavano, il generico richiamo alla società di capitali di cui al novellato art. 113,

³¹⁷ Il rimando è sempre a Tar Toscana, 15 gennaio 2001, n. 25, il quale rifiutava la creazione di una società *holding* perché rappresentativa di un modello atipico, non previsto né dall'art. 22, l. n. 142/90, né dall'art. 12, l. n. 498/92.

³¹⁸ Per tutte, Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192.

co. 5, TUEL, non lasciava trasparire uno specifico obbligo per gli enti locali soci di dimostrare il beneficio della collettività di riferimento in caso di attività *extramoenia*.

Si potrebbe obiettare che tale vantaggio, da non intendersi in termini economici, dovesse egualmente sussistere a favore della popolazione locale, in quanto limite connaturato all'attività societaria degli enti locali. Sarebbe facile controbattere che, in realtà, anche prima della riforma l'individuazione di una fonte di benessere non speculativa per la comunità di riferimento non fosse imprescindibile, in quanto il mero scopo lucrativo veniva talora ritenuto idoneo per legittimare l'attività al di fuori dei confini, talvolta l'unico motivo esistente per legittimarne l'azione all'interno³¹⁹. Pertanto, pare potersi convenire che, vista l'espressa limitazione dell'attività *extramoenia* nella sola ipotesi di pregresso affidamento diretto, l'art. 35, co. 2, abbia indirettamente legittimato l'azione imprenditoriale degli enti locali alla stregua di un soggetto privato contribuendo contestualmente a rafforzare la tesi della dequotazione del loro vincolo funzionale nell'attività societaria³²⁰.

La conclusione, già raggiunta nell'analisi delle pronunce del giudice amministrativo, ottiene ora una conferma, seppur indiretta, dal dato legislativo. La riforma determinava l'esito, forse non voluto, dell'autorizzazione *ex lege* per le società locali ad operare in via extraterritoriale in caso di aggiudicazione della procedura ad evidenza pubblica, risolvendo così i dubbi di chi aveva riscontrato delle contrapposizioni difficilmente risolvibili nelle

³¹⁹ Si rinvia ancora al cap. 2, § 2.1.

³²⁰ Il dibattito sulla legittimità dell'attività extraterritoriale non si è sopito neppure a seguito della formulazione dell'art. 35. A fronte dei diversi orientamenti giurisprudenziali sul tema, descritti nel capitolo 2, vi è chi auspicava, ai fini della risoluzione delle incertezze, un intervento chiarificatore del legislatore. In questo senso, si vedano R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2001, 176; I. SEVERINO, *L'attività extraterritoriale delle società miste*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 57. In particolare, il secondo A. giunge a tale conclusione soffermandosi sulle diverse interpretazioni rese dalla giurisprudenza amministrativa al collegamento tra attività *extramoenia* e vincolo funzionale. Severino ritiene che una pronuncia sia in particolare degna di attenzione nel contesto normativo dell'epoca: Cons. St., sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, la quale adegua il vincolo di scopo al carattere imprenditoriale della società mista, così attuando – secondo la sua definizione – una “defunzionalizzazione in concreto”. Stando alla lettura che l'A. dà della sentenza, l'attività al di fuori dei confini verrebbe vietata solamente laddove ne derivi una distrazione delle risorse necessarie per garantire il servizio alla comunità di riferimento. L'intervento chiarificatore del legislatore è comunque invocato poiché la predetta sentenza Cons. St. n. 4586/2001, ed il contestuale principio della “defunzionalizzazione in concreto”, non fu globalmente seguito dalla giurisprudenza.

Ciò premesso, Severino evidenzia che lo stesso art. 35, l. n. 448/2001 non era sufficiente a risolvere l'*impasse*. La modifica da esso attuata all'art. 113, co. 6, TUEL, vietava lo svolgimento di qualsiasi attività al di fuori del proprio territorio in caso di affidamento diretto. L'art. 35 co. 2, invece, vietava, al termine del periodo transitorio, di partecipare ad attività imprenditoriali extraterritoriali alle società locali il cui capitale sociale fosse superiore al 50 per cento. Pertanto – conclude l'A. – il divieto di partecipazione alle gare non rilevava per società affidatarie a partecipazione pubblica minoritaria, rientrando in tale ambito anche quelle che, ipoteticamente, vantassero una partecipazione pubblica del 49 per cento. L'incongruenza delle due diverse disposizioni non consentiva un'efficace risoluzione delle incertezze legate alla presente tematica, ragion per cui l'art. 35 non era in grado di sopire il relativo dibattito.

Analizza, inoltre, con grande lucidità la tematica dell'extraterritorialità, nonché i relativi aspetti del vincolo funzionale, G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, cit., 255 ss.

opinioni di giurisprudenza e dottrina sull'argomento³²¹. Con la conseguenza che, da un lato, il vincolo funzionale degli enti locali veleggiava verso porti distanti dall'interesse pubblico, inteso nella sua versione tradizionale spuria di connotati speculativi; dall'altro, il richiamo a società di capitali quale unico mezzo di erogazione dei servizi pubblici locali non era in grado di porre un decisivo freno alla proliferazione. Anzi, ne agevolava l'affermazione³²². L'effetto è senza dubbio paradossale: il legislatore, intervenuto (per lo meno di facciata) per compiacere gli organismi comunitari, delineava un sistema che consentiva agli enti locali, con modalità meno visibili *ictu oculi*, di svolgere un'attività imprenditoriale più estesa rispetto a quella precedente, così come limitata dalle posizioni giurisprudenziali. Esso diveniva principale promotore dell'estensione della capacità imprenditoriale pubblica a livello locale.

2.1. La dipendenza del vincolo funzionale dall'oggetto dell'attività societaria.

Qualche perplessità emergeva anche in merito alla reale tutela dell'assetto concorrenziale del mercato nell'ambito dei servizi a rilevanza industriale da parte della riforma del 2001; le incertezze riguardavano in special modo la disciplina normativa relativa alla loro erogazione.

Aldilà delle problematiche – sopra segnalate – sulla legittima partecipazione in società di enti locali non fruitori della prestazione, un'altra questione destava particolare attenzione. Il richiamo generico alle società di capitali di cui all'art. 113, co. 5, non impediva l'eventualità che l'ente locale (o gli enti locali) interessati al servizio, laddove avessero costituito una società, fossero contemporaneamente sia regolatori³²³ della gara sia aspiranti gestori dello

³²¹ In questo senso, divengono destituite di fondamento le preoccupazioni di F. GOISIS, *I limiti all'attività extramoenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 560 ss. L'A. sottolinea (specialmente pp. 562-568) la difformità di vedute di dottrina e giurisprudenza circa il collegamento tra vincolo funzionale ed attività extraterritoriale; in particolar modo, le incertezze insistono sul fatto che la prima abbia sottovalutato i limiti definiti dalla seconda all'attività imprenditoriale societaria. Sembra che la preoccupazione così esternata non sia più fondata a seguito del predetto avallo *ex lege* all'attività extramoenia delle società locali, legittimate ad agire al pari dei privati imprenditori al di fuori dei propri confini, a condizione di non aver goduto dell'affidamento di servizi in via diretta.

³²² *ID*, *ult. op. cit.*, 569, riteneva già, prima della formulazione della riforma del 2001, che non fosse legittimo impedire alle società locali di agire in via extraterritoriale, stante l'assenza di un'apposita previsione normativa sul punto. Se ne deduce che, a seguito dell'introduzione dell'art. 35, il quale come detto costituiva un'autorizzazione *ex lege* all'attività *extramoenia*, l'ordinamento non lasciava più spazio ad incertezze: si concretizzavano i presupposti per il crescente utilizzo del modello societario in questione.

In termini analoghi, M. DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. amm.*, 1999, 3-4, 581.

³²³ Invero non sembra potersi dubitare del ruolo regolatore che gli enti locali hanno assunto a seguito dell'imposizione della gara quale unico strumento per la scelta del gestore dei servizi pubblici locali. In questo senso, C. VOLPE, *Le società miste*, cit., 721, secondo cui nei settori concorrenziali alla ritirata dell'ente locale dal libero mercato corrisponde l'affermazione del suo ruolo di regolatore del servizio.

stesso; il che certamente causava un serio problema di commistione di ruoli. Il regime giuridico previgente, pur determinando una situazione analoga, poneva minori problematiche sul profilo dell'apertura del mercato: l'affidamento diretto del servizio a società a capitale pubblico maggioritario o minoritario frustrava *ab initio* le aspirazioni di imprenditori privati a gestire in via autonoma l'attività, dato che il partenariato pubblico-privato era l'unica ipotesi gestoria configurabile. Pertanto, questi non potevano chiaramente lamentarsi del contemporaneo ruolo di regolatore³²⁴ e gestore dell'ente locale socio. Al contrario, nella fattispecie delineata dall'art. 113, co. 5, TUEL, novellato dall'art. 35, l. n. 448/01, il privato vantava tali aspirazioni, vanificate a fronte della partecipazione dell'ente interessato al servizio nella compagine societaria tra quelle che competevano per l'aggiudicazione³²⁵.

Tuttavia, le criticità della riforma insistono principalmente su un altro fattore: le diverse conseguenze che emergevano a seconda della tipologia societaria cui l'ente locale sceglieva di partecipare.

L'art. 35, l. n. 448/2001, aveva come tratto distintivo il principio di separazione tra proprietà delle reti, impianti e dotazioni³²⁶, e l'erogazione del servizio. La prima spettava in via esclusiva agli enti locali, i quali tuttalpiù potevano cederne la proprietà a società a capitale pubblico maggioritario di cui detenevano la quota di maggioranza (art. 113, co. 13, TUEL, così come modificato dall'art. 35, co. 1). In quest'ultima ipotesi, la partecipazione degli enti era giustificata in virtù di un vincolo funzionale evidente, scevro di connotati lucrativi, ovvero la manutenzione e la cura delle reti³²⁷ stesse che, presumibilmente, correvano (visto che i medesimi enti ne erano proprietari prima di cederle alla società costituita *ad hoc*) lungo il

³²⁴ È pur vero che già negli anni della riforma del 2001 in molti casi la regolazione del servizio pubblico era affidata alle autorità indipendenti di settore. Tuttavia, come sottolinea L.R. PERFETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, cit., 27 ss, non era desueto individuare una serie di settori in cui non erano presenti tali autorità; ragion per cui il ruolo regolatore dell'ente locale era ben lontano dall'essere del tutto soppresso.

³²⁵ Una conferma in questo senso giunge anche dalla giurisprudenza. Infatti, Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, ammetteva espressamente, nell'ambito della concorrenza per il mercato, che le società miste potessero essere partecipate anche dagli enti locali che fossero i medesimi organismi aggiudicatori. Ora, si potrebbe controbattere che già all'epoca in cui il Consiglio di Stato si pronunciò sulla questione (2004), la riforma del 2001 era già stata abrogata da più di un anno. Nonostante la correttezza dell'ipotetica eccezione, l'intento è quello di evidenziare che l'*humus* che si andava formando, favorevole ad una apertura ai privati nell'affidamento del servizio, comportava – a prescindere dalla normativa effettivamente in vigore – questo tipo di problematiche.

³²⁶ Sulla nozione di reti, intese quali infrastrutture necessarie alla prestazione dei servizi, N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999, 10-11; G. NICOLETTI, *La proprietà di reti ed impianti per l'erogazione dei servizi a rilevanza industriale*, in *Azienditalia*, 2002, 274.

³²⁷ La lettura trova conforto in quanto sostenuto da L.R. PERFETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, cit., 37, il quale, pur considerando la questione in termini di "vantaggio" per l'ente locale, e non di funzionalizzazione, giunge comunque ad identificare nella manutenzione delle reti un beneficio per l'ente locale proprietario.

proprio territorio³²⁸; e che, altrettanto presumibilmente, fornivano un servizio agli enti medesimi. Poteva ammettersi, vista l'assenza di un esplicito divieto a riguardo, la cessione in un secondo momento delle quote di maggioranza a favore di altri Comuni, diversi da quelli che avevano conferito la proprietà delle reti, in quanto la lettera della legge richiedeva genericamente che il capitale appartenesse prevalentemente agli enti locali. Ed è evidente che così facendo si autorizzava un'acquisizione, e perciò una partecipazione, di enti locali estranei al territorio in cui erano situati reti, impianti ed altre dotazioni. L'eventualità, ancora una volta, avrebbe causato le solite problematiche in termini di collegamento tra possesso di quote societarie e vincolo funzionale, e la conferma dell'opportunità di ricercarne i motivi nella pura finalità speculativa. Ma una simile ipotesi, che pur teoricamente non incontrava un'opposizione decisiva nel testo della legge, appariva contraria alla *ratio* delle scelte compiute dal legislatore: questa infatti richiedeva che gli enti locali conferitari della proprietà dei beni strumentali esercitassero sulla gestione degli stessi un controllo diretto pur attraverso lo schermo societario³²⁹. Pertanto, salvo quest'ultima doverosa precisazione, le società locali create ai sensi dell'art. 113, co. 13, TUEL, erano disciplinate in maniera tale da definire un più stretto legame tra la partecipazione dell'ente cedente ed il principio di funzionalizzazione. Certo, la lettera della legge non vietava ad altri enti, il cui territorio non insisteva sul passaggio delle reti, di acquisire delle quote; tuttavia, tali società erano costituite almeno per la maggioranza da enti ex proprietari che assicuravano alla comunità di riferimento un beneficio di carattere non lucrativo, ma assolutamente significativo in quanto corrispondente a finalità istituzionali.

Ne deriva che il vincolo funzionale della partecipazione societaria variava a seconda dell'oggetto sociale. Nell'ipotesi di società costituite per l'erogazione del servizio, vi era una maggiore probabilità che l'ente locale agisse per mere finalità lucrative, considerato anche quanto scritto con riguardo all'attività extraterritoriale; invece, nelle società cessionarie delle reti (cui di regola era devoluta anche la gestione delle stesse, sempre ai sensi del co. 13), l'impostazione legislativa imponeva che la maggioranza assoluta delle quote fosse in possesso di uno o più enti locali, i quali vantavano un interesse pubblico alla partecipazione completamente scisso da finalità lucrative. Infatti, la previsione del modello societario cui

³²⁸ Perlomeno è questo il nostro pensiero anche stando alla definizione di reti resa da M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti*, cit., 525, il quale evidenzia il tratto distintivo delle reti nella distribuzione capillare sul territorio, il che conferma la loro insistenza su plurimi contesti comunali. A riguardo, anche ID, *I servizi pubblici locali*, cit., 2593. In termini simili, G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 2003, 228, la quale giustappunto riconosce che « [le] reti possono essere definite in relazione a dati empirici, [...] come attrezzature diffuse e tra loro connesse su cui corre il prodotto dell'attività ». A. GUALDANI, *Servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 19.

³²⁹ Così G. SIGISMONDI, *Le società miste*, cit., 41, in particolare nota 77.

conferire la proprietà delle reti, pur a fronte del pagamento di un canone da parte dei gestori del servizio (o da parte dei gestori della rete nel caso in cui le due gestioni fossero separate), non sembrava tanto dovuta ad un mero scopo di arricchimento, quanto alla volontà di garantire una più efficiente manutenzione dei beni.

La tesi trova conferma anche se osservata sotto un'altra prospettiva. Parafrasando quanto sostenuto circa le società cessionarie delle reti di cui al co. 13, si è presunta la sussistenza del principio di funzionalizzazione, perlomeno con riferimento alla maggioranza del capitale sociale, in capo agli enti locali soci cedenti la proprietà delle reti. Tuttavia, non era proponibile un'analogia valutazione né per le società di erogazione del servizio di cui al co. 5 (laddove queste fossero miste o pubbliche) né per le società di gestione delle reti di cui al co. 4, lett. a (a maggioranza pubblica locale, e dunque necessariamente partecipate da Comuni). In entrambe le ipotesi, la maggiore atipicità cui i modelli societari si prestavano consentiva una partecipazione più eterogenea. La potenziale ammissione di enti con interessi assolutamente slegati dalla garanzia del servizio intesa nel suo complesso negava l'obbligo – presupposto, invece, per le società di cui al co. 13 – che il capitale maggioritario fosse in mano agli enti locali fruitori di un beneficio istituzionale. In altre parole, non si poteva presumere la sussistenza del vincolo funzionale sulla partecipazione. Ancora una volta, dunque, tale vincolo mutava in dipendenza dall'oggetto sociale.

Lo scenario apriva ad un'ulteriore conseguenza, ancor più significativa.

Gli enti locali potevano scegliere, e ciò era frutto di una loro autonoma determinazione, in relazione alla quale godevano di amplissima discrezionalità, se costituire una società cui conferire la proprietà delle reti. Nel qual caso – come si è detto – il collegamento tra partecipazione ed elemento funzionale era soddisfatto quantomeno per la maggioranza assoluta delle quote, appartenenti agli enti soci ex proprietari. Il grande privilegio delle amministrazioni, stando al dato normativo, consisteva nella facoltà di determinare, a seconda della scelta della tipologia societaria, l'an della conformità al vincolo funzionale, ovvero all'interesse pubblico, nella partecipazione. Nelle società proprietarie delle reti di cui al co. 13, l'evento si verificava quantomeno per la maggioranza assoluta delle quote; non poteva dirsi altrettanto, invece, nella partecipazione in una società per l'erogazione del servizio né per quelle di gestione dei beni strumentali (non proprietarie) di cui al co. 4, lett. a). In entrambi i casi, l'erogazione del servizio poteva essere effettuata, a seguito di procedura ad evidenza pubblica nella prima ipotesi e di affidamento diretto nella seconda, da una società composta totalmente da enti locali, nessuno dei quali, tuttavia, beneficiario del servizio medesimo.

Perciò, la discrezionalità garantita alle amministrazioni dall'art. 35 risultava così ampia da assicurare non solo la gestione pubblica delle reti, impianti ed altre dotazioni; esse potevano anche scegliere se aderire ad un modello societario in cui partecipazione e cura degli interessi della collettività fosse assicurata (quello di cui al co. 13, per l'appunto relativo alla gestione dei beni strumentali) o meno (quello di cui al co. 5, per l'erogazione del servizio, e co. 4, lett. a, per la gestione dei beni strumentali da parte di società non proprietarie). Veniva, dunque, demandata loro la seguente scelta: possedere partecipazioni azionarie in ossequio al vincolo funzionale e stipulare contratti associativi in cui residuavano ancora importanti elementi pubblicistici, ovvero stipulare contratti associativi indipendentemente dalla cura dei propri fini istituzionali.

È evidente l'ampia facoltà di manovra di cui gli enti locali godevano. Il potere negoziale accordato, consentendo alle amministrazioni un'autonoma determinazione in questo senso, assumeva crescentemente connotati di fattura privatistica.

2.2. La definitiva assimilazione tra capacità imprenditoriale pubblicistica e privatistica.

Le incertezze circa l'effettiva salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato aprono spazi per nuove riflessioni.

Il promiscuo utilizzo delle società da parte degli enti locali, autorizzati per via legislativa ad un'attività imprenditoriale scissa dalla soddisfazione delle finalità istituzionali, si rifletteva anche sul versante delle esigenze sottese all'erogazione dei servizi pubblici. Queste, tradizionalmente, avevano come nucleo centrale la cura dei bisogni della collettività, ma la descritta affermazione del modulo societario spostava l'asse del centro di interessi. L'aggregazione societaria non sembrava più rivolta principalmente a garantire la miglior prestazione possibile all'interno di un preciso ambito territoriale. Le ragioni della composizione societaria multicomunale erano, invece, dovute all'intento di creare un modello societario panpubblicistico, in grado di competere con la concorrenza dei privati imprenditori, piuttosto che assicurare una prestazione realmente utile per le comunità limitrofe. La compartecipazione societaria locale non veniva principalmente motivata alla luce di specifiche esigenze di governo dei servizi pubblici locali, bensì dal tentativo di mantenere una posizione dominante in un ambito che, grazie agli interventi comunitari, stava crescentemente privilegiando l'ingresso sul mercato di imprenditori privati.

D'altronde, rispondendo ad un dubbio in precedenza sollevato, sembra che l'esito fosse voluto dall'ordinamento interno, in quanto il generico richiamo a società di capitali per l'erogazione del servizio poneva una serie di contraddizioni che difficilmente il legislatore non avrebbe potuto prevedere. L'obiettivo era evidentemente la definizione di una capacità imprenditoriale degli enti locali simile a quella dei privati, in maniera tale da garantire una più efficace competizione dei primi nel mercato ed al contempo un maggior equilibrio di quest'ultimo, anche grazie all'avallo dell'extraterritorialità. L'unica disposizione espressamente stabilita a riguardo, ovvero l'art. 113, co. 6, TUEL, vietava la partecipazione a gare a seguito di affidamento diretto per la società. È però evidente che tale divieto fosse stato pensato per quelle società locali già affidatarie, secondo la normativa precedente, di un servizio senza gara, il quale avrebbe concesso alle stesse un privilegio da sfruttare in altre procedure. Se ne leggono due conseguenze. La prima indica che l'art. 113, co. 6, limitando la gestione del servizio al di fuori dei confini per le società pubbliche affidatarie dirette, sottintendeva un'originaria capacità per le stesse di operare in tal senso. La seconda suggerisce che il bene giuridico tutelato dal legislatore non era, ancora una volta, il collegamento funzionale tra la partecipazione ed i bisogni della collettività, ma la fruizione per l'ente locale degli stessi strumenti imprenditoriali del privato. Ed è ovvio che, in cambio di una capacità imprenditoriale di stampo privatistico, fosse necessario rinunciare al tipico privilegio pubblicistico (l'affidamento diretto). Se ne trae facilmente conferma considerando – come sopra detto³³⁰ – che gli enti locali potevano liberamente associarsi per svolgere attività *extramoenia* senza vincoli di sorta. In questa prospettiva, il divieto di svolgimento di attività extraterritoriale non costituiva tanto un'agevolazione per l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, quanto una rinuncia necessaria per rendere più credibile il processo di assoluta privatizzazione della capacità imprenditoriale degli enti locali. Dunque, la logica della riforma del 2001, era sì incline a favorire l'assetto concorrenziale, ma inteso più come un sostegno a favore dell'imprenditorialità pubblica – altrimenti, si temeva, soccombente al cospetto del privato – che un metodo per stimolare la competizione tra operatori così da migliorare l'effettiva gestione dei servizi pubblici locali.

La competizione sul mercato è certamente concetto centrale nel tema considerato, ed elemento da cui si è avviata l'analisi facendo riferimento all'atto di messa in mora in reiterazione della Commissione. Tuttavia, pare che la questione sia stata affrontata in termini differenti. Nella prospettiva europea, la competizione paritaria rappresentava (e continua tuttora a rappresentare) il fine ultimo della convivenza di operatori di diversa natura giuridica,

³³⁰ Vd. nota 320.

e la sua attuazione era condizionata da un necessario ridimensionamento dei privilegi di cui avevano tradizionalmente goduto gli enti pubblici. Nell'ordinamento interno, invece, l'art. 35 si preoccupava di evitare, nei limiti del possibile viste le precedenti lamentele della Commissione, che l'avvento di imprenditori privati distorcesse la soddisfazione dell'interesse pubblico limitando l'imprenditorialità delle amministrazioni. Perciò, la questione concorrenziale veniva affrontata con diffidenza rispetto all'auspicio comunitario di un più marcato intervento di privati.

Aldilà dell'evidente differenza di prospettiva tra i due ordinamenti, emerge un paradosso. Se l'obiettivo del legislatore nazionale era evitare la distorsione dell'interesse pubblico a causa dell'affermazione degli operatori privati, pur se attraverso un altro percorso ed in modo (forse) non voluto, si giunge egualmente al risultato denegato. Infatti, la mancata definizione di limiti specifici all'ente locale imprenditore, volta a consentire un'efficace competizione con il privato, conduceva inevitabilmente all'allontanamento delle società locali dai propri fini istituzionali. La controprova si rinveniva nelle problematiche già descritte: l'associazione fra enti completamente slegata da compiti operativi, la ricerca del fine di lucro quale obiettivo principale nell'acquisizione di quote societarie, la possibilità per una società multicomunale di svolgere il servizio, benché a seguito di gara, al di fuori del territorio di ogni ente socio.

Considerati i plurimi vantaggi ottenuti dagli enti locali con la riforma – a fronte dell'unica rinuncia, pur significativa dell'affidamento diretto – queste sono le ragioni per cui non convince la tesi che lo scopo del legislatore fosse semplicemente quello di aprire il mercato alla concorrenza, salvo per poi fallire nell'obiettivo. Al contrario, sembra che, seppur di facciata la questione non risultasse di immediata percezione, lo stesso volesse utilizzare tutti i mezzi a propria disposizione per sostenere l'attività di impresa degli enti locali, nel timore che l'apertura ad imprenditori privati potesse determinare un'importante distorsione dell'interesse pubblico. O comunque avesse agito in tal senso su pressione delle amministrazioni locali, desiderose di non rinunciare al ruolo sino a quel momento rivestito.

La graduale assimilazione della capacità imprenditoriale pubblicistica a quella privatistica è ancor più facilmente desumibile considerando altre questioni poste dalla riforma del 2001.

Si pensi innanzitutto alle modalità di selezione dei soci privati nelle società miste. Si è in precedenza ricordato il doveroso svolgimento – in particolar modo secondo le pretese della giurisprudenza – della gara nella scelta del socio privato, ed il contestuale rifiuto della scelta

mediante il solo *intuitus personae*³³¹. Questa posizione era chiaramente motivata dalla pretesa di un minimo confronto concorrenziale, volto a temperare l'affidamento in via diretta del servizio ad una società mista, in special modo con riferimento a quelle a capitale pubblico minoritario. Ma se questa – come è pacifico – era la ragione del predetto obbligo, i termini della questione mutavano con la definizione dell'art. 35. L'abolizione dell'affidamento diretto nell'erogazione del servizio e la contestuale pretesa che anche le società locali svolgessero una gara per ottenerne la gestione, suggerivano la possibilità di prescindere dalla gara nell'individuazione del socio privato³³². Non convincono le tesi contrarie, pur egregiamente argomentate³³³, secondo cui l'evidenza pubblica era comunque scelta obbligata avendo oggetto e finalità diverse rispetto alla gara per l'affidamento del servizio: la prima volta a selezionare il miglior partner privato, mentre la seconda a scegliere la società di capitali più

³³¹ Vd. nota 295.

³³² Questa opinione è confermata da Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 24 dicembre 2002, n. 692, cit., in cui si legge quanto segue: «*Né può condividersi l'assunto difensivo di parte appellata secondo cui, al fine di garantire l'imparzialità e trasparenza nella scelta dell'aggiudicatario, l'Azienda USL, o la stessa società mista, [...] avrebbero dovuto indire un'apposita gara ai fini della scelta del partner privato di minoranza in una società mista a prevalente capitale pubblico [...] non si vede come tale principio possa essere traslato ed applicato alla ben diversa ipotesi nella quale la società mista operi sul mercato nel libero esercizio della propria autonomia imprenditoriale*».

Nel commento alla sentenza serpeggia una certa indecisione.

Infatti, ad una prima lettura, sembra che C. VOLPE, *Le società miste*, cit., 715, condivida la valutazione del giudice siciliano. Questi osserva che, nonostante alla fattispecie non fosse applicabile, per ovvie ragioni di ordine cronologico, la disciplina introdotta con la finanziaria 2002, la pronuncia «*ha il pregio di anticipare alcuni tratti significativi della riforma in tema di servizi pubblici locali apportata dall'art. 35 della L. 28 dicembre 2001, n. 448*». Ciò indurrebbe a ritenere che, secondo l'A., le deduzioni sopra riportate del giudice amministrativo siciliano predicavano le conseguenze che sarebbero state determinate dalla nuova disciplina del 2001. Tuttavia, con specifico riferimento alla questione dell'obbligo (o meno) della gara per la scelta del partner privato, Volpe mostra particolari incertezze. Infatti, egli prima afferma pacatamente (p. 721) che «*l'obbligo, in teoria, dovrebbe permanere anche nel nuovo sistema delle società miste*». In questo senso, dunque, il “pregio anticipatorio” della sentenza cui si riferisce riguarda esclusivamente l'illegittimità dell'esclusione dalla gara per le società a partecipazione pubblica, non anche la libertà nella scelta del partner, la quale continuerebbe a non sussistere. Ma ad una seconda e più attenta ponderazione, l'A. afferma che (p. 723), stante l'obbligo per la società mista di concorrere con altre società là dove volesse aggiudicarsi la gestione del servizio, è opportuno un ripensamento di quella giurisprudenza che imponeva la gara per la scelta del socio privato. Per questa ragione, Volpe sostiene che «*assume nuova linfa*» l'orientamento espresso dal giudice siciliano in commento, che esenta il Comune da svolgere la predetta gara. Infatti, ciò appare comprensibile considerando che l'ente locale è chiamato a compiere una tipica scelta di natura imprenditoriale.

Opinioni conformi alla pronuncia del giudice siciliano sono espresse anche da E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, cit., 560, la quale afferma esplicitamente che la scelta del partner privato diviene, stante il venir meno dell'affidamento diretto del servizio alla società mista – «*pura manifestazione di capacità imprenditoriale*»; in termini analoghi, ID, *Brevi considerazioni sulla scelta del socio di società mista a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Foro amm CdS*, 2002, 417-418; possibilista in tal senso anche R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2001, 196.

³³³ A. MANCAZZO, *Confronti tra la nuova e la vecchia disciplina sulle modalità di scelta del socio privato di minoranza di società miste*, in *Urb. e app.*, 2002, 749 ss; in termini analoghi, in precedenza, anche S. NICODEMO, *Società locali per la gestione dei servizi e realizzazione di infrastrutture: dalla legge 142/90 alla legge 127/97*, in *Riv. trim app.*, 654-655.

Sul punto, si segnala anche una sentenza di qualche anno successiva, Cons. giust. amm. reg. sic., 27 ottobre 2006, n. 589, il quale distingue la *ratio* delle gare per la scelta del socio privato nella società mista e per la selezione del gestore del servizio: nel primo caso la procedura ad evidenza pubblica è esperita per individuare il soggetto in possesso dei requisiti finanziari più adatti, mentre nel secondo per individuare il soggetto che offra maggiori garanzie per lo svolgimento del servizio pubblico.

affidabile per la scelta del servizio pubblico. Del resto, l'art. 35 non disponeva nulla a riguardo, e dal silenzio della legge pare più corretto desumere l'assenza dell'obbligo in questione. Inoltre, pur ammettendo la diversa *ratio* ispiratrice delle due tipologie di procedura, già nella versione originaria dell'art. 113 TUEL – in sostanza riproduttiva di quanto stabilito dalle leggi nn. 142/90 e 498/92 – la distinzione non rilevava, ed assumeva carattere meramente formale. Il sistema, infatti, si accontentava di assicurare quel *minimum* di concorrenza necessario per giustificare l'affidamento diretto, ossia la gara nella scelta del socio privato, senza curarsi del fatto che il servizio fosse aggiudicato o meno all'impresa in grado di assicurarne lo svolgimento nel miglior modo possibile. Non si vedono, perciò, le ragioni, una volta traslato il momento concorrenziale sulla scelta del gestore *ex art. 35*, dell'obbligo di una doppia gara, che per di più era stata in precedenza ritenuta inutile. Ciò specificato, la predetta distinzione, pur teoricamente corretta, appare ancor più inadeguata per imporre un *plus* di concorrenza che il nostro ordinamento non aveva previsto. Se ne può trarre conferma anche con un ragionamento *a contrario* basato sulla successiva riforma in tema di servizi pubblici locali del 2003 (di cui *infra*). In quella circostanza, il legislatore avrebbe nuovamente acconsentito l'affidamento diretto a società mista a condizione della scelta con gara del partner. Anche questo confronto suggerisce che, laddove il legislatore avesse voluto imporre l'evidenza pubblica, lo avrebbe stabilito espressamente; ragion per cui un simile obbligo non sembrava in alcun modo definito stando alla disciplina del 2001.

Il dato normativo, dunque, ammetteva la stipulazione di un contratto associativo che consentiva all'ente un margine di manovra molto più flessibile nella selezione del partner, analogo a quello dell'imprenditore privato. Ed a ben vedere questa soluzione temperava i rischi connessi alla costituzione di una società mista in assenza della certezza di ottenere la gestione del servizio. Qualora l'erogazione fosse aggiudicata da un altro operatore, il danno economico subito dalla collettività di riferimento poteva essere prevenuto (o, quantomeno, contenuto) grazie alla discrezionalità nella scelta del partner privato. Si pensi, per esempio, alla possibilità di svolgere attività extraterritoriale e, dunque, di partecipare a gare per l'affidamento anche al di fuori dei confini. L'assenza di specifici vincoli consentiva all'ente di accordarsi con l'imprenditore privato che offriva maggiori garanzie in termini di probabilità di aggiudicazione del servizio, non con quello che avanzasse l'offerta da ritenere migliore secondo il connubio tra dati economici e tecnici. Possibilità di non poco conto, considerando soprattutto che l'ente locale controllante la società poteva legittimamente accordarsi con l'impresa privata *leader* del settore economico in cui andava a concorrere. Chiaramente, nulla

ostava a che la medesima possibilità fosse sfruttata anche nei casi di attività *intramoenia*, il che era chiaro sintomo di un'importante forza contrattuale dell'ente locale.

L'assimilazione tra capacità imprenditoriale pubblicistica e privatistica si desume anche da una seconda questione.

La mancata previsione nel testo di legge di un riparto obbligatorio di competenze tra socio pubblico e socio privato faceva presumere che il secondo non dovesse obbligatoriamente svolgere compiti operativi, ma potesse anche rivestire la qualifica di socio finanziatore³³⁴. Il reperimento di risorse esterne non solo facilitava ulteriormente la costituzione di società, anche al di fuori del territorio di riferimento, ma contribuiva ad avvicinare in modo ancor più marcato la capacità imprenditoriale dell'ente a quella del privato. Il finanziamento ottenuto non costituiva tanto un sostegno economico a favore di un modello gestorio pubblicistico, quanto un investimento da parte del partner privato. La società, più che utilizzare quelle risorse per assicurare correttamente il servizio alla collettività, era incentivata a rendere conto a chi investiva capitali per un esclusivo scopo lucrativo. Anche sotto questo punto di vista, perciò, la normativa descriveva un modello societario più simile ad un alternativo strumento imprenditoriale che ad un modulo

³³⁴ Circa la problematicità della distinzione tra socio finanziatore e socio non industriale, M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, Giuffrè, 2001, 312 ss, il quale (p. 315) evidenzia anche che, pur non condividendo appieno l'orientamento, la giurisprudenza all'epoca propendeva per l'obbligo della gara per la scelta del socio privato solamente laddove questi svolgesse anche compiti operativi. Pertanto, se ne desume che la procedura ad evidenza pubblica per la selezione del partner risultava facoltativa, a maggior ragione se egli rivestiva la qualifica di mero finanziatore.

La valutazione sopra esposta trova conforto nel fatto che, qualche anno più tardi, l'art. 23bis, co. 2, lett. b), d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, stabiliva il conferimento di compiti operativi per il socio privato. Dunque, dato che la medesima disposizione non era stata espressamente prevista nella riforma del 2001, se ne può dedurre che la società locale potesse scegliere liberamente anche il socio finanziatore.

Tuttavia, per dovere di onestà, si evidenzia che pochi anni prima, con la più volte citata Cons. St., sez. V, n. 192/1998, la massima autorità giurisdizionale amministrativa si dimostrava già consapevole dell'opportunità che il socio privato rispondesse di garanzie tanto economiche quanto tecniche al momento della selezione, in quanto egli era chiamato ad «*espletare una molteplicità di compiti di gestione*». La stessa impostazione si rinviene anche in successive pronunce: Cons. St., sez. V, 19 settembre 2000, n. 4850; Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001, n. 2835; Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2002, n. 917; Cons. St., sez. V, 12 maggio 2003, n. 2516. Tuttavia, nei casi appena riproposti, l'opportunità di individuare un socio privato che rispondesse dei requisiti sia tecnici sia economici sembrava più che altro dovuto a ragioni di tutela della concorrenza. Occorreva giustificare l'aggiudicazione diretta del servizio in favore della società mista, il che avveniva con la traslazione della competizione sulla scelta del socio privato. Pertanto, era palese che, nel fare ciò, fosse opportuno consentire l'individuazione di tale socio sulla base di una pluralità di requisiti – per l'appunto tecnici ed economici – a dimostrazione del fatto che questi fosse realmente il migliore, sotto tutti i punti di vista. Tuttavia, in un sistema come quello delineato dall'art. 35, in cui le società miste concorrevano con i privati per l'aggiudicazione del servizio, la stessa esigenza risultava meno importante. Già questa riflessione, senza stare a scomodare il confronto con il dato legislativo del 2008, sembrava giustificare l'esistenza del socio privato mero finanziatore.

La lettura così riproposta trova degli autorevoli consensi. Difatti, N. AICARDI, *Le società miste*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, 243, afferma l'ipotetica presenza del mero socio finanziatore anche con riferimento al regime giuridico delineato dalle l. nn. 142/90 e 498/92. Anzi, l'A. sottolinea come una certa giurisprudenza civile (Corte Cass., Sez. Un., 29 ottobre 1999, n. 754) preferisse escludere l'esistenza del socio privato svolgente prestazioni per la società.

Se ne conviene, dunque, che un simile ruolo del socio privato potesse essere altrettanto rinvenibile secondo lo schema delineato nella riforma del 2001.

organizzativo di servizio pubblico, come invece avveniva in precedenza. Infatti, anche nell'ipotesi di società *ex art. 12, l. n. 498/92*, in cui il socio privato vantava una partecipazione maggioritaria, la sua presenza non determinava una dismissione del servizio, visti i poteri di controllo che l'ente locale manteneva³³⁵. E comunque, il modello di società pubblica minoritaria non è un esempio felice per contestare il ragionamento, poiché difetta del presupposto: lo svolgimento di compiti operativi, desumibile dalla sua selezione tramite appalto-concorso, escludeva che il socio privato fosse mero finanziatore. Di qui, l'opportunità di non assimilare questa disciplina con quella delineata dall'art. 35: la prima manteneva degli evidenti profili legati al momento gestorio del servizio, la seconda ne prescindeva.

La terza questione relativa all'assimilazione tra la capacità imprenditoriale pubblicistica e privatistica incide su un altro aspetto.

È stato segnalato che l'ente locale era libero di scegliere se partecipare ad una società in cui il collegamento con il vincolo funzionale era, almeno per la maggioranza del capitale, garantito (le società proprietarie delle reti di cui al co. 13), oppure se partecipare ad una società in cui potenzialmente tale vincolo poteva risultare inesistente (le società di erogazione del servizio di cui al co. 5 e quelle di gestione dei beni strumentali di cui al co. 4, lett. a). L'ente godeva di un'analogia discrezionalità sul profilo della scelta del socio privato: infatti, a seconda del modello societario cui esso decideva, in totale autonomia, di partecipare, mutavano gli obblighi di legge con riferimento alla selezione del partner. Non è in discussione che, a fronte dell'affidamento diretto della gestione delle reti alle società a capitale pubblico maggioritario *ex art. 113, co. 13*, eventuali soci privati dovevano essere selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica, così da temperare gli effetti anti-concorrenziali dovuti alla mancanza della gara nell'individuazione del gestore. Al contrario, la scelta dell'ente locale di costituire una società mista per l'erogazione del servizio (o la gestione delle reti *ex co. 4, lett. a)* non era accompagnata – come detto³³⁶ – dal medesimo obbligo³³⁷. Il paradosso dimostra

³³⁵ La qualifica delle società miste, così come definite dalle ll. nn. 142/90 e 498/92, intese come vere e proprie scelte organizzative di gestione non incontra decisive incertezze. In questo senso, tra i tanti, e per tutti, S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004, 136 ss, il quale individua nella gestione associata del servizio – con riferimento anche al reperimento di risorse finanziarie – l'effettiva necessità da soddisfare con l'utilizzo dello strumento societario. Infatti, l'A. sottolinea (p. 140) che anche la società a capitale pubblico minoritario delineava un modello di gestione pubblicistico poiché il servizio non era dismesso a favore del socio privato, stante la garanzia per il socio pubblico di minoranza di penetranti poteri nello svolgimento dell'attività sociale.

³³⁶ Vd. nota 332.

³³⁷ Chiaramente, costituiva un'eccezione rispetto a tale assunto l'ipotesi in cui il socio privato partecipasse alla società a capitale pubblico maggioritario, di cui all'art. 113, co. 13, cui fosse affidata direttamente la gestione delle reti. Infatti, tale società poteva ottenere, unitamente alla gestione delle infrastrutture, anche l'erogazione del servizio. In questa evenienza, sembra pacifico che l'eventuale socio privato dovesse essere scelto attraverso procedura ad evidenza pubblica per la semplice ragione che la gestione delle reti era affidata direttamente. Di

che l'ente locale era nelle condizioni, grazie a particolari combinazioni ascrivibili al dato legislativo, di modellare autonomamente le regole che lo riguardavano nell'ambito del diritto societario, le quali mutavano a seconda delle decisioni da esso stesso assunte. L'ente, dunque, vantava il privilegio di autodeterminare con la semplice delibera comunale la propria capacità imprenditoriale nonché scelte manageriali di primario rilievo.

2.3. La transizione della società mista: da modulo organizzativo del servizio pubblico locale a strumento puramente imprenditoriale.

Le considerazioni svolte sull'assimilazione della capacità imprenditoriale pubblicistica a quella privatistica con l'entrata in vigore dell'art. 35 suggeriscono qualche ulteriore spunto.

Dopo qualche anno dalla sua definizione, stava acquisendo maggior credibilità un orientamento definito dalle Sezioni Unite³³⁸, ma a più riprese sconfessato dal giudice amministrativo³³⁹, con cui veniva denunciata la visione esclusivamente privatistica delle società miste, intese come soggetti dotati di capacità imprenditoriale a tutti gli effetti, sganciati funzionalmente dalla collettività di riferimento. Con tale affermazione non si vuole esprimere un giudizio di valore ed abbracciare la tesi promossa dalla Suprema Corte, tutt'altro; il giudizio così reso è semplicemente di fatto. Il sistema delineato dall'art. 35 attribuiva, tuttavia, maggiore attendibilità alle conclusioni raggiunte dal Giudice di legittimità.

L'esito non desta eccessivo stupore. La soppressione dell'affidamento diretto non poteva determinare il solo obbligo di ricercare sul mercato – auspicio comunque per certi

conseguenza, questa pare l'unica ipotesi in cui il partenariato pubblico-privato nell'attività di erogazione del servizio fosse necessariamente legato all'individuazione del socio privato con gara.

³³⁸ Corte cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 1266, con commento di C. VOLPE, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di nuovo sulla strada della teoria dell'organo indiretto: abbandono temporaneo o addio definitivo?*, in *Riv. trim. app.*, 1995, 207, in cui la Suprema Corte afferma che le società miste create ai sensi dell'art. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/90 operano come persone giuridiche di diritto privato, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico, nei confronti del quale hanno assunto l'obbligo di gestire il servizio. Si evidenzia la similitudine tra la predetta pronuncia e la celebre, e più volte citata, "*Siena Parcheggi*", Corte cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989, secondo cui la società a capitale pubblico maggioritario non doveva considerarsi organismo di diritto pubblico, ma soggetto la cui veste privatistica doveva ritenersi prevalente rispetto ai connotati pubblicistici.

³³⁹ Cons. St., sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in *Giur. amm.*, 2002, 1405; in termini simili la più volte citata Cons. St., sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1949, la quale – si ricorda – aveva tuttavia il pregio di tentare di fornire una visione intermedia. Infatti, tale pronuncia affermava che il vincolo funzionale debba essere di volta in volta considerato, valutandone gli effetti. Occorre, cioè, verificare concretamente se l'impegno extraterritoriale eventualmente distolga, e con quale intensità, risorse e mezzi alla resa del servizio a favore della collettività di riferimento. In questo senso, dunque, il predetto vincolo non impedirebbe in assoluto lo svolgimento di attività extraterritoriale, la quale sarebbe legittimata solo a fronte di un controllo che escluda la menomazione del servizio originario, unico vero limite per operare a livello *extramoenia*.

Per un esaustivo commento della pronuncia si veda anche E. SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 777 ss.

aspetti piuttosto ingenuo se si considera quanto sarà dedotto in seguito³⁴⁰ – i gestori del servizio. Questa regola avrebbe, anzi, causato anche ben altri effetti, fra cui il venir meno del controllo di stampo pubblicitario sulla società, inscindibilmente collegato³⁴¹ all'aggiudicazione del servizio senza gara³⁴². Infatti, l'obbligo per le società locali di partecipare alla procedura ad evidenza pubblica suggeriva che il partner privato non fosse valutato (*rectius*: controllato) per la sua capacità di fornire una corretta gestione del servizio, e ciò per due motivi. Innanzitutto, come detto, poteva risultare anche mero finanziatore; inoltre, l'ente di riferimento non avrebbe lamentato eventuali disservizi che esso stesso contribuiva a produrre, ragion per cui sarebbe stato eventualmente il mercato ad evidenziare le lacune della gestione. In questo senso, è evidente che la rinuncia al ruolo di controllore, inteso come custode delle istanze della collettività, rappresentava per il Comune il miglior *sponsor* della deriva in senso privatistico della sua partecipazione in società, non più incline alla cura delle esigenze del vivere civile, bensì alla disposizione di strumenti idonei per competere sul mercato.

A riguardo, è utile segnalare un'importante differenza rispetto a quanto trattato nel precedente capitolo sul tema dell'extraterritorialità. In quell'ipotesi, la dequotazione del vincolo funzionale si verificava laddove gli enti locali possedevano delle quote, senza fruire dei compiti operativi. Al contrario, in relazione all'art. 35, tale dequotazione poteva insistere (anche) sulla partecipazione degli enti locali nella società che concorreva per la gestione del servizio a favore della popolazione di riferimento. La mancanza di un effettivo monitoraggio di stampo pubblicitario sull'attività societaria, l'eventuale possesso di un numero esiguo di quote, nonché la libertà di delegare compiti operativi al solo socio privato – tutti fattori legittimamente ipotizzabili – rendevano la partecipazione dell'ente nella società che operava sul proprio territorio un mero investimento. In altre parole, non erano assicurati né il controllo pubblicitario (ovvero un controllo legato ai poteri pubblici, indipendente dalle percentuali di azioni possedute), né l'influenza effettiva sulle scelte societarie (perlomeno in via diretta), né l'effettiva gestione del servizio. Se ne deduce, da un lato, che le quote dell'ente locale rilevavano solamente sotto il profilo quantitativo, alla stregua di qualsiasi altro imprenditore

³⁴⁰ Vd. nota 352.

³⁴¹ D'altronde, il presupposto del controllo pubblico per aggiudicare in via diretta il servizio è chiaramente il requisito richiesto per l'affidamento del servizio alla società *in house*, stando agli insegnamenti della sentenza *Teckal*.

³⁴² Sul rapporto tra società locale quale modulo organizzativo del servizio pubblico e conseguente controllo esercitato su di essa da parte dell'ente locale, tra i tanti, G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici ed opere accessorie*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 496; L. GIAMPAOLINO, *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali: problemi di concorrenza e profili istituzionali*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 16-17; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., 146-147.

privato. Dall'altro, che il legame funzionale con le partecipazioni veniva minacciato non solo laddove la società non svolgeva compiti operativi a favore della collettività di riferimento, ma anche in questa stessa ipotesi, poiché il legame con la cura delle esigenze della popolazione poteva risultare una mera eventualità. La transizione della società mista da un modulo organizzativo del servizio pubblico ad uno strumento meramente imprenditoriale diveniva effettiva³⁴³.

Vi è spazio per qualche ulteriore riflessione sul punto.

Il mancato affidamento diretto per le società partecipate e la tendenziale privatizzazione della capacità imprenditoriale pubblica partorivano nuove problematiche, incidenti su profili che venivano considerati oramai pacifici. Si pensi alla tematica degli organismi di diritto pubblico³⁴⁴ ed alla riconduzione delle società miste, anche minoritarie, all'interno di questa categoria, sulla base della considerazione che i bisogni di interesse generale non aventi carattere commerciale e industriale non fossero da riferirsi alla modalità con cui la prestazione veniva resa quanto piuttosto alle finalità che l'attività dell'organismo, anche di stampo imprenditoriale, doveva soddisfare³⁴⁵. In questa prospettiva, anche le società miste incaricate dalla gestione dei servizi pubblici locali, volte ad assicurare obiettivi di

³⁴³ Del resto, sembra che questa lettura sia resa anche da C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, cit., 714 ss.

³⁴⁴ Sul punto, *ex multis*, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13 ss; R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.*, 2004, 2415 ss; R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960 ss; G. GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1461 ss; ID, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, *ibidem.*, 2000, 839 ss; ID, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, *ibidem.*, 1999, 153 ss; ID, *Organismo di diritto pubblico: atto secondo, le attese deluse*, *ibidem.*, 1999, 184 ss; G. GUCCIONE, *Affidamenti in house e nozione di organismi di diritto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1073 ss; L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica ed appalti di servizi*, *ibidem.*, 1996, 347 ss; E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1999, IV, 140 ss.

³⁴⁵ In questo senso S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., 162 ss; F. CINTIOLI, "Di interesse generale e non avente carattere industriale e commerciale": il bisogno o l'attività?, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 79 ss; F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 255 ss; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 1147. Le posizioni così richiamate sono generalmente concordi e richiamano quanto espresso in modo analogo dalla giurisprudenza comunitaria. Infatti, la Corte di giustizia ha – comprensibilmente se si pensa alla ferrea volontà comunitaria di garantire il più possibile il rispetto della procedura ad evidenza pubblica – più volte ricordato come le finalità di interesse generale non aventi carattere commerciale ed imprenditoriale possono essere assolutamente svolte attraverso metodo imprenditoriale, in quanto i due apetti non si escludono vicendevolmente. A riguardo, si vedano, a titolo di esempio, Corte giust., 22 maggio 2003, C-18/01, in *Urb. e app.*, 2003, 1139, in cui si precisa (punto 51) che la mancata influenza pubblica impedisce la qualifica di una società quale organismo di diritto pubblico; in termini analoghi, e cioè escludendo che la finalità commerciale impedisca la qualificazione della struttura societaria quale organismo di diritto pubblico, Corte giust., 27 febbraio 2003, C-373/00, in www.curia.ue; Corte giust., 10 novembre 1998, C-360/96 *Arnhem c. B.F.I. Holding*, in *Foro amm.*, 1999, 1675 ss, in cui si afferma esplicitamente che le società a partecipazione pubblica svolgenti attività di servizio pubblico locale sono incluse nella nozione di organismo di diritto pubblico, poiché esse attuano una prestazione il cui obiettivo è favorire il benessere della collettività e lo sviluppo socio-economico della collettività di riferimento.

benessere sociale, rientravano nella nozione sopra ricordata sulla base della lettura teleologica richiamata. Ciò era vero ad una condizione: le partecipazioni in mano pubblica non dovevano costituire un mero investimento ma, al contrario, una modalità di attuazione del servizio pubblico³⁴⁶. Tuttavia, l'art. 35, obbligando alla gara anche le società partecipate dagli enti locali, trascurava la logica della presenza pubblica, ossia la possibilità di affidare in via diretta il servizio. Le partecipazioni dell'ente locale, dunque, non testimoniavano la presenza di un modulo gestorio pubblico, bensì un semplice investimento. La tesi non appare drastica dato che era stato soppresso l'elemento caratterizzante la società pubblica.

Le difficoltà nel qualificarla come uno strumento organizzativo del servizio implicava conseguenze degne di nota. In assenza di un affidamento diretto, la defunzionalizzazione delle partecipazioni azionarie escludeva la qualifica della società mista alla stregua di un organismo di diritto pubblico. Infatti, la presenza pubblica nella società rappresentava una mera conseguenza della capacità imprenditoriale dell'ente, non il riflesso del controllo amministrativo nella resa del servizio; la mancanza di un affidamento diretto influiva irrimediabilmente sulla qualifica ontologica della società mista. Come nelle più classiche reazioni a catena, sorgevano molteplici effetti: se questa non poteva considerarsi un organismo di diritto pubblico sfuggiva anche alla definizione in termini di amministrazione aggiudicatrice. Ciò comportava, da un lato, che tale società non rientrava nelle categorie sottoposte al rispetto delle procedure ad evidenza pubblica in tema di appalti. Dall'altro, l'inapplicabilità nei suoi confronti dell'art. 6 della direttiva n. 92/50/CE, il quale, come noto, consentiva di derogare le norme della stessa direttiva qualora il servizio fosse stato affidato ad una amministrazione aggiudicatrice. Era evidente come il modello societario delineato dall'art. 35, non differenziando la partecipazione pubblica rispetto a quella del privato ed anzi omologandole, non consentiva agli enti locali soci neppure di fruire degli strattagemmi appositamente pensati per soggetti di matrice pubblicistica³⁴⁷. Anche sotto questo punto di

³⁴⁶ È quanto si deduce dallo scritto di N. AICARDI, *Le società miste*, cit., 268 ss, secondo cui le società pubbliche svolgenti attività diverse dai servizi pubblici o dagli appalti non sono soggette all'obbligo dell'osservanza delle regole della procedura ad evidenza pubblica. Il medesimo obbligo non sussiste, dunque, nel momento in cui l'attività societaria sia configurabile come meramente imprenditoriale: di conseguenza, perde di significato promuovere qualsiasi lettura teleologicamente orientata degli organismi di diritto pubblico. Infatti, l'oggetto sociale privo di qualsiasi rivolto pubblicistico frustra l'applicabilità delle regole dell'evidenza pubblica.

³⁴⁷ Non che questo fosse necessariamente un male. Infatti, riprendendo le esatte parole dell'Avvocato generale Georges Cosmas, rese nelle conclusioni relative alla causa *Teckal* (punto 65), «*se ammettiamo la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere ad enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici*».

vista, si nota facilmente l'equiparazione della capacità imprenditoriale fra soggetti di diversa natura.

In conclusione, preme evidenziare che la soppressione dell'affidamento diretto tra le modalità di aggiudicazione del servizio non sembrava sufficiente a contrastare il capitalismo municipale se non accompagnato – come in effetti non era – da altre previsioni normative in ordine ad un collegamento tra capacità imprenditoriale pubblica e soddisfazione delle finalità istituzionali.

Sarebbe comunque sbagliato ritenere che il sistema societario fosse scevro di qualsiasi elemento di pubblicità. Si pensi all'eventuale affidamento di servizi, strumentali ed accessori rispetto al servizio pubblico reso in via principale, a favore del partner privato nella società mista. La dottrina prevalente escludeva la possibilità di procedere in tal senso senza il previo esperimento di una gara³⁴⁸, in quanto il socio privato avrebbe dovuto risultare vincitore della procedura ad evidenza pubblica appositamente indetta. La ragione si rinveniva nel fatto che quest'ultimo rimaneva pur sempre soggetto terzo e, comunque, privilegiato rispetto ad altri aspiranti gestori, se non altro in quanto già scelto in assenza di una reale competizione. Sarebbe stato, cioè, eccessivo garantire ulteriori vantaggi connessi alla sua selezione su base fiduciaria. La tesi, così brevemente ricostruita, evidenzia il contrasto con quanto scritto sopra. L'imprenditorialità di carattere puramente privatistico delle società locali nei rapporti con il partner privato si affermava sul versante dell'oggetto sociale principale, mentre si manteneva la connotazione pubblicistica con riferimento ai servizi accessori e secondari, la cui erogazione era però del tutto eventuale. Stona, dunque, l'immagine di una selezione libera da vincoli su profili essenziali dell'attività societaria e l'imposizione di rigidi meccanismi procedurali per le attività non necessarie. Aldilà delle perplessità sul piano logico, il paradosso determinava anche altre conseguenze squisitamente giuridiche. Limitatamente ai servizi accessori il socio privato, in caso di aggiudicazione dell'attività strumentale a seguito di procedura ad evidenza pubblica, doveva svolgere compiti (anche) operativi, non essendo sufficiente la disposizione dei meri requisiti economici. Questi, dunque, si presentava come necessariamente operativo solo con riferimento a servizi la cui realizzazione era eventuale, mentre per quelli costituenti l'oggetto della società appositamente istituita poteva teoricamente risultare anche mero finanziatore.

La generalizzata capacità imprenditoriale di stampo privatistico per gli enti locali si nota, infine, anche sotto altro profilo. È pur vero che, come detto, residuavano degli influssi

³⁴⁸ R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2001, 198 ss; V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 1997, 130 ss;

pubblicistici legati alla selezione con gara del privato cui demandare la resa dei servizi strumentali. Tuttavia, è altrettanto certo che l'ente locale di riferimento, a fronte della necessità della società mista di ottenere servizi accessori a quello principale, poteva eludere la gara decidendo di affidare i medesimi direttamente alla stessa società³⁴⁹. Ancora una volta, il diverso regime giuridico dipendeva esclusivamente dalle scelte di *management* che l'amministrazione eseguiva liberamente sulla base di considerazioni di politica economica che assomigliavano in modo marcato a valutazioni imprenditoriali privatistiche.

2.4. Un risultato (solo apparentemente) inaspettato.

Si è tentato sin qui di dimostrare il *favor* accordato dall'art. 35 al capitalismo municipale, senza che rilevasse in senso contrario la soppressione dell'affidamento diretto del servizio.

Il risultato raggiunto, apparentemente inaspettato, non consigliava, perlomeno ad una prima valutazione, di rivolgere una severa nota di biasimo nei confronti del solo legislatore. È comprensibile che la ricerca di una competizione paritaria tra imprenditori di diversa natura giuridica³⁵⁰ poteva risultare vincente solo con il contemperamento di due opposte esigenze: privare le amministrazioni dei tradizionali privilegi e consentire loro di valorizzare i propri strumenti per poter competere con gli operatori privati che aspiravano ad entrare nel mercato dei servizi pubblici. Nel fare ciò, il legislatore ha ritenuto opportuno liberare l'attività societaria degli enti locali dalla rigidità del vincolo di funzionalizzazione, in maniera tale da garantire una più flessibile ed ampia autonomia contrattuale, simile a quella del privato. L'obiettivo, pur rivolto a risolvere certe problematiche, ne originava inesorabilmente altre, su tutte il fatto che il rafforzamento del lato imprenditoriale determinava una deriva delle finalità istituzionali. Agevolare l'ingresso del privato nel settore dei servizi pubblici locali ed individuare un punto di equilibrio tra le pretese di efficienza delle prestazioni e la

³⁴⁹ Possibilisti in questo senso, pur con la doverosa precisazione che i servizi fossero realmente strumentali rispetto all'attività svolta in via principale dalla società, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999, 328-329.

³⁵⁰ Analoga conclusione viene raggiunta anche da C. VOLPE, *Le società miste*, cit., 721, in cui si afferma che «dopo la L. n. 448/2001 residua poco spazio per continuare ad immaginare le società miste come modulo organizzativo dell'ente locale, o come società con natura giuridica "speciale"». Questa linea di pensiero era, del resto, confortata da ampia giurisprudenza. Si vedano, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2297; Cons. St., sez. V, 25 giugno 2002, n. 3348; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2005, n. 4428, accomunate fra loro da una certezza: la gestione diretta del servizio era l'elemento qualificante il modulo organizzativo pubblicistico della società mista. Se ne desume facilmente che l'obbligo di competere con gli imprenditori privati per aggiudicarsi l'erogazione della prestazione priva tale tipologia societaria di parte dei suoi connotati pubblicistici.

salvaguardia dell'interesse pubblico innanzi allo scopo lucrativo erano esigenze contrapposte difficilmente conciliabili. Il che sollevava il legislatore nazionale dal ruolo di unico responsabile. Note di biasimo potevano ragionevolmente muoversi anche nei confronti degli organi comunitari, la cui unica preoccupazione consisteva nel limitare i privilegi, irraggiungibili per i privati imprenditori, di cui le sole società pubbliche potevano fruire; senza suggerire alcuna soluzione definitiva.

Tuttavia, non è possibile rendere perfettamente coincidenti, e dunque assimilabili, società pubbliche e private, neppure a fronte dell'epurazione dei vantaggi che tradizionalmente avevano riguardato le prime, su tutti la crescente limitazione degli affidamenti diretti. Gli organismi comunitari – e questa sembra essere stata l'incertezza decisiva – avevano ritenuto che, la regolazione ed il contenimento delle aggiudicazioni senza gara avrebbero assicurato una maggior apertura del settore dei servizi pubblici locali a capitali privati ed, al contempo, una graduale decrescita delle società controllate dalle amministrazioni, così da equilibrare la presenza di gestori di opposta natura giuridica. La lettura appare miope. Non è sufficiente, infatti, delimitare il numero degli affidamenti in via diretta per ostacolare l'imprenditore pubblico, in quanto è necessario valutare anche le conseguenze – che si riflettono sul libero mercato – sotto il profilo dell'autonomia contrattuale delle amministrazioni. Gli organi comunitari, cioè, dimenticarono di considerare, e segnalare, quali attività le società pubbliche potessero svolgere o meno in ossequio all'interesse pubblico. Ed è ovvio che, mancando questo tipo di regolazione, il fenomeno societario non subiva decisive limitazioni a beneficio del privato. Il rifiuto degli affidamenti diretti non era sufficiente, poiché non indirizzava la generalizzata capacità negoziale delle società pubbliche verso una finalità istituzionale: queste, dunque, continuavano ad occupare inevitabilmente interi settori del mercato.

La risoluzione dell'*impasse* richiedeva, al costo di disegnare una capacità imprenditoriale meno estesa rispetto a quella del privato, di imporre all'ente locale uno specifico oggetto sociale, stabilendo per via legislativa quali attività societarie esso potesse svolgere. Nonostante la proliferazione di società pubbliche si fosse già verificata nel decennio precedente, i tempi per una soluzione così drastica non erano ancora maturi, considerato anche il fatto che l'ordinamento comunitario e nazionale erano ancora in una fase embrionale del dialogo. In special modo, tale soluzione avrebbe inesorabilmente investito il profilo dell'autonomia contrattuale degli enti locali, determinando un vincolo *ex lege* nell'individuazione delle attività compatibili con il loro interesse istituzionale. Del resto, se gli enti locali non si erano mostrati sufficientemente consapevoli dei propri limiti ed obblighi,

un intervento pur invasivo del legislatore non era irragionevole; pertanto, pare potersi concludere che il limite dell'art. 35 fosse la totale mancanza di incidenza sul profilo in questione³⁵¹.

La soluzione era certamente di difficile attuazione in quanto poco gradita all'ordinamento interno per una semplice ragione. Questo (seppur come detto non unico responsabile) aveva contribuito in maniera rilevante alla defunzionalizzazione delle partecipazioni societarie, così da sostenere l'imprenditoria pubblica a fronte della doverosa apertura del settore dei servizi pubblici locali ai privati. In altre parole, le istituzioni nazionali approfittarono magistralmente delle lamentele europee, sfruttando la mancanza di precise indicazioni da parte di queste ultime circa quali attività le società locali potessero opportunamente svolgere. L'obiettivo era chiaramente quello di non dismettere un sistema di gestione da decenni basato sulla centralità del ruolo delle amministrazioni. La conferma si trae dalle seguenti considerazioni che, pur richiamando la già citata riluttanza nazionale ad agevolare in modo effettivo la libera competizione economica nel settore dei servizi pubblici locali, testimoniano in maniera ancor più nitida rispetto agli esempi precedenti un atteggiamento mellifluido del legislatore nazionale, capace di mascherare un intervento a favore delle amministrazioni in un intervento pro-concorrenziale.

Il novellato art. 113, co. 14³⁵², TUEL, ammetteva la possibilità di affidare in via diretta la «*gestione del servizio*» a «*soggetti diversi dagli enti locali*», che fossero già proprietari di reti ed impianti. Dato che il co. 13 prevedeva l'affidamento senza gara della gestione delle reti a favore delle società a prevalente capitale locale cui veniva conferita la proprietà delle stesse, l'art. 113, co. 14, per non essere riproduttivo di quanto disposto nel comma precedente, doveva intendere con la dicitura «*gestione del servizio*» sia la gestione dei beni strumentali sia

³⁵¹ Benché una simile valutazione possa considerarsi attinente alla discrezionalità politica dell'ente, non sembra errato legittimare un intervento invasivo da parte del legislatore statale, in virtù delle disposizioni costituzionali in tema di funzioni fondamentali degli enti locali. Il riferimento è all'art. 117, co. 2, lett. p.) che demanda alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la definizione delle funzioni fondamentali degli enti locali medesimi.

Del resto, un intervento invasivo delle competenze legislative regionali era già stato a suo tempo avallato da quella dottrina che intravedeva nella riforma dei servizi pubblici a rilevanza industriale del 2001 uno strumento per favorire la concorrenza in tale settore. Per tutti, M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, cit., 222.

Se ne deduce che, anche in dottrina, si assumeva la possibilità di giustificare un intervento più deciso dello Stato nelle questioni locali, evenienza tutt'altro che illegittima.

³⁵² «*Fermo restando quanto disposto dal comma 3, se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti, a condizione che siano rispettati gli standard di cui al comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente. Tra le parti è in ogni caso stipulato, ai sensi del comma 11, un contratto di servizio in cui sono definite, tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori*».

Sul tema, si vedano anche le riflessioni di M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2599 ss, il quale individua nella gestione delle reti il vero «cuore» del servizio pubblico.

l'erogazione della prestazione. Ne derivava che i soggetti diversi dagli enti locali proprietari di reti ed impianti potevano svolgere, in assenza della procedura ad evidenza pubblica, entrambe le attività³⁵³. Il principale problema diveniva l'identificazione di tali soggetti. Accorta dottrina rispondeva al quesito indicando, sulla base di una lucida interpretazione delle singole disposizioni di cui al novellato art. 113, quale unica alternativa possibile, le società disciplinate dal co. 13 (ossia quelle cui gli enti locali avevano conferito la proprietà di reti, impianti e beni strumentali)³⁵⁴. Nonostante qualche parere in senso contrario³⁵⁵, e qualche altro più prudente³⁵⁶, si ritiene che ad esse potevano essere allo stesso tempo conferite la proprietà delle reti, impianti e dotazioni, la relativa gestione, l'erogazione del servizio. Aldilà della palese limitazione della concorrenza che l'intreccio di norme inesorabilmente determinava, e che dunque giustificava ancor di più le perplessità della Commissione sulla bontà della riforma, è impossibile non notare la graduale dissoluzione del vincolo funzionale sulla partecipazione societaria degli enti locali. La situazione più delicata si sarebbe presentata qualora essi avessero ceduto le proprie quote ad enti locali terzi, che nulla avevano a che vedere con il territorio interessato dalla presenza dei beni strumentali e dall'erogazione del servizio. È vero che, come segnalato *supra*³⁵⁷, la cessione di quote nelle società di cui al co. 13 (cessionarie delle reti) a favore di altri enti locali sarebbe stata contraria alla *ratio* del legislatore, e perciò si prefigurava come un'ipotesi in teoria non procedibile. Tuttavia, nel caso in cui l'evenienza si fosse verificata, data la mancanza di un esplicito divieto, il paradosso era che la società "tuttofare" di cui al co. 14 sarebbe stata controllata da uno o più

³⁵³ Osserva M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 220, che la previsione della norma fosse, da un lato, opportuna, dall'altra no. Nel primo caso, l'A. ritiene che fosse corretta la scelta del legislatore di prevedere l'eventualità che le reti, dotazioni ed impianti fossero di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali; infatti, negli anni '90 si era sovente verificata la privatizzazione delle forme di gestione di beni strumentali, conferiti a società miste. Tuttavia, le incertezze emergevano con riferimento alla scelta di attribuire in via diretta a tali soggetti l'erogazione del servizio cui i beni erano serventi. Veniva così attribuito loro un privilegio non necessario.

³⁵⁴ A riguardo si rimanda a quanto dedotto da G. SIGISMONDI, *Le società miste*, cit., 42-43, secondo cui le società conferitarie della proprietà delle reti erano l'unica alternativa possibile ai «soggetti diversi dagli enti locali» cui il co. 14 faceva riferimento. L'A. giunge a questa conclusione procedendo per esclusione. In particolare, egli ritiene che tali soggetti non potevano essere le società miste affidatarie dirette del servizio in base alla normativa previgente, perché obbligate allo scorporo delle reti *ex art. 35, co. 9*; non potevano essere i consorzi o le aziende speciali in quanto l'*art. 35, co. 8*, ne disponeva la trasformazione in società di capitali; non potevano egualmente essere i soggetti privati concessionari del servizio perché al termine del periodo transitorio essi dovevano reintegrare gli enti locali nel possesso delle reti *ex art. 35, co. 7*. Non rimaneva, dunque, che la predetta opzione.

³⁵⁵ F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007, 77-78, il quale ritiene che l'*art. 113, co. 14*, TUEL, si riferisca all'ipotesi, invero non infrequente, in cui i beni strumentali appartengono ad operatori privati e concessionari del servizio in virtù di affidamenti pregressi. Liguori, inoltre, afferma che l'eccezione prevista dal co. 14 possa riferirsi anche alle società a partecipazione pubblica minoritaria non rientranti nell'obbligo dello scorporo delle reti.

³⁵⁶ Sul tema, si veda anche la riflessione di M. DUGATO, *I servizi pubblici*, cit., 2598, secondo cui, pur essendo preferibile il riferimento a soggetti sostanzialmente privati, la formulazione letterale della norma non esclude che l'eccezione di cui al co. 14 possa riferirsi anche alle società di gestione a capitale misto.

³⁵⁷ Vd. nota 329.

enti locali totalmente disinteressati dall'erogazione del servizio, e sul cui territorio non insistevano assolutamente i beni strumentali, di cui risultavano sia proprietari sia gestori. Non è dunque difficile intravedere in una simile evenienza un mero scopo lucrativo in capo all'ente acquirente. Ma anche là dove – come pare preferibile – non fosse ammessa la cessione delle quote da parte degli enti conferitari emergevano egualmente problematiche simili sulla relazione tra vincolo funzionale e partecipazione. Infatti, non era vietato ad enti locali terzi di acquistare azioni nelle società proprietarie delle reti *ex co. 13*, affiancandosi dunque agli enti locali conferitari, i quali mantenevano le proprie quote; così facendo, i primi, ai sensi del *co. 14*, non solo divenivano proprietari degli impianti ma, partecipando a queste società “tuttofare”, gestivano beni strumentali e prestavano servizi al di fuori del proprio territorio, senza ricevere in cambio benefici che non fossero puramente ed esclusivamente economici. Ancora, in assenza di un'espressa previsione sul punto, sembra che tale acquisto non fosse subordinato al previo esperimento di alcuna gara, e dunque l'acquisizione di quote poteva avvenire in totale libertà.

La possibilità accordata *ex lege* agli enti locali di costituire società cui conferire indistintamente tutte le attività necessarie per la resa del servizio, oltre a garantire un forte sostegno all'imprenditoria pubblica, poneva un interrogativo: quale fosse il grado di consapevolezza del legislatore nel legittimare tale modello societario. L'impressione è che l'intento, facendo leva sulla generalizzata capacità imprenditoriale degli enti locali, fosse proprio quello di mantenere, in modo piuttosto furbesco ed aggirando le indicazioni comunitarie, la preminenza del ruolo delle amministrazioni, al fine di far sì che “tutto cambi perché nulla cambi”.

Ciò detto, la conclusione è lapidaria. L'art. 35, l. n. 448/2001, oltre a non garantire, probabilmente con maliziosa consapevolezza, un assetto pienamente concorrenziale come veniva invece richiesto dagli organi comunitari, delineava una partecipazione scollegata dai fini istituzionali. Sotto questo punto di vista, non vi erano state innovazioni rispetto al regime giuridico precedente, ad ulteriore conferma del fatto che le esigenze dell'aggregazione societaria erano dovute non tanto ad una proficua organizzazione del servizio, quanto al rafforzamento della figura dell'imprenditore pubblico.

Anzi, a ben vedere, una differenza era ravvisabile. L'art. 35, esaltando il profilo di imprenditorialità degli enti locali, delineava un modello in cui la società mista risultava un mero modello societario, in cui il partenariato pubblico-privato era un semplice strumento di aggregazione finanziaria (perlomeno con riferimento alla gestione del servizio). Non era possibile giungere ad una medesima conclusione nel decennio precedente, in cui il periodo di

transizione da un momento gestorio esclusivamente pubblicistico ad uno che stava vivendo le prime esperienze privatizzatrici precludeva la perdita di qualsiasi connotato pubblicistico in capo all'ente locale imprenditore. Né è corretto individuare identica soluzione con riguardo al regime giuridico successivo (*infra*), in cui si sarebbe quantomeno tentato di ricondurre la società ad un modulo di gestione pubblicistica del servizio.

In definitiva, la riforma del 2001, nonostante la poca rilevanza della sua concreta applicazione per i repentini mutamenti normativi dell'epoca, ha rappresentato un punto di svolta del sistema, assimilando la capacità imprenditoriali di soggetti di opposta natura giuridica, e trasformando la società mista da un modulo pubblicistico di gestione del servizio ad uno prettamente, per l'appunto, imprenditoriale. Essa, inoltre, ha posto le basi per la successiva evoluzione legislativa del settore che pur apportando delle modifiche –il tentativo di ripristino della società quale modulo di organizzazione del servizio – ne ha egualmente mutuato rilevanti profili.

3. La riforma dei servizi pubblici locali del 2003 tra nuove soluzioni e vecchi problemi.

Le critiche europee nei confronti della riforma del 2001, come anticipato, si incentravano sulla persistenza di diversi fattori. In particolare, l'ipotesi di affidamento diretto di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali, quando separata dall'erogazione dei servizi, a favore di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali; la (lunga) durata del periodo transitorio; l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali. Tra le ragioni addotte non è fatta menzione alcuna alle problematiche collegate all'assimilazione tra capacità imprenditoriale privatistica e pubblicistica, e dunque alla pressoché assoluta libertà per gli enti locali di stipulare contratti associativi. Dunque, le istituzioni europee non avevano avvertito (o non avevano voluto avvertire) i reali motivi di preoccupazione nell'affermazione di un mercato libero. Le perplessità manifestate erano certamente giustificabili, ma non erano le sole ad impedire la realizzazione di un effettivo assetto competitivo.

A questo punto, occorre concentrare l'analisi sulla reazione dell'ordinamento italiano all'atto di reiterazione di messa in mora della Commissione, nonché sulle conseguenze derivatene nell'ambito delle società locali.

L'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326³⁵⁸, recepisce le indicazioni europee: infatti, circa il regime delle reti, dotazioni ed impianti, il co.

³⁵⁸ Per commenti alla normativa, tra i tanti, AA.VV., *Atti del Convegno «La riforma dei servizi pubblici locali»* (Milano, 25-26 ottobre 2004), in www.giustamm.it; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it; M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 121 ss; F. GAVERINI, *Servizi pubblici ed affidamento «in house»: dall'eccezione alla regola in recenti*

1, lett. c), in modifica dell'art. 113, co. 4, TUEL, affermava che le società deputate alla gestione di tali beni strumentali dovessero rigorosamente essere a partecipazione pubblica totalitaria, nonché integranti i requisiti del controllo analogo e della prevalenza dell'attività svolta. Si impediva così la possibilità, legittimata dal precedente regime normativo, per il socio privato di ottenere in via diretta la gestione dei beni strumentali per la realizzazione del servizio. Inoltre, con riferimento agli altri due rilievi della Commissione, occorre segnalare che il periodo transitorio³⁵⁹ veniva ridotto rispetto alle previsioni di cui all'art. 35, co. 2, l. n. 448/2001, mentre la previsione di cui al servizio idrico integrato veniva abrogata³⁶⁰.

La nuova disciplina segnava un «ritorno al passato³⁶¹», nel senso che riconosceva agli enti locali una maggiore discrezionalità nella scelta delle modalità di gestione del servizio³⁶², cui chiaramente si accompagnava l'obbligo di motivare nella delibera le ragioni della scelta della formula gestoria. Come è noto, l'art. 14, d.l. n. 269/2003 prevedeva tra le modalità di selezione del gestore, fra loro equiparate: l'esternalizzazione del servizio a società di capitali da selezionare con evidenza pubblica, l'affidamento diretto alla società mista purché il socio privato fosse scelto con gara, e l'affidamento diretto alla società *in house*, con il conseguente richiamo ai requisiti dettati nella sentenza *Teckal*. L'interesse della disciplina si rinveniva sotto una duplice prospettiva. Da un lato, il legislatore richiamava tre modelli di

interventi legislativi, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 729 ss; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 327 ss; A. GRAZIANO, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2005, 12, 1369 ss; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007, 31 ss; G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1, 27 ss; T. NICOLAZZI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2004, 257 ss; A. PURCARO, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 2003, 2078 ss; C. TESSAROLO, *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, in www.ildirittodeiservizipubblici.it; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.

³⁵⁹ Sul regime transitorio di cui all'art. 35, co. 2 e ss, l. n. 448/2001, V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., 322 ss, il quale evidenzia come il periodo transitorio compreso tra un minimo di tre anni ed un massimo di cinque per le concessioni affidate con procedure diverse dall'evidenza pubblica fosse un modo per consentire alle società pubbliche di rafforzarsi sul mercato.

³⁶⁰ Per una lettura della disciplina del servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 35, l. n. 448/2001, si rinvia a M.P. CHITI, *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la Finanziaria 2002*, in *Urb. e app.*, 2002, 379 ss. Circa, invece, la predetta abrogazione, si ricorda, per un profilo ricostruttivo, che essa è avvenuta per mezzo dell'art. 14, co. 3, d.l. n. 269/2003, il quale ha, per l'appunto, abrogato l'art. 35, co. 5, l. n. 448/2001. Quest'ultima così recitava: «[...] I soggetti competenti, individuati dalle regioni ai sensi dell'articolo 9 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, possono affidare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali che fanno parte dello stesso ambito territoriale ottimale, per un periodo non superiore a quello massimo determinato ai sensi delle disposizioni di cui al comma 2 del presente articolo».

³⁶¹ M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 125.

³⁶² È chiaro il riferimento all'art. 14, co. 1, lett. d), d.l. n. 269/2003, il quale, riscrivendo l'art. 113, co. 5 TUEL, ammetteva tre forme di gestione del servizio pubblico locale: la gara per la scelta della società di capitali, l'affidamento diretto a società mista a condizione che il socio privato fosse scelto con procedura ad evidenza pubblica, ma senza prevedere l'obbligo dell'attribuzione di compiti operativi, l'affidamento diretto a società *in house*, che dovevano rispondere dei requisiti di derivazione comunitaria.

La lettura è confermata anche da S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004, 197.

gestione, due dei quali ad impronta marcatamente pubblicistica, nonostante la Commissione non avesse espressamente criticato il fatto che, nel previgente regime giuridico, la società di capitali, da selezionare con procedura ad evidenza pubblica, fosse l'unica forma prevista per la selezione del gestore³⁶³. Dall'altro, probabilmente per timore di incorrere in nuove procedure di infrazione, richiamava i presupposti della società *in house*, non solo con riferimento alle società di gestione del servizio, ma anche a quelle di gestione delle reti, così da impedire – come in effetti era stato preteso – che soci privati non vantassero privilegi ingiustificati³⁶⁴.

3.1. (Segue) ... Con riferimento al regime giuridico delle reti, dotazioni ed impianti.

Il dato normativo, tuttavia, si presta a ben più approfondite osservazioni, considerando anche quanto già sostenuto circa la normativa del 2001.

Con riferimento alle società costituite per la gestione delle reti³⁶⁵, il legislatore ha previsto (*ex art. 14, co. 1, lett. c, in modifica dell'art. 113, co. 4, lett. a, TUEL*) una partecipazione totalitaria pubblica escludendo, come anticipato, che imprenditori privati beneficiassero dell'affidamento diretto; inoltre, ha subordinato tale affidamento alla sussistenza dei requisiti del controllo analogo e della prevalenza dell'attività svolta a favore degli enti soci³⁶⁶. In altre parole, le società di gestione delle reti di cui all'art. 113, co. 4, lett.

³⁶³ In dottrina, circa il fatto che l'intento dell'Unione europea non fosse quello di stigmatizzare completamente gli affidamenti diretti, si veda F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007, 31 ss. Questi osserva che l'obiettivo fosse quello di razionalizzare l'impiego di tali affidamenti, contene_n_doli ma al contempo non delegittimandoli completamente.

³⁶⁴ Del resto, si ricordi come evidenziato nel primo paragrafo del presente capitolo, che le lamentele delle istituzioni europee, sin dal primo atto di messa in mora, erano motivate non tanto dalla possibilità di eseguire degli affidamenti diretti, quanto dal fatto che dei medesimi potevano beneficiare anche soggetti privati, senza precise limitazioni temporali. Anche con riguardo all'atto di reiterazione di messa in mora si presentavano analoghe problematiche. Infatti, oltre l'elevato numero di affidamenti diretti del servizio idrico integrato, le perplessità comunitarie insistevano in special modo sulla previsione di affidare la gestione delle reti ed impianti a società miste, senza espressi richiami all'obbligo della gara per la scelta del *partner* privato. Ciò detto, meglio si comprendono le ragioni per cui il legislatore del 2003 abbia imposto alle società proprietarie delle reti, affidatarie in via diretta della relativa gestione, di essere a capitale pubblico totalitario, mentre abbia lasciato maggiore discrezionalità agli enti locali nello scegliere il modello di gestione del servizio. L'obiettivo primario era chiaramente quello di evitare che il privato imprenditore godesse, grazie all'affidamento diretto di qualsiasi servizio, di benefici illegittimi. Da questo punto di vista, l'assetto concorrenziale poteva essere garantito solo a fronte di una gara per la selezione del socio privato, che tuttavia la riforma del 2001 non assicurava né nell'ipotesi di affidamento diretto a società pubbliche maggioritarie cui veniva affidata la gestione delle reti (art. 113, co. 4, lett. a), né nell'ipotesi in cui tale affidamento avveniva per le società appositamente istituite (art. 113, co. 13). Infatti, in entrambi i casi, la norma non prevedeva alcuna procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato.

³⁶⁵ Per l'approfondimento della tematica, è fondamentale il richiamo dell'opera di M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004, 142 ss.

³⁶⁶ L'art. 14, d.l. n. 269/2003 recita: «1. All'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'articolo 35 della

a, TUEL, potevano essere costituite a condizione che fossero *in house*. Aldilà della specifica preclusione per il soggetto privato, in ossequio alle pretese comunitarie, era stato già a suo tempo rilevato che veniva soppresso dal dettato per le società di gestione delle reti l'aggettivo "locale"³⁶⁷. Il legislatore evitava così indebiti privilegi concorrenziali tra imprenditori privati, ma determinava due ulteriori problematiche degne di evidenza. Circa la prima, ed in ciò è percepibile il *leitmotiv* che aveva animato la riforma del 2001, le amministrazioni mantenevano delle porzioni di mercato non raggiungibili per soggetti che non avessero natura pubblica, il che contribuiva a rafforzarne l'imprenditorialità, o comunque non scoraggiava investimenti pubblici. Con riguardo alla seconda, il capitale sociale poteva non solo essere partecipato (questione anche ammessa in precedenza) da enti locali sul cui territorio le reti non insistevano minimamente, ma anche da soggetti dotati di personalità giuridica di diritto pubblico non configurabili come enti territoriali. Era infatti necessario che il capitale fosse totalmente pubblico, non totalmente locale.

Di qui si originavano alcune curiose contraddizioni. Il requisito della prevalenza³⁶⁸ dell'attività a favore degli enti soci, essenziale per l'affidamento della gestione delle reti in via diretta, poteva teoricamente essere privo di significato nella situazione concreta. Si pensi al caso in cui la società fosse partecipata per una quota rilevante da enti pubblici non territoriali: non vi era ragione nel pretendere che nei loro confronti fosse svolta la parte più importante dell'attività, per il semplice motivo che gli stessi, non essendo proprietari delle reti, non ne avrebbero tratto benefici. In altre parole, la prevalenza dell'attività con gli enti di riferimento doveva parametrarsi ai soli soci qualificabili come enti pubblici territoriali, e doveva dunque calcolarsi su una frazione del capitale sociale. Che dire nel momento in cui la società di gestione delle reti, diretta affidataria, fosse costituita solo in minima parte da enti locali? Il requisito della prevalenza si sarebbe dovuto valutare solo su una esigua percentuale del capitale sociale, in quanto non avrebbe avuto senso eseguire il calcolo – lo si ripete – con riguardo ad altri soci pubblici che non potevano fruire dell'attività societaria, ossia la manutenzione degli impianti. Certamente, il riferire la prevalenza dell'attività ad una sola

legge 28 dicembre 2001, n. 448, sono apportate le seguenti modifiche: [...] al comma 4, lettera a), le parole: "con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati," sono sostituite dalle seguenti: "con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico" e, in fine, sono aggiunte, le seguenti parole: "a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"».

³⁶⁷ M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 124.

³⁶⁸ ID, *ult. op. cit.*, 126, inoltre, riservava quale critica neppure troppo velata nei confronti di tale requisito, dovuta alla difficoltà di conciliare la nozione di servizio pubblico locale, basata sulla resa del servizio a favore della collettività, con il requisito del doveroso svolgimento della parte più importante dell'attività nei confronti dell'ente pubblico.

frazione del capitale sociale stonava con la logica dei requisiti del modello *in house*, anche perché questa ipotetica situazione poteva causare qualche inconveniente. Su tutti, il fatto che se gli enti locali beneficiari della prestazione vantavano una frazione esigua del capitale sociale, la società svolgeva un'attività precipuamente economica di cui beneficiavano i soci pubblici i cui obiettivi non erano coincidenti con quelli dei Comuni azionisti.

Si presentava nuovamente una difformità di scopi nella partecipazione. Vi erano molte difficoltà, infatti, nell'individuare un effettivo interesse pubblico nelle quote acquisite dalle amministrazioni non territoriali. Si possono avanzare due ipotesi: velleità lucrative o un contributo economico fondamentale cosicché i Comuni avessero la liquidità necessaria per costituire le società di gestione delle reti, o rilevarne eventuali azioni dai soci privati i quali, stando al testo di legge, dovevano estromettersi. In entrambi i casi, una parte non quantificabile – in teoria anche l'interezza – del capitale sociale poteva appartenere a soggetti cui non corrispondeva una vera e propria finalità istituzionale. La ricezione di risorse pubbliche “non locali”, volte a garantire la partecipazione pubblica totalitaria così come preteso dal nuovo regime giuridico, non postulava di per sé il soddisfacimento di un interesse pubblico. In questo senso, l'obiettivo non era la tutela del vincolo di funzionalizzazione, bensì la tutela della concorrenza. Infatti, l'estromissione del privato non era finalizzata alla stabilizzazione del vincolo funzionale, ma ad evitare – e ciò è dato per presupposto, considerate le pretese europee – disparità di trattamento tra operatori economici. Ciò significa che le partecipazioni azionarie erano prive dell'elemento funzionale in riferimento sia ad enti locali terzi acquirenti di quote in società di gestione delle reti che non insistevano sul proprio territorio (e da questo punto di vista la situazione era analoga a quella delineata dall'art. 35, l. n. 448/2001) sia ad enti pubblici non territoriali, le cui finalità istituzionali non coincidevano con la manutenzione dei beni strumentali al servizio. Ancora una volta, l'acquisizione delle quote si spiegava a fronte di un investimento, e cioè della prospettiva di lucro.

La conclusione non desta eccessivo stupore, in quanto conferma quanto già dedotto in precedenza. Ovvero che la società pubblica veniva ormai di regola considerata alla luce delle problematiche concorrenziali, senza un *focus* preciso sul profilo della funzionalizzazione alle finalità istituzionali. Poco importa se le determinazioni legislative fossero rivolte, come era accaduto con la riforma del 2001, ad assimilare la capacità imprenditoriale pubblicistica a quella privatistica, o ad eliminare indebiti privilegi per i soci privati come nella situazione ora considerata. Il minimo comun denominatore si rinveniva nel disinteresse e l'incuria del collegamento tra partecipazioni possedute ed interesse pubblico, in quanto il doveroso adempimento di oneri concorrenziali offuscava, o più probabilmente piegava, il vincolo nel

fine ad esigenze di carattere economico. In assenza di una consapevole guida, le società locali di gestione delle reti si presentavano non come uno mezzo di organizzazione del servizio, bensì un vero e proprio strumento imprenditoriale (senza rilevanti differenze rispetto a quanto si dirà *infra* al § 3.1.2., seppur con qualche distinguo, circa l'erogazione del servizio finale), in modo del tutto analogo a quanto sopra segnalato con riguardo alla finanziaria 2002. Il che non sorprende, in quanto lo stesso art. 113 TUEL, così come novellato dall'art. 14, d.l. n. 269/2003, premetteva che «*le disposizioni del presente articolo [...] concernono la tutela della concorrenza*»³⁶⁹». La sensibilità nei confronti di questa tematica, tuttavia, escludeva qualsiasi attenzione nei confronti dell'elemento funzionale e, paradossalmente, non incentivava la fuoriuscita delle amministrazioni dal mercato, in quanto non ne limitava, ma anzi ne aumentava, la capacità imprenditoriale.

Considerazioni analoghe, inoltre, si muovono nei confronti delle società cui poteva essere conferita la proprietà delle reti da parte degli enti locali. Essi erano legittimati, ai sensi dell'art. 113, co. 13, TUEL, il cui primo periodo veniva riscritto dall'art. 14, co. 1, lett. g), d.l. n. 269/2003, a conferire la proprietà delle reti a società a capitale interamente pubblico. Il socio privato era estromesso dal rapporto, in maniera analoga a quanto accadeva con riferimento alle società di gestione delle reti, impianti ed altre dotazioni. La precedente versione del co. 13, definita dall'art. 35, l. n. 448/2001, dettava condizioni meno rigide per la costituzione di questo modello societario, in quanto imponeva che gli enti locali vantassero la maggioranza delle quote. Ancora una volta, era evidente l'intenzione di non attuare discriminazioni tra i vari imprenditori economici. Infatti, la preoccupazione di impedire ai privati di partecipare alle società di gestione delle reti, dirette affidatarie del servizio, sussisteva a maggior ragione con riferimento alle società proprietarie dei beni strumentali³⁷⁰.

Il generico richiamo del novellato art. 113, co. 13, TUEL, al capitale pubblico totalitario³⁷¹ riproponeva gli stessi problemi considerati per le società pubbliche (non

³⁶⁹ Per un commento sull'importanza dell'impronta concorrenziale dei servizi pubblici locali all'alba del terzo millennio, si veda A. ZITO, *I servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2003, 397 ss.

³⁷⁰ Del resto, con riguardo al tema dell'affidamento diretto, sembrava questa la preoccupazione principale delle istituzioni comunitarie. Le lamentele erano dovute non tanto al fatto che il servizio fosse appannaggio di società pubbliche locali (il che bilanciava l'assenza della procedura ad evidenza pubblica), bensì alla conseguenza che i soci privati beneficiassero dell'affidamento diretto, aggirando così gli obblighi della gara. Si vedano a riguardo le riflessioni di cui alle note 8, 9, 10.

³⁷¹ A riguardo, occorre segnalare che in dottrina fosse stata accolta con soddisfazione la previsione di cui al nuovo art. 113, co. 13, TUEL, con specifico riguardo all'imposizione di una partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la previgente disciplina di cui all'art. 35, l. n. 448/2001, che legittimava una partecipazione anche solo maggioritaria degli enti locali nelle società di cui al co. 13, veniva ritenuta piuttosto ingenua, poiché non in grado di assicurare un effettivo controllo pubblico sulla società. In questi termini, M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, cit., 528; G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici*

proprietarie) di gestione delle reti di cui al co. 4 lett. a). La norma, anche in questo caso, era stata presumibilmente pensata per consentire un più facile reperimento di risorse pubbliche, aggirando così il problema di verosimili indisponibilità economiche di Comuni e Province³⁷², che altrimenti avrebbero manifestato forti imbarazzi nel rilevare le quote dei privati senza aiuti esterni³⁷³. Tuttavia, viste le forti analogie, si ripresentava inesorabilmente la contraddizione di cui sopra, ovvero che il capitale pubblico non apparteneva necessariamente ad enti locali³⁷⁴. Il che ammetteva una quantità non meglio specificata di partecipazioni societarie – ancora una volta – scisse dal vincolo funzionale. Né può condividersi l'idea che l'interesse pubblico all'acquisizione delle quote da parte di enti pubblici non territoriali fosse dato dalla necessità di reperire le risorse pubbliche per costituire il capitale sociale. Infatti, non sembra corretto ridurre l'elemento funzionale del contratto associativo all'esigenza di facilitare la costituzione della società, altrimenti mancante degli *assets* monetari minimi.

In entrambe le ipotesi (e cioè con riferimento sia alla società a capitale pubblico totalitario per la gestione delle reti *ex co. 4, lett. a*, sia a quella a capitale pubblico totalitario per la proprietà delle stesse *ex co. 13*), la finalità era la tutela della concorrenza, da attuarsi impedendo all'imprenditore privato di godere di benefici illegittimi³⁷⁵. Ad ulteriore dimostrazione del fatto che la volontà di stabilizzare l'assetto concorrenziale del mercato facesse perdere di vista il collegamento tra le società pubbliche e l'elemento funzionale.

Il novellato art. 113, co. 13, riservava, inoltre, nuove problematiche circa l'espressa previsione di incedibilità delle quote in mano pubblica. La norma, benché intenzionata ad impedire ai privati di acquisire *ex post* la proprietà delle reti aggirando il divieto, sollevava qualche interrogativo sugli adempimenti necessari per la gestione di tali beni. Innanzitutto,

locali, cit., 254; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., 75; M. LAMANDINI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, cit., 541.

³⁷² Anche M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 124, ritiene che il generico riferimento al capitale pubblico aprisse all'ingresso di enti pubblici di differente natura, i cui interessi istituzionali permettessero l'assunzione della partecipazione. Se in prospettiva teorica non si ha motivo di dubitare della bontà della riflessione, sembra che sul versante pratico essa potesse non sempre verificarsi in questi termini. In particolare, avendo sostenuto che talora gli stessi enti locali soci non vantassero un fine istituzionale con cui motivare il contratto associativo, a maggior ragione dubbi in proposito sorgono con riferimento ad altre amministrazioni non territoriali.

³⁷³ F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., 75, individua la ragione principale nella comproprietà di reti ed impianti tra più enti locali.

³⁷⁴ Giunge alla stessa conclusione anche S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., 216.

³⁷⁵ F. LIGUORI, *ult. op. cit.*, 31 ss, come già in precedenza ricordato, osserva che l'intento delle istituzioni comunitarie non fosse tanto quello di impedire gli affidamenti diretti, quanto quello di razionalizzare l'impiego. Pertanto, gli strumenti societari misti o *in house* non venivano delegittimati del tutto, poiché la reale necessità era quella di regolarne e contenerne l'utilizzo.

Del resto, la conclusione che *in primis* la preoccupazione degli organismi europei fosse evitare un'illegittima concorrenza tra imprenditori privati, ed in seconda battuta tra essi e gli enti pubblici, è confermata dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia del 2005. Questa, infatti, ribadiva che la società mista non potesse ottenere affidamenti diretti a causa della presenza del socio privato, il quale altrimenti avrebbe beneficiato di indebiti vantaggi.

l'inalienabilità delle partecipazioni veicolava un dubbio interpretativo tra due ipotesi: impossibilità di cedere quote nei confronti di soggetti che non fossero amministrazioni, ovvero impossibilità di cedere in assoluto tali quote, e cioè anche nei confronti di altri enti pubblici. Tra le due letture, la prima è quella da preferire, in quanto in maggiore sintonia con lo spirito della riforma. Indipendentemente dalla propensione per l'una o l'altra tesi, la norma poneva delle conseguenze assolutamente particolari. Se si ammetteva che le quote in mano pubblica fossero incredibili *tout court* – ipotesi comunque meno convincente – non si sarebbero potute cedere in futuro le partecipazioni di eventuali enti pubblici non territoriali, e dunque disinteressati alla fruizione del servizio. Di conseguenza, la società proprietaria delle reti sarebbe stata costituita per tutta la sua esistenza da soci il cui collegamento funzionale con il contratto associativo appariva piuttosto debole. Al contrario, secondo la lettura preferita, gli enti locali interessati alla gestione delle reti, e che non avessero conferito la proprietà delle medesime, avrebbero potuto una volta reperite le risorse acquisire le quote partecipative corrispondenti al segmento di servizio di cui fruivano. Anzi, in una visione orientata al principio di funzionalizzazione, avrebbero dovuto acquistare tali quote: ed in questo senso la previsione della loro incredibilità avrebbe sottinteso un obbligo giuridico di concludere il contratto per gli enti locali interessati, non appena avessero goduto di una liquidità sufficiente. L'interpretazione è certamente ardita, ma per la semplice ragione che era da escludersi una valutazione di questo tipo da parte del legislatore, e non per un'assoluta irricevibilità della teoria, incline ad assicurare un maggior legame tra la partecipazione e l'elemento funzionale³⁷⁶.

Il divieto di alienare le quote apriva a qualche ulteriore riflessione.

Come era stato osservato³⁷⁷, esso impediva di cedere le partecipazioni pur conservando il vincolo di destinazione. Dunque, nemmeno la garanzia del mantenimento della funzione ne avrebbe consentito la cessione. Il rapporto giuridico era alquanto curioso: i beni strumentali erano caratterizzati, per espressa previsione legislativa, da un insolubile collegamento con gli enti locali che ne avevano conferito la proprietà nella società di cui al co. 13. Il regime normativo di reti, dotazioni ed impianti assomigliava più alla disciplina dei

³⁷⁶ Il carattere dell'incredibilità era anche previsto nella versione dell'art. 113, co. 13, TUEL; così come definito dall'art. 35, l. n. 448/2001. Tuttavia, in quella ipotesi, la norma aveva una logica differente. Infatti, l'incredibilità della partecipazione maggioritaria era funzionale al mantenimento, perlomeno nelle aspettative del legislatore, ad un controllo pubblicistico sulle reti. Diversamente, con la novella del 2003, l'art. 113, co. 13, intendeva escludere il privato dalla partecipazione in tali società: pertanto, si tentava di ricondurre il modello societario ad un'influenza esclusivamente pubblicistica. Ciò considerato, si ritiene che stonasse ancor di più l'assenza (molto probabile) di enti locali diretti fruitori del servizio.

³⁷⁷ M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2595.

beni demaniali che a quella dei beni del patrimonio indisponibile³⁷⁸, al netto del fatto che la distinzione tra le due categorie andava gradualmente svanendo³⁷⁹. Il carattere servente all'interesse pubblico sussisteva per l'attività societaria intesa nel suo complesso, ovvero la gestione delle reti; tuttavia, era possibile che la qualifica di reti, dotazioni ed impianti in termini di beni demaniali non si addicesse per tutti i singoli soci pubblici³⁸⁰. Infatti, se il presupposto della demanialità è che la *res* sia servente all'interesse pubblico³⁸¹, le reti non rivestivano questa funzione per le amministrazioni non locali co-proprietarie, la cui partecipazione non era collegata al soddisfacimento di alcuna finalità istituzionale. Nei loro riguardi, dunque, i beni strumentali apparivano più come uno strumento di lucro che un veicolo di soddisfacimento delle finalità istituzionali. In altre parole, la demanialità del bene si

³⁷⁸ ID, *ult. op. cit.*, 2595.

Infatti, come è noto, i beni del patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 828 c.c., possono essere ceduti purché sia mantenuto il vincolo di destinazione; mentre per i beni demaniali vige un vincolo di inalienabilità (art. 823 c.c.), che può essere vinto solamente attraverso un provvedimento di sclassificazione. Il dubbio circa la classificazione dei beni, evidenziato anche da M. RENNA, *La regolamentazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., 143, poteva emergere a fronte del fatto che fra i beni del patrimonio indisponibile rientrano anche quelli sono serventi ad un servizio pubblico, ai sensi dell'art. 826, co. 3, c.c. Tuttavia, dato il particolare regime giuridico configurato per le reti, gli A. hanno ritenuto più corretto la qualifica in termini di demanialità.

A riguardo è opportuna una precisazione. È vero che le riflessioni di Dugato si riferiscono alla riforma del 2001; tuttavia, l'art. 113, co. 13, TUEL, così come novellato nel 2003, a parte la pretesa del capitale pubblico totalitario, non innovava la versione precedente di cui all'art. 35, l. n. 448/2001. Infatti, entrambe le disposizioni prevedevano l'inceditività: nel primo caso della partecipazione pubblica maggioritaria, nel secondo di qualsiasi quota, cosicché l'amministrazione mantenesse la totalità delle azioni.

Con specifico riferimento alla normativa del 2003, G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 259, il quale ritiene che il regime di demanialità sia esteso, per frutto della normativa, a tutti i beni strumentali per lo svolgimento del servizio, in maniera tale da garantire nella sostanza la pubblicità della struttura o del bene.

³⁷⁹ M. RENNA, *La regolamentazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., 255 ss.

³⁸⁰ Interessanti, ma probabilmente estreme, le riflessioni sul tema di L.R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, 604, secondo cui non possono più considerarsi demaniali i beni che saranno ordinariamente posseduti da società capitali.

Ad oggi, del resto, è acclarato che la demanialità sia un requisito che vada valutato dal punto di vista oggettivo della strumentalità del bene alla soddisfazione dell'interesse pubblico, non dal punto di vista soggettivo, parametrato sulla natura del soggetto cui i beni appartengono. A riguardo, A. POLICE, *I beni demaniali*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, 522 ss; inevitabile, inoltre, il riferimento al contributo M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., 109 ss, ed in particolare 255 ss.

³⁸¹ M. RENNA, *ult. op. cit.*, 256-257, evidenzia che la demanialità, i cui contorni sempre più sfumati rendono incerta la distinzione con i beni del patrimonio indisponibile, tanto che le disposizioni legislative hanno determinato una progressiva fungibilità tra le due categorie, si profila quale garanzia dell'indefettibile destinazione collettiva o amministrativa del bene. Più precisamente, è questa la funzione dei beni pubblici in genere, al cui interno non è più possibile distinguere con assoluta precisione e convinzione dei regimi giuridici ben distinti, come invece aveva ambito a fare il codice civile. In altre parole, ciò che rileva è la connessione al dato oggettivo della funzione o del compito pubblico che i beni stessi sono chiamati a rendere.

Del resto, l'A. specifica (258) come sia necessario rifondare una nozione di bene pubblico a seguito degli sconquassi normativi che le sue sottocategorie avevano subito, rendendo impossibile distinguere altre peculiarità dei beni pubblici che non fossero, per l'appunto, quella fruibilità della destinazione allo svolgimento di funzioni o compiti pubblici. In termini analoghi anche M. DUGATO, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.A., atti del convegno Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Firenze, 2 – 3 ottobre 2003, organizzato dall'Università di Firenze e dall'Associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo;

relativizzava a seconda del socio cui si riferiva la partecipazione. La conclusione raggiunta non è paradossale. Anzi, è la migliore conferma del fatto che tale carattere non rilevava più sotto il profilo soggettivo della sua appartenenza, bensì su quello oggettivo della indefettibile destinazione collettiva. Considerata la questione sotto quest'ottica, è palese che la deriva in senso oggettivo della demanialità doveva tenere in considerazione anche le ragioni della fruizione delle reti da parte dei singoli soci. Ma vi è di più. La previsione di incedibilità di cui all'art. 113, co. 13, TUEL, risultava particolarmente felice con riferimento alle amministrazioni non locali che detenevano le quote: se nei loro riguardi le reti e gli impianti non costituivano in assoluto un bene dal carattere demaniale, esse avrebbero potuto eventualmente cedere le proprie partecipazioni, cosa invece impedita dal testo di legge.

Non pare, pertanto, errato evidenziare che la dequotazione del vincolo funzionale non causava solamente delle contraddizioni sul versante dell'individuazione dell'interesse pubblico, come finora ritenuto, ma anche su quello dello scopo cui i beni pubblici erano adibiti.

In conclusione, anche a seguito della riforma del 2003, persistevano le problematiche evidenziate sulla declinazione in senso speculativo del reale interesse di svariati soci pubblici, enti locali ed enti non territoriali. Si ritiene comunque che l'emblema della poca attenzione dedicata dalla normativa del 2003 al profilo funzionale fosse in special modo testimoniato da un altro fattore: la permanenza in vigore dell'art. 113, co. 14, TUEL. La norma, non abrogata né modificata dall'art. 14, d.l. n. 269/2003, continuava a legittimare le società "tuttofare" (di cui *supra*), la cui maliziosa, e comunque anticoncorrenziale, definizione è stata spiegata nei precedenti passaggi del lavoro, benché vi fossero opinioni discordanti sulla loro effettiva esistenza³⁸². In altre parole, lo stato comatoso del principio di funzionalizzazione nel contratto

³⁸² Si vedano le riflessioni di Liguori alla nota 71.

Per onestà intellettuale, è necessario segnalare che talora alcuni esponenti della dottrina hanno sostenuto la minima rilevanza di questa norma, in quanto posta in termini ampiamenti derogatori rispetto alla *ratio* della disciplina, mirante a separare la proprietà delle reti e l'erogazione del servizio. a riguardo, infatti, G. PIPERATA, *ult. op. cit.*, 256-257, precisa che l'ambito di applicazione della norma sia limitato ad ipotesi circoscritte e peculiari, quali per esempio la gestione degli impianti di risalita delle zone montane.

Benché la tesi provenga da uno studioso fortemente accreditato, e dunque debba essere tenuta in estrema considerazione, si ribadisce la preferenza per l'opinione già espressa: la previsione del comma 14 era giustificata dall'intento di rafforzare la capacità imprenditoriale pubblica in un mercato ormai improntato in misura crescente alla valorizzazione della concorrenza.

Inoltre, contrario alla lettura in questa sede riproposta, S. VARONE, *ult. op. cit.*, 235, secondo cui l'ambito di applicazione del comma 14 doveva individuarsi nei concessionari e nelle società a partecipazione pubblica minoritaria cui fosse stata trasferita la proprietà dei beni strumentali. Ne erano, invece, escluse le maggioritarie, per le quali continuava a sussistere l'obbligo dello scorporo *ex art.* 35, co. 9, l. n. 448/2001, non abrogato dalla riforma del 2003. Tuttavia, anche in questo caso ci si permette di dissentire. Il comma 14 consentiva, secondo l'interpretazione che ne è stata resa, alle società di cui al comma 13 (e cioè a capitale pubblico maggioritario nel 2001, e poi totalitario nel 2003) sia di gestire i beni strumentali sia di svolgere il servizio. Pertanto, nell'ipotesi in cui si fosse verificato l'accentramento dei compiti, tali società non avrebbero dovuto procedere ad alcuno scorporo, in quanto responsabili esse stesse delle attività. Infatti, nell'imporre lo scorporo, l'art. 35, co. 9, l. n.

associativo, il cui respiro era sempre più flebile ed affannato, si avvertiva tanto nelle ipotesi di sincero tentativo di sostenere l'assetto concorrenziale, quanto in quelle in cui il medesimo intento sembrava più che altro mascherato³⁸³, o comunque incline a tutelare la permanenza dell'imprenditore pubblico nel mercato dei servizi pubblici locali.

3.1.2. (Segue) ... E con riferimento alle modalità di erogazione del servizio pubblico locale.

La riforma del 2003 ha indotto la dottrina a propendere per un ritorno della società pubblica nelle vesti di modello di organizzazione del servizio anziché di mero strumento imprenditoriale³⁸⁴. L'affermazione non convince sul versante delle società di gestione delle reti (come è stato sostenuto anche nel § 3.), ma residuano forti incertezze anche su quello dell'erogazione del servizio finale.

L'art. 14, d.l. n. 269/2003 proponeva tre ipotesi di gestione dei servizi pubblici, la cui scelta – in alcuni casi addirittura ritenuta insindacabile da parte dei privati³⁸⁵ – spettava agli enti locali. Fra essi, due richiama l'affidamento in via diretta: l'uno a favore della società che rispettasse i requisiti *in house*, l'altro a società mista a condizione che il socio privato fosse selezionato previa procedura ad evidenza pubblica, necessario presupposto per

448/2001 non considerava l'evenienza che le società di cui al comma 13 gestissero la rete, ma solo che ne fossero proprietarie. Dunque, se nell'ambito di applicazione del comma 14 potevano rientrare solamente le società minoritarie (proprietarie delle reti), perché nei confronti delle altre veniva preteso lo scorporo, la teoria non era più condivisibile considerando che tale scorporo poteva essere evitato anche dalle società a capitale pubblico maggioritario (del 2001) o totalitario (del 2003) là dove gestissero direttamente le reti.

³⁸³ S. VARONE, *ult. op. cit.*, 219, dubita della reale efficacia dell'art. 113, co. 14, TUEL, in termini di valorizzazione dell'assetto concorrenziale del mercato.

³⁸⁴ Id, *ult. op. cit.*, 242.

Così anche R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 2008, 163, il quale ritiene che le società miste costituiscano una scelta organizzativa di gestione.

Tuttavia, sul punto è doverosa qualche specificazione. Varone, sosteneva che, ai sensi della riforma del 2001, la società mista possedesse due anime: una di carattere prettamente privatistico nell'ipotesi di gestione del servizio pubblico, l'altra di indole più tipicamente pubblicistica, destinata ad operare esclusivamente nell'ambito della gestione delle reti. Proprio questa seconda affermazione non convince, in quanto si confida di aver già motivato che anche le società di gestione dei beni strumentali, ancorché proprietarie, non garantissero con certezza il rispetto del vincolo funzionale. Pertanto, anche con riguardo a questo secondo modello, si è rifiutata una lettura puramente pubblicistica, essendosi rinvenuti elementi a carattere lucrativo per quei soci pubblici non interessati direttamente alla gestione di reti, impianti e dotazioni.

³⁸⁵ Cons. St., sez. V, 30 agosto 2004, n. 5643, in *Urb. e app.*, 2005, 347 ss, con nota di G. MANGIALARDI, *Scelta del modello di gestione*, in cui il giudice amministrativo ha sostenuto che la scelta organizzativa di gestione sia inoppugnabile per carenza di situazioni soggettive da parte dei singoli operatori economici.

Di opinione opposta, Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543; Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 851 ss, con nota di A. CAROSELLI, *L'affidamento del servizio pubblico*, il che conferma la diversità di vedute in seno alla quinta sezione del Collegio.

legittimarne la *partnership* senza comminare un'intollerabile lesione all'assetto concorrenziale del mercato.

La soluzione di continuità rispetto al precedente regime normativo era facilmente riconoscibile: il diniego dell'obbligo di esternalizzazione del servizio a favore di società di capitali e, come detto, la reintroduzione di modelli di gestione propriamente pubblicistici. La scelta non risulta affatto incomprensibile, neppure a fronte delle molteplici lamentele avanzate dalle istituzioni comunitarie circa la facilità con cui l'ordinamento italiano aveva in passato garantito affidamenti in via diretta. Infatti, come già sostenuto, i rimproveri non erano tanto dovuti alla legittimazione di tale soluzione gestoria, quanto alla mancata procedimentalizzazione nella scelta del socio privato, il quale poteva liberamente partecipare alla società in assenza di una apposita gara. Pertanto, la previsione dei due strumenti pubblicistici nella erogazione del servizio non si poneva in contrasto con il diritto comunitario.

Se non emergevano decisive incertezze con riferimento al modello *in house*, i cui confini erano stati tratteggiati dal giudice europeo, qualche dubbio poteva sorgere con riferimento a quello della società mista³⁸⁶, il cui utilizzo sembrava, perlomeno in apparenza, contestato da un orientamento giurisprudenziale che aveva trovato discreta fortuna negli anni immediatamente successivi. Come è noto, dal 2005, la Corte di giustizia cominciò a negare l'affidamento diretto del servizio a società che non fossero a totale partecipazione pubblica³⁸⁷, ed anche a quelle che prevedevano nel proprio statuto la possibilità di un futuro ingresso di soggetti privati³⁸⁸. Tuttavia, le varie pronunce, nell'opporre il divieto, non prendevano affatto

³⁸⁶ Per una esauriente ricostruzione storica si rinvia a C. IAIONE, *Le società in house*, Napoli, Jovene, 2012, 144 ss.

³⁸⁷ Corte giust., 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2409 ss, con nota di S. VARONE, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*.

In commento alla medesima pronuncia si vedano anche i contributi di R. DE NICTOLIS, *La corte CE si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urb. e app.*, 288 ss; V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1004 ss; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 327 ss; F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 6, 1915 ss; C. GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 3, 271 ss; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato. Osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3, 666 ss.

In termini analoghi, anche Corte giust., 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*, in www.curia.eu, in cui la corte sostiene che anche lo 0,97% del capitale in mano pubblica escluda la configurabilità del controllo analogo; Corte giust., 10 novembre 2005, C-29/04, *Moodling*, in www.curia.eu; Corte giust., 18 gennaio 2007, C-220/05, in www.curia.eu.

Per una riflessione generale, si rimanda invece ad A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it, 2005.

³⁸⁸ Così C. giust., 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 2, 133 ss, con nota di G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*.

in considerazione se il socio privato fosse stato scelto o meno a seguito di confronto concorrenziale, il che costituiva un punto centrale in quanto era generalmente riconosciuto che la sua selezione con gara avrebbe escluso la lesione all'assetto concorrenziale in caso di affidamento diretto del servizio alla società mista³⁸⁹.

La conferma si trae dagli stessi motivi con cui la Corte di giustizia argomentava la propria posizione. Il divieto di affidamenti diretti era dovuto, stando ai dispositivi delle varie pronunce, ad un duplice ordine di ragioni³⁹⁰: la lesione della parità di trattamento tra le imprese, e l'inquinamento dell'interesse pubblico causato dalla presenza del privato. Se la prima argomentazione non convince perché è contraria al presupposto del ragionamento, ovvero che la gara per la scelta del socio privato esclude la violazione dell'assetto competitivo del mercato³⁹¹, la seconda era contestabile per altra via. Sembrava ingiusto impedire l'affidamento diretto del servizio sostenendo che la semplice presenza del socio privato fosse fonte di inquinamento dell'interesse pubblico dell'attività societaria. Come è stato più volte ritenuto, questa situazione poteva verificarsi anche nell'ipotesi di partecipazione dei soli soci pubblici, non sempre spinti da finalità istituzionali all'atto di sottoscrizione del contratto associativo. La motivazione appariva pretestuosa considerato che l'interesse pubblico poteva essere inquinato *in primis* da quelle stesse amministrazioni la cui partecipazione non era legittimata dal vincolo funzionale.

Né potrebbe sostenersi che, nell'ottica di contenere la proliferazione di società pubbliche, la cui costituzione era certamente incentivata dall'affidamento diretto, il timore fosse quello di assistere ad un utilizzo distorto del modello: si pensi all'ipotesi in cui la società mista fosse costituita con capitale pubblico irrisorio ed una massiccia partecipazione privata. Questa preoccupazione non sembrava particolarmente sentita in capo alle istituzioni europee

³⁸⁹ In questi termini, R. DE NICTOLIS, *ult. op. cit.*, 305, secondo cui l'obbligatorietà della gara nella scelta del socio privato nelle società miste garantisce egualmente il profilo concorrenziale e, di conseguenza, l'affidamento del servizio può avvenire in via diretta. L'A., inoltre, ricorda che la sentenza commentata (*Stadt Halle*) non si sofferma sulle modalità di scelta del socio privato nella mista, ma è evidente che questi non possa che essere selezionato con gara cosicché l'aspetto competitivo sia rispettato in quanto il momento concorrenziale viene anticipato, per l'appunto, alla scelta del socio. La conclusione incontra diversi pareri concordi. Tra questi, si ricorda quello di N. AICARDI, *Le società miste*, cit., 244 ss, il quale evidenzia che la Corte di giustizia non abbia valutato in alcun modo se il socio privato della società mista fosse stato scelto con gara o meno. Pertanto, non poteva *a priori* vietarsi l'affidamento diretto alla medesima società, a condizione che detto socio fosse selezionato a seguito di evidenza pubblica e gli fossero affidati compiti operativi. Opinioni simili si rinvencono in C.E. GALLO, *ult. op. cit.*, 343, secondo cui le sentenze citate non considerano la modalità di scelta del socio privato: l'eventuale gara assicurerebbe la compatibilità con l'assetto concorrenziale del mercato; così anche C. GUCCIONE, *ult. op. cit.*, 276; C. IAIONE, *Le società in house*, cit., 146.

Contra R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 187-189.

³⁹⁰ Questo è per lo meno il pensiero di C. IAIONE, *ult. op. cit.*, 144, che in questa sede si condivide.

³⁹¹ Questa conclusione trova conferme anche nella letteratura tradizionale sulle società pubbliche, che dunque non commenta espressamente l'orientamento della Corte di giustizia. Per tutti, si rinvia a R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2006, 126 ss.

in quanto, in una simile situazione, era intuitivo configurare la società in termini di soggetto terzo rispetto all'ente locale, con la conseguenza di escludere l'affidamento del servizio senza gara³⁹². Nel ragionamento della Corte era scontato che, per poter legittimare l'affidamento diretto, la partecipazione dell'ente locale fosse non esigua. Il che, del resto, si conciliava con il tentativo di rivitalizzare la natura di modello organizzativo del servizio della società mista, la cui *ratio*, a detta di alcuni³⁹³, consisteva nell'affidare al soggetto privato i compiti operativi nell'erogazione del servizio, benché il legislatore del 2003 non imponeva questa soluzione. In altre parole, sarebbe stato difficilmente pensabile un modello organizzativo del servizio con una partecipazione pubblica minima.

Nonostante la presa di posizione del giudice europeo, non si intravedevano opposizioni decisive all'utilizzo della società mista: la mancanza di un'attenta analisi sulle modalità della scelta del socio privato non consentiva di escludere gli affidamenti diretti a suo favore, pur con il gravame della condizione più volte ricordata.

La reintroduzione di moduli societari pubblicistici non era garanzia di tutela dell'interesse pubblico, e ciò non desta stupore, in quanto tale conclusione era stata raggiunta anche con riferimento al precedente regime giuridico delle società locali degli anni '90.

³⁹² E. MENICETTI, *Società per azioni multicomunale a partecipazione pubblica totalitaria e gestione di servizi pubblici locali*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2003, 2-3, 175. Del resto, questa posizione era stata già in precedenza considerata con riguardo a Tar Lombardia, Brescia, 4 aprile 2001, n. 222, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1127 ss, con commento di M. DUGATO, *L'affidamento diretto di servizi*, salvo per poi trovare alcune opposizioni nel Consiglio di Stato, il quale riteneva che la compagine pubblica fosse comunque in grado di garantire il controllo societario. A riguardo, Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2297, in *Cons. St.*, 2002, I, 907; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2003, 2-3, 159 ss. Nonostante l'autorevolezza del Collegio, sembra comunque che la posizione dallo stesso formulata dovesse essere rivisitata alla luce della presa di posizione della Corte di giustizia nella sentenza *Coname* che, come detto, negava l'affidamento diretto a fronte di una quota pubblica esigua.

Sul tema della esigua partecipazione degli enti locali è opportuna qualche considerazione. È evidente che, secondo quest'ottica, il rifiuto dell'affidamento diretto era motivato esclusivamente dall'esigenza di tutelare l'assetto concorrenziale del mercato, obiettivo primario delle istituzioni comunitarie. Ma è altrettanto chiaro che, al tempo stesso, la medesima situazione non veniva minimamente considerata sotto un altro punto di vista altrettanto rilevante, ovvero l'interesse pubblico legato al possesso della quota minima di proprietà dell'ente locale. Questo, pur non attuando una concreta influenza sul controllo societario, beneficiava presumibilmente del servizio svolto dalla società, garantendo alla propria comunità la soddisfazione dei bisogni del vivere civile. Pertanto, la società mista, benché criticabile sul profilo della tutela della concorrenza, assicurava il rispetto dell'elemento funzionale in relazione alle quote possedute dall'ente locale. L'esito non stupisce, poiché le esigenze della competizione nel mercato e quelle del governo dei servizi pubblici non necessariamente coincidono. In altre parole, si evidenzia che la costituzione di una società mista affidataria diretta del servizio con capitale pubblico locale minimo non avrebbe certamente assicurato una corretta competizione nel mercato dei servizi, anzi apparendo una creazione giuridica pretestuosamente rivolta ad aggirare le norme dell'evidenza pubblica per l'esternalizzazione del servizio. L'aggiramento della gara sarebbe stato furbescamente attuato in virtù della partecipazione dell'ente locale al capitale sociale, pur se l'affidamento diretto sarebbe stato garantito ad un soggetto, nella sostanza, privato. Tuttavia, dall'ottica del vincolo funzionale, una simile soluzione gestoria non avrebbe creato nessuna contraddizione: l'ente locale, benché possessore di una quota esigua, avrebbe comunque fruito del servizio.

In altre parole, attraverso queste semplici considerazioni, si sottolinea l'emblema delle problematiche emerse nel tema delle società pubbliche locali: la difficoltà di conciliare la tutela del bene "concorrenza" con un altro interesse altrettanto rilevante, ossia il vincolo funzionale nei contratti associativi degli enti locali.

³⁹³ N. AICARDI, *ult. op. cit.*, 250.

Neppure il legislatore del 2003, in modo analogo a quanto era avvenuto con riferimento alle pregresse esperienze normative, definiva un sistema in cui ogni ente locale socio fosse obbligato a perseguire le proprie finalità istituzionali mediante la partecipazione. Sotto questo punto di vista, dunque, non vi era alcuna novità rispetto alle problematiche già considerate sul profilo societario pubblico definito nel decennio precedente ed in seguito novellato nel 2001. In sostanza, vecchie domande per – come si vedrà – vecchie risposte. Se la previsione dell'affidamento diretto alla società mista imponeva nuovamente la gara per la scelta del *partner* privato, soluzione invece facoltativa secondo la disciplina del 2001 dato l'obbligo per la società pubblica di partecipare alla gara per gestire il servizio, tutte le altre contraddizioni precedentemente evidenziate erano irrisolte.

Si pensi alla definitiva affermazione della atipicità delle forme di gestione³⁹⁴; alla mancata definizione dei limiti funzionali degli enti locali partecipanti a società che svolgevano attività extraterritoriali; alla conseguente facoltà per le società locali di operare in aree geografiche completamente scollegate dall'influenza politica degli enti territoriali costitutori³⁹⁵, pur con l'obbligo della relativa gara; alla defunzionalizzazione dell'attività societaria. La conferma dell'atipicità escludeva l'obbligatorio svolgimento di compiti operativi da parte della società pubblica, con il conseguente avallo dello strumento della *holding*. La conferma dell'attività extraterritoriale, invece, se pur imponeva alle società di motivare i benefici che ne sarebbero derivati in capo alla comunità³⁹⁶, non vietava, al pari delle precedenti normative, un capitale pubblico formato anche da enti territoriali non interessati dalla resa del servizio. D'altronde, con riferimento a questi ultimi, l'onere in capo alla società di dimostrazione della capacità ad operare *extramoenia* non poteva che tradursi in vantaggi economici, in modo analogo a quanto accadeva in passato.

Da notare, inoltre, che tali questioni non incidevano sulle sole società miste, ma anche su quelle *in house*. Il generico richiamo al capitale pubblico totalitario consentiva la presenza di enti locali non interessati dal servizio ma che dovevano ugualmente motivare le ragioni della propria partecipazione. Non è audace ipotizzare che in quella situazione si facesse ricorso a risorse provenienti anche da tali soggetti al fine di reperire i fondi necessari. Ma è

³⁹⁴ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 355 ss, il quale ravvisa tra le cause del declino della tipicità nell'organizzazione dei servizi pubblici anche l'accresciuta sfera di autonomia degli enti locali a seguito della riforma costituzionale del 2001.

³⁹⁵ La lettura è confermata anche nel periodo storico cui si fa riferimento da diversi autori. Si veda M. DUGATO, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione della società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1051 ss, commento a Cons. St., sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756; G. PIPERATA, *ult. op. cit.*, 430 ss; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 2006, 255.

³⁹⁶ Cons. St., sez. V, 30 maggio 2005, n. 2576, cit.

inevitabile che permanessero tutte le contraddizioni in tema di funzionalizzazione dell'attività societaria.

Infine, persistevano delle difficoltà interpretative nel delimitare l'oggetto sociale³⁹⁷, ragion per cui la società locale continuava a sommare alla gestione del servizio pubblico anche lo svolgimento di attività strumentali, determinando così una cesura netta all'ingresso nel mercato per gli operatori necessari.

In definitiva, la riforma del 2003 dettava una linea ibrida. L'imprenditore pubblico, da un lato, rientrava in possesso della sua principale peculiarità; per l'appunto, l'affidamento diretto. Dall'altro, il grado di privatizzazione della sua capacità imprenditoriale non diminuiva, sia per le ragioni sinora esposte sia per l'amplessissima discrezionalità nella scelta dei tre modelli di erogazione del servizio; non si poteva cioè escludere *a priori* la scelta delle amministrazioni di competere sullo stesso piano dei privati³⁹⁸. La diversità rispetto al modello delineato nel 2001 era, per gli aspetti che in questa sede rilevano, marginale³⁹⁹. Se l'assimilazione tra la capacità imprenditoriale pubblicistica e quella privatistica veniva rinnegata dalla previsione di affidamenti diretti, nondimeno si confermava una netta disinvoltura nell'attività societaria, le cui conseguenze continuavano a riflettersi sull'ambito del principio di funzionalizzazione⁴⁰⁰. La stessa problematica godeva di un semplice temperamento con riguardo al modello *in house*, nel qual caso l'attività societaria era perlomeno riferibile nella sua parte più importante agli enti interessati che detenevano quote del capitale. La disciplina del 2003, pertanto, costituiva un «*ritorno al passato*⁴⁰¹» nel senso che rivitalizzava la natura di strumento organizzativo della società pubblica richiamando moduli pubblicistici, ma non risolveva né innovava le pregresse questioni circa la dequotazione del vincolo funzionale. Il piccolo passo compiuto non sembrava in alcun modo in grado di cancellare tutte le problematiche già segnalate sul tema, che comunque persistevano indipendentemente dal modello societario adottato.

³⁹⁷ Ne è conferma il fatto che il Consiglio di Stato continuasse a distinguere le due categorie sulla base dei soli criteri economici. A riguardo, si veda Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 8, 851 ss, con nota di A. CAROSELLI, L'affidamento del servizio pubblico, cit.

³⁹⁸ La riforma del 2003, si badi, non impediva agli enti locali, pur se la scelta non appariva rientrare nella logica dell'opportunità, di costituire società che concorressero con i privati nell'affidamento del servizio alla stregua di quanto avveniva stando alla disciplina del 2001. Nel qual caso, sarebbero riemerse tutte le problematiche sul vincolo funzionale già affrontate nei precedenti paragrafi.

³⁹⁹ F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., 96, afferma inoltre che l'affidamento diretto a società *in house* fosse comunque lecito anche a seguito dell'entrata in vigore della riforma del 2001, in quanto legittimato dai principi comunitari. Stando a questa tesi, pertanto, la distanza tra i due regimi giuridici sarebbe ancora più ridotta.

⁴⁰⁰ Giunge alla stessa conclusione M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 1054 ss, il quale evidenzia le difficoltà del giudice amministrativo nel bilanciare le esigenze dell'efficienza nella resa del servizio e gli oneri imposti dal principio di funzionalizzazione.

⁴⁰¹ M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 125.

La riproposizione delle stesse questioni già in precedenza considerate non meraviglia. La preoccupazione in capo al legislatore nazionale, ancora una volta, era assecondare un modello di gestione compatibile con le direttive europee in tema di tutela dell'assetto concorrenziale, unico oggetto degli atti di messa in mora da parte della Commissione. In questa prospettiva, la società pubblica doveva presentarsi non come un mero riflesso dell'attività istituzionale dell'ente locale, bensì un mezzo con cui svolgere un'attività economica in modo efficiente, senza che la sua costituzione determinasse uno spreco di risorse. A tal fine, la via più diretta era consentire un raggio d'azione flessibile, di modo che le differenze con gli operatori privati non fossero eccessive. Ma in questa necessità si annidava la frattura difficilmente riducibile con l'elemento funzionale, ovvero conciliare la necessità di rendere anche il soggetto locale un imprenditore competitivo con il perseguimento dei fini istituzionali che l'amministrazione locale deve assicurare⁴⁰². L'esigenza di governo dei servizi pubblici lasciava il posto, in maniera analoga a quanto era accaduto con la riforma del 2001, all'esigenza dell'apertura alla concorrenza del settore dei servizi pubblici locali. Del resto, l'adesione ad una nuova impostazione impone sempre l'abbandono di precedenti attitudini, ed il caso di specie non faceva eccezione⁴⁰³.

L'ineluttabile conclusione è che i servizi pubblici locali necessitano, nella definizione del relativo regime giuridico, di regole proprie del settore, e non solamente di quelle in tema di concorrenza⁴⁰⁴.

⁴⁰² E questo è, in sostanza, il problema su cui ha tentato di mediare il giudice amministrativo nella già citata pronuncia, Cons. St., sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 10, 1051 ss, con commento di M. DUGATO, *La concorrenza e l'extraterritorialità*, cit.

⁴⁰³ Si noti che difficilmente il Consiglio di Stato è, in passato, giunto a riconoscere l'affidamento del servizio alle società miste al di fuori del territorio per mero interesse patrimoniale. Tuttavia, si rinvencono comunque delle pronunce in tal senso. Si veda Cons. St., sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5845; Tar Lazio, sez. III, 26 marzo 2003, n. 2632; Tar Liguria, sez. I, 18 marzo 2004, n. 277. Tutte le sentenze sono reperibili al sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴⁰⁴ C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit., 349.

CAPITOLO 4

IL TORTUOSO PERCORSO DELLE SOCIETÀ LOCALI TRA SERVIZI PUBBLICI E SERVIZI STRUMENTALI: CONSIDERAZIONI DI SISTEMA

1. Qualche considerazione preliminare. 2 Le ultime riforme in tema di servizi pubblici locali: l'art. 23bis, d.l. n. 112/2008; l'art. 4, d.l. n. 138/2011; l'art. 34, d.l. n. 179/2012. Brevi cenni. 3. Un primo tentativo di contenimento della proliferazione delle società pubbliche locali: la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica ed attività di impresa di enti pubblici. 3.1. L'art. 13, d.l. n. 223/2006 tra tutela della concorrenza e del vincolo funzionale. 3.2. Un parallelismo tra società strumentali e società per i servizi pubblici locali: i problemi irrisolti attorno al vincolo funzionale. 3.3. Riflessioni sull'attuale vigenza dell'art. 13, d.l. n. 223/2006. 3.3.1. (*Segue*): Focus sulla situazione delle società miste strumentali. 4. L'art. 3, co. 27 e ss., l. n. 244/2007 (finanziaria 2008): un'importante svolta nel principio di funzionalizzazione dell'attività societaria locale. 4.1. (*Segue*): Il rapporto tra l'art. 3, co. 27, e l'attività puramente lucrativa. 4.1.2. (*Segue*): Il diritto positivo avalla (indirettamente) le società miste strumentali quali operatori economici *tout court*. 4.2. Nel "cuore" dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007: il legame tra partecipazione e finalità istituzionali, e l'espressa esclusione dei servizi di interesse generale. 5. Gli interventi normativi a tutela del risparmio di finanze pubbliche: l'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010. 6. Ancora nell'ottica della tutela del risparmio: l'art. 4, d.l. 6 giugno 2012, n. 95 (c.d. decreto in tema di *spending review*) e la conferma dell'intangibilità delle società di gestione dei servizi pubblici locali. 6.1. (*Segue*): La Corte costituzionale assolutizza il principio della tutela della concorrenza. 6.2. Sulle ceneri della politica di dismissione delle società strumentali *ex art. 4, d.l. n. 95/2012*. 6.2.1. (*Segue*): La confusione regna sovrana: apprezzabili (ma inutili) tentativi del legislatore nel ridefinire le politiche di dismissione. 6.2.2. Una breve postilla sulle società strumentali alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia. 7. Il processo in atto di razionalizzazione delle società pubbliche: qualche ulteriore spunto di riflessione suggerito dalla legge n. 190/2014 (legge di stabilità 2015)... 7.1. (*Segue*): ... e dal processo di riforma della pubblica amministrazione con il c.d. d.d.l. "Madia". Brevi considerazioni.

1. Qualche considerazione preliminare.

Sono state sinora sottolineate le agevolazioni per gli enti locali, a partire dai primi anni '90, nella costituzione di società, dovute in buona parte alla cieca fiducia del legislatore in tale strumento. Il fibrillante entusiasmo per un nuovo modello di amministrazione più snella e tendente verso (presunti) canoni efficientistici ha annebbiato lo spirito critico delle istituzioni

nazionali, offuscando le disarmonie che si insinuano inevitabilmente nell'incontro tra l'esperienza giuridica giuspubblicistica e giusprivatistica⁴⁰⁵. Si registrano due conseguenze.

Innanzitutto, all'inarrestabile proliferazione del modello societario, ritenuto di per sé sinonimo di amministrazione di qualità, si è affiancato il mancato controllo sul reale interesse degli enti locali nel parteciparvi. La fiducia nel modulo privatistico tradiva una devozione verso la società intesa come momento di sintesi tra scopo lucrativo ed interesse pubblico, ed un disinteresse sotto il profilo della legittimità della partecipazione dei singoli soci.

In seconda battuta, nel disordine fino ad ora descritto, in cui ogni ente locale aveva la possibilità di assumere partecipazioni in società estranee al proprio contesto istituzionale, si sono inseriti alcuni interventi del legislatore, apprezzabili sotto il tentativo innovatore, con l'obiettivo di ridefinire lo spazio di manovra delle amministrazioni locali nei contratti associativi. Il che non è certamente cosa di poco conto, poiché si è compresa la necessità di rivisitare i termini di partecipazione di Comuni e Province.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo del lavoro, le riforme hanno gradualmente condotto verso una prima soluzione: ostacolare gli enti locali nella costituzione e partecipazione in società, dipendentemente dall'oggetto sociale⁴⁰⁶. Ne sarebbe dovuta derivare una diminuzione del numero di società pubbliche locali. Tuttavia, la scelta effettuata ha indirettamente confermato l'impostazione considerata nei precedenti capitoli, in cui il vincolo funzionale delle partecipazioni societarie è fuoriuscito dai suoi naturali sentieri per volgere verso altre rotte. Infatti, le limitazioni non sono state generalmente stabilite per le società di gestione dei servizi pubblici ma, al contrario, per quelle esercenti attività amministrative con gli strumenti del diritto privato.

Le politiche di dismissione, dunque, sono state imposte *ex lege* su quest'ultimo versante, mentre su quello della gestione dei servizi pubblici locali l'ordinamento ha piuttosto evitato di tangere il complesso delle partecipazioni in mano pubblica. Questa scelta si può presumibilmente motivare con l'esigenza di mantenere un governo degli enti territoriali sui servizi a favore della collettività, altrimenti inattuabile a fronte di una politica di cessione delle quote societarie.

⁴⁰⁵ Per tutti, F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007; con specifico riferimento alla questione societaria, M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Quad. Ist. fed.*, 2011, 2, 5 ss.

⁴⁰⁶ Il riferimento è all'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248.

Per una lettura in tal senso, si veda M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 857.

Un'altra soluzione proposta dal legislatore è stata quella di delegittimare le partecipazioni non compatibili con le finalità istituzionali dell'ente locale⁴⁰⁷. L'attenzione si è così focalizzata non sull'attività societaria, ma sulle ragioni della partecipazione dei singoli enti locali soci, ossia sull'effettiva corrispondenza tra i motivi di stipulazione del contratto associativo e il soddisfacimento delle finalità istituzionali. La prospettiva è chiaramente differente benché, anche in questo caso, l'intervento normativo non si è rivolto alle società per la gestione dei servizi pubblici locali.

Nel prosieguo verranno analizzate le più importanti riforme che hanno ridisegnato l'attività societaria degli enti locali, dettando importanti vincoli e preclusioni, nell'intento di ridurre il numero delle compagini e regolarizzarne l'operato. Nel fare ciò, il legislatore ha fatto leva su diversi parametri: la chiusura del mercato, il rispetto delle finalità istituzionali, il risparmio di risorse pubbliche.

Prima di approfondire l'indagine in questa direzione, però, non si possono tralasciare alcune considerazioni sulle ultime riforme in tema di servizi pubblici locali, a partire dall'intervento "a gamba tesa" del legislatore nel 2008 con l'art. 23bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133⁴⁰⁸, cui sono seguiti gli interventi del 2011 e 2012; così

⁴⁰⁷ Il richiamo è all'art. 3, co. 27 ss., l. 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008).

⁴⁰⁸ La bibliografia sul tema è molto ricca. Tra i tanti, D. AGUS, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, 464 ss.; A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del d.l. 112/2008*, in *Urb. e app.*, 2009, 6, 742 ss.; G. BASSI, *Servizi pubblici locali e processi di liberalizzazione: la "controriforma" di fine estate. Commento al d.l. n. 135 del 25 settembre 2009*, in *App. e contr.*, 2009, 11, 8 ss.; J. BERCELLI, *L'attività consultiva dell'AGCM; sull'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: il caso delle farmacie comunali*, in *San. pubbl. e priv.*, 2009, 6, 65 ss.; A. CABIANCA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica, dalla rivoluzione permanente ad un equilibrio instabile*, in *Il dir. Reg.*, 2010, 1-2, 133 ss.; G. CHINÈ, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il corriere del merito*, 2009, 3, 237 ss.; L. CUOCOLO, *I servizi pubblici locali tra novità legislative ed iniziativa degli enti territoriali*, in *Quad. reg.*, 2009, 1, 23 ss.; ID, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5, 485 ss.; R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, 1109 ss.; M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 3, 505 ss.; ID, *I servizi pubblici locali (art. 23-bis)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 12, 1219 ss.; ID, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. qpp.*, 2010, 1, 41 ss.; B. GILIBERTI, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urb. e app.*, 2009, 2, 146 ss.; F. GUZZI, *Servizi pubblici locali e affidamento diretto a società miste*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2009, 9-10, 637 ss.; G. GUZZO, *La "travagliata" riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra incertezze legislative e codificazioni giurisprudenziali*, in *App. e contr.*, 2009, 8-9, 59 ss.; F. LILLI, *La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali*, in *Giust. amm.*, 2008, 3, 503 ss.; L. LUNGHI, *La riorganizzazione del sistema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2008, 7-8, 369 ss.; A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 261 ss.; C. MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, in *Munus*, 2011, 1, 143 ss.; F. MERUSI, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2009, 2-3, 571 ss.; ID, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 2, 413 ss.; S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. e app.*, 2011, 1, 49 ss.; M. NICO, *Servizi pubblici locali: parte la riforma, ma la concorrenza è una strada in salita*, in *Nuova rass.*, 2009, 2, 157 ss.; D. ROSATO, *I servizi pubblici locali alla luce della recente riforma: un passo avanti verso la concorrenza?*, in *Rass. avv. Stato*, 2008, 3, 71 ss.; G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 1,

da verificare se sono state risolte o meno le problematiche sul vincolo funzionale in precedenza segnalate.

Infine, sia consentita una precisazione di stile. La materia societaria è resa particolarmente complessa da molteplici interventi normativi tra loro sovrapposti, spesso di natura abrogativa, e declaratorie di illegittimità della Corte costituzionale. Il quadro giuridico di riferimento, oltre ad essere tuttora piuttosto incerto, ha risentito di notevoli cambiamenti, rendendo il lavoro di chi scrive tutt'altro che agevole. Pertanto, nel tentativo di facilitare il lettore, si segnala sin da ora che il cambio di tempi verbali è scelta ragionata e voluta: si utilizzerà un tempo passato per trattare di norme ad oggi non più in vigore, o comunque non integralmente in vigore, mentre il tempo presente indicherà delle analisi incentrate su disposizioni attualmente efficaci.

2. Le ultime riforme in tema di servizi pubblici locali: l'art. 23bis, d.l. n. 112/2008; l'art. 4, d.l. n. 138/2011; l'art. 34, d.l. n. 179/2012. Brevi cenni.

L'art. 23bis, d.l. n. 112/2008 ha introdotto una rigida gerarchia nella scelta dei moduli di gestione per i servizi pubblici locali, stabilendo la regola dell'esternalizzazione e dell'affidamento diretto del servizio alle società miste (co. 2, lett. a e b), previa scelta con gara del socio privato cui attribuire almeno il 40% delle quote societarie. Il modello *in house*, invece, è stato definito come meramente residuale, ovvero utilizzabile a condizione che non risultasse proficuo il ricorso ai due precedenti moduli. In tal caso, l'ente di riferimento doveva darne conto tramite una relazione da trasmettere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per un parere obbligatorio ma – è stato ritenuto – non vincolante⁴⁰⁹.

Ripercorrendo brevemente le evoluzioni successive della vicenda, si ricorda che l'intero art. 23bis è stato abrogato nel giugno del 2011 all'esito di un referendum indetto per iniziativa popolare; stando al pensiero dei promotori, i quali avevano coniato il poco tecnico

33 ss.; ID, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Ist. fed.*, 2009, 2, 325 ss.; G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Ist. fed.*, 2011, 2, 381 ss.; V. SATTA, *Potere regolamentare del governo e servizi pubblici locali a rilevanza economica nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *Il dir. econ.*, 2010, 1, 147 ss.; S. TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Munus*, 2011, 1, 69 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, 3, 339 ss.; R. URSI, *Il gioco del Monopoli e dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 2, 466 ss.; C. VITALE, *La gestione congiunta dei servizi pubblici locali. Novità legislative e tendenze del sistema*, in *Ist. fed.*, 2009, 3-4, 33 ss.;

⁴⁰⁹ Per tutti, M. DUGATO, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, cit., 50.

ma certamente persuasivo slogan “acqua bene comune”, la norma avrebbe stigmatizzato il carattere pubblico del servizio idrico. La Corte costituzionale, nell’ammettere il referendum con sentenza del 26 gennaio 2011, n. 24, ha ricordato che l’eventuale vittoria del “sì” avrebbe determinato una evidente lacuna normativa nelle modalità di scelta del gestore dei servizi pubblici locali, colmabile facendo riferimento ai principi europei. In parole concrete, gli enti locali avrebbero potuto scegliere tra diverse modalità di gestione (aggiudicazione a terzi a seguito di gara, società mista, società *in house*) senza essere obbligati *ex lege* a preferire un modulo ad un altro.

Come è noto, la volontà popolare si è espressa in favore dell’abrogazione.

La vicenda è poi proseguita con la riproposizione da parte del Governo Berlusconi, pochi mesi dopo la consultazione popolare, di una norma di analogo tenore a quella abrogata. L’art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, ha dettato una disciplina che non si discostava da quella bocciata dall’esito referendario, se non per l’espressa previsione di non riferirsi al servizio idrico, su cui invece era centrato il referendum, e per una maggiore attenzione alla concorrenza *nel mercato* anziché *per* il mercato. Troppo poco per la Corte costituzionale che, con sentenza 20 luglio 2012, n. 199, ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 4 e delle sue successive modifiche – su tutte quelle operate con l’art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27 – per violazione dell’art. 75 Cost., e cioè per violazione dell’esito referendario⁴¹⁰.

Ne sono conseguiti la riaffermazione dei principi europei, a suo tempo richiamati dallo stesso Giudice delle leggi, quali strumento di orientamento nella scelta del gestore del servizio pubblico locale e, qualche mese dopo, una nuova riforma adottata con art. 34, co. 20 ss., d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, norma tuttora in vigore, sostanzialmente riproductiva degli insegnamenti della Corte, la quale ha prudentemente evitato qualsiasi riferimento ad un assetto gerarchico nella scelta delle modalità gestorie. .

Queste tribolate vicissitudini saranno accompagnate da qualche considerazione più tecnica nel prosieguo del lavoro, da collegare all’evoluzione del regime delle società locali⁴¹¹.

⁴¹⁰ Per una ricostruzione più approfondita dell’intero percorso, L.R. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell’autonomia locale*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 906 ss.; I. RIZZO, *Brevi considerazioni a seguito dell’abrogazione dell’art. 23-bis l. 133/2008*, *ibidem*, 899 ss.; J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 155 ss.; A. AZZARITI, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011*, in *Ist. fed.*, 2011, 3, 29 ss.; G. BASSI, F. MORETTI, *L’assetto dei servizi pubblici locali dopo i referendum abrogativi – Una ricostruzione del quadro ordinamentale*, in *Azienditalia*, 2011, 8, inserto.

⁴¹¹ Per una panoramica più generale sulle sistema delle società pubbliche in quel periodo nel nostro ordinamento, si segnala il lavoro di A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 8, 889 ss.

Per ora, l'*excursus* storico è utile per ricostruire, ricollegandosi a quanto considerato nel precedente capitolo, se le riforme dei servizi pubblici locali nel quadriennio 2008-2012 hanno apportato interessanti novità rispetto a quelle del 2001 e del 2003. In particolare, l'interrogativo è se l'art. 23bis e gli interventi successivi hanno risolto le problematiche sopra segnalate circa il difetto del vincolo funzionale non solo con riguardo alle società di gestione del servizio, ma anche a quelle delle reti; ovvero non abbia mostrato utilità alcuna in tal senso.

Le seguenti riflessioni saranno volutamente sintetiche, data l'opportunità di dare maggiore spazio a questioni più attuali.

L'art. 23bis intendeva chiaramente favorire gli operatori economici privati, dipingendo un quadro assai più sfavorevole per la gestione pubblicistica dei servizi. È vero che il modulo di gestione esternalizzato è stato posto in via di principio sullo stesso piano della società mista. Tuttavia, il *favor* per l'imprenditore privato era evidente anche in questa seconda ipotesi: la previsione di una cessione delle quote a suo favore non inferiore al 40%, unita all'obbligo di assumere il ruolo di socio d'opera, è stata piuttosto sintomatica in tal senso.

Il legislatore si era mosso nell'ottica di strutturare il mercato dei servizi pubblici locali in termini fortemente concorrenziali, e nel fare ciò ha ritenuto opportuno stigmatizzare l'intervento del soggetto pubblico e, di contraltare, agevolare quello del privato. La logica pro-concorrenziale ha trovato conferma nel comma 9, con cui è stato fatto divieto alle società che in Italia o all'estero gestivano un servizio in virtù di un affidamento diretto di partecipare ad altre gare, perché altrimenti avrebbero determinato uno squilibrio partendo da una posizione di vantaggio (l'affidamento ottenuto senza gara).

Già da queste poche battute si intuisce come il legislatore del 2008 non abbia risolto i problemi in precedenza segnalati delle riforme del 2001 e del 2003, in quanto non è in alcun modo intervenuto sul versante del principio di funzionalizzazione: non ha cioè stabilito alcun obbligo di collegamento tra la partecipazione societaria e le finalità istituzionali dell'ente socio. Non deve trarre in inganno il fatto che la norma in questione ha svantaggiato l'imprenditoria pubblica: in tutti i casi in cui il modulo della società mista veniva utilizzato, o comunque nell'ipotesi residuale di società *in house*, continuava a difettare una norma che subordinasse l'acquisizione di quote ad un effettivo soddisfacimento dei bisogni della collettività di riferimento. Anzi, viene da pensare che la relazione stilata dall'ente locale da sottoporre al parere obbligatorio dell'AGCM (comma 4), con cui dimostrare l'inefficacia del ricorso al mercato, fosse ben più persuasiva là dove la società a capitale interamente pubblico sommasse la forza economica di più amministrazioni locali partecipanti, indipendentemente dall'effettivo ottenimento della prestazione per ciascun ente socio.

Certamente, la presunzione che la *deminutio* dell'imprenditoria pubblica garantisca un più efficace assetto competitivo del mercato è opinabile: aldilà di questo, è innegabile il totale disinteresse nei confronti del vincolo funzionale nell'attività societaria.

Il risultato non sembra mutare neppure considerando che il comma 7 affidava alle Regioni ed agli enti locali il compito di definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo, e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto. La definizione dell'area, in modo analogo a quanto accade oggi con l'art. 3*bis*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, attuale norma di riferimento per gli ambiti territoriali ottimali di gestione del servizio⁴¹², non imponeva il vincolo tra l'appartenenza geografica al bacino e la partecipazione societaria. Così dicendo, non si vuol certo ridurre la natura locale ad una mera connotazione topografica⁴¹³. Tuttavia, la mancanza del divieto di ricomprendere nel bacino (anche) enti geo-politicamente estranei non poteva essere ignorata.

La questione non è diversa se si pensa alla disciplina delle reti⁴¹⁴.

Il comma 5 dell'art. 23*bis* stabiliva infatti la regola della proprietà pubblica delle stesse, la cui gestione poteva essere affidata a soggetti privati.

È stata così introdotta una importante novità rispetto alla precedente regolazione dell'istituto, rinvenibile nell'art. 113 TUEL, così come modificato nel 2003 e nel 2001. Nella versione del 2003, l'art. 113, co. 13, TUEL, prevedeva la possibilità di conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, definendone l'incandidabilità. Ancora prima, nel testo riscritto dall'art. 35, l. n. 448/2001, l'art. 113, co. 13, stabiliva la possibilità di cedere le reti e gli altri beni strumentali a società di capitali di cui gli enti locali detenevano la maggioranza del capitale, previsione condita anche in questo caso dall'incandidabilità. È perciò evidente che nel corso di pochi anni, il regime della proprietà delle reti ha subito importanti variazioni: dall'ammissibilità del partenariato pubblico-privato, passando per la società a capitale interamente pubblico, si è giunti infine con l'art. 23*bis*, co. 5, d.l. n. 112/2008 ad imporre la proprietà delle stesse ai soli

⁴¹² Per uno studio recente sugli ambiti territoriali ottimali si rimanda a A.M. ALTIERI, *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 12, 1191 ss.; L. PASSERI, *L'organizzazione dei servizi pubblici locali fra tutela della concorrenza ed efficienza della spesa pubblica*, in *Munus*, 2012, 3, 547 ss.

⁴¹³ Cfr. G. ROSSI, *ult. op. cit.*, 382.

⁴¹⁴ Un approfondito studio sul regime delle reti è stato svolto da G. DELLA CANANEA, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus*, 2011, 1, 103 ss.

Per una ricostruzione del concetto di rete, R. GOSO, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore dei soggetti proprietari delle reti*, in *Urb. e app.*, 2008, 5, 609 ss.

soggetti pubblici, escludendo dunque la possibilità che società, e cioè soggetti formalmente privati, pur a capitale pubblico totalitario, potessero detenerne delle quote.

Ritenuto che l'abrogazione dell'art. 23*bis* esclude una reviviscenza dell'art. 113, co. 13, TUEL⁴¹⁵ – non c'è dunque l'obbligo di terminare eventuali procedimenti di dismissione non ancora conclusi – occorre concentrarsi sulle conseguenze dell'esclusiva proprietà pubblica delle reti.

Il passaggio delle partecipazioni azionarie dalla società (pur a capitale interamente pubblico) all'ente obbligava al reperimento delle risorse necessarie per eseguire la transazione. Di qui il bisogno di ricercare la liquidità attingendo anche da altre amministrazioni se quelle interessate in via diretta alla prestazione non disponevano dei fondi sufficienti per riacquisire le azioni. Era cioè lecito cedere le quote ad altre amministrazioni nei cui confini non era posizionato nessun segmento del bene strumentale⁴¹⁶. Le vecchie problematiche già segnalate nel precedente capitolo non solo non erano state risolte, ma venivano amplificate perché l'appartenenza pubblica delle reti non ammetteva alcuna deroga (salva la possibilità di una loro gestione, con relativa assunzione di oneri di mantenimento, ai privati).

In definitiva, così come nella gestione dei servizi pubblici, anche con riguardo al regime delle reti, dotazioni ed impianti, si sono create le condizioni per agevolare gli enti locali (ma anche le amministrazioni in genere) alla stipula di contratti associativi svincolati dal principio del vincolo funzionale, il cui motivo non poteva che rinvenirsi nel mero investimento economico. Il che non desta eccessivo stupore: l'apertura al modulo societario – oramai è una costante – ha determinato una serie di inconvenienti sotto questo profilo, non risolti ma anzi amplificati.

Non si giunge a diversa conclusione considerando la normativa con cui il legislatore ha tentato di ripristinare la disciplina vigente prima dell'abrogazione dell'art. 23*bis*.

La riforma dell'agosto del 2011, attuata con l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, in seguito modificato dall'art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, non ha modificato i termini della questione dettando un

⁴¹⁵ Sulla non reviviscenza di norme abrogate da disposizione poi abrogata si tornerà più puntualmente in seguito. Per ora, tra i tanti, a riguardo si vedano le conferme di G. ROSSI, *ult. op. cit.*, 381.

⁴¹⁶ Giunge ad una analoga conclusione, pur non focalizzando le proprie valutazioni sul vincolo funzionale, C. VITALE, *ult. op. cit.*, 592, la quale addita come problematica conseguente al frazionamento del capitale sociale fra più enti locali il venir meno del controllo analogo, nel senso che non ogni ente socio è in grado di esercitare tale controllo sulla società. Tuttavia, come lo stesso A. rileva (572 ss.) la giurisprudenza sia nazionale sia europea già in quegli anni cominciava ad essere univoca nell'ammettere un controllo analogo congiunto.

regime sostanzialmente identico a quello bocciato dalla volontà popolare⁴¹⁷. Aldilà del paradigma della gestione liberalizzata (comma 1), la disciplina degli altri moduli – l’affidamento in via esclusiva a seguito di gara (comma 8), la società mista in cui il socio privato operativo veniva scelto tramite evidenza pubblica (comma 12), ed in via del tutto residuale la società *in house* a condizione che il valore del servizio non superasse i 200.000 euro (comma 13) – si è completamente disinteressata delle problematiche di cui sopra. E questo perché l’art. 4, d.l. n. 138/2011 e successive modificazioni, in modo analogo all’art. 23bis, d.l. n. 112/2008, si preoccupava solamente di definire da un punto di vista gerarchico le modalità di gestione del servizio pubblico, senza curarsi di disciplinare gli *assets* partecipativi.

Analoga conclusione insiste sul regime delle reti, in quanto l’art. 4, co. 28, d.l. n. 138/2011, si è limitato a stabilire che «*ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati*», per la quale dunque possono richiamarsi le stesse considerazioni svolte sull’art. 23bis, co. 5.

Infine, nulla è cambiato neppure a seguito della definizione dell’ultima riforma, attuata con l’art. 34, co. 20 ss., d.l. n. 179/2012, consistente in un intervento minimo⁴¹⁸, passivamente riproduttivo degli insegnamenti forniti dalla sentenza n. 199/2012⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Utili riferimenti bibliografici sull’art. 4, d.l. n. 138/2011, e successive modifiche del 2012, scritti da autorevoli studiosi possono rinvenirsi nell’opera collettanea di M. DUGATO, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissione e gestione*, Bologna, BUP, 2014. Ancora, a riguardo, V. ANTONELLI, *Il risultato referendario e l’attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevista dal d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, conv. con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Il dir. econ.*, 2011, 3-4, 695 ss.; G. BASSI, *Qualche considerazione sulla riproposta normativa generale in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *App. e contr.*, 2011, 11, 8 ss.; M. CASAVECCHIA, *I servizi pubblici locali dopo il referendum del giugno 2011. Art. 4 del d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011, poi ancora modificato dall’art. 9 della l. n. 183/2011 e dall’art. 25 del d.l. 1/2012*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2012, 9, 39 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2900 ss.; E. FURNO, *La “never ending story” dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella legge n. 148/2011*, in *Rass. dir. pubbl. eu.*, 2012, 1, 131 ss.; L. LONGHI, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la l. 148 del 2011 (c.d. “decreto di Ferragosto”) ed il d.l. n. 1 del 2012*, in *Rass. dir. pubbl. eu.*, 2012, 1, 267 ss.; S. MAROTTA, *Stato “versus” società. I servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta*, in *Munus*, 2012, 2, 439 ss.; L.R. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell’autonomia locale*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 906 ss.; G. PIPERATA, *La “manovra di agosto”. La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1, 23 ss.; ID, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 33 ss.; C. SABETTA, *La riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità*, in www.federalismi.it; R. SECONDO, C. VIVANI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, in *Urb. e app.*, 2012, 1, 39 ss.; C. VIVANI, *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: si definisce il quadro della riforma del Governo Monti*, in *Urb. e app.*, 2012, 5, 511 ss.; M.G. VIVARELLI, *La maledizione dei servizi pubblici locali: le ulteriori modifiche normative a distanza di pochi mesi*, in *App. e contr.*, 2012, 5, 44 ss.; C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 11, 3549 ss. .

⁴¹⁸ M. MIDIRI, *ult. op. cit.*, 147.

⁴¹⁹ Per qualche riferimento bibliografico su tale norma si segnalano i lavori di G. BASSI, *Il nuovo quadro ordinamentale generale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *App. e contr.*, 2013, 1-2, 8 ss.; J.

Il difetto di coordinamento tra partecipazione dell'ente locale e finalità istituzionali non è stato risolto con l'introduzione di nuove norme in tema di società locali (di cui *infra*), le quali anzi hanno generalmente escluso dal proprio ambito di applicazione le società di gestione dei servizi pubblici. Esse sono rimaste estranee da una serie di disposizioni introdotte gradualmente dal legislatore nel nostro ordinamento dal 2006, che pure hanno talvolta esercitato un certo ascendente sul vincolo funzionale.

Negli ultimi anni, è mancato un timoniere in grado di indicare le condizioni in cui gli enti locali possono partecipare o meno, in ossequio ai propri compiti istituzionali, a tale modulo societario. Questo anzi risulta difficilmente governabile, in balia di venti soffiati dalle istituzioni europee, convinte di dover e poter plasmare (anche) i servizi pubblici locali sul principio di concorrenza⁴²⁰. Questo obiettivo implica inesorabilmente la minor cura per un altro scopo: agire per adempiere ai propri compiti istituzionali.

In assenza di rigidi vincoli, le società di gestione dei servizi pubblici continuano a fluttuare nel mare senza una bussola che le orienti verso i motivi di interesse pubblico, imprescindibili in qualunque settore le amministrazioni agiscano⁴²¹.

3. Un primo tentativo di contenimento della proliferazione delle società pubbliche locali: la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica ed attività di impresa di enti pubblici.

Ciò premesso, si analizzeranno le diverse disposizioni legislative per la riduzione dei complessi societari.

BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 155 ss.; M. NICO, *Le società partecipate dagli Enti locali*, Rimini, Maggioli, 2013, 155 ss.; M. MIDIRI, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1, 133 ss.; L.R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locsl. Il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 679 ss.; C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto Lazzaro. Ma è vera resurrezione?*, in www.giustamm.it, 2013; ID, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, *ibidem*, 2013; F. ZAMMARTINO, *Problemi e prospettive in materia di gestione dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, *ibidem*, 2013.

⁴²⁰ A riguardo, si vedano le riflessioni di G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali*, cit., 36 ss.

⁴²¹ Dunque, anche a distanza di anni, come si confida di motivare nel prosieguo, ha ragione M. CAMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim., app.*, 2003, 513 ss., secondo cui le società di gestione dei servizi pubblici locali veleggiavano verso rotte autonome.

Una svolta di indubbia importanza nel settore delle società pubbliche si è avuta con l'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248⁴²². La norma, ha impedito la costituzione e la partecipazione per gli enti locali in misura indiscriminata, cioè in assenza di un apposito collegamento con le proprie necessità. Tanto è vero che le società a capitale totalmente pubblico o misto di produzione di beni o servizi strumentali, oltre ad avere oggetto esclusivo, possono operare solamente a favore degli enti costituenti o affidanti, senza in alcun modo rivolgere le proprie prestazioni a favore di altri soggetti, né tramite affidamento diretto né con gara. L'obiettivo finale, in ossequio al dato letterale della norma, è la tutela della concorrenza e del mercato⁴²³. Per completezza, si segnala che la norma è stata in parte modificata, in un primo momento, all'atto della conversione del decreto in legge, con l'espressa esclusione dal suo ambito di applicazione dei

⁴²² Sul tema, G. BASSI, *Le società strumentali delle regioni e degli enti locali: qualche puntualizzazione a due anni dalla disciplina speciale* (parte I), in *App. e contr.*, 2009, 1, 55 ss, parte II, *ibidem*, 2009, 3, 64 ss; ID, *I nuovi limiti dell'intervento pubblico in economia: qualche riflessione sul piano giuridico ed economico-aziendale a seguito della conversione del decreto sulle liberalizzazioni e delle prospettive di riforma nel settore dei servizi pubblici locali*, in *App. e contr.*, 2006, 5, 16 ss; G. BELLONI, *I nuovi affidamenti di attività pubbliche serviziate dal DL «Bersani» nei gruppi societari*, in *Azienditalia*, 2007, 7, 513 ss; G. CAIA, *Norme per la riduzione degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *Giust. amm.*, 2007, 4, 705 ss; M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, Cedam, 2008; L. MANASSERO, *Profili problematici dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, in tema di affidamenti in house*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; R. MANGANI, *Il decreto Bersani resuscita l'in house?*, in www.giustamm.it; ID, *Spa miste, il decreto Bersani apre agli affidamenti in house*, in *Edilizia e territorio*, 2006, 41, 10 ss; D. MASETTI, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del "decreto Bersani")*, in *Giust. amm.*, 2008, 1, 107 ss; S. MUSOLINO, *L'art. 13 del decreto-Bersani: quale futuro per il modello della società mista?*, in *Urb. e app.*, 2007, 12, 1515 ss; I. PAGANI, *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Urb. e app.*, 2008, 9, 1172 ss; S. ROSTAGNO, *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ovvero della deriva dell'interpretazione dell'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani) lontano dai principi del trattato Ue e dai modelli comunitari di collaborazione tra pubblico e privato*, in *Giust. amm.*, 2008, 4, 42 ss; ID, *L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani: prime indicazioni della giurisprudenza e prime perplessità*, *ibidem*, 2007; ID, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, in *ibidem*, 2006; M. SPASIANO, *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, in www.giusamm.it; A. VIGNERI, *Tutela della concorrenza e organizzazione amministrativa. Sulle recenti iniziative del Governo*, in *Astrid*, Rassegna n. 34, 2006, www.astrid-online.it.

⁴²³ Il testo originario dell'art. 13, d.l. n. 223/2006, recitava nel seguente modo: «1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. 2. Le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1. 3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori dodici mesi. 4. I contratti conclusi in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli».

servizi pubblici locali⁴²⁴. Successivamente, ulteriori modificazioni sono state apportate sia dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296⁴²⁵ (finanziaria 2007), sia dall'art. 48, l. 23 luglio 2009, n. 99⁴²⁶.

La *ratio* è chiaramente quella di delimitare gli ambiti del mercato in cui le società locali possono operare, così da porre un argine alla loro proliferazione; al contempo, l'intento è evitare che l'aggiudicazione di un servizio in un mercato protetto generi degli squilibri all'atto della partecipazione ad altre procedure ad evidenza pubblica. L'ulteriore effetto consiste nell'incentivare la presenza sul mercato di imprenditori privati che, altrimenti, incontrerebbero significativi svantaggi a causa della presenza dell'operatore economico pubblico.

⁴²⁴ A seguito della conversione, sono state aggiunte nel primo comma le seguenti parole: «*o partecipate*»; «*in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali*»; «*Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società od enti*». Al terzo comma, secondo periodo, sono state inserite le parole «*nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica*»; le parole «*dodici mesi*» sono state sostituite dalle parole «*diciotto mesi*»; è stato inoltre aggiunto l'ulteriore periodo: «*I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma*». Al quarto comma, sono aggiunte le seguenti parole: «*dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*»; è infine stato aggiunto il seguente periodo: «*Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione perfezionate prima della predetta data*»

⁴²⁵ «*All'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, sono apportate le seguenti modifiche: a) al comma 3, primo periodo, le parole "12 mesi" sono sostituite dalle seguenti "ventiquattro mesi"; b) al comma 3, secondo periodo, sono soppresse le seguenti parole: "da collocare sul mercato secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori 18 mesi"; c) al comma 4, secondo periodo, la parola "perfezionate" è sostituita dalla parola "bandite"*»

⁴²⁶ Secondo tale ultima norma, «*all'articolo 13, comma 1, primo periodo, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, dopo le parole: "degli operatori" sono inserite le seguenti: "nel territorio nazionale", la parola: "esclusivamente" è soppressa e dopo le parole: "società o enti" sono aggiunte le seguenti: "aventi sede nel territorio nazionale"*».

Pertanto, il testo integrale della disposizione, al netto delle modifiche effettuate in sede di conversione in legge, e delle ulteriori apportate dall'art. 1, co. 720, l. n. 296/2006, nonché dall'art. 48, l. n. 99/2009, recita nel seguente modo: «(1). *Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, ne' in affidamento diretto ne' con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società od enti.* (2). *Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.*(3). *Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma.* (4). *I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data*».

L'art. 13 del decreto Bersani si è iscritto dunque in un processo di revisione della capacità giuridica degli enti locali.

Nel perimetrarne l'attività societaria, la norma ha stabilito l'obbligo di dismissione delle partecipazioni illegittimamente acquisite o detenute⁴²⁷, ovvero l'obbligo di procedere allo scorporo delle attività non consentite⁴²⁸; ipotesi tra loro chiaramente alternative nell'ottica dello snellimento del complesso aziendale in mano pubblica⁴²⁹. Dopo aver assistito per anni

⁴²⁷ B. CARAVITA DI TORITTO, *È veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani I?*, in *federalismi.it*, 2007, 9, si mostra piuttosto scettico sulla previsione legata alla dismissione delle partecipazioni azionarie, attività ritenuta obbligatoria. Infatti, in tal senso, l'obbligo per gli enti locali di dismettere causerebbe giocoforza una diminuzione di valore delle quote, con conseguente danno erariale.

⁴²⁸ Per una puntuale ed approfondita analisi della normativa in tema di scorporo e cessione delle partecipazioni illegittimamente detenute, D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni locali*, cit., 99 ss.

Con riferimento alla cessione, Florenzano sottolinea la possibilità, non l'obbligo, di cedere le quote mediante una procedura ad evidenza pubblica. Pertanto, a condizione che ne sussistano le ragioni (ad esempio l'indizione dell'incanto andato deserto), è lecito procedere anche con trattativa privata. Circa lo scorporo (104 ss), invece, l'A. ritiene non soddisfacente l'idea del trasferimento (totale o parziale) del complesso aziendale dalla società conferente a quella conferitaria in cambio dell'acquisizione da parte della prima di partecipazioni sociali della seconda. Infatti, in tal caso, non si verificherebbe ciò che l'art. 13 auspica, ossia un "dimagrimento" della società dedicata. Per queste ragioni, Florenzano preferisce individuare nel termine "scorporo" un sinonimo di scissione ex art. 2506 c.c., che consenta di trasferire in tutto o in parte il proprio patrimonio ad una società esistente o di nuova costituzione, con la contestuale diretta assegnazione delle partecipazioni ai soci della società scissa. Quest'ultima risulterebbe un'operazione assai vantaggiosa perché consentirebbe alla società strumentale di privarsi con una sola azione e delle partecipazioni conseguenti al trasferimento sia delle attività non consentite. Florenzano, tuttavia, conclude sostenendo che l'ampio significato attribuibile alla disposizione non suggerisce un'unica strada. Al contrario, la norma consentirebbe più operazioni idonee al raggiungimento del risultato, ossia lo "stralcio" delle attività dal compendio aziendale.

S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, cit., § 8, ritiene di dover nettamente distinguere tra dismissioni e scorporo. Mentre la prima incide sulla compagine sociale, il secondo investe il patrimonio della società. Ciò detto, l'A., in maniera simile a quanto sostenuto da Florenzano, sostiene che lo scorporo integri una serie di operazioni straordinarie, in particolare la scissione totale o parziale della società a favore di una o più società preesistenti e/o di nuova costituzione. È, invece, rifiutata la tesi di scorporo inteso come distacco di cespiti patrimoniali in favore di una società conferitaria che dia in cambio una partecipazione azionaria. Anche Rostagno, dunque, al pari di Florenzano (che scrive giustappunto di "dimagrimento"), rifiuta questa lettura dello "scorporo", in quanto contraria ad uno snellimento della società, logica sottesa all'art. 13. Ancora, Rostagno propone un ulteriore punto di vista. La scissione è ritenuta l'ipotesi più plausibile perché i destinatari delle quote sono i soci della società madre; al contrario, nel caso di scorporo inteso come distacco il destinatario è la sola società scissa. Il che confligge con il divieto di partecipazioni ex art. 13, co. 1.

R. MANGANI, *Spa miste, il decreto Bersani apre agli affidamenti in house*, in *Ed. e terr.*, 2006, 41, 12, non intravede, nell'ipotesi della cessione, altra soluzione se non la procedura ad evidenza pubblica, rifiutando dunque la trattativa privata. Tuttavia, l'A., in conformità alle due precedenti tesi riportate, qualifica lo scorporo in termini di scissione societaria: per cui alla società scissa dovrebbe attribuirsi la parte di patrimonio della società originaria costituito da contratti con soggetti terzi e dalle partecipazioni in società o enti. Questa operazione, secondo il pensiero di Mangani, deve poi essere finalizzata alla collocazione sul mercato della società scissa.

Da segnalare, inoltre, anche le riflessioni di G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, cit., 716, il quale evidenzia come a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, co. 720, l. n. 296/2006, che ha soppresso le parole «da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 [...], entro ulteriori 18 mesi» la società separata non deve essere più obbligatoriamente dismessa come si stabiliva invece in precedenza.

⁴²⁹ S. ROSTAGNO, *ult. op. cit.*, § 8.1., secondo cui la messa in liquidazione (dismissione) è, per l'appunto, alternativa rispetto alla cessione a terzi dell'azienda. Il che si ricava facilmente dal dato letterale della disposizione: il legislatore, infatti, utilizza il verbo "possono", non "debbono" per regolare le operazioni descritte.

alla proliferazione delle società, il legislatore ha posto effettivi limiti, delineando così una prima netta inversione rispetto al precedente *trend* legislativo.

Aldilà della consapevolezza di doverne ridurre il numero, le ragioni si rinvencono in un preciso antefatto: l'orientamento giurisprudenziale europeo richiamato nel capitolo precedente, con cui la Corte di giustizia aveva limitato gli affidamenti *in house*, precludendone la resa a favore di quelle società pubbliche che vantavano partecipazioni private minime, o anche solo potenziali⁴³⁰. È vero che l'art. 13 si è posto in discontinuità con il predetto orientamento, avendo nuovamente legittimato l'affidamento diretto (anche) a società miste, nonostante le critiche comunitarie sul punto⁴³¹. Tuttavia, la norma, vincolando il mercato delle società strumentali, ha di fatto impedito che si concretizzasse il vero timore della Corte: l'inquinamento dell'interesse pubblico da parte del socio privato⁴³². È stato dunque accolto l'invito della giudice europeo, benché l'ordinamento abbia utilizzato un diverso meccanismo. Il partenariato è stato salvaguardato consentendo l'affidamento diretto a società miste e delineando un mercato chiuso, così da contenere il numero delle società e frenare i minacciosi istinti imprenditoriali del *partner* privato.

L'intuizione è certamente felice.

Peraltro, il vero problema consisteva nell'elevato numero delle compagini, non nell'inquinamento dell'interesse pubblico: come già in precedenza segnalato, la distorsione poteva essere causata anche da un ente pubblico (territoriale) non appositamente interessato alla resa del servizio, ma ai soli ricavi.

Proseguendo nell'analisi della disposizione, un aspetto fondamentale riguarda il profilo oggettivo di applicazione dell'art. 13: la limitazione dell'attività societaria è stata dettata con riferimento alle sole società strumentali, non invece per quelle legate alla gestione dei servizi pubblici locali. Il giudice amministrativo ha da subito chiarito che le prime producono un servizio volto a rispondere alle necessità dell'amministrazione, mentre le seconde sono direttamente serventi la collettività⁴³³. L'espressa esclusione di queste ultime è

⁴³⁰ Il riferimento è chiaramente rivolto al filone inaugurato con la sentenza *Stadt Halle*, Corte giust., 11 gennaio 2005, C-26/03, descritto nel capitolo precedente, il cui obiettivo era chiaramente ridurre il numero delle società *in house* presenti sul nostro territorio. Infatti, l'utilizzo italiano dello strumento in questione non è avvenuto secondo le modalità suggerite dalle istituzioni europee, ossia come attuazione interna di un servizio con gli strumenti di cui l'amministrazione dispone. Al contrario, è generalmente stato utilizzato come elemento per aggirare il confronto concorrenziale con altri operatori economici.

⁴³¹ R. MANGANI, *Il decreto Bersani resuscita l'in house?*, cit.

⁴³² Si rimanda ancora a quanto riportato all'interno del capitolo precedente, § 3.1.2.

⁴³³ In giurisprudenza, la linea di *discrimen* tra società strumentali e società per la gestione dei servizi pubblici locali è stata individuata nel fatto che le prime sono costituite per rivolgere la propria attività alla pubblica amministrazione, mentre le seconde al pubblico. Sul punto, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, in *Urb. e app.*, 2009, 741 ss, con nota di A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del c.l. 112/2008*; Tar Lazio, Roma, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514,

stata decisa – come anticipato – al momento della conversione in legge: per alcuni tale scelta era già desumibile dal testo originario del decreto legge⁴³⁴, per altri la previsione non poteva che estendersi ai servizi pubblici locali⁴³⁵, mentre per altri ancora è stato opportuno per togliere ogni dubbio sulle intenzioni del legislatore, non immediatamente intuibili⁴³⁶.

Ne discende una prima intuitiva considerazione.

L'art. 13 del decreto Bersani è disposizione avulsa dall'ambito sinora indagato dei servizi pubblici. La riforma ha stigmatizzato la possibilità per gli enti locali di stipulare una particolare categoria di contratti associativi, legittimandoli *a contrario* a continuare a costituire e partecipare in società garanti dei bisogni della comunità di riferimento. La cesura tra le due distinte tipologie di partecipazioni societarie, quelle meritevoli di dismissione e quelle tollerate, ha condotto ad un interessante risultato. La distinzione manichea tra servizi pubblici e servizi strumentali è stata smorzata solo in parte dalla perdita dei confini certi delle due categorie, a causa della lettura marcatamente economica resa ai primi dalle istituzioni europee⁴³⁷. La contrapposizione ha trovato un nuovo terreno di scontro⁴³⁸. Non più, e non solo, quello delle differenti modalità di svolgimento della procedura ad evidenza pubblica

in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. III, 14 aprile 2008, n. 3109, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Veneto, sez. I, ord. 7 maggio 2008, n. 305, in *Urb. e app.*, 2008, 9, 1172 ss, con nota di I. PAGANI, *Società pubbliche e mercato*, cit.; Tar Lazio, 14 maggio 2008, n. 4064, *ibidem*; Tar Veneto, sez. I, 31 marzo 2008, n. 788, in *Foro amm. TAR*, 2008, 687; Tar Piemonte, sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2676, in *Foro amm. TAR* 2008, 10, 2678; Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in *Giur. it.* 2007, 12, 2880.

⁴³⁴ B. CARAVITA di TORITTO, *È veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani I?*, cit.; L. MANASSERO, *Profili problematici dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006*, n. 223, in *tema di affidamenti in house*; S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, cit., afferma che l'esclusione dei servizi pubblici locali era comunque evincibile anche prima della conversione in legge perché era presente la locuzione «*in funzione di tali attività*».

⁴³⁵ M. SPASIANO, *Nuovi limiti alle società pubbliche nel decreto Bersani*, cit.

⁴³⁶ D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 43 ss.

⁴³⁷ Per tutti, sulla difficoltà di individuare, a seguito dell'avvento delle imposizioni europee sul punto, un confine certo tra ciò che è servizio pubblico e ciò che non lo è, nonché sull'estensione del concetto di servizio pubblico, volto a ricomprendere anche attività marcatamente economiche, R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., *passim*; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, Cedam, 1998, *passim*.

⁴³⁸ In termini parzialmente discordanti, M. LIPARI, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, cit., 116-117, il quale evidenzia innanzitutto la riproposizione, da parte del legislatore, del delicato tema di distinzione tra le due categorie. Tuttavia, Lipari prospetta uno spazio applicativo dell'art. 13 del decreto Bersani relativamente esiguo, in considerazione del diffuso orientamento volto a dilatare il concetto di servizio pubblico locale.

È evidente il riferimento a quell'orientamento giurisprudenziale, oramai diffuso da anni, che individua la categoria del servizio pubblico non sulla base del suo significato metagiuridico di soddisfazione delle esigenze della collettività, bensì su un dato puramente economico legato alle modalità di retribuzione.

In giurisprudenza, negli ultimi anni, *ex multis*, Tar Lombardia, Brescia, sez. 26 febbraio 2003, n. 292; Tar Lombardia Milano, sez. III, 4 settembre 2004, n. 3242; Tar Lazio, sez. II, 6 settembre 2005, n. 6581; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6581 Tar Liguria, 7 aprile 2006, n. 343; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333 Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, Consiglio di Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; Tar Abruzzo 25 maggio 2011, n. 293; Consiglio di Stato, 24 marzo 2011, n. 1784; Tar Campania, sez. I, 3 maggio 2012, n. 2014; Tar Puglia, sez. I, 4 aprile 2012, n. 665; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 febbraio 2013, n. 1555; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 18 aprile 2013, n. 363; Tar Marche, sez. I, 8 novembre 2013, n. 808.

nella scelta del contraente⁴³⁹, ma anche, ed in special modo, la definizione di un regime giuridico distinto tra i due modelli societari.

Il che è stato ribadito dalla stessa Corte costituzionale all'atto della declaratoria di legittimità dell'art. 13. Tale norma non nega né limita la libertà di iniziativa economica degli enti locali, ma pone semplicemente le condizioni per un suo esercizio distinto dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione ritenuta dal legislatore lesiva della concorrenza⁴⁴⁰. Secondo la Consulta – e la questione appare decisiva benché costituisca un semplice *obiter dictum* all'intero della decisione – è necessario distinguere tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società di capitale che operano per conto di una pubblica amministrazione) e attività di impresa di enti pubblici⁴⁴¹ (consistente nell'erogazione di servizi a favore degli utenti), al fine di evitare che un soggetto esercitante operazioni del primo tipo svolga al contempo operazioni del secondo, beneficiando dei privilegi di cui può godere in quanto pubblica amministrazione. In concreto, non è compatibile con l'assetto concorrenziale del mercato l'aggiudicazione in via diretta di un servizio strumentale cui consegua la partecipazione a gare per l'ottenimento di altri servizi (pubblici o strumentali)⁴⁴². E ciò per il sol fatto che, grazie all'affidamento senza la procedura ad evidenza pubblica, l'affidatario godrebbe di una posizione di vantaggio nella competizione rispetto agli altri operatori economici, agendo in mercati in cui le società pubbliche opererebbero come soggetti imprenditoriali al di fuori dell'ambito territoriale di riferimento⁴⁴³.

È stata così confermata, da un lato, l'incompatibilità delle attività strumentali con il mercato; dall'altro, quantomeno per un biennio circa⁴⁴⁴, la compatibilità con il medesimo della gestione dei servizi pubblici locali (previo affidamento diretto)⁴⁴⁵.

⁴³⁹ Il richiamo è chiaramente volto alla distinzione tra applicazione pedissequa delle norme della direttiva 92/50, sostituite dalle direttive 2004/17 e 2004/18, poi confluite nel d.lgs. n. 163/2006, ed applicazione dei soli principi della procedura ad evidenza pubblica nella scelta del contraente.

⁴⁴⁰ Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326, con nota di R. URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, 11 ss.

⁴⁴¹ Osserva A. BARTOLINI, *ult. op. cit.*, che la contrapposizione non è nuova al momento in cui la Corte si pronuncia, ma rientra nella più generale dicotomia appalti pubblici di servizi-appalti di servizi pubblici, laddove i primi sono rivolti a soddisfare direttamente esigenze dell'ente pubblico, mentre i secondi quelle della collettività.

⁴⁴² Così anche Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *Foro amm. CDS* 2008, 12, 3389, con nota di E. SCAGLIONE, *L'attività extra-territoriale delle società miste: le esigenze della collettività locale prevalgono sulla libertà imprenditoriale*.

⁴⁴³ R. URSI, *ult. op. cit.*, 12.

⁴⁴⁴ Si anticipa il riferimento all'art. 23bis, co. 9, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, norma che avrebbe ritenuto distorsive della concorrenza anche le attività *extramoenia* di gestione dei servizi pubblici locali a condizione che la società avesse ottenuto il primo servizio mediante un affidamento diretto.

Per una breve, ma incisiva, riflessione sul punto, si veda A. BARTOLINI, *ult. op. cit.*, 746.

⁴⁴⁵ *Contra*, ma in modo assolutamente isolato nel panorama giurisprudenziale, Tar Sardegna, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371, in *Foro amm. TAR* 2008, 7-8, 2251, secondo cui l'esclusività dell'oggetto sancito dall'art. 13 del decreto Bersani si deve estendere anche nei confronti delle società per la gestione dei servizi pubblici locali.

È bene infine ricordare che la Corte ha legittimato la compressione della capacità di agire degli enti locali⁴⁴⁶, facendo leva sulla riconducibilità della disposizione alle materie di tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile⁴⁴⁷.

In definitiva, la pronuncia ha segnato un fondamentale passaggio per il diritto societario pubblico, delineando una dicotomia che è divenuta spartiacque di regimi giuridici differenti. Infatti, il legislatore ha in seguito continuato a riferirsi alla contrapposizione per dettare discipline distinte a seconda dell'oggetto sociale della compagine⁴⁴⁸.

Non rimane che da indagare le conseguenze che ne sono derivate sul rapporto tra partecipazione degli enti locali e vincolo funzionale. Nel prosieguo dell'analisi, al fine di individuare eventuali analogie o differenze in tale rapporto, vi sarà un costante confronto tra la disciplina delle società dei servizi strumentali e le società dei servizi pubblici locali. Preme sin da ora ricordare che nei passaggi in cui si farà riferimento all'affidamento diretto del servizio, non vi sarà alcuna distinzione da fare tra i due moduli, poiché le deroghe alla concorrenza pretendono le medesime condizioni in entrambe le ipotesi⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ E. SCAGLIONE, *L'attività extraterritoriale delle società miste: le esigenze della collettività locale prevalgono sulla libertà imprenditoriale*, cit., 3394, non ravvisa nessuna illegittimità nella predetta compressione. L'A., infatti, è concorde con le conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale secondo cui le società strumentali svolgono non attività di impresa, bensì attività amministrativa. Non è possibile individuare alcuna lesione all'attività economica, dato che tali società svolgono operazioni che, per l'appunto, non sono imprenditoriali. Non può, perciò, configurarsi nessuna violazione della libertà di iniziativa economica degli enti locali.

⁴⁴⁷ Sempre stando a quanto stabilito da Corte cost. n. 326/2008, l'inibizione della capacità negoziale delle società strumentali e l'ampiezza del loro oggetto sociale rientrano nella materia dell'ordinamento civile, di cui all'art. 117, co. 1, lett. l), Cost.

La dicotomia è stata poi successivamente riproposta anche da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, con commento di S. LOMBARDI, *Società pubbliche e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2009, 8, 942 ss.

⁴⁴⁸ Il riferimento è, ancora una volta, all'art. 3, co. 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244, il quale esclude espressamente dalla propria disciplina le società istituite per la produzione di servizi di interesse generale, ad oggi equiparati nella sostanza ai servizi pubblici; o ancora si pensi all'art. 4, co. 3, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135, pure oggi abrogato dall'art. 1, co. 562, lett. a), l. n. 147/2013, che ha espressamente escluso dal proprio ambito di applicazione le società che erogano servizi in favore dei cittadini.

⁴⁴⁹ N. AICARDI, *Le società miste*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, 245, il quale, richiamando anche la nota sentenza Carbotermo, ricorda che, nel linguaggio della Corte di giustizia, la regolazione degli affidamenti diretti non distingue tra appalti e concessioni.

Così anche M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. Eu.*, 541, secondo cui «la legittimazione dell'affidamento diretto non dipende dalla natura e dalla particolare disciplina giuridica di una certa prestazione, bensì dall'autonomo e sufficiente presupposto della strumentalità»; S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, cit., § 7.

3.1. L'art. 13, d.l. n. 223/2006 tra tutela della concorrenza e del vincolo funzionale.

La logica di fondo dell'art. 13 del decreto Bersani è stata rinvenuta nella protezione dell'assetto concorrenziale del mercato. Una differente conclusione, o perlomeno una rivisitazione dell'assunto, sembra inutile alla luce dell'*incipit* della norma.

Tuttavia, ad un più approfondito esame, i dubbi e le incertezze aumentano, considerate anche alcune posizioni sia del giudice amministrativo sia degli esponenti della migliore dottrina. Nel primo caso, le granitiche certezze del testo di legge sono state incrinata da un parere del Consiglio di Stato, che ha richiamato, aldilà della tutela della concorrenza, ulteriori beni giuridici salvaguardati. Su tutti, il principio di efficienza e trasparenza dell'agire amministrativo che, declinati sulle società *in house*, enfatizzano il suo ruolo funzionale al perseguimento di interessi generali, distinti da quelli industriali e commerciali⁴⁵⁰.

Circa la dottrina, il deciso richiamo del legislatore alla salvaguardia della competizione economica non ha inibito delle critiche incentrate sul contrasto tra alcuni aspetti dell'art. 13 con le dichiarate finalità.

I dubbi sono stati sollevati sotto diversi profili. Vi era chi non comprendeva le ragioni della chiusura del mercato per le sole società locali e non quelle nazionali o comunque partecipate da enti pubblici, con l'effetto di un distinto regime giuridico anche per i soci privati⁴⁵¹; oppure chi non era convinto dell'obbligo di operare esclusivamente con gli enti costituenti, partecipanti, affidanti, laddove le richieste europee circa la tutela dell'assetto concorrenziale del mercato si fermano alla pretesa di prevalenza⁴⁵²; o ancora chi intravedeva

⁴⁵⁰ Cons. St., sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322, in *Urb. e app.*, 2007, 12, 1515 ss, con nota di S. MUSOLINO, *L'art. 13 del decreto-Bersani: quale futuro per il modello della società mista?*, in cui si legge che «*la finalità dell'intervento [...] è quella di porre rigidi paletti all'appalto in house allo scopo di eliminare le alterazioni e distorsioni della concorrenza che questo strumento ha determinato negli ultimi anni, ma anche – e soprattutto – dell'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Esso è in linea con la recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea che negli ultimi anni [...] ha ripetutamente sottolineato che la vera natura della società in house è quella di un soggetto che opera dentro la pubblica amministrazione, ed è funzionale al perseguimento di interessi generali, ben diversi da quelli industriali e commerciali*».

⁴⁵¹ M. CAMELLI, M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 349-350, benché comunque i due A., p. 352, non ignorano, ed anzi richiamano, anche l'intenzione letterale del legislatore.

⁴⁵² A. BARTOLINI, *ult. op. cit.*, 743, secondo cui, e la dichiarazione è sostenuta da un richiamo alla sentenza *Carbotermo*, non convince l'obiettivo della tutela della concorrenza perché l'esclusività della attività con l'ente di riferimento non è del tutto conforme ai parametri europei. Stando a questi ultimi, infatti, sarebbe sufficiente nel modello *in house* la semplice prevalenza dell'attività. Il rinvio all'esclusività non si concilia perfettamente con l'*imprinting* concorrenziale e, riproponendo le parole dell'A., non sembra giustificato alla luce dei principi comunitari in tema di salvaguardia della competizione nel mercato.

Sempre con riguardo alle critiche al fattore dell'esclusività, in termini analoghi, si veda B. CARAVITA, *È veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani I*, cit.

Simili considerazioni sono state, inoltre, riproposte anche dalla Regione Valle d'Aosta nel ricorso promosso innanzi alla Corte costituzionale, poi pronunciata con sentenza n. 326/2008, in cui la stessa denunciava una logica anticoncorrenziale nell'impedire a società a capitale pubblico totalitario o misto di operare sul mercato, anche tramite gara.

Ciò premesso, sia consentita una breve osservazione sul punto.

nel decreto Bersani un primo apprezzabile tentativo di impedire la creazione ed il mantenimento di partecipazioni societarie lontane dalle finalità istituzionali⁴⁵³; ovvero chi dubitava della compatibilità con la disciplina europea della limitazione della capacità imprenditoriale causata dalla natura giuridica dell'ente⁴⁵⁴. Tanto è vero che alcuni hanno ipotizzato un richiamo di mera opportunità al tema della concorrenza al fine di aggirare problematiche costituzionali sul riparto della potestà legislativa⁴⁵⁵, dato che sin dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 272/2004 tale materia rappresenta un efficace richiamo per giustificare l'invasività delle norme statali.

Ciò considerato, si dubita che la tutela dell'assetto concorrenziale – fine che comunque non vuole ora essere negato⁴⁵⁶ – sia il solo scopo raggiunto, più o meno consapevolmente, dal legislatore⁴⁵⁷.

La rigida delimitazione territoriale dell'attività ha delineato una evidente soluzione di continuità se confrontata con il regime allora vigente in tema di servizi pubblici locali⁴⁵⁸, se non altro perché il Consiglio di Stato continuava a sostenere, in sintonia con il passato, che le società per la gestione dei servizi a favore della collettività – in special modo le miste – potevano operare liberamente a livello *extramoenia*. A condizione che ciò non distogliesse le risorse necessarie per lo svolgimento della propria missione istituzionale; e che vi fosse il

Non sembra del tutto corretto tacciare l'art. 13 di incompatibilità con la disciplina europea di deroga alla concorrenza. La norma legittima l'affidamento diretto in favore di società a capitale totalmente pubblico, che tuttavia non necessariamente coincidono con il modello *in house*. La mancata coincidenza non è solo dovuta alla pretesa di esclusività dell'attività anziché di prevalenza. Infatti, stando agli orientamenti della Corte di giustizia, ed in particolare alla sentenza *Carbotermo*, la totalità del capitale in mano pubblica non configura necessariamente il controllo analogo. In altre parole, la società a capitale interamente pubblico di cui all'art. 13 può essere, ma non necessariamente è, *in house*. Dunque, perde di consistenza la critica secondo cui l'art. 13 detta una disciplina contrastante con i dettami europei in tema di concorrenza, poiché non sembra volerne ripercorrere le tracce. La riflessione induce a ritenere che in realtà, il legislatore nazionale abbia voluto regolare *in primis* non la tutela della concorrenza, ma un distinto bene giuridico, quale è il principio di funzionalizzazione, come si tenterà di specificare nel prosieguo della ricerca.

Per ora, basti considerare che la società *in house* "all'italiana" è *in se* uno strumento utilizzato spesso utilizzato in modo distorto rispetto alle regole comunitarie: limitarne l'utilizzo non significa necessariamente tutelare la concorrenza: al contrario, può significare segnare i confini entro cui questa può agire, così da predefinirne l'operato.

⁴⁵³ Osserva C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO, (a cura di), *ult. op. cit.*, 117, che la *ratio* dell'art. 13 del decreto Bersani è quella di frenare l'esercizio di attività imprenditoriali da parte delle amministrazioni impedendo la creazione ed il mantenimento di partecipazioni in società lontane dalle finalità istituzionali

⁴⁵⁴ M. LIPARI, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Il corriere del merito*, 2007, 1, 112.

⁴⁵⁵ *Id.*, *ult. op. cit.*, 112-113.

⁴⁵⁶ D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 25, sottolinea, nonostante le perplessità sull'effettivo conseguimento del fine dichiarato, che sia difficile negare un collegamento tra la tutela della concorrenza e l'art. 13 del decreto Bersani.

⁴⁵⁷ *Contra*, Tar Piemonte, sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2676, in *Foro amm. TAR* 2008, 10, 2678, secondo cui «*esclusivamente in tale prospettiva [al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità tra gli operatori...] la medesima [art. 13] deve essere interpretata*».

⁴⁵⁸ Nel 2006 era ancora in vigore la riforma attuata con art. 14, d.l. n. 269/2003 affrontata in precedenza.

tangibile riscontro di una utilità, non risolta in un mero ritorno di carattere economico⁴⁵⁹. Nulla di nuovo, dunque.

Questa conferma, però, rimarca l'importanza della riforma dei servizi strumentali, in special modo con riguardo alla chiusura del mercato per le società affidatarie in via diretta. Il che poteva dare luogo a scomodi problemi. Infatti, vi era timore che la delimitazione dell'operato, benché rivolta ad agevolare l'imprenditoria privata, potesse generare un rimprovero da parte della Corte di giustizia⁴⁶⁰ per una sproporzionata compressione della capacità di agire degli enti locali. In altre parole, si è dubitato della compatibilità della disposizione con i principi in tema di libertà di iniziativa economica e di parità tra gli operatori economici⁴⁶¹.

A ben vedere, le incertezze sulla compatibilità con l'ordinamento europeo potevano facilmente risolversi ammettendo – come del resto fatto anche dal Giudice delle leggi nella pronuncia n. 326/2008 – che le società strumentali, sia *in house* sia miste, fossero moduli organizzativi interni delle amministrazioni⁴⁶², piuttosto che dei moduli imprenditoriali. Questa sembrava una intelligente scappatoia per legittimare l'affidamento diretto del servizio dopo che la Corte di giustizia nell'anno precedente (2005) aveva inaugurato il nuovo orientamento giurisprudenziale di cui al *leading case Stadt Halle*.

Il passo successivo, a questo punto, è valutare se la soluzione suggerita dalla Consulta sia condivisibile o meno.

Alcuni elementi contrastavano con questa lettura. Ad esempio, il solo affidamento diretto non poteva di per sé risultare sufficiente per qualificare le società strumentali come

⁴⁵⁹ Per tutte, Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *Foro amm. CDS* 2008, 12, 3389.

⁴⁶⁰ G. STANCARELLI, I. MOSCARDI, R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 340, sottolineano che la Corte di giustizia, nella nota sentenza *Carbotermo*, 11 maggio 2006, C-340/04 aveva in realtà legittimato lo svolgimento di attività societaria al di fuori del territorio degli enti di riferimento, ipotizzando dunque che il divieto sancito dall'art. 13 sia di dubbia compatibilità con gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria.

In termini analoghi, mostra perplessità anche S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, cit., §7, non convinta della bontà di limitare la capacità imprenditoriale delle società miste.

⁴⁶¹ S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, in www.giustamm.it, §. 7; A. BARTOLINI, *ult. op. cit.*, 743, secondo cui è anticoncorrenziale, e cioè in contrasto con i dettami comunitari, escludere del tutto dal mercato la società dirette affidatarie del servizio.

⁴⁶² Sulla considerazione delle società *in house* e miste di cui all'art. 13 come strutture inserite nell'ambito dell'ordinamento ed organizzazione amministrativa, G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, cit., 714.

Aveva, inoltre, denunciato la natura delle società strumentali quale modulo di organizzazione dell'attività amministrativa, ben prima della pronuncia della Corte costituzionale n. 326/2008, D. MASETTI, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del "decreto Bersani")*, cit., 111-112.

moduli di organizzazione interna⁴⁶³, in quanto ne beneficiavano anche le società per la gestione dei servizi pubblici locali (miste e *in house*) che, come si confida di aver dimostrato, avevano oramai assunto da qualche tempo le vesti di vere e proprie realtà imprenditoriali. Ancora, secondo l'ottica comunitaria⁴⁶⁴ per entrambe le tipologie societarie, nonostante qualche presa di posizione in senso contrario⁴⁶⁵, era preferibile che il socio privato fosse socio operativo⁴⁶⁶ selezionato a seguito di apposita gara⁴⁶⁷, valutazione poi confermata anche in sede nazionale dalla celebre sentenza dell'Adunanza plenaria 3 marzo 2008, n. 1⁴⁶⁸. E poco importa che nella prassi questo fattore non sempre fosse rispettato⁴⁶⁹. In via di principio, la

⁴⁶³ Si deve comunque ammettere che autorevole dottrina ha in realtà sostenuto che l'affidamento diretto del servizio sia un elemento centrale nel definire la società pubblica quale modulo di organizzazione interna. A riguardo, G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, cit., 708-713, secondo cui le società strumentali sono tali per il solo fatto che ottengono l'aggiudicazione del servizio in assenza di un confronto competitivo.

⁴⁶⁴ Il modello delineato per la società mista dalla giurisprudenza e comunitaria e nazionale, in cui il socio privato deve essere scelto con gara e cui devono essere attribuiti compiti operativi, non dipende dall'oggetto sociale, ovvero dal fatto che la società gestisca servizi pubblici o servizi strumentali. Questa interpretazione trova conforto, oltre che nella lettura del Libro verde in seguito annotato, anche nella presa di posizione del giudice amministrativo. Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, in *Foro amm. CDS*, 2008, 9, 2506 ss, in cui si sostiene che «il modello delle società miste è previsto in via generale dall'art. 113 comma 5, lett. b) d.lg. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 14 d.l. n. 269 del 2003 [...] tale modello vale anche al di fuori dei servizi pubblici locali»; con ciò lasciando intendere che la gara per la scelta del socio privato, e la contestuale attribuzione di compiti operativi, dovrebbero valere anche con riferimento alle società miste strumentali.

⁴⁶⁵ S. ROSTAGNO, *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ...*, cit., 45, sottolinea secondo il regime di cui all'art. 13 è indifferente che i soci privati vengano scelti senza gara. L'affermazione, benché l'A. non lo specifichi, si spiega probabilmente alla luce del fatto che l'art. 14, d.l. 269/2003, allora vigente ed applicabile alle sole società per la gestione dei servizi pubblici, prevedeva tale obbligo nella selezione del *partner* privato. Ne è stato dedotto, dunque, che la mancata previsione nell'art. 13 del decreto Bersani suggerisce di ritenere questo adempimento facoltativo. La stessa tesi è formulata in ID, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, cit., § 1. Un pensiero simile è sviluppato da G. BASSI, *Le società strumentali delle regioni e degli enti locali: qualche puntualizzazione a due anni dalla disciplina speciale (I parte)*, in *App. e contr.*, 2009, 1-2, 67, il quale ritiene che nelle società strumentali non è ammessa la presenza di soci, amministrazioni pubbliche regionali o locali, meri finanziatori.

⁴⁶⁶ Sui compiti operativi che il socio privato è chiamato a svolgere, S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 2012, 158 ss.

⁴⁶⁷ Commissione dell'Unione europea, Libro verde sul partenariato pubblico-privato, 30 aprile 2004, COM (2004), § 58. Il Libro verde, per espressa ammissione dello stesso, si applica sia agli appalti sia alle concessioni di servizi, ragion per cui queste deduzioni sembrano riferibili anche ai soci privati all'interno delle società strumentali.

E così anche Commissione CE, COM (2005), 569, Comunicazione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni.

Favorevole alla gara per la scelta del *partner* privato nelle società strumentali anche A. BARTOLINI, *ult. op. cit.*, 743, in *Urb e app.*, secondo cui, questi deve essere sempre scelto con gara e deve rivestire il carattere di socio industriale. A queste condizioni, la società miste, anche laddove svolga servizi strumentali alle esigenze dell'amministrazione, non può considerarsi distorsiva della concorrenza.

⁴⁶⁸ Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 93 ss., con nota di M.G. PULVIRENTI, *Recenti orientamenti in tema di affidamenti in house*.

Per un altro commento sulla sentenza, si rinvia a R. ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 8, 1017 ss.

⁴⁶⁹ R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.* 2005, 1, 188-189, evidenzia che la società mista, secondo i dettami europei, attribuirebbe al partner privato il ruolo di socio operativo, al fine di fornire un *know how* adeguato. Urssi, tuttavia,

doverosa attribuzione al *partner* di compiti gestionali⁴⁷⁰ scoraggiava la considerazione delle società strumentali quali moduli di organizzazione interna.

Di contraltare, vi sono alcuni aspetti dell'art. 13 che stonavano con la qualifica societaria.

Innanzitutto, l'esclusività dell'oggetto sociale è stata additata come elemento di per sé contrastante con le finalità pro-concorrenziali⁴⁷¹, chiaramente caratterizzanti il modello societario. Inoltre, la netta limitazione territoriale disincentivava il socio privato ad abbandonarsi alle sue naturali pulsioni imprenditoriali⁴⁷², anestetizzando così il timore di inquinamento dell'interesse pubblico a causa della sua partecipazione⁴⁷³.

A maggior ragione, questa evenienza era esclusa laddove – e nei fatti questa situazione talvolta si verificava⁴⁷⁴ – il socio privato vantava il ruolo di mero finanziatore: la gestione dell'attività sotto il profilo squisitamente tecnico in capo all'ente locale escludeva giocoforza qualsiasi distorsione dell'interesse pubblico⁴⁷⁵. Difficilmente poteva richiedersi uno sforzo gestionale così marcato al socio pubblico nelle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali visti i profili di extraterritorialità; al contrario, l'onere non sembrava insormontabile nell'ambito delle società strumentali vista la costrizione ad operare in un ambito territorialmente ridotto. Né si rilevano contrasti decisivi con la lettura della Consulta nella sentenza n. 326/2008: l'attività amministrativa in forma privatistica eseguita dalla società strumentale non precludeva lo svolgimento dei compiti operativi da parte del socio pubblico⁴⁷⁶.

rileva che nel nostro ordinamento la società mista è stata spesso strutturata in altro modo, escludendo tale obbligo. Ragion per cui, il socio privato si presentava talora quale mero finanziatore.

⁴⁷⁰ M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 860 qualifica il socio privato della società mista quale un appaltatore vero e proprio prima che un partner dell'amministrazione.

⁴⁷¹ A. BARTOLINI, *ult. op. cit.*, 745, secondo cui l'oggetto sociale esclusivo non risulta conforme allo spirito concorrenziale ma anzi cagiona uno spreco di risorse pubbliche.

Contra, Cons. St., sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322, in *Urb. e app.*, 2007, 12, 1516, con nota di S. MUSOLINO, *L'art. 13 del decreto Bersani*, cit., in cui i giudici di Palazzo Spada sostengono che, stando all'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia, il concetto di prevalenza è stato interpretato in modo crescentemente restrittivo. Tanto è vero che, secondo la previsione resa nel parere, la tutela della concorrenza pretenderà in futuro un'attività dal carattere sostanzialmente esclusivo. Il richiamo è alla sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, C-340/04, in cui al punto 62 viene utilizzata l'espressione «sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale in questione».

⁴⁷² M. CAMMELLI, M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 350, denunciano la penuria di incentivi del socio privato nella partecipazione alla società.

⁴⁷³ Il rimando è ancora al *leading case* di *Stadt Halle*.

⁴⁷⁴ Il rimando è ancora a R. URSI, *ult. op. cit.*, 188-189, già sopra annotata.

⁴⁷⁵ Si ricorda, inoltre, che, richiamando quanto sostenuto nel precedente capitolo, il discorso circa la distorsione dell'interesse pubblico da parte del socio privato non convince, per una semplice ragione. Di frequente, un simile interesse caratterizzava gli stessi soci di natura pubblica.

⁴⁷⁶ Qualche incertezza sul vero ruolo del socio privato, inoltre, può emergere anche confrontando il dettato dell'art. 13 con quello dell'art. 23bis, co. 2, lett. b), d.l. 23 giugno 2008, n. 112, che sarebbe stato di lì a breve promulgato. La specificazione della gara a doppio oggetto per le società miste nello svolgimento dei servizi

Considerate le diverse letture, la qualifica delle società strumentali come modulo di organizzazione interna trova la più efficace conferma nei limiti all'extraterritorialità⁴⁷⁷, specialmente se si confronta questo impedimento con la disciplina delle società per la gestione dei servizi pubblici locali, legittimate ad operare oltre i confini⁴⁷⁸. Del resto, anche autorevole dottrina ha escluso elementi di incostituzionalità nella compressione della capacità di agire degli enti locali⁴⁷⁹, rinvenendo nell'art. 13 del decreto Bersani una disposizione di stampo organizzativo, e non di valorizzazione imprenditoriale.

Inoltre il *focus* sul profilo organizzativo pare confermato anche dalle modalità di pagamento. La *ratio* dell'esclusione dei servizi pubblici dall'art. 13 è stata individuata nelle forme di retribuzione: la previsione di importi versati dagli utenti ha determinato l'assunzione del rischio del servizio da parte del prestatore, a differenza di quanto è stato stabilito, anche secondo copiosa giurisprudenza, nei servizi strumentali in cui il corrispettivo è versato direttamente dall'ente⁴⁸⁰.

L'obbligo di non operare se non con gli enti costituenti, partecipanti o affidanti ha rafforzato, attraverso una interpretazione *a contrario*, l'extraterritorialità per le società per la gestione dei servizi pubblici, scavando un solco decisivo tra i due modelli societari,

pubblici locali, non accompagnata da modifiche legislative all'art. 13 del decreto Bersani, insinua più di qualche dubbio circa l'individuazione del soggetto destinato allo svolgimento concreto dell'attività.

⁴⁷⁷ Sul punto, M. ATELLI, *Società pubbliche locali: no all'extramoenia*, in *Guida al diritto*, 2006, 29, 96-97. Nel lavoro, l'A. evidenzia che la società mista pubblico-privata è innanzitutto un soggetto imprenditoriale, non sottoposto alle limitazioni di attività cui soggiacciono le aziende speciali. E, dato che queste ultime – per le relative osservazioni si rinvia al capitolo precedente – subivano in special modo l'impossibilità di agire *extramoenia*, se ne può dedurre che il carattere imprenditoriale delle società sia più che altro spiegato dalla possibilità di agire al di fuori dei confini territoriali.

⁴⁷⁸ La possibilità di operare *extramoenia* per le società pubbliche di gestione dei servizi pubblici locali era, come visto, legittima nel periodo storico di riferimento. È noto che con l'art. 23bis, co. 9, d.l. n. 112/2008 il legislatore abbia vietato alle società per la gestione dei servizi pubblici locali di operare al di là del territorio di riferimento. Tuttavia, data l'abrogazione della norma ad opera del referendum abrogativo del giugno 2011, ad oggi, il regime giuridico di queste ultime non appare così più costrittivo.

⁴⁷⁹ Cfr. G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, cit., 711.

⁴⁸⁰ ID, *ult. op. cit.*, 709-711.

In termini analoghi, S. ROSTAGNO, *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica...*, cit., 44, secondo cui il mercato dei servizi strumentali è protetto, ragion per cui in questo ambito è più facile restringere l'operato. A differenza di quanto accade nei servizi pubblici locali in cui lo spirito imprenditoriale è più marcato perché il concessionario ottiene le tariffe dagli utenti. Così, anche ID, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, cit., §6, in cui si rileva la centralità delle tariffe.

A ben vedere, il divieto di extraterritorialità imposto ai servizi strumentali e non ai servizi pubblici locali trova anche un'ulteriore spiegazione. Con riguardo ai secondi, può più facilmente verificarsi che, viste le economie di scala nonché gli ambiti territoriali ottimali, un servizio sia reso in modo efficiente a condizione che sia sviluppato su territori extracomunali. Opzione che, evidentemente, non è di altrettanto facile prospettiva per i servizi strumentali: essi per presupposto insistono su uno ed un solo determinato ente territoriale che necessita di una determinata prestazione. In altre parole, è difficilmente ipotizzabile il bisogno di sviluppare l'attività su più livelli territoriali per una migliore esecuzione del servizio, come invece è plausibile con riferimento all'altra categoria.

quantomeno sino all'entrata in vigore dell'art. 23bis, co. 9, d.l. n. 112/2008⁴⁸¹. Si potrebbe obiettare che già in precedenza le attività *extramoenia* delle società per la gestione dei servizi pubblici locali erano limitate secondo la disciplina dettata dall'art. 113, co. 6 TUEL⁴⁸², il quale escludeva dalla partecipazione alle gare le società pubbliche beneficiarie di servizi affidati in via diretta. Sotto questo profilo, dunque, non vi sarebbero state rilevanti differenze nel carattere imprenditoriale tra i due modelli societari: sarebbe perciò stato possibile considerare anche la società per i servizi pubblici locali un modulo di organizzazione interna?

Pare di no, per due ragioni.

Di fatto la posizione del giudice amministrativo era assolutamente flessibile. Facendo leva sulla capacità imprenditoriale degli enti locali veniva generalmente ammessa la possibilità per le società pubbliche affidatarie dirette del servizio pubblico, in special modo le miste, di operare al di là dei confini dell'ente⁴⁸³, a patto di non distogliere risorse necessarie per il perseguimento delle finalità prevalenti⁴⁸⁴. Si consideri poi che l'art. 23bis, co. 9, d.l. n. 112/2008 non veniva meccanicamente applicato alle stesse miste, per cui il loro carattere imprenditoriale non poteva ritenersi sopito⁴⁸⁵. Inoltre (seconda ragione), l'eventuale obiezione è piuttosto stucchevole, se si considera quanto sinora sostenuto, ovvero che le partecipazioni azionarie degli enti locali nelle società per la gestione dei servizi pubblici erano spesso scollegate da qualsiasi interesse pubblico.

L'art. 13 del decreto Bersani ha perciò tracciato un profondo solco tra le società miste per i servizi strumentali e le società miste per i servizi pubblici locali: le une si rivelavano ancora un modulo di organizzazione interna, le altre uno strumento imprenditoriale⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ La norma, come è noto, ha vietato alle società dirette affidatarie dei servizi di svolgere servizi ulteriori in altri ambiti di riferimento, ed altresì di partecipare alle relative gare.

⁴⁸² R. URSI, *La corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, cit., 17.

⁴⁸³ Mi sembra che alla medesima conclusione giunga anche ID, *ult. op. cit.*, 17, che nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali richiama le sole società *in house*, ma non le miste, quali soggetti limitati nell'agire oltre i confini.

⁴⁸⁴ *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080 in *Foro amm CdS* 2008, 12, 3389.

⁴⁸⁵ E comunque è opportuno segnalare che questa norma non ha sempre trovato un'effettiva applicazione da parte della giurisprudenza. Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222, in *Guida al dir.*, 2011, 20, 77, con nota di X. SANTIAPICHI, *Società miste: divieto di partecipare alle gare solo ai soggetti che gestiscono servizi pubblici. La limitazione non deve essere estesa alle imprese il cui socio operativo viene selezionato tramite gara*, in cui si legge che «alle società a partecipazione mista pubblica e privata il cui socio operativo sia stato selezionato mediante procedure competitive a evidenza pubblica, che siano già affidatarie di un servizio pubblico locale, non si applica il divieto di cui al comma 9 dell'art. 23 bis d.l. 25 giugno 2008 n. 112 e successive modifiche, di partecipare a gare per l'affidamento di servizi ulteriori, poiché le forme previste dal comma 2, lett. b) dell'art. 23 bis citato rientrano nel novero delle procedure a evidenza pubblica». Sul punto, si segnalano anche le considerazioni di C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 11, 3554.

⁴⁸⁶ Una ulteriore distinzione tra i due modelli societari si può cogliere, inoltre, con riguardo alla figura del socio privato. Alla luce di quanto sin qui sostenuto, la sua presenza nelle società di gestione dei servizi pubblici diveniva decisiva, nel senso che, a seconda della sua partecipazione o meno, mutava la capacità imprenditoriale della società. Nella prima ipotesi, essa era legittimata ad agire *extramoenia*; non così nella seconda. Evenienza

Peraltro, ne sono derivate alcune discrasie anche sulle società a capitale interamente pubblico. Nell'ambito dei servizi pubblici locali, il divieto di extraterritorialità insistente sulle società *in house* era meno marcato rispetto a quelle strumentali di cui all'art. 13 del decreto Bersani⁴⁸⁷: le prime erano obbligate ad operare con per l'ente di riferimento in via prevalente, le seconde in via esclusiva.

Infatti, l'art. 113, co. 6, TUEL in vigore nel 2006, limitava il mercato delle società dirette affidatarie del servizio pubblico, ma non imponeva loro di operare necessariamente con gli enti di riferimento. Era, perciò, teoricamente lecito ottenere l'aggiudicazione del servizio in contesti territoriali distinti da quelli degli enti soci, e non pare che il diritto comunitario avrebbe opposto strenua resistenza, essendo piuttosto interessato all'equilibrio dell'assetto concorrenziale. Anzi, in una lettura orientata alla sentenza n. 326/2008, in cui i servizi pubblici vengono qualificati come un'attività di impresa, è naturale che una società *in house* potesse ottenere il servizio pur non essendo necessariamente partecipata dall'ente (o da tutti gli enti) beneficiario⁴⁸⁸. Nella prassi, del resto, è noto come siano state costituite società per la gestione dei servizi pubblici, anche a capitale totalmente pubblico, operanti in ambiti assolutamente sconnessi dal territorio di riferimento.

Alla stessa conclusione non può giungersi con riferimento al decreto Bersani che, vincolando l'attività societaria agli enti di riferimento, ha salvaguardato il profilo funzionale⁴⁸⁹.

Per completezza, è doveroso precisare che questa frattura non è stata neppure ricomposta dall'art. 23bis, co. 9, d.l. n. 112/2008. Esso ha sì dettato limiti analoghi a quelli

che, al contrario, non poteva verificarsi per le società strumentali, poiché il problema dell'extraterritorialità era risolto all'origine. Vista sotto questo profilo, è inequivocabile che le partecipazioni in tali strutture erano certamente più legate ai fini istituzionali di quanto non fosse nelle società di gestione dei servizi pubblici.

⁴⁸⁷ A riguardo, sia consentita un breve paragone tra le società *in house* strumentali e le *in house* per lo svolgimento dei servizi pubblici locali. L'art. 113, co. 6 TUEL (vigente nel 2006) vietava alle seconde di svolgere attività al di là dei propri confini di riferimento a causa dell'affidamento diretto del servizio. Tuttavia, tale norma non vietava di svolgere altre attività a favore di privati. Ciò significa che, perlomeno fino all'entrata in vigore del 23bis co. 9, che invece avrebbe introdotto anche questo impedimento, le società *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali avevano un margine di manovra più ampio delle *in house* strumentali. Quindi, seppur per un breve periodo, e cioè nel biennio 2006-2008 sino all'entrata in vigore dell'art. 23bis, co. 9, il carattere maggiormente imprenditoriale delle società dei servizi a favore della collettività si è confermato anche sotto il profilo della più ampia gamma di soggetti verso cui le prestazioni potevano essere legittimamente rivolte.

⁴⁸⁸ Una parziale conferma di quanto sostenuto è desumibile dal lavoro di G. BASSI, *I nuovi limiti dell'intervento pubblico in economia*, cit., 18, il quale, pur definendola un abuso societario, ammette vi sia stato un utilizzo della formula *in house* a favore di enti non legati alla società da alcun vincolo associativo.

Siamo dunque ormai lontanissimi dalla *ratio* della sentenza Tar Lombardia, Brescia, 4 aprile 2001, n. 222, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1127 ss, con commento di M. DUGATO, *L'affidamento diretto di servizi*, cit., in cui veniva affermato che il servizio non poteva essere affidato all'ente locale interessato perché non vantava una partecipazione quantitativamente sufficiente.

⁴⁸⁹ La centralità del profilo territoriale è stata, come in precedenza ricordato, acclarata dal parere Cons. St., sez. III, 25 settembre 2007, n. 322, in *Urb. e app.*, 2007, 12, 1515 ss., in cui il giudice sostiene che devono ritenersi soggette al regime di cui all'art. 13 del decreto Bersani anche le società costituite o partecipate dagli enti locali non territoriali.

dell'art. 13 del decreto Bersani; tuttavia, non ha avuto la delicatezza di imporre alle società per i servizi pubblici di operare con gli enti di riferimento. Se ne può trarre conferma *a contrario* anche attraverso la lettura del disegno di legge AS 772, nella legislatura 2006-2008, contenente la delega per il riordino dei servizi pubblici locali. L'art. 2 lett. e) aveva previsto di «*escludere la possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica*». Era palese l'intenzione del legislatore di limitare l'attività *extramoenia* delle società locali già fruitrici di un affidamento diretto. Tuttavia, un altro aspetto colpisce maggiormente.

Stando alla stretta interpretazione letterale del d.d.l., la società beneficiaria avrebbe dovuto svolgere la propria attività all'interno del contesto geo-politico degli enti di riferimento, in virtù dell'utilizzo del termine "appartenenza". In modo sostanzialmente analogo a quanto era stabilito per le società strumentali, obbligate a prestare l'attività esclusivamente agli enti costituenti, partecipanti o affidanti. La stesura del testo definitivo del d.l. 112/2008, poi convertito in legge, ha soppresso, all'interno dell'art. 23*bis*, co. 9, la parola "appartenenza", il che suggerisce una diversa conclusione. La società beneficiaria di un affidamento diretto, da un lato, non poteva chiaramente svolgere attività *extramoenia*; dall'altro, però, nulla avrebbe impedito che la stessa potesse esercitare in territori distinti da quelli in cui si attuava il potere geo-politico degli enti soci. In altre parole, la società poteva essere ancora costituita da enti locali soci non necessariamente fruitori della prestazione.

La prospettiva rispetto all'art. 13 del decreto Bersani è differente: la mancata imposizione ad operare con i soli enti di riferimento⁴⁹⁰ confermava il progressivo distacco dal vincolo funzionale (anche) per le società *in house* di gestione dei servizi pubblici locali⁴⁹¹.

Le riflessioni sin qui proposte intendono evidenziare un aspetto ben preciso.

Nelle società strumentali la concorrenza è stata sì salvaguardata mediante il divieto di procedere a qualsiasi altra attività a seguito di un affidamento diretto; tuttavia, l'assoluta

⁴⁹⁰ L'operatività esclusiva con gli enti di riferimento è stata, invece, non solo stabilita ma anche confermata con convinzione dall'art. 13 del decreto Bersani a seguito della sua conversione in legge n. 248/2006 del d.l. 223/2006. Infatti, a seguito di detta conversione, è intervenuta una modifica legislativa che ha aggiunto nel testo normativo le parole "in funzione della loro attività", rimarcando che la società strumentale può ineludibilmente operare solo ed esclusivamente con gli enti di riferimento. Ciò considerato, la difformità con il regime dei servizi pubblici locali appare sempre più netto.

⁴⁹¹ Ci sembra che ad analoga conclusione arrivi anche S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, cit., § 4, in cui l'A. ritiene che l'esclusione dei servizi pubblici locali dall'ambito dell'art. 13 del decreto Bersani fosse evidente ancor prima delle modifiche apportate dalla conversione in legge per una semplice ragione. Se così non fosse stato, la norma avrebbe eliso il nesso funzionale da essa stessa introdotto, a ragion del fatto che anche Rostagno individua la categoria dei servizi a favore della collettività come zona franca del principio di funzionalizzazione, in cui la capacità imprenditoriale delle società ha oramai soppiantato le questioni di puro interesse pubblico.

coincidenza tra confini geo-politici e raggio di azione territoriale ha determinato anche una non trascurabile funzionalizzazione dell'attività societaria degli enti locali. Il che è compatibile con la loro definizione di moduli di organizzazione interna.

Non suggerisce una diversa conclusione la modifica al testo dell'art. 13 del decreto Bersani intervenuta nel 2009 con cui il legislatore, tramite l'art. 48, l. 23 luglio 2009, n. 99, ha abrogato la parola "esclusivamente" circa l'obbligo di operare solamente con gli enti costituenti, partecipanti, o affidanti. Infatti, la soppressione non ha mutato i termini della questione, stante il permanere del divieto di operare con qualsiasi altro soggetto pubblico e privato. Ragion per cui, si conviene che la versione originaria dell'art. 13 si presentava come una «*disposizione bifronte*⁴⁹²», sotto questo aspetto ripetitiva e ridondante.

Ciò significa che, mentre l'art. 23bis, co. 9, d.l. n. 112/2008, vista la sua struttura poteva curare il solo assetto concorrenziale, l'art. 13 del decreto Bersani si è posto come mezzo di regolazione della competizione economica ma anche del perseguimento delle finalità istituzionali mediante il modulo societario. E la conferma è data dal fatto che le società affidatarie in via diretta dei servizi pubblici, soprattutto le miste, potevano pur in diversa maniera operare anche con altri soggetti⁴⁹³.

La conclusione non desta eccessivo stupore, in quanto è coerente con la distinzione tra moduli societari attuata dalla Corte costituzionale con la più volte citata sentenza n. 326/2008. Non solo. Essa appare in sintonia anche con una precedente presa di posizione del giudice amministrativo che si era già mostrato consapevole dell'opportunità di distinguere, nell'ambito delle società pubbliche, tra attività amministrativa in forma privatistica e attività

⁴⁹² D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 69-70. Del resto, l'A. individua anche in altre parti del testo dell'art. 13 le repliche di quanto già stabilito, a conferma della ridondanza della norma. Ad esempio (107 ss), la previsione della nullità (co. 4) e dell'inefficacia (co. 3, ult. periodo) dei contratti relativi alle attività non cedute né scorporate periodo, è stata ritenuta ampiamente desumibile già dal dettato del primo comma.

Contra, ossia maggiormente convinta che l'abrogazione abbia causato un netto avvicinamento con il regime giuridico delle società di gestione dei servizi pubblici locali, P. SCARALE, *Tipologie e regimi delle società pubbliche nel governo locale: "le società strumentali"*, 91, in AA.VV., *Rapporto "l'applicazione del patto di stabilità: l'esperienza dell'Emilia-Romagna a confronto con altre Regioni italiane ed alcuni Paesi europei*, Bologna, BUP, 2012.

Sul punto, incidentalmente, anche M. DUGATO, *I paradossi delle società pubbliche*, *ibidem*, 118, in cui l'A. ritiene che la soppressione dell'avverbio "esclusivamente" determini nell'ambito degli appalti pubblici di servizi un più facile utilizzo del modello *in house* rispetto a quello che, al tempo del contributo (2011), era la sua applicabilità all'ambito dei servizi pubblici locali. Si ricorderà, infatti, che l'art. 4, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, e poi modificato dall'art. 25, d.l. n. 1/2012, comprimeva in modo evidente l'utilizzo della società *in house* in tale settore.

⁴⁹³ Vd. nota 484.

Sul carattere imprenditoriale delle società miste si veda anche Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, in *Foro it.*, 2011, 4, III, 185 ss., il quale ammette la possibilità per le miste di gestione dei servizi pubblici locali di vantare un oggetto sociale non esclusivo, e cioè non limitato soltanto allo svolgimento dei predetti servizi. Per un commento alla sentenza si veda H. BONURA, *Società a capitale ed oggetto sociale "misto": nessun divieto di partecipare a gare pubbliche*, in *Guida al dir.*, 2011, 5, 109 ss.

di impresa di enti pubblici. Infatti, il Consiglio di Stato solo qualche anno prima aveva sostenuto che l'organizzazione autonoma delle amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato. Pertanto, la sua tutela non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nella produzione e nell'offerta di servizi⁴⁹⁴. Ovvero è tollerabile che l'ambito organizzativo rimanga meno sensibile alle regole concorrenziali stabilite dalle istituzioni europee.

In definitiva, l'art. 13 del decreto Bersani ha avviato, forse non del tutto consapevolmente, un percorso di moralizzazione dell'attività societaria pubblica, poi successivamente ripreso da altre norme⁴⁹⁵, che si è potuto più facilmente imporre *ex lege* nei servizi strumentali. L'area dei servizi pubblici locali, al contrario, si prestava meno facilmente a questa impostazione: del resto, l'aggregazione dei contesti territoriali in cui organizzare e gestire determinate attività appare ben più fruttuosa in questo ambito che non in quello delle prestazioni rivolte direttamente a favore di strutture pubbliche⁴⁹⁶.

3.2. Un parallelismo tra società strumentali e società per i servizi pubblici locali: i problemi irrisolti attorno al vincolo funzionale.

Non tutte le problematiche sono state però risolte. È evidente che le restrizioni previste per le società strumentali abbiano indirettamente confermato il regime già descritto per le società di gestione dei servizi pubblici locali, con tutte le sue incongruenze legate alla graduale perdita di un effettivo interesse pubblico per gli enti territoriali soci, in favore della valorizzazione del loro ruolo imprenditoriale. Nelle società strumentali la questione è stata affrontata con maggior convinzione. L'autoproduzione del servizio, frutto di un atto di organizzazione interna⁴⁹⁷, non poteva essere garantita ad enti locali estranei alla compagine azionaria⁴⁹⁸, visto il richiamo all'attività esclusiva di cui all'art. 13. In questo senso, la

⁴⁹⁴ Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *Riv. trim. appalti* 1999, 284, con nota di P.S. PUGLIANO, *Brevi considerazioni in tema di estensione extramoenia dei servizi pubblici locali gestiti a mezzo di azienda speciale*.

⁴⁹⁵ Verranno nel prosieguo eseguite diverse valutazioni con riferimento all'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007.

⁴⁹⁶ M. ATELLI, *Società pubbliche locali: no all'extramoenia*, in *Guida al diritto*, 2006, 29, 97, evidenzia che il Consiglio di Stato, già prima del 2006, aveva richiamato la variabilità dell'ambito territoriale delle società per i servizi pubblici locali, da doversi ritagliare nel caso concreto, in virtù della maggiore flessibilità del vincolo funzionale.

⁴⁹⁷ Questa prospettiva è ribadita anche da D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 8, secondo cui è la stessa capacità (*rectius*: potere) di auto-organizzarsi degli enti locali che presuppone la costituzione del modulo societario, in maniera ancor più marcata rispetto alla capacità di diritto privato. In termini simili, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999, 148.

⁴⁹⁸ Alla stessa conclusione giungono M. CAMMELLI, M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 367.

funzionalizzazione dell'attività societaria è stata senza dubbio tutelata con maggiore convinzione.

Tuttavia, permaneva un problema non ignorabile.

Le limitazioni della capacità di agire dettate dal legislatore⁴⁹⁹ hanno insistito sulla società pubblica intesa nella sua complessità, piuttosto che sui singoli soggetti che la compongono. Il passo compiuto è certamente importante, se non altro perché viene introdotta una prima cesura all'attività societaria sotto il profilo legalitario. Ma non è sufficiente. Nulla, ci sembra, vietava ad enti non interessati ad ottenere il servizio strumentale di partecipare egualmente alla compagine societaria, con ovvie finalità lucrative.

Sotto questo aspetto, dunque, l'art. 13 del decreto Bersani non ha risolto un'importante contraddizione. Ancora una volta, nella ibrida esperienza societaria degli enti locali, il *punctum dolens* non è dovuto tanto all'attività societaria, quanto alle ragioni per cui l'ente locale stipula il contratto associativo. Infatti, come più volte detto, l'*impasse* non può risolversi ponendo dei limiti alla partecipazione pubblica, e però disinteressandosi delle ragioni a monte dell'intervento dell'ente locale all'interno della società⁵⁰⁰.

Il problema è diverso, ma non sconnesso, da quello da alcuni segnalato⁵⁰¹, secondo cui l'art. 13 del decreto Bersani non è stato in grado di contenere la proliferazione delle società pubbliche, favorendone anzi la crescita.

In effetti, la norma ha legittimato l'affidamento diretto alle strutture a partenariato pubblico-privato, ostacolato dalla Corte di giustizia con l'orientamento di *Stadt Halle*, senza neppure prevedere il *quantum* di partecipazione del privato nelle società miste. Ragion per cui la sua presenza è stata accettata anche in percentuali basse⁵⁰². Inoltre, i limiti di mercato per le società strumentali hanno causato un forte disincentivo per i privati ad acquisire delle quote; il che ne ha presumibilmente agevolato la costituzione con risorse prettamente pubblicistiche⁵⁰³. La riforma ha cioè favorito la ricerca di capitali pubblici: anche enti non propriamente interessati alla resa del servizio strumentale potevano contribuire alla formazione del capitale sociale.

Così anche M. LIPARI, *Le società strumentali delle regioni e degli enti locali*, cit., 67.

⁴⁹⁹ Cfr. M. CAMMELLI, M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 12.

⁵⁰⁰ D. MASETTI, *ult. op. cit.*, 120, sottolinea che il problema non è tanto, o meglio, non è solo quello di arginare l'ambito di operatività della società pubblica, quanto quello di delineare i confini della partecipazione dell'ente territoriale.

⁵⁰¹ S. ROSTAGNO, *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica*, cit., 51.

⁵⁰² Cfr. M. LIPARI, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, cit., 111 ss.

⁵⁰³ C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, cit., 63 ss;

Del resto, il suo frazionamento in una pluralità di quote, in titolarità di soci pubblici diversi⁵⁰⁴, veniva proprio legittimata in quel periodo dalla Corte di giustizia, che rinnegava in aggiunta il criterio del territorio come limite all'attività societaria⁵⁰⁵. Per di più, veniva specificato che il requisito dell'attività prevalente è integrato «*qualora l'impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati*⁵⁰⁶». Le istituzioni comunitarie dunque non escludevano la partecipazione al capitale di enti locali terzi assolutamente disinteressati al servizio strumentale⁵⁰⁷.

I due problemi, ovvero il mancato contenimento del numero di società pubbliche ed il difficile coordinamento – ancora una volta – tra finalità istituzionale ed acquisizione di quote societarie, sono tra loro evidentemente collegati. Legittimare l'ente territoriale a costituire società, a prescindere da eventuali vincoli dell'oggetto sociale, lo induce a ricercare le risorse economiche all'esterno, anche in ambito pubblico. Ma è ovvio che, così facendo, non solo non si pongono le migliori condizioni per limitare il fenomeno, ma si confondono anche (e soprattutto) i veri motivi della partecipazione societaria.

L'equiparazione a tutti i costi di imprenditoria privata e pubblica non può non lasciare strascichi.

Ecco, dunque, il vero nodo della questione. Anche nelle società strumentali si è verificata una commistione tra proprietà pubblica del capitale ed enti locali realmente interessati al servizio. La contraddizione è ancor più nitida se si considera che, secondo alcuni, l'affidamento diretto è pienamente legittimo solamente a patto che il capitale sociale sia detenuto integralmente dai beneficiari della prestazione⁵⁰⁸. In altre parole, la

⁵⁰⁴ ID, *ult. op. cit.*, 67.

⁵⁰⁵ Corte. giust., 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 5, 1335 ss., la quale dà per scontato ai punti 60, 69, 70 l'eventualità che la società cui viene affidato un appalto possa essere costituita da una pluralità di enti locali e, al punto 72, che la società possa operare al di fuori dei territori degli enti partecipanti.

⁵⁰⁶ Punto 70 della sentenza.

⁵⁰⁷ È quanto si deduce dal punto 72 della sentenza, in cui viene affermato che nel valutare se l'impresa svolga la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene «*non rileva il territorio in cui è svolta l'attività*». Il frammento della pronuncia, pertanto, autorizza la partecipazione in società anche di enti disinteressati al servizio. La condizione per l'affidamento diretto è che l'attività sia svolta in via prevalente per gli enti partecipanti; ma è sufficiente che ciò sia solo per alcuni di essi, non per ognuno. È evidente che per gli enti locali soci non beneficiari permanga un interesse lucrativo.

⁵⁰⁸ Si vedano a riguardo le considerazioni di R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., 197, in cui l'A. rimarca che un affidamento *in house*, eseguito poiché il capitale sociale è sì integralmente pubblico, ma non appartenente in toto ad enti locali, si pone in contrasto con la logica comunitaria.

In termini simili, M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. Eu.*, 547, contesta che l'affidamento diretto avvenga a favore di società il cui capitale sia detenuto da più enti pubblici anziché, come dovrebbe essere, da ciascuna singola amministrazione.

moralizzazione dell'attività societaria pubblica non è stata costruita – come sembrava opportuno – attorno ai motivi della partecipazione in capo ai singoli enti locali soci, bensì all'oggetto sociale della struttura. E se è naturale che per concorrere con l'imprenditore privato gli enti pubblici necessitano di aggregarsi, ci sembra altrettanto ovvio che, così facendo, si entra in un terreno scivoloso, in cui si rinuncia alla connessione tra investimento di risorse pubbliche e ruolo istituzionale dell'ente locale. Tanto con riferimento ai servizi pubblici locali quanto, a questo punto, ai servizi strumentali⁵⁰⁹.

Non che la cosa sia necessariamente un male: le società pubbliche che operano sul mercato sono legittime, a prescindere da qualsiasi interesse pubblico, essendo animate in modo esclusivo da finalità lucrative. Ma proprio per questa ragione non fruiscono di affidamenti diretti. Questo è il punto dell'*impasse*. La possibilità di eseguire il servizio senza svolgere alcuna gara ha ovviamente incentivato gli enti locali a ricercare risorse al di fuori delle proprie casse, creando una commistione di difficile sintesi con le finalità istituzionali.

Il quadro di fondo è piuttosto nitido: le partecipazioni degli enti locali, a prescindere dall'oggetto sociale, si sono affermate in modo avulso dal contesto istituzionale, in nome di invocate esigenze concorrenziali, ma che in realtà tradivano un mero investimento economico. Forse questa conclusione è inevitabile, perché altrimenti i soggetti pubblici non disporrebbero della forza economica necessaria per opporsi ai privati. Ma allora sembra impossibile non riconoscere, ancora una volta, che il tema della concorrenza ha travolto la funzione degli enti locali, consentendo di ricondurre il fine speculativo nell'alveo degli scopi di pubblico interesse. Per la tutela di un bene giuridico è stato necessario rinunciare ad un altro, o perlomeno modificarne la natura.

A questo punto, occorre però ricordare che, anche in quegli anni, il legislatore era consapevole di dover accordare maggiore cura al rapporto tra partecipazione societaria pubblica e finalità istituzionali. Questa logica, come è noto, è stata finalmente attuata con l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 il quale, anziché riferirsi alle società globalmente intese, si rivolge direttamente nei confronti dell'autonomia negoziale degli enti pubblici, stabilendo un espresso divieto per questi ultimi di costituire e di partecipare a società qualora l'oggetto sociale delle stesse non sia corrispondente alle proprie finalità istituzionali. Il legislatore è

Anche D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 117, scrive di “*in house all'italiana*”, facendo dunque intendere che talvolta il modello nazionale e quello europeo non coincidono perfettamente.

⁵⁰⁹ Aldilà delle diverse prospettive con cui nascono le società strumentali e le società di gestione dei servizi pubblici locali, ossia, rispettivamente, l'assicurazione di un bisogno proprio dell'amministrazione e la cura di un interesse della collettività, la questione appare di identici contenuti. In entrambe le ipotesi, stona la partecipazione in società di enti locali non interessati alla resa del servizio, indipendentemente dalla sua qualifica.

così intervenuto vincolando non tanto l'attività societaria quanto gli assetti proprietari; imponendo, in caso contrario, una politica di dismissione delle quote in mano pubblica, in modo non dissimile dagli obblighi di cessione e di scorporo stabiliti dall'art. 13 del decreto Bersani⁵¹⁰.

È da escludersi che le due norme abbiano il medesimo ambito di applicazione, in quanto l'art. 13 riguarda "le dinamiche a valle" dell'attività societaria, mentre l'art. 3, co. 27, insiste sulla disciplina a monte della partecipazione delle amministrazioni pubbliche nella società⁵¹¹. Inoltre, il diverso piano su cui operano le due norme è evidente anche sotto un altro profilo: le società di cui all'art. 13 si presumono coerenti con le finalità istituzionali; non così le società che incorrono nel divieto di cui all'art. 3, co. 27⁵¹². E questo perché, come è stato sottolineato dal giudice amministrativo, sin dai primi momenti successivi alla sua promulgazione, la norma non si riferisce alle società, bensì agli assetti societari⁵¹³. Sotto questo punto di vista, è estremamente apprezzabile il tentativo innovatore del legislatore che, per la prima volta, si è focalizzato non sul profilo della funzionalizzazione dell'attività societaria intesa nel suo complesso, bensì sui motivi di partecipazione dei singoli soci pubblici.

Ciò premesso, il naturale prosieguo della ricerca è comprendere a quali società si riferisca l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, nonché se questo intervento è stato realmente utile per limitare il numero delle società pubbliche locali, o quantomeno per ricondurle l'operato nell'alveo del principio di funzionalizzazione. La questione verrà approfondita nei paragrafi successivi.

Prima di procedere in tal senso, infatti, è necessaria qualche ulteriore considerazione sull'art. 13 del decreto Bersani, per valutare se ad oggi lo stesso sia ancora integralmente valido.

Qualche dubbio in proposito è già stato, seppur implicitamente, insinuato.

L'utilizzo sin qui di tempi verbali è scelta ragionata che, lungi dal voler confondere il lettore, è dovuta all'abrogazione delle disposizioni finora considerate in tema di servizi pubblici locali⁵¹⁴. Aver adottato la stessa impostazione per le norme delle società strumentali

⁵¹⁰ Altro è chiedersi dell'effettiva capacità recettiva della disposizione in tema di dismissione da parte degli enti locali. Dubbi sono sollevati da D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 21-22.

⁵¹¹ Così D. MASETTI, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del "decreto Bersani*, in *Giust. amm.* 2008, 1, 121.

⁵¹² S. ROSTAGNO, *Verso la discriminazione delle società...*, cit., 54-55.

⁵¹³ Tar Lazio, Roma, se. III, ord. 25 settembre 2008, n. 4620, poi confermata da Cons. St., sez. VI, ord. 14 ottobre 2008, n. 5463, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹⁴ Il riferimento è, come intuibile, all'evoluzione normativa in tema di servizi pubblici locali, materia su cui – come verrà in seguito ripreso – è intervenuto il legislatore a più riprese in pochi anni. Oltre alle riforme già analizzate nel 2001 e 2003, è nota la novella legislativa, toccata sin qui in modo solo tangente, dell'art. 23bis, d.l.

testimonianze i forti dubbi nutriti sull'attuale vigore dell'art. 13 del decreto Bersani, perlomeno nella sua interezza.

Preme quindi considerare – e riferendosi al contesto contemporaneo non potrà che utilizzarsi il tempo presente – se l'evoluzione normativa suggerisce ad oggi di rivisitare l'effettività della disposizione oggetto, al netto delle modifiche intervenute nel tempo.

Le deduzioni proposte saranno poi coordinate con l'attuale vigenza del predetto art. 3, co. 27, l. n. 244/2007.

3.3. Riflessioni sull'attuale vigenza dell'art. 13, d.l. n. 223/2006.

Con l'obiettivo della riduzione di spese e del risparmio di risorse pubbliche c.d. (*spending review*), il legislatore è intervenuto negli anni recenti con il celebre d.l. 6 luglio 2012, n. 95, poi convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135. In particolare, l'art. 4 ha stabilito una rigida disciplina, condita da obblighi di dismissione e scioglimento di società pubbliche che svolgono servizi in favore delle pubbliche amministrazioni, con la specificazione al comma 3 che la norma non si rivolge nei confronti delle società che svolgono servizi in favore della collettività.

Già da queste brevi note sembra nuovamente emergere in tutta la sua rigidità la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica ed attività di impresa di enti pubblici adottata dalla Corte costituzionale. Tuttavia, è risaputo che sul punto è intervenuta la legge di stabilità 2014 (legge 27 dicembre 2013, n. 147), la quale all'art. 1, co. 562, lett. a), ha abrogato svariati commi dell'art. 4, d.l. n. 95/2012, e precisamente i co. 1, 2, 3, 3-*sexies*, 9, 10 e 11. È rimasto in vigore l'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012, il quale stabilisce che «*a decorrere dal 1 gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2013*».

Stando a tale disposizione non colpita dalla scure del legislatore, l'affidamento diretto del servizio strumentale può avvenire solamente a favore di società *in house*, ma non a favore di

n. 112/2008, che ha condotto alle celebri vicende giuridiche culminate con la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012; a seguito della quale attualmente il regime giuridico della categoria in questione viene sostanzialmente ridotto ad un richiamo ai principi europei in tema di concorrenza.

società miste, completamente ignorate dalla disposizione nel tracciare la deroga al ricorso alla procedura ad evidenza pubblica. Inoltre, come definito espressamente, l'aggiudicazione senza gara può avvenire a condizione che il valore del servizio non superi la cifra sopra ricordata (200.000 euro), il che indica l'illegittimità dell'affidamento diretto del servizio (o di beni) il cui valore sia superiore a tale limite. Anche se, occorre precisare che la previsione è stata parzialmente modificata dall'art. 34, co. 27, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 21 dicembre 2012, n. 221, il quale ha soppresso le parole «*e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui*», ragion per cui il limite monetario ad oggi non è più in vigore.

Il primo interrogativo che sorge spontaneo riguarda l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012: la risposta appare in realtà piuttosto semplice. Il comma 3 ha disposto l'esenzione dalle prescrizioni dell'intero art. 4 per un ampio ventaglio di compagini societarie, comprese le società svolgenti servizi a favore della collettività⁵¹⁵; tipologia cui è facile ricollegare le società di gestione di servizi pubblici locali. L'intento del legislatore è quindi quello di riferire i limiti delle partecipazioni azionarie pubbliche alle sole società strumentali. Benché il predetto comma 3 sia stato abrogato dall'art. 1, co. 562, lett. a), l. n. 147/2013, la conclusione non muta. Se – cosa che non è – l'intero art. 4, d.l. n. 95/2012, si riferisse (anche) alle società di servizi pubblici, emergerebbero evidenti controindicazioni rispetto alla pronuncia della Corte costituzionale n. 199/2012: verrebbero nuovamente reintrodotti stringenti limiti all'affidamento *in house*, già bocciati dal Giudice delle leggi *ex art. 75 Cost.*, con riferimento agli artt. 4, d.l. n. 138/2011 e 25, d.l. n. 1/2012, perché ritenuti contrastanti con l'esito referendario del giugno 2011. E comunque, l'abrogazione del comma 3 è dovuta alla volontà di sopprimere i limiti nella costituzione di società strumentali, e non in quella di riferire il suo contenuto anche alle società di gestione dei servizi pubblici.

Inoltre, la stessa Consulta, chiamata a pronunciarsi sull'art. 4, d.l. n. 95/2012 prima dell'intervento abrogativo del legislatore, ha sostenuto che la norma riguardava i soli servizi strumentali, e dunque il suo dettato non si poneva in contrasto con la volontà popolare. E così

⁵¹⁵ Per completezza, si ricorda che il comma 3 stabiliva la non applicazione dell'intero art. 4, oltre ad esse anche: alle società che svolgono compiti di centrali di committenza ai sensi dell'art. 33 del codice appalti; alle società di cui all'art. 4, commi da 7 a 10 del d.l. n. 87/2012 (ovvero la Cosip S.p.a. e la Sogei S.p.a. quali società di supporto informatico per le amministrazioni pubbliche); alle società di cui allo stesso art. 4, co. 1, d.l. n. 95/2012 appositamente individuate in relazione alle esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati, nonché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo.

facendo ha evocato la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica ed attività di impresa di enti pubblici già individuata nel 2008⁵¹⁶.

È fuor di dubbio che la riforma in tema di *spending review* non si riferiva ai servizi pubblici locali, ma alle sole società strumentali, in ossequio allo spirito con cui la riforma è stata partorita, indipendentemente dalle abrogazioni intervenute in un secondo momento. La tesi è comunque indirettamente confermata anche dalla rigorosa interpretazione letterale del testo di legge. Basti leggere l'*incipit* dell'art. 4, co. 7, d.l. n. 95/2012 – rimasto anch'esso in vigore poiché non soppresso dalla legge di stabilità del 2014 – con cui si impone alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 (e dunque non solo agli enti locali)⁵¹⁷ di acquisire sul mercato beni e servizi strumentali, al fine di «evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale».

Per le ragioni elencate, l'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012 e l'art. 13 del decreto Bersani vantano delle evidenti analogie⁵¹⁸. Sembra però da escludersi una totale coincidenza tra le due norme.

Sotto il profilo oggettivo, non vi sono notevoli differenze, dato che è stata abrogata la condizione che il valore del servizio deve essere inferiore ai 200.000 euro annui. Tuttavia, sotto il profilo soggettivo, la norma di *spending review* vanta un ambito di applicazione più ristretto, poiché legittima l'affidamento diretto di servizi strumentali alle sole società *in house*, vietandolo alle miste, a differenza di quanto aveva a suo tempo stabilito l'art. 13 del decreto Bersani.

Il punto è cruciale.

La non perfetta coincidenza tra le due norme, unita al fatto che l'oggetto della disciplina è il medesimo (ossia l'affidamento diretto di servizi a favore delle amministrazioni), induce ad una semplice constatazione: l'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012 ridefinisce la disciplina degli affidamenti diretti dei servizi strumentali. Il che, senza voler essere drastici, e semplicemente stando alle regole della composizione delle fonti in sistema, dovrebbe aver determinato una

⁵¹⁶ Corte cost., 20 luglio 2013, n. 229, in *Foro it.*, 2014, 9, I, 2350, con nota di G. D'AURIA, *La "revisione della spesa," nelle Regioni e negli enti locali: a proposito di consumi intermedi, costi della politica, enti e società pubbliche*.

⁵¹⁷ Lo stesso obbligo vale, inoltre, per le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

⁵¹⁸ La sovrapposizione tra le due norme è desumibile con un ragionamento *a contrario* dall'opera di F. FRANCIARIO, *Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la cd. "spending review" (alla luce della sentenza Corte Cost. n. 229/2013)*, in *Il corr. mer.*, 2013, 10, 937-938, in cui si legge che la distonia tra l'art. 13 del decreto Bersani e l'art. 4, d.l. n. 95/2012 sta nel fatto che il primo si rivolge alle società strumentali, mentre il secondo direttamente agli enti costituenti. Questo è vero, ma l'A., nel rendere tale affermazione, fa implicitamente riferimento al comma 1 dell'art. 4, d.l. n. 95/2012. Al contrario, il comma 8 della stessa disposizione si riferisce esplicitamente alle società strumentali, al pari dell'art. 13. Ecco, dunque, che anche dalla lettura critica del lavoro di ricerca citato, si desume che l'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012 ed art. 13, co. 1, d.l. n. 223/2006 hanno lo stesso ambito di applicazione.

abrogazione implicita dell'art. 13, d.l. n. 223/2006 (perlomeno del primo comma), che si verifica ogniqualvolta interviene una incompatibilità tra la nuova regolamentazione e quella precedente⁵¹⁹. Questione che pare emergere nel caso di specie⁵²⁰.

Ne derivano alcuni rilevanti interrogativi e conseguenze.

Innanzitutto, poiché *ex art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012 «l'affidamento in via diretta del servizio strumentale potrà garantirsi alle sole società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house [...]»* sarà in futuro necessario prestare attenzione a quale di questi requisiti prevarrà, nel senso che potrebbe essere difficoltoso un lineare coordinamento fra gli stessi. La pretesa della totalità del capitale pubblico è ad oggi un criterio acclarato dalla giurisprudenza nazionale⁵²¹, mentre in quella europea vi sono meno sicurezze⁵²². Infatti, dopo l'orientamento originatosi con *Stadt Halle* si sono registrate altre pronunce che non escludono necessariamente il controllo analogo pure a fronte di una partecipazione privata; o che comunque non vedono nella totalità del capitale pubblico una imprescindibile necessità⁵²³. In altre parole, la società *in house* può teoricamente accogliere anche soci non pubblici.

⁵¹⁹ L. MEZZETTI, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2014, 134.

⁵²⁰ *Contra*, F. FRANCIARIO, *ult. op. cit.*, 939, secondo cui dalla lettura della sentenza n. 229/2013 della Corte costituzionale si evince il rifiuto di una abrogazione implicita dell'art. 13 del decreto Bersani.

⁵²¹ Recentemente, Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079, in *Foro amm. CDS*, 2014, 10, 2547; Corte cass., sez. VI, 14 novembre 2014, n. 48036, in *Ced. Cass. Pen.*, 2015; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, in *Foro amm. CDS*, 2014, 9, 2295; Tar Abruzzo, sez. I, 10 luglio 2014, n. 596, in *Foro amm. TAR*, 2014, 7-8, 2164; Corte cass., Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 5491, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1391.

Più indietro nel tempo, ma comunque significative, Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

⁵²² Cfr. A. ROMANO TASSONE, *La società in house e la sua complessa disciplina*, in *Quaderni della Spisa*, Bologna, BUP, 229 ss.; C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵²³ Corte giust., 17 luglio 2008, C-371/05, con cui la Corte ha rilevato che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula della convenzione tra l'ente affidante e la società affidataria *in house*, per concludere che non sia soddisfatto il requisito del "controllo analogo. Per un commento alla pronuncia, C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. e app.*, 2008, 12, 1401 ss.

In modo analogo, Corte giust., 10 settembre 2009, C-573/07, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Corte giust., sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07.

Più recentemente, Corte giust., sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13 (sul c.d. *in house* orizzontale), in cui il giudice europeo evidenzia che il controllo analogo, oltre a dover essere effettivo, postula un'influenza dominante sugli obiettivi strategici (punto 26), escludendo che l'assoluta mancanza di quote societarie giustifichi l'affidamento diretto. Tuttavia, non viene eseguito alcun richiamo all'obbligo di una partecipazione pubblica totalitaria.

Ancora, Corte giust., sez. III, 29 novembre 2012, C-183/11, invece, non impone che nel c.d. *in house* frazionato tutti gli enti pubblici soci debbano vantare una posizione di assoluto controllo sulla società (punto 30). Nondimeno, perché il controllo analogo si configuri, è comunque pretesa un'influenza dominante, che si concretizza ad una duplice condizione: la partecipazione – anche ridotta – al capitale sociale ed agli organi direttivi della società stessa (punto 33). In special modo, questo secondo criterio può essere rispettato anche con la previsione di un patto parasociale che conferisca al socio pubblico il diritto di essere consultato (punto 32). In questa prospettiva, è chiaro che la Corte di giustizia intravede, per configurare il controllo analogo, dei requisiti

Ecco, quindi, un primo problema di coordinamento. È vero che l'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012 richiede un capitale interamente pubblico; ma è altrettanto evidente che la norma auspica espressamente un raccordo con le posizioni del giudice europeo. E se queste permarranno più flessibili, si potrebbe interpretare in modo meno rigoroso il criterio del capitale interamente pubblico proprio perché la Corte di giustizia non impone *a priori* tale soluzione.

Inoltre, una conferma del minor rigore delle istituzioni europee è data dall'art. 12, lett. c), direttiva 2014/24/EU, il quale ammette deroghe all'affidamento diretto del servizio anche a fronte di partecipazioni private in società, purché queste non comportino controlli né poteri di veto. Certo, la norma stabilisce la necessità che apposite prescrizioni nazionali legittimino la convivenza tra socio pubblico e socio privato, senza le quali la commistione non può verificarsi, permanendo dunque la necessità della totalità del capitale pubblico. Ed, almeno per ora, il nostro ordinamento ha rifiutato l'ipotesi di apertura della società *in house* al capitale privato, sia a livello giurisprudenziale sia a livello normativo. Tuttavia, vi sono le premesse perché questa evenienza si verifichi in futuro.

Non che l'ipotesi conduca necessariamente con sé aspetti positivi. Anzi, ne scaturirebbero molte incertezze.

Ad esempio, sarebbe sicuramente più difficoltoso definire i confini con le società miste: in quali casi la partecipazione del privato determinerebbe la qualificazione della società come mista e non *in house*? Questa valutazione dovrebbe essere condotta alla luce di criteri solo quantitativi, solo qualitativi, ovvero entrambi? Il socio privato della società *in house* dovrebbe essere scelto con o senza gara (con il rischio che la pretesa della procedura ad evidenza pubblica potrebbe divenire l'unico elemento distintivo fra le due tipologie societarie)? Potrebbe essere presente anche più di un socio privato? Gli interrogativi appaiono, almeno per ora, teorici, ma forse non così remoti. Ed è prudente non intraprendere percorsi scivolosi in

più incisivi rispetto al *quantum* di detenzione del capitale sociale. Se ne può, dunque, dedurre che, nella sua visione, l'eventuale mancanza di un capitale integralmente pubblico possa essere sopperita con altri strumenti (ad esempio i predetti patti parasociali). Alla luce di ciò, non sembra un'eresia desumerne ulteriormente, *mutatis mutandis*, che nell'ottica della Corte di giustizia il controllo analogo non è in via assoluta vincolato alla totale partecipazione in mani pubblica, in quanto l'effettività del controllo può svilupparsi anche per altra via. Per un commento a tale ultima pronuncia, F. LEGGIADRO, *In house: il controllo analogo congiunto degli enti locali*, in *Urb. e app.*, 2013, 3, 307 ss., il quale ricorda che la giurisprudenza europea è univoca nell'ammettere il controllo analogo anche laddove il soggetto pubblico affidante eserciti detto controllo congiuntamente ad altre amministrazioni, che detengono ciascuna una parte, anche minima, del capitale sociale; S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 5, 495 ss. Per completezza, si veda *contra*, Corte giust., sez. V, 19 giugno 2014, n. 574, in www.curia.eu, la quale ritiene che «qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative private che svolgono attività senza scopo di lucro, la condizione relativa al controllo analogo, dettata dalla giurisprudenza della Corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione in house non è soddisfatta».

cui è facile cadere: ragion per cui ci si accontenta di rilevare quali potrebbero essere le problematiche, aspettando di vedere se il sistema virerà effettivamente verso tali questioni.

Circa, invece, le conseguenze dell'abrogazione implicita dell'art. 13 del decreto Bersani ad opera dell'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012, con la conseguente possibilità di affidare direttamente il servizio strumentale alle sole società *in house*, si osserva quanto segue.

Il dettato della norma di *spending review* è in vigore dal 1° gennaio 2014; la stessa prevede, inoltre, la salvezza degli affidamenti in essere e quelli definiti entro il 31 dicembre 2013. Non si stabiliscono invece, in difformità rispetto a quanto definito nel decreto Bersani, le conseguenze di una sua violazione. Il rimedio pare doversi trarre dall'art. 13, co. 4, del d.l. n. 223/2006, che stabilisce la radicale nullità del contratto. Dunque, in assenza di un'esplicita sanzione del legislatore sul punto, questa sembra la migliore via perseguibile, e ciò per due ragioni. Logica vuole che gli accordi non possano produrre alcun effetto giuridico perché in violazione di norme imperative; inoltre, dato che l'ambito di disciplina è il medesimo, dovrebbe invocarsi la sanzione prevista dal previgente regime giuridico. Ecco perciò che l'abrogazione non riguarderebbe l'intero art. 13, ma solamente le sue parti incompatibili con la nuova disciplina, in conformità ai canoni dell'abrogazione implicita. In questo senso, il regime sanzionatorio di cui all'art. 13, co. 4 sarebbe ancora in vigore.

La strada tracciata conduce a qualche ulteriore riflessione.

Dal combinato disposto dell'art. 4, co. 7 e 8, d.l. n. 95/2012, si nota facilmente che la possibilità dell'affidamento *in house* (in origine per i soli servizi strumentali di valore inferiore o pari a 200.000 euro annui, ora senza limite economico) rileva non solo per gli enti locali, bensì per ogni amministrazione di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001. La norma vanta un'estensione soggettiva ben maggiore rispetto all'art. 13, d.l. n. 223/2006. E, come si ricorderà, questo specifico aspetto aveva suscitato molte perplessità, in quanto l'esclusione di svariati enti pubblici dall'obbligo ivi definito (ad esempio le università)⁵²⁴ era stato additato come un elemento in contrasto con la dichiarata finalità pro-concorrenziale dell'art. 13 del decreto Bersani. Data la normativa attuale, almeno sul punto non vi dovrebbero essere più incoerenze.

Alcuni dubbi emergono tuttavia sotto altri profili.

L'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012 non stabilisce per le società *in house* destinatarie di affidamenti diretti l'obbligo di un oggetto esclusivo, a differenza di quanto aveva definito la normativa del 2006. Ci si dovrebbe, dunque, domandare se questa dimenticanza sia decisiva o meno: in altre parole, occorre capire se le società strumentali *in house* affidatarie in via diretta

⁵²⁴ M. CAMMELLI, M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 349-350.

possano svolgere anche ulteriori attività rispetto a quella principale in virtù della mancata specificazione; ovvero debbano svolgerne egualmente una sola. Il che condurrebbe poi ad un consequenziale interrogativo: se l'eventuale diniego dell'oggetto esclusivo possa legittimare delle attività non solo a favore dell'amministrazione affidante, ma anche (e soprattutto) a favore di altri soggetti pubblici e privati. Ma andiamo con ordine.

Circa il primo quesito sull'esclusività dell'oggetto, si osserva quanto segue. Ammettere che le società strumentali affidatarie dirette possano svolgere anche attività distinte da quella principale è in contrasto con la loro natura di moduli di organizzazione interna in precedenza descritta. Seppure alcuni hanno in passato auspicato un oggetto misto⁵²⁵, la scelta mal si concilierebbe con lo spirito dell'art. 13 del decreto Bersani, ed ancor di più dell'art. 4, co. 7 e 8, d.l. n. 95/2012, ossia il *favor* del ricorso al mercato per l'acquisto di servizi strumentali da parte delle amministrazioni.

Di qui anche la risposta al secondo quesito, ossia se le società beneficiarie dirette possano svolgere la loro unica attività consentita per statuto anche a favore di soggetti, pubblici o privati, distinti dalle amministrazioni di appartenenza. La risposta è negativa, in quanto la logica di operare anche a favore di soggetti terzi significa attribuisce a tali moduli societari uno spirito imprenditoriale in contrasto con la *ratio* dell'autoproduzione. Inoltre, verrebbe meno il tratto distintivo della chiusura del mercato, e dei relativi limiti territoriali che la giurisprudenza tenta talvolta di definire anche con riguardo alla gestione dei servizi pubblici locali⁵²⁶, ed a maggior ragione deve insistere per i servizi strumentali.

Precisando quanto sopra ritenuto, l'art. 13 del decreto Bersani non è stato integralmente abrogato dalla nuova normativa in tema di *spending review*. Probabilmente, il solo comma 1 dovrebbe essere ritenuto ad oggi inoperante, mentre quelli successivi dovrebbero giungere in soccorso per completare la disciplina del bistrattato art. 4, d.l. n. 95/2012, dopo che il legislatore ha utilizzato la propria scure per sopprimere molte parti del suo testo. La

⁵²⁵ A. BARTOLINI, *ult. op. cit.*, 744-745, ritiene al contrario che la definizione di un oggetto sociale multiforme possa garantire un risparmio di costi pubblici, in quanto la società verrebbe costituita per più scopi. Si attuerebbe così un ammortizzamento dei costi. Per rafforzare la propria tesi, l'A. richiama anche un parere della Corte conti, reg. Lombardia, sez. controllo, 13 novembre 2008, n. 85.

Anche D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 24, si pone in una simile prospettiva, sottolineando che l'attività di mercato delle società contribuirebbe a realizzare sinergie interne ed esterne, e quindi economie di scala.

⁵²⁶ Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079, in *Foro amm. CDS*, 2014, 10, 2547, in cui si afferma che l'attività della società *in house* pluripartecipata deve essere limitata allo svolgimento dei servizi pubblici nel territorio degli enti pubblici che ne risultino soci. In termini analoghi, Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in cui si legge che la vocazione commerciale acquisita da una società *in house* può anche risultare dall'ampliamento progressivo dell'oggetto sociale, e quindi dell'espansione territoriale dell'attività della società. Il che distoglie tale società dalla cura primaria dell'interesse pubblico di riferimento.

Così anche Corte giust., sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, in www.dirittodeiservizipubblici.it, secondo cui «l'attività della società *in house* deve essere limitata allo svolgimento dei servizi pubblici nel territorio degli enti soci, ed è esercitata fundamentalmente a beneficio di questi ultimi».

conclusione è del resto in linea con la teoria dell'abrogazione implicita, la cui caratteristica è quella di far caducare le sole disposizioni in contrasto con il nuovo regime giuridico, mentre quelle compatibili rimangono in vigore.

In definitiva, si può riassumere quanto sinora scritto nelle seguenti considerazioni.

Nell'attuale panorama normativo le società strumentali possono ottenere in via diretta il servizio solo se *in house*, e sarà interessante valutare le future evoluzioni della giurisprudenza sull'istituto, ben sapendo che attualmente il giudice nazionale è piuttosto deciso nel non ammettere la benché minima partecipazione privata. Tali società hanno oggetto sociale esclusivo e non possono operare se non con gli enti di riferimento che, per *analogia legis* ci sembrano quelli costituenti, partecipanti o affidanti. I contratti conclusi in violazione di queste disposizioni sono nulli.

Circa gli obblighi di scorporo e cessione delle quote illegittimamente acquisite *ex art.* 13, co. 3, d.l. n. 223/2006 la questione è, invece, più complessa. L'art. 4, co. 8, ultimo periodo, d.l. n. 95/2012 fa salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e quelli resi fino al dicembre 2013. La norma si riferisce evidentemente ai servizi aggiudicati senza gara a favore di società miste (ed in precedenza, prima dell'abrogazione del frammento, in favore di società *in house* quando il valore annuo del servizio superava i 200.000 euro), divenuti illegittimi. Pertanto, le società miste non devono cessare le attività non consentite, né mediante lo scorporo né mediante la dismissione ai sensi dell'art. 13, co. 3, del decreto Bersani, sino allo scadere dell'affidamento.

Dopo questa data, non è certo che esse dovranno essere dismesse o scorporate, anche perché un simile obbligo potrebbe causare una diminuzione del valore degli *assets* in mano pubblica⁵²⁷; in alternativa, le società miste strumentali potrebbero operare sul mercato (se ne esportano a breve le ragioni). Allora cessione e scorporo paiono due plausibili opzioni, ma non le sole perseguibili, in conformità al dettato dell'art. 13, co. 3, d.l. n. 223/2006⁵²⁸. Non

⁵²⁷ A riguardo si vedano anche le riflessioni di S. ROSTAGNO, *Le modifiche apportate all'art. 13 del decreto Bersani dalla l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007)*, in www.giustamm.it, che accoglie di buon grado la modifica apportata dalla finanziaria del 2007 al termine entro cui procedere alla dismissione. Infatti, la previsione del termine di ventiquattro mesi, in luogo di quello precedente di dodici, salvaguarda il patrimonio in mano pubblica, impedendo un rapido deprezzamento dei complessi e delle commesse aziendali.

⁵²⁸ A questa conclusione sono anche giunti alcuni autori che hanno commentato l'art. 13 del decreto Bersani. Si vedano, ad esempio, D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 101, il quale esclude la tassatività dello scorporo e della cessione, sottolineando che si sarebbero potute perseguire anche altre strade, come ad esempio quella della liquidazione delle attività non consentite. Tra le altre cose, Florenzano (p. 103), trattando un aspetto di estremo interesse, ritiene che non vi fosse l'obbligo di attivare una procedura ad evidenza pubblica nella scelta del cessionario delle quote illegittimamente detenute, in quanto sarebbe stato possibile anche utilizzare una trattativa privata qualora se ne fossero presentate le ragioni. Queste vengono individuate, in via esemplificativa, nell'incanto andato deserto e nella non utilità nel caso concreto di altre forme di contrattazione. Del resto, conclude l'A., l'obbligo di esperire la procedura ad evidenza pubblica mal si concilia con il termine di ventiquattro mesi stabilito dal legislatore.

essendo stato previsto un regime caducatorio dall'art. 4, d.l. n. 95/2012, questa appare la soluzione più giusta.

Rimane da approfondire la sorte delle società strumentali miste, e di conseguenza delle partecipazioni che gli enti locali vi detengono.

3.3.1. (Segue): Focus sulla situazione delle società miste strumentali.

Premesso che le società strumentali miste non possono ottenere affidamenti diretti, residuerebbe la possibilità di prestare i servizi a favore dell'amministrazione di riferimento solo in seguito ad apposita gara. Il che suscita qualche perplessità.

Il ruolo delle società miste strumentali è assai distante dalla funzione svolta dalle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, le quali per giurisprudenza consolidata possono ottenere in via diretta lo svolgimento del servizio, a condizione che sia svolta la gara per la scelta del socio privato, così come chiarito in precedenza sia dalla normativa nazionale⁵²⁹, sia dalle recenti pronunce del giudice italiano⁵³⁰ ed europeo⁵³¹. Del resto, il richiamo da parte della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ai principi dei Trattati conferma che anche nella prospettiva comunitaria la selezione con gara del *partner* privato legittima l'aggiudicazione in via diretta⁵³².

La differenza è chiara: nelle società miste strumentali l'investitore non ha più neppure la sicurezza di svolgere il servizio. Se già l'art. 13 del decreto Bersani faceva dubitare del

Ancora, sul rifiuto della tassatività dello scorporo e della cessione, L. MANASSERO, *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, come convertito dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, con particolare riferimento agli effetti sulle attività delle società pubbliche locali*, 14 settembre 2006, in www.dirittodeiservizipubblici.it; S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani*, cit.

⁵²⁹ Il richiamo è all'art. 23bis, co. 2, lett. b), d.l. n. 112/2008.

⁵³⁰ Punto di riferimento fondamentale nella giurisprudenza nazionale è innanzitutto la sentenza Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro amm. CDS.*, 2009, 1, 93 ss; sul punto, recentemente, seppur con un *obiter dictum*, si veda anche Corte cost., 16 luglio 2014, n. 199, in *Giur. cost.*, 2014, 4, 3194 ss.

Nella giurisprudenza amministrativa, richiamante anche la conformità di tale scelta ai principi comunitari in tema di concorrenza, tra le tante, si vedano Cons. St., sez. V, 2 marzo 2015, n. 992, in *Dir. & giust.*, 2015, 3, 9; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 6 febbraio 2015, n. 359; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, in *Foro amm. CDS.*, 2014, 9, 2295; Tar Lazio, Roma, sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264, in *Foro amm. TAR.*, 2014, 9, 2402; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 28 gennaio 2014, n. 105, in *Foro amm. TAR.*, 2014, 1, 236; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 5 dicembre 2012, n. 2911, in *Foro amm. TAR.*, 2012, 12, 3769.

⁵³¹ Celebre il *leading case* in materia, Corte giust., sez. III, 15 ottobre 2009 C-196/08, *Acoset*, punti 60-63, in *Urb. e app.*, 2010, 2, 156 ss., con nota di G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*.

In precedenza, anche Corte giust., sez. I, 6 aprile 2006, n. 410, in www.curia.eu.

⁵³² Vd. nota precedente.

reperimento di capitali privati a causa della chiusura del mercato, quei dubbi sembrano trasformarsi ora in delle certezze. Qual è, infatti, l'imprenditore tanto incauto da investire in un modello di partenariato senza neppure avere la garanzia di un ritorno economico, ed anzi ben sapendo che quella società non potrebbe svolgere attività differenti da quelle determinate nello statuto (oggetto esclusivo) né potrebbe ricercarsi altri clienti al di fuori delle amministrazioni di riferimento? Nessuno, è evidente.

Allora, a fronte dell'*impasse* due sono le soluzioni.

La prima è considerare completamente soppresse dal nostro ordinamento le società miste strumentali, perché di fatto non sussistono le condizioni per ritenerle esistenti. La partecipazione del privato potrebbe in futuro esistere solamente nel caso in cui il modello *in house* si apra ad investimenti che, secondo la più flessibile ottica europea, non escludono il controllo analogo. La conclusione sembra però drastica, non essendo necessaria una compressione così netta della capacità di agire degli enti locali; inoltre, dato l'attuale periodo economico, è difficile ipotizzare che essi godano di risorse esclusivamente proprie per costituire il capitale sociale.

La seconda soluzione – preferibile – presuppone che le società miste strumentali, impossibilitate ad ottenere affidamenti diretti, operino sul mercato. Perché il socio privato sia incentivato a rilevare quote del capitale sociale, è imprescindibile garantire a tali società non solo una maggiore versatilità dell'oggetto sociale, ma anche la possibilità di accaparramento di clientela fra altri soggetti pubblici (diversi da quelli costituenti, partecipanti ed affidanti) e privati.

In altre parole, le società miste strumentali continueranno ad esistere a condizione che non vengano più qualificate come modelli di organizzazione interna, ma come operatori economici presenti sul mercato, sconnesse da qualsivoglia vincolo funzionale con le amministrazioni di riferimento⁵³³. E ciò non tanto perché non fruiscono più di affidamenti diretti, quanto perché la valorizzazione dello spirito imprenditoriale è l'unico elemento in grado di porre le basi per l'ingresso del *partner* privato in società.

Non vi sarebbero più limiti per i soggetti a favore dei quali prestare l'attività. Ma non vi sono neppure grandi incertezze circa la definizione dell'oggetto sociale: da esclusivo diverrebbe presumibilmente un connubio tra attività istituzionali e meramente economiche.

Il vero problema è a questo punto un altro: come conciliare sul profilo dell'imparzialità dell'attività amministrativa il fatto che la società strumentale mista possa concorrere per

⁵³³ Cfr. G. CAIA, *Norme per la riduzione*, cit., 714.

Seppur con riguardo a riflessioni differenti, giunge alla stessa conclusione, D. MASETTI, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza*, cit., 118.

ottenere il servizio anche all'interno del proprio ambito territoriale. È evidente la commistione tra il ruolo di decisore ed il ruolo di aspirante aggiudicatario, il che potrebbe creare notevoli dubbi sulla regolarità della competizione. La commissione aggiudicatrice andrebbe definita con particolare prudenza; oppure, ma il paradosso e l'ironia la fanno apparire quantomeno kafkiana, vi è anche un'altra ipotesi. Ovvero, che la società mista strumentale possa liberamente operare sul mercato, ma mai con gli enti locali di riferimento: non si potrebbe essere più distanti dal punto di partenza di cui all'art. 13 del decreto Bersani che, nel tempo, aveva attuato un monopolio dell'imprenditore pubblico nell'area degli appalti⁵³⁴.

Inoltre, vi è un altro interrogativo su cui riflettere: la scelta del socio privato. Se, infatti, sarà confermato che le società miste strumentali debbono operare necessariamente sul mercato, e cioè in assenza di affidamenti diretti, appare meno stringente l'obbligo di procedere alla sua selezione tramite gara, pensato proprio per controbilanciare l'aggiudicazione del servizio alla società mista in assenza di un confronto concorrenziale. Non è possibile fornire una risposta certa in assenza di una qualche pronuncia del giudice amministrativo, volendo evitare voli pindarici che spesso conducono ad esiti infausti.

Tuttavia, non ci si può esimere dal fornire una semplice opinione. Sul profilo della tutela della concorrenza, l'eventuale procedura per la scelta del socio appare inutile, e forse per certi versi dannosa, in quanto rallenterebbe la possibilità per la società mista di operare con celerità e prontezza sul mercato. Sul profilo del buon andamento, invece, questa soluzione non potrebbe dirsi certamente lesiva perché comunque garanzia di accurata valutazione dei requisiti (tecnici ed economici) di un soggetto che si affianca all'amministrazione imprenditrice, e dal cui operato dipende il proficuo investimento di risorse pubbliche. È evidente, infatti, che la scelta per *intuitus personae* potrebbe causare importanti distonie nell'attività societaria.

In entrambe le ipotesi, dunque, vi sono dei *pro* e dei *contro*. Ma la seconda soluzione non sembra comunque da scartare: essa confermerebbe, in un momento di profonda crisi di identità, un barlume di interesse pubblico nelle società pubbliche, se non sul versante dell'attività quantomeno su quello del corretto investimento delle risorse della collettività.

La lettura proposta non ha chiaramente la presunzione di rivestire i panni di una scomoda verità né quella di rivoluzionarie il diritto societario pubblico. È, più semplicemente, un'ulteriore chiave di lettura per deciptare un coacervo di disposizioni in un settore

⁵³⁴ M. DUGATO, *I paradossi delle società pubbliche*, in AA.VV., *Rapporto "l'attuazione del federalismo fiscale in Emilia-Romagna, Veneto e Puglia: le opinioni e le attese dei responsabili dei servizi finanziari degli enti locali"*, 118.

particolarmente complicato, in cui si sono stratificate nel corso del tempo, spesso senza grande lungimiranza, delle riforme oggi difficili da dipanare.

L'esito prospettato consiglia anche di rivedere la distinzione della Corte costituzionale tra attività amministrativa in forma privatistica ed attività di impresa di enti pubblici, avanzata una prima volta con la sentenza n. 326/2008, ripresa poi dalla sentenza n. 148/2009⁵³⁵, ed infine confermata dalla sentenza n. 229/2013, definita per discriminare tra servizi strumentali e servizi pubblici. Infatti, la prima delle due forme presuppone una natura non incline ad investimenti di rischio, che mal si concilia con il modello della società mista strumentale così come descritto. Anzi, tale modello si avvicina più alla seconda forma di attività, che pure era stata pensata per inquadrare i servizi pubblici locali.

Allora, la dicotomia ha ancora ragion d'essere se, oltre a riferirsi all'oggetto sociale (servizio strumentale o pubblico), tiene in considerazione anche il modello societario. In altre parole, l'attività amministrativa in forma privatistica consta di due componenti, tra loro cumulative: l'oggetto sociale è configurabile come servizio strumentale, e la società *in house* è il solo mezzo ammissibile.

In definitiva, la conclusione è tanto semplice quanto lapidaria. L'ordinamento sta procedendo in una precisa direzione: quella di caratterizzare sempre più i moduli societari pubblici quali strumenti di impresa e non quali strumenti di definizione del pubblico interesse.

Le società strumentali a partenariato pubblico-privato divengono operatori economici nella sostanza equiparata ad imprenditori privati, il che implica un'avulsione pressoché totale dal vincolo funzionale. Le società strumentali *in house*, invece, mantengono, perlomeno intese nel loro complesso strutturale, l'attaccamento all'interesse pubblico. Permane, come più volte rilevato, il problema circa il reale interesse dei singoli enti locali soci per motivare la partecipazione in società⁵³⁶. Ma questo è un punto, che sarà in seguito approfondito, che rileva a prescindere dall'oggetto sociale: sia esso un servizio strumentale o un servizio pubblico locale.

C'è però un'obiezione che potrebbe far venire meno l'intero ragionamento.

⁵³⁵ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, in *Foro it.*, 2010, 3, I, 786, incentrata sulla compatibilità con la Carta fondamentale dell'art. 3, co. 27-32, l. n. 244/2007, ritiene che le disposizioni citate sono conformi a Costituzione in quanto, riprendendo la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica ed attività di impresa di enti pubblici, mirano a tutelare la concorrenza.

Per un commento alla sentenza, G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 1606 ss.

⁵³⁶ Anche se, a ben vedere, questo problema sembrerebbe risolto dall'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, che pone il vincolo tra partecipazione azionaria e soddisfacimento delle finalità istituzionali.

L'art. 3, co. 27-32, l. n. 244/2007 vieta la costituzione e la partecipazione in società il cui oggetto non corrisponda a finalità istituzionali dell'ente locale. Rimandando al paragrafo successivo l'approfondimento della norma, un elemento è di immediata percezione. I servizi strumentali, rispondendo in via diretta a delle esigenze dell'amministrazione, sono stati considerati corrispondenti. Non possono, invece, ricondursi in questo alveo le mere attività economiche. Tanto è vero che le società esercenti questo tipo di prestazioni sono state considerate rientranti appieno nel divieto⁵³⁷, mentre in giurisprudenza si è sostenuto che, a seguito della novella legislativa, le uniche tipologie di società partecipate consentite sono quelle esercenti attività strumentale e che producono servizi di interesse generale⁵³⁸. La tesi proposta sul futuro delle società miste strumentali sarebbe facilmente criticabile perché contrastante con lo spirito dell'art. 3, co. 27.

Diviene dunque necessaria un più approfondito studio su questa norma, così da valutare non solo la risposta al dubbio appena evidenziato, che verrà in seguito resa, ma anche in linea più generale quali sono i suoi attuali riflessi.

4. L'art. 3, co. 27e ss., l. n. 244/2007 (finanziaria 2008): un'importante svolta nel principio di funzionalizzazione dell'attività societaria.

Con l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, norma tutt'ora in vigore, il legislatore vincola le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nella stipulazione di contratti associativi. In particolare, sono vietate alle stesse, e dunque anche agli enti locali, la costituzione e la partecipazione in società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nonché l'assunzione ed il mantenimento di partecipazioni in dette società. Il comma 29 specifica che entro trentasei mesi dall'entrata in vigore della legge (termine chiaramente scaduto), le pubbliche amministrazioni devono cedere a terzi le società e le partecipazioni vietate: viene perciò stabilita una vera e propria politica di dismissione. La finalità della disposizione in oggetto, come stabilito nell'*incipit* del comma 27, è la tutela della concorrenza e del mercato, in modo identico a quanto aveva a suo tempo stabilito l'art. 13 del decreto Bersani. Tuttavia, anche in questo caso, sembra che le intenzioni manifestate dal legislatore non rispecchino fedelmente lo spirito della disposizione, o comunque le sue risultanze

⁵³⁷ D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 132.

⁵³⁸ Corte conti, sez. reg. contr. Puglia, parere 27 febbraio 2008, n. 3, in www.corteconti.it.

concrete. Anzi, lo scarto tra lo scopo dichiarato e quello effettivo appare ben maggiore rispetto a quanto rilevato circa la norma del 2006.

L'art. 3, co. 27, si distingue dalle precedenti disposizioni analizzate in quanto si riferisce direttamente agli *assets* proprietari, non all'attività societaria intesa nel complesso⁵³⁹. Esso, dunque, si inserisce direttamente nella problematica, più volte segnalata, della distonia tra stipulazione del contratto associativo e i motivi di interesse pubblico, con l'intento di ricondurre sui binari del principio di funzionalizzazione la partecipazione (anche) degli enti locali, precludendo il possesso di quote societarie slegate dai propri scopi istituzionali.

La teoria è confortata dai pensieri di parte della dottrina, propensa a ritenere indimostrato l'assunto secondo cui la sola presenza delle società partecipate possa costituire un ostacolo al corretto svolgimento del mercato, suggerendo invece che l'art. 3, co. 27, pone un limite all'attività di impresa dell'amministrazione a tutela del vincolo funzionale⁵⁴⁰. La tesi incontra ulteriori conferme anche in qualche sentenza del giudice amministrativo, secondo cui le limitazioni della capacità di agire degli enti pubblici sono dovute alla necessità di ricondurne l'attività al perseguimento del pubblico interesse⁵⁴¹.

⁵³⁹ A riguardo, si vedano le interessanti riflessioni di G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, cit., 1616, secondo cui l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 e l'art. 13 del decreto Bersano si pongono in rapporto di complementarietà, in quanto mentre la prima si rivolge direttamente nei confronti delle amministrazioni, la seconda insiste sull'attività societaria. Di qui, deriva la particolare delicatezza della disposizione della finanziaria 2008. Dunque, come riconosce l'A., le due norme intendono perseguire la stessa finalità – ovvero limitare la proliferazione di società pubbliche – mediante percorsi differenti.

⁵⁴⁰ Cfr. M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 857.

In termini analoghi si vedano anche le riflessioni di G. GRUNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in www.giustamm.it, 2011, secondo cui il vero fine dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 è la tutela del principio di legalità – rispetto al quale il principio di funzionalizzazione ne è ulteriore declinazione – non invece la tutela della concorrenza. Infatti, nel pensiero dell'A., nel diritto europeo non si rinviene nessun indizio di ostracismo nei confronti dell'imprenditore pubblico in quanto lesivo dell'imprenditoria privata.

Sulla tutela del vincolo funzionale da parte dell'art. 3, co. 27, finanziaria 2008, si veda anche D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 133; così anche R. URSI, *Le società partecipate dagli enti locali*, in M. ALMEIDA, C. TUBERTINI, P. CRUZ SILVA, (a cura di), *Medidas para la racionalizacion de la organizacion administrativa local: las experiencias espanola, portuguesa e italiana*, Civitas, 2015, 473, il quale ricollega la norma in questione al principio di legalità.

⁵⁴¹ Tar Sardegna, sez. I, 5 aprile 2013, n. 269, in *Foro amm. TAR*, 2013, 4, 1403, in cui si legge «*in definitiva, l'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008), nel prevedere che "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato", le pubbliche amministrazioni "non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società", ha posto un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare, come, invero, dichiarato nella parte iniziale della disposizione stessa, la tutela della concorrenza - che di per sé lo strumento dell'impresa pubblica non potrebbe pregiudicare - quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico. Può, pertanto, ritenersi che, allo stato, esiste una norma imperativa che - esprimendo un principio già in precedenza immanente nel sistema - pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico*».

In termini analoghi, Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Foro amm. CDS.*, 2012, 3, 696, il quale, riferendosi all'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, afferma che «*può, pertanto, ritenersi che, allo stato, esiste una*

Certo, vi sono degli argomenti piuttosto autorevoli con cui è possibile contraddire questa posizione. Basti pensare alla predetta sentenza n. 148/09 del Giudice delle leggi che ha fatto leva sulla tutela della concorrenza e del mercato per salvaguardare la norma in questione; o ancora all'Adunanza plenaria del 3 giugno 2011, n. 10⁵⁴² che, nell'impedire all'Università IUAV di Venezia di costituire società puramente commerciali, ha in sostanza ribadito lo stesso pensiero; o più semplicemente al dettato della legge che ha esplicitato la finalità della disposizione.

Come è stato brillantemente sottolineato⁵⁴³, il discorso va affrontato, ancora una volta, alla luce della più ampia dicotomia tra capacità giuridica ed autonomia privata degli enti locali (*rectius*: enti pubblici), su cui la migliore dottrina amministrativistica italiana si è divisa negli anni. Quella più risalente sosteneva l'obbligo per le amministrazioni di perseguire finalità istituzionali anche laddove fossero utilizzati mezzi privatistici⁵⁴⁴, in quanto la pubblicità dello scopo prevale sul carattere privato dello strumento giuridico⁵⁴⁵, dovendovi essere necessaria aderenza⁵⁴⁶ tra i due elementi. In altre parole, l'autonomia privata deve comunque essere funzionale agli scopi stabiliti dalla legge⁵⁴⁷, perché data la natura pubblicistica del soggetto agente non potrebbe essere diversamente.

norma imperativa che - esprimendo "un principio già in precedenza immanente nel sistema" (Cons. Stato, Ad. plen. n. 10 del 2011, cit.) - pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico».

Sul fatto che il principio di funzionalizzazione dell'attività imprenditoriale sia messo in rilievo dalla finanziaria 2008, anche Corte conti, sez. contr. Reg. Veneto, parere 15 gennaio 2009, n. 5.

⁵⁴² Cons. St., Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, 7-8, III, 365, con nota di M. GRANIERI, *Di università imprenditoriale, società «spin-off» e finalità istituzionali dell'ente*.

Da ricordare che la pronuncia riguarda la possibilità per l'università IUAV di Venezia di partecipare a delle società che operino sul mercato, eventualità cui viene resa risposta negativa facendo leva sull'art. 3, co. 27. Per una lettura della partecipazione delle Università in compagnie societarie, M. DUGATO, *La partecipazione dell'università a società di capitali: il caso dell'università degli studi di Bologna*, in *Contr. e impr.*, 1995, 697 ss.; M.G. ROSSI, *La partecipazione delle università degli studi a concorsi e società di ricerca: profili privatistici*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 575.

Per ulteriori commenti alla sentenza si vedano anche F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1364 ss.; G. GRUNER, *ult. op. cit.*

⁵⁴³ G. GRUNER, *ult. op. cit.*, *passim*.

⁵⁴⁴ D. SORACE, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 1146 ss., in cui l'A. sostiene che sia principio generale di diritto pubblico il fatto che l'iniziativa pubblica deve vantare un interesse pubblico anche se si risolve in un'attività imprenditoriale.

⁵⁴⁵ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss.

⁵⁴⁶ Di aderenza allo scopo dell'agire privatistico scrive C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, Firenze, Casa editrice Cya, 1954, 154 ss.

⁵⁴⁷ Così F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, Giuffrè, 1967, 314 ss.

In termini analoghi anche M. NIGRO, *Banche private e banche pubbliche. Rilevanza dell'oggetto e limiti dell'attività*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, 56 ss., in particolare pp. 89 ss., in cui si afferma che «per gli enti pubblici, in generale, appare indiscutibile il collegamento necessario della sfera di azione dell'ente con il suo oggetto ed il suo scopo: e ciò sia che si tratti di attività di diritto pubblico che di attività di diritto privato».

Una lettura leggermente più recente, invece, sostenuta anch'essa da autorevolissimi maestri, è giunta a conclusioni del tutto contrarie: l'azione privata degli enti pubblici gode della stessa disciplina riguardante i soggetti privati, in quanto non si può discriminare tra le norme di diritto positivo relative alle persone giuridiche⁵⁴⁸. Con la conseguenza che così ritenendo – senza voler essere drastici – verrebbe negato il principio di legalità alle attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, che non avrebbe motivo di esistere al di fuori della relazione tra autorità e libertà.

L'assunto non convince. Né si condivide la considerazione da taluno prospettata per cui l'introduzione dell'art. 1, co. 1bis, l. n. 241/90 abbia ampliato a tal punto la capacità di diritto privato delle amministrazioni da rendere superfluo, o quasi, il condizionamento della disciplina pubblicistica⁵⁴⁹.

La prima impostazione ci sembra più corretta, anche se probabilmente troppo intransigente nel momento in cui pretende che ogniqualevolta l'amministrazione agisca attraverso il diritto privato vi debba essere come condizione legittimante una precisa norma⁵⁵⁰. Ma rimane egualmente preferibile in quanto maggiormente rispettosa della distinzione tra la capacità di agire delle persone giuridiche e la loro autonomia privata: come già in precedenza ritenuto⁵⁵¹, mentre la prima individua la legittimazione a concludere negozi giuridici, la seconda si muove sul profilo interno della soggezione dell'ente pubblico alla legge⁵⁵². Ed è chiaro che in questo senso le amministrazioni non possono che avere un margine di manovra più ristretto rispetto alle persone giuridiche di diritto privato in quanto condizionate

A ritroso negli anni, non può essere ignorato lo scritto di G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 81 ss.

⁵⁴⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 352; in termini analoghi, G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

Più recentemente, è critico sulla limitazione della capacità di agire delle amministrazioni, ribadita ai sensi dell'art. 11 c.c., S. FANTINI, *Le disposizioni della Finanziaria 2008 in tema di società pubbliche*, in *Urb. e app.*, 2008, 4, 412 ss.

Contra, G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene editore, 2006, 80 ss.

⁵⁴⁹ S. FANTINI, *ult. op. cit.*, 413.

⁵⁵⁰ C. CAMMEO, *ult. op. cit.*, 154, in cui l'A. sostiene che la legge è regolatrice delle competenze dell'ente pubblico in ambito contrattuale.

⁵⁵¹ Il problema è già stato affrontato nel capitolo 2 del presente lavoro.

⁵⁵² C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, 111 ss., il quale, per l'appunto, distingue capacità giuridica ed autonomia privata ricordando che la seconda non può essere considerata come una "quantità" della prima, bensì una sua "qualità". Secondo l'A., dunque (p. 113), può sostenersi che l'amministrazione vanta la capacità giuridica di diritto privato: tuttavia, ciò significa affermare che la stessa è astrattamente idonea ad essere destinataria di norme di diritto privato, ma non che sia destinataria di quelle norme allo stesso modo dei soggetti privati. In definitiva (p. 119), «*La posizione dell'amministrazione è definita dall'assoggettamento al principio di legalità e come tale è incompatibile con una posizione di autonomia privata. Il fatto che l'amministrazione sia anche persona giuridica non ha, a questi fini, alcun rilievo*».

dall'interesse pubblico⁵⁵³, in ossequio anche ai parametri costituzionali che ne descrivono l'azione.

A ciò si aggiunga che anche le riflessioni di tenore contrario, ovvero quelle che hanno propeso per individuare nella tutela della concorrenza il bene giuridico salvaguardato dall'art. 3, co. 27, sembrano perdersi in riflessioni meno centrate. Ad esempio, la già citata pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 10/2011 si preoccupa di valutare se le disposizioni dei Trattati europei (gli artt. 106 e 345 TFUE) discriminano o meno tra proprietà pubblica e privata delle imprese, e cioè se gli enti pubblici sono legittimati o meno a costituire società commerciali⁵⁵⁴, senza valutare come l'Unione europea affronti il collegamento tra principio di legalità ed attività societaria degli enti locali.

Rinvenire la natura della norma nel legame funzionale anziché negli invocati parametri europei di competizione economica consente di aggirare le perplessità espresse a riguardo, secondo cui l'art. 3, co. 27, va ben oltre le pretese europee in tema di concorrenza⁵⁵⁵. Nel caso di specie, il dibattito sull'opportunità che il legislatore italiano sia più restrittivo di quello europeo è sterile. Piuttosto, il richiamo alla concorrenza nell'*incipit* dell'art. 3, co. 27, sembra dovuto «*alla sola intenzione “inconfessata” del legislatore nazionale di riuscire a legiferare comunque su “materie” [...] che oramai, a seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, sembrerebbero fuoriuscite del tutto dalle sue competenze legislative esclusive*⁵⁵⁶». Come a dire che la trasversalità delle materie viene modellata per consentire al legislatore nazionale di tracciare il sentiero più agevole su un campo minato, in cui gli ostacoli sono rappresentati dalle pretese autonomistiche delle Regioni. In questo senso, l'invocazione della tutela della concorrenza continua a rappresentare – così come ipotizzato anche in precedenza – un utile pretesto per il legislatore statale nell'imporre le proprie volontà in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale. Il fine però giustifica i mezzi: l'uniformità della disciplina delle società pubbliche locali è necessaria a fronte degli obiettivi di limitarne il numero e di ricondurne l'utilizzo ai compiti dell'ente.

⁵⁵³ Anche la dottrina più recente giunge ad analoghe conclusioni. A riguardo si veda S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, in special modo 121 ss.

⁵⁵⁴ Affronta la questione G. GRUNER, *ult. op. cit.*, § 4, il quale in particolare evidenzia un equivoco di fondo nel ragionamento dell'Adunanza. Infatti, secondo l'A., i giudici amministrativi hanno ritenuto che l'ordinamento europeo vieti senz'altro agli enti pubblici, in forza di pretese esigenze della concorrenza e del mercato, di costituire società commerciali.

Aldilà del fatto che non si concorda sul fatto che questa sia la lettura data dall'Adunanza, Gruner ricorda come questa convinzione sia errata. In tal senso, ossia favorevoli alla possibilità per gli enti pubblici di svolgere attività di impresa, senza incorrere in particolari limitazioni dettate dall'Unione europea, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss; M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, vol. III, Milano, 2007, 1205 ss.

⁵⁵⁵ Così M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 263.

⁵⁵⁶ G. GRUNER, *ult. op. cit.*

La tendenza a tutelare *in primis* il principio di funzionalizzazione anziché la concorrenza emerge anche da un semplice parallelo con quanto detto in precedenza circa l'art. 13, d.l. n. 223/2006. Come ritenuto, quest'ultima ha determinato importanti riscontri non solo sul profilo concorrenziale ma anche sul quello del vincolo funzionale, avendo obbligato gli enti locali a costituire società con margine di azione territorialmente limitato ed a favore dei soli enti partecipanti. L'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 è ancor più rigoroso, definendo le condizioni in cui le amministrazioni possono stipulare un contratto associativo. Ed allora se la limitazione della capacità di agire è di per sé idonea ad influire sulla funzionalizzazione dell'attività amministrativa privatistica, come è accaduto con la novella del 2006, *a fortiori* la riconduzione dell'autonomia privata degli enti pubblici all'interno dei suoi naturali confini persegue il medesimo risultato in modo ancor più efficace e convinto.

Non si nega che la norma della finanziaria 2008 abbia determinato importanti risvolti anche sul profilo concorrenziale, come dedotto, oltre che dalla Consulta⁵⁵⁷, in dottrina⁵⁵⁸, e nella relazione al disegno di legge⁵⁵⁹. Al contempo, però, non può non vedersi il tentativo di ricondurre l'agire privatistico delle amministrazioni nei binari di propria competenza, vera caratteristica della riforma. E, si badi, additare il principio di funzionalizzazione come bene giuridico tutelato dall'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 non significa escludere *a priori* la possibilità per la società pubblica di conseguire (anche) uno scopo lucrativo. La prospettiva di guadagno non è per forza incompatibile con un'attività societaria ben ancorata al principio di legalità. Infatti, la produzione di ricavi è comunque propedeutica al conseguimento dell'interesse pubblico principale sotteso alla costituzione della società⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Il riferimento è chiaramente a Corte cost. n. 148/2009.

⁵⁵⁸ G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, cit., 1614, ritiene che il quadro giuridico delineato dall'art. 3, co. 27-29, l. n. 244/2007, rientra in due tipologie normative che tipicamente costituiscono la materia di tutela della concorrenza: le norme che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati; le norme che promuovono uno o più mercati, eliminando barriere all'entrata.

⁵⁵⁹ Viene riportato un frammento della relazione del disegno di legge della finanziaria 2008: «*la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica è e rimane uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività*», espone che «*scopo della norma è quello di evitare forme di abuso (la cui esistenza è verosimile, tenuto conto che sono circa tremila, ad esempio, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica)*» e di «*tutelare la concorrenza e il mercato*».

⁵⁶⁰ Sulla centralità dello scopo lucrativo nel fenomeno delle società pubbliche, F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, cit., 1371, il quale considera inoltre che la società pubblica deve comunque vantare uno spirito lucrativo se vuole soddisfare l'interesse pubblico. In special modo, l'A. (pp. 1372 ss.) rileva che la causa lucrativa della società, definita all'interno del codice civile, non possa non valere anche per quelle partecipate dalle pubbliche amministrazioni.

Sempre F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004, 100 ss., specifica inoltre che una diversa conclusione non potrebbe trarsi dal principio di

L'intervento del legislatore con la finanziaria 2008 è stato fondamentale per rendere più coerente il collegamento tra partecipazioni societarie e finalità istituzionali. Non convince, infatti, l'affermazione della Adunanza plenaria secondo cui «l'art. 27, co. 3, l. n. 244/2007 esprime un principio di carattere generale che era immanente nell'ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva»; dichiarazione tra l'altro riferita alla tutela della concorrenza, e dunque non al profilo della legalità dell'azione amministrativa⁵⁶¹. L'assunto in sé non è persuasivo. E non lo è se lo riferiamo, come ha fatto la pronuncia, alla concorrenza, perché non si individua la previgenza di un principio generale che *de facto* vietasse a tutti gli enti pubblici di costituire società commerciali⁵⁶². Né l'affermazione convince se la riferiamo al principio di funzionalizzazione, poiché si confida di aver già evidenziato come negli anni precedenti la commistione tra attività amministrativa e strumento societario avesse causato molte contraddizioni sotto questo punto di vista.

Nella salvaguardia del vincolo funzionale, l'importanza dell'intervento legislativo si coglie distinguendo tra il piano del dover essere e quello dell'essere. Nel primo caso, nel nostro ordinamento era già da anni sedimentata la consapevolezza del carattere dell'agire privatistico delle amministrazioni, obbligatoriamente orientato all'interesse pubblico⁵⁶³. Ma è altrettanto palese che, sotto il secondo profilo, non vi fosse assolutamente un'effettiva corrispondenza, in quanto come più volte sostenuto gli enti locali partecipavano a società pubbliche con intenti precipuamente lucrativi, benché la giurisprudenza abbia generalmente continuato a ritenerli non compatibili con le utilità di un'azione *extramoenia*.

sussidiarietà *ex art. 118 Cost.*, rinegando perciò quelle correnti dottrinarie secondo cui la norma in oggetto determinerebbe un divieto implicito per gli enti pubblici di perseguire, mediante impresa, scopi lucrativi, ritenuti di esclusiva pertinenza per natura di imprese private.

Affronta il problema anche G. GRUNER, *ult. op. cit.*, secondo cui non si vedono le ragioni per escludere il perseguimento dello scopo meramente lucrativo, fatta eccezione per le ipotesi in cui le società producono servizi di interesse generale, da parte delle imprese pubbliche. Per sostenere la propria tesi, l'A. (nota 25) rinvia al dettato costituzionale e, più precisamente, l'art. 41, co. 3, Cost., affermando che stando alla disciplina dello stesso non sembra affatto escluso che le imprese pubbliche non possano perseguire scopi lucrativi. Ne è corollario che i fini sociali, richiamati dalla norma, non necessariamente contrastano con le finalità speculative dell'impresa pubblica.

In termini analoghi, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., 747 ss., ritiene imprescindibile per l'impresa pubblica dotarsi di un piano industriale in grado di garantire un ritorno economico, quantomeno inteso come concreta possibilità.

⁵⁶¹ Ciò è facilmente desumibile da un estratto della sentenza Ad. plen. n. 10/2011 in cui si riporta: «Si osserva al riguardo che la Corte costituzionale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale relativa ai commi 27 e 29, con la sentenza 4 maggio 2009 n. 148, ha sottolineato come essi abbiano inteso rafforzare la distinzione tra l'esercizio della attività amministrativa in forma privatistica [...] e l'esercizio della attività di impresa da parte degli enti pubblici, mirando altresì ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione».

⁵⁶² Il rinvio è, ancora una volta, alla posizione espressa da G. GRUNER, *ult. op. cit.*, § 5.

G. SIGISMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 57, non condivide l'affermazione perché ritiene che l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 non possa risolversi in una generica funzionalizzazione all'interesse pubblico dell'attività di impresa.

⁵⁶³ Si richiamano le opere dottrinali sopra annotate.

L'art. 3, co. 27 è dunque particolarmente importante, poiché cristallizza un elemento connaturato all'agire degli enti pubblici, quale sia lo strumento utilizzato, che nel corso del tempo era andato dimenticato, nonostante anche i migliori studiosi del diritto civile riconoscessero l'impossibilità di una completa equiparazione tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private⁵⁶⁴. Infatti, lo stesso art. 11 c.c., nel prevedere l'attribuzione della personalità giuridica a favore degli enti pubblici, fa salvo il richiamo alle «*leggi ed agli usi osservati come diritto pubblico*», la cui funzione non è tanto l'attribuzione della capacità di diritto privato alle amministrazioni, quanto quella di delimitare l'ambito di applicazione della disciplina che il codice civile rivolge alle persone giuridiche di natura pubblica⁵⁶⁵.

L'intenzione di allinearsi alle indicazioni europee sulla promozione dell'assetto concorrenziale ha condotto a questo risultato. Così facendo, però, è divenuto superfluo l'obbligo di ricondurre l'attività amministrativa nell'alveo del principio di legalità, anche perché le istituzioni comunitarie non sembrano mai essersi fattivamente interessate della questione, ritenuta sempre di secondo piano rispetto alla valorizzazione dell'assetto economico. Ed infatti, l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 ha evidenziato le difficoltà di comunicazione tra l'ordinamento nazionale e quello europeo: la disposizione, oltre a non affondare le proprie radici in quest'ultimo⁵⁶⁶, ha evidenziato delle problematiche percepite nel contesto interno ma non al di fuori.

A questo punto, per esigenze di coerenza espositiva, prima di indagare l'incidenza dell'art. 3, co. 27, sulle società strumentali e di gestione dei servizi pubblici locali, occorre valutare come il ripristino del vincolo funzionale muti le sorti dell'impresa pubblica.

4.1. (Segue): Il rapporto tra l'art. 3, co. 27, e l'attività puramente lucrativa.

Nella prospettiva nazionale, il fine speculativo non è sufficiente per motivare la detenzione di quote societarie: esso, infatti, non può ricondursi nell'alveo delle finalità istituzionali, espressione che pure verrà più approfonditamente analizzata. È vero che la

⁵⁶⁴ F. GALGANO, «*Pubblico*» e «*privato*» nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279 ss. L'A, infatti, spiega che le molteplici specie di persone giuridiche di diritto pubblico esistenti, pur differenziate tra loro, presentano l'elemento costante di essere persone giuridiche diverse da quelle regolate dal codice civile, e che assumono il nome di persone giuridiche "private". È, poi, emblematico il passo in cui Galgano (p. 294) afferma che la qualificazione di un ente pubblico in quanto tale «*non importa [...] l'applicazione di una determinata disciplina; essa tuttavia importa [...] la disapplicazione d'una disciplina: essa importa, a norma dell'art. 11 c.c., la disapplicazione della disciplina che alle persone giuridiche rivolge il codice civile*».

⁵⁶⁵ ID, *ult. op. cit.*, 284.

⁵⁶⁶ G. GRUNER, *ult. op. cit.*

semplice aspirazione di guadagno è stata più volte additata come la reale ragione della partecipazione degli enti locali (anche) nelle società di gestione dei servizi pubblici; ma questa lettura è stata sempre ufficialmente denegata dal giudice amministrativo. Stando alla norma della finanziaria 2008, gli enti locali debbono dismettere tutte le partecipazioni, il cui possesso è in contrasto con il dettato della legge.

Pare andare nella stessa direzione anche una pronuncia della Corte dei conti della Regione Lombardia⁵⁶⁷, secondo cui la possibilità per il Comune di intervenire direttamente nell'attività di realizzazione e commercializzazione di insediamenti produttivi e residenziali non è compatibile con le risultanze della disposizione in commento. Occorre perciò distinguere tra attività di valorizzazione dell'insediamento di attività produttive nel proprio territorio (lecite) ed attività imprenditoriali in ambito edilizio (illecite). Se ne è tratta l'opinione, qui condivisa, che la *voluntas legis* è quella di consentire all'ente locale di creare le condizioni infrastrutturali per favorire lo sviluppo di attività produttive nel territorio, ma non quella di intervenire in via diretta nel mercato.

Assecondando l'impostazione europea, invece, il problema non ha ragione di esistere, a condizione che la natura pubblica dell'operatore economico non determini delle alterazioni all'assetto concorrenziale. A parte questo limite, le imprese pubbliche con scopi meramente lucrativi potrebbero operare in totale libertà. Del resto, la legittimazione per gli enti locali a svolgere attività di impresa negli ultimi anni è generalmente motivata facendo leva sulla disciplina europea e sulle norme dei Trattati. Le norme nazionali rendono la situazione ben più complicata, e la soluzione più complessa.

La diversità di linguaggio dei due sistemi non è ignorabile.

Nella prospettiva interna, è utile rinviare ad un significativo passaggio nella pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 10/2011, la quale tra i principi di diritto enucleati ricorda che «*la possibilità di costituzione di società in mano pubblica, operanti sul mercato, è ordinariamente prevista da espresse disposizioni legislative; non di rado è la legge a prevedere direttamente la creazione di una società a partecipazione pubblica*».

Benché la pronuncia sia stata criticata a più latitudini perché troppo focalizzata sul profilo concorrenziale e troppo poco su quello del vincolo funzionale, questo frammento appare significativo. Esso si riallaccia alla lettura sopra proposta dell'art. 11 c.c. che, come detto, fa salve le peculiarità del diritto pubblico nell'attribuzione della personalità giuridica alle amministrazioni. E non potrebbe essere altrimenti, considerato che la fissazione

⁵⁶⁷ Corte conti, sez. reg. cont. Lombardia, 11 aprile 2008, n. 23, in www.corteconti.it.

normativa degli scopi degli enti pubblici deve essere etero-determinata⁵⁶⁸ indipendentemente dagli strumenti, autoritativi o negoziali utilizzati⁵⁶⁹. La definizione di una norma legislativa sembra ancora oggi irrinunciabile per legittimare l'impresa pubblica a svolgere un'attività con finalità prettamente lucrative⁵⁷⁰, in special modo a livello locale dopo la finanziaria 2008.

Questa lettura contrasta con il pensiero di chi ritiene, in realtà, che la capacità giuridica degli enti pubblici (e quindi anche quella degli enti locali) non possa essere aprioristicamente limitata a fronte della sua generalizzazione dettata dall'art. 11 c.c., pur rimanendo centrale il perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁷¹. In questo senso, le norme pubblicistiche costituirebbero un limite negativo, stabilendo cosa le amministrazioni non possono fare nello svolgimento di attività privata, e non un limite positivo, stante la vigenza della norma civilistica. È dunque evidente la difficoltà di sintesi tra la posizione dell'Adunanza plenaria e la capacità generale di diritto privato delle amministrazioni pubbliche, il che pone legittimi interrogativi sulla bontà della tesi giurisprudenziale.

Tuttavia, l'intervento del giudice, pur drastico, torna utile per ricondurre nell'alveo del principio di legalità quantomeno le società locali che svolgono attività lucrativa, cosa di non poco conto dato il graduale oscuramento del vincolo funzionale nell'attività societaria. I giudici di Palazzo Spada dimostrano di non ignorare il problema dell'intangibilità in via di principio della libertà di iniziativa privata degli enti pubblici in genere⁵⁷². Il problema è

⁵⁶⁸ Critico sul punto, F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, 11 secondo cui il legislatore ha pensato di fare a meno della legalità nel momento in cui, per regolare l'esercizio del potere, utilizza il diritto privato.

Sulla predeterminazione della destinazione funzionale delle società pubbliche direttamente istituite o costituite da atti normativi aventi rango legislativo, si veda anche G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 310 ss.

⁵⁶⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 667 ss., secondo cui i fondamenti del diritto amministrativo sono inscindibili dal carattere funzionale dell'attività dell'amministrazione, qualunque sia la forma in cui essa si manifesta.

Così anche G. GRUNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, cit.

⁵⁷⁰ La letteratura in materia è sterminata. Per tutti, F.A. ROVERSI MONACO, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, vol. II, 2005, 71 ss., secondo cui non solo la discrezionalità legislativa nella programmazione economica pubblica assume un ruolo centrale, ma viene anche ravvisata la necessità di una riserva di legge, pur relativa, che si pone come garanzia dell'attività economica svolta da soggetti pubblici.

Più indietro negli anni, un pensiero simile è rivolto anche da M. NIGRO, *Banche private e banche pubbliche. Rilevanza dell'oggetto e limiti dell'attività*, cit., 91-92, il quale ricorda che le attività di impresa svolta dagli enti pubblici economici debbono essere svolte in aderenza ad un oggetto positivamente determinato ed in assenza di un potere discrezionale di modifica da parte dell'ente. In altre parole, il legislatore attribuisce i relativi compiti e ne definisce il settore di attività, che dunque risulta essere attribuito in via eteronoma.

⁵⁷¹ S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., 113 ss.

⁵⁷² Si veda il passaggio della pronuncia in cui si legge che «La stessa Corte costituzionale, nel ribadire l'intangibilità in via di principio della libertà di iniziativa economica privata degli Enti pubblici, ha altresì sottolineato la necessità di "evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali" (sentenza n. 326/2008)».

semmai che motivano la propria posizione facendo leva su problematiche concorrenziali, e dunque economiche, e su una non meglio specificata preferenza delle istituzioni europee per le imprese private, anziché su questioni legate alla moralizzazione dell'attività imprenditoriale pubblica.

Pertanto, le affermazioni dell'Adunanza plenaria andrebbero lette alla luce del principio di legalità per poter essere più convincenti, anche perché chi le critica è comunque consapevole della necessità di individuare un motivo di interesse pubblico in giustificazione dell'attività economica⁵⁷³.

Ma proprio questo, ci pare, è l'insegnamento che si può trarre dalla pronuncia del giudice amministrativo: evitare di concedere estesi margini di apprezzamento agli enti locali nel definire cosa sia o meno interesse pubblico. Altrimenti, il rischio è che ogni attività lucrativa vi sia riconducibile in via mediata, se non altro in termini di ricavi da reinvestire per soddisfare finalità istituzionali⁵⁷⁴: lo strumento societario finirebbe per consentire di aggirare qualsiasi vincolo di scopo. Del resto, una simile circostanza si è verificata anche nelle società di gestione dei servizi pubblici locali: a maggior ragione, analoga situazione può presentarsi in una società il cui oggetto è alieno rispetto alle finalità istituzionali dell'ente.

In definitiva, l'intervento del legislatore è l'unico mezzo per elevare acriticamente la finalità lucrativa dell'impresa pubblica a scopo di interesse pubblico; o che dir si voglia a definire un'entrata economica quale interesse pubblico⁵⁷⁵. Ci sembra questo il solo modo per legittimare ancora oggi la partecipazione degli enti locali all'interno della impresa con finalità prettamente lucrative. Se così non fosse, difficilmente potrebbe continuare a legittimarsi la presenza al loro interno degli enti locali, a fronte dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007.

Riassumendo, è vero che la lettura dell'Adunanza plenaria rischia di limitare la portata dell'art. 11 c.c., ponendo dei dubbi circa l'effettività della generalizzata capacità di agire degli enti locali. Ma l'alternativa è attendere una loro valutazione con cui, in modo arbitrario, giustificare le proprie velleità imprenditoriali invocando un tanto debole quanto poco convincente interesse pubblico, potenzialmente rinvenibile in qualsiasi attività. Concedere

⁵⁷³ S. VALAGUZZA, *ult. op. cit.*, 117, 130, 146, la quale rinviene tale motivo di interesse pubblico nella «concatenazione tra discrezionalità amministrativa e manifestazione di potere negoziale dell'amministrazione».

⁵⁷⁴ Così M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997, 34 ss., il quale per esemplificare evidenzia come in tal senso anche l'attività di borsa potrebbe divenire attività strumentale all'interesse pubblico.

⁵⁷⁵ M. RENNA, *ult. op. cit.*, 36, individua il vincolo legislativo quale elemento giustificatore dell'attività di impresa da parte delle amministrazioni, ritenendo al contempo che l'eterodestinazione dei ricavi non costituisca una ragione sufficientemente forte per permettere ad esse di acquisire quote in un'impresa che svolge attività prettamente lucrativa.

Rifiuta l'ipotesi della eterodestinazione degli utili anche F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Il dir. econ.*, 2013, 1, 55.

ampi margini decisionali in capo agli enti locali non è soluzione ragionevole se si vuole limitare il numero delle compagini societarie operanti sul mercato.

Il pericolo è che, pur di legittimare l'attività lucrativa, venga consapevolmente evocato il vincolo di etero-destinazione degli utili, il quale non può essere però la "causa" della presenza pubblica⁵⁷⁶.

Ecco che allora la previsione legislativa *ex ante* torna utile per consentire la presenza nell'ordinamento di partecipazioni azionarie che non riguardano attività amministrativa in via né immediata né mediata, con buona pace della generale capacità di agire *ex art. 11 c.c.* E questa sembra l'unica strada percorribile se si vuole attribuire un minimo di tutela al principio di legalità su questo versante. Certamente, vi si legge una forte sfiducia nei confronti della politica locale ed il forte timore di un abuso dello strumento societario; il che è in sintonia con l'atteggiamento del legislatore di quegli anni, incline a stigmatizzare il modulo societario in ogni sua sfaccettatura.

4.1.2. (Segue): Il diritto positivo avalla (indirettamente) le società miste strumentali quali operatori economici *tout court*.

Queste ultime riflessioni, benché riferite alle imprese pubbliche che svolgono attività puramente lucrativa, offrono qualche strumento per rispondere all'interrogativo sollevato nei precedenti paragrafi, circa la possibilità di definire oggi le società strumentali miste quali operatori economici *tout court*.

Come da premessa, una simile lettura contrasta con i vincoli posti dalla finanziaria 2008 – che pure verranno in seguito più approfonditamente indagati – vista la difficoltà di sintesi tra il puro spirito lucrativo e le finalità istituzionali ivi evocate. Tuttavia, considerato che l'intervento legislativo è condizione necessaria e sufficiente per ammettere la costituzione di un'impresa pubblica con finalità speculative, val la pena dedicare qualche attenzione in più alla possibilità di autorizzare *ex lege* la costituzione di società strumentali miste quali meri operatori economici.

La prima considerazione è che non esiste una apposita norma di diritto positivo che autorizzi tale modello societario ad agire sul mercato in maniera pressoché identica agli imprenditori privati. Nonostante ciò, sembra che simili risultanze possano desumersi in

⁵⁷⁶ M. RENNA, *ult. op. cit.*, 37, secondo cui la ragione della partecipazione dovrebbe rinvenirsi immediatamente in un interesse pubblico effettivo.

negativo da interventi abrogativi del legislatore. Si pensi ancora all'art. 4, co. 1, d.l. n. 95/2012 in tema di *spending review*, con il quale era stato a suo tempo stabilito l'obbligo, in alternativa, di alienazione delle quote o scioglimento per le società strumentali il cui fatturato nell'anno 2011 fosse scaturito per più del 90% da amministrazioni pubbliche. La previsione era in nitido contrasto con l'art. 13 del decreto Bersani, il quale invece imponeva alle stesse di operare solo ed esclusivamente con gli enti di riferimento.

Aldilà del difetto di coordinamento tra le due norme – su cui si tornerà in seguito (§ 6.1.) – un aspetto colpisce in modo particolare. L'art. 1, co. 562, l. n. 147/2013 ha abrogato l'art. 4, co. 1, d.l. n. 95/2012: ne deriva, ovviamente, la soppressione dell'obbligo di procedere allo scioglimento o all'alienazione, fra le altre, delle società strumentali miste, anch'esse destinatarie dell'obbligo di operare esclusivamente con gli enti di riferimento *ex art.* 13 del decreto Bersani.

Pertanto, laddove ad oggi, e più specificamente dal momento di entrata in vigore della legge di stabilità 2014, non siano ancora state completate le procedure di scioglimento o di alienazione delle quote societarie ai sensi dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 95/2012 – evenienza assolutamente plausibile – nel nostro ordinamento sono presenti moduli societari di natura mista costituiti per svolgere servizi strumentali, tenuti in vita dall'abrogazione della norma che ne imponeva la soppressione. In parole più semplici, pur in mancanza di un'espressa autorizzazione legislativa, l'abrogazione di una norma ablatoria può giungere ad assolvere analoga funzione di una norma positiva: nel caso di specie, consentire alle società miste strumentali un'attività meramente imprenditoriale, in ossequio a quanto preteso dall'Adunanza plenaria in precedenza citata.

Certamente l'ipotesi è ardita, ma la si valuti anche considerando i riflessi negativi di un suo diniego. Il rischio è quello di mantenere in mano pubblica dei moduli societari che, in quanto misti, non possono ottenere l'affidamento diretto del servizio (l'ostacolo è l'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012 ancora in vigore). Potrebbe egualmente procedersi, è vero, allo scioglimento o all'alienazione, pur non più imposte; tuttavia, questo significherebbe disperdere risorse pubbliche senza che ciò sia in alcun modo necessario. In special modo, proseguendo con l'alienazione delle quote societarie con procedure ad evidenza pubblica, la non beneaugurante prospettiva è che, in assenza di un obbligo legislativo in tal senso, ed anche per le probabili lungaggini del relativo *iter*, gli *assets* in mano pubblica vedano deprezzato di non poco il proprio valore. E questo per una semplice ragione: la società strumentale mista risulterebbe bloccata, non potendo, da un lato, ricevere affidamenti diretti, e dall'altro operare sul mercato quale un operatore economico stante la vigenza dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007. Ma anche

con lo scioglimento la situazione non appare rosea, perché non è assolutamente certo che gli investimenti eseguiti in passato siano già stati ammortizzati.

Ecco che, per evitare ulteriori iscrizioni a bilancio di perdite legate al possesso di partecipazioni in società immobilizzate, lo svolgimento di attività puramente economica potrebbe essere un utile rimedio, quantomeno temporaneo, sino a che le procedure ad evidenza pubblica non siano terminate e ogni quota sia stata ceduta ai privati. Ma a quel punto, se la società ha prodotto degli utili, tanto vale mantenerla.

Non vi sarebbero neppure controindicazioni sotto il profilo concorrenziale. È priva di fondamento la preoccupazione della Corte costituzionale, esternata nelle già ricordate pronunce nn. 326/2008 e 148/2009, secondo cui i limiti per le società pubbliche sono legittimi al fine di evitare di ottenere sul mercato dei privilegi⁵⁷⁷ in quanto pubblica amministrazione. È certamente arduo ipotizzare un ingiusto vantaggio in capo alle stesse se concorrono sul mercato in condizioni di parità con imprenditori privati.

Verrebbero così risolti anche i dubbi di chi ha lamentato l'illegittimità ai sensi dell'art. 41 Cost. dei limiti imposti alle società strumentali dal decreto Bersani⁵⁷⁸, nel senso che l'impresa pubblica può agire senza vincoli se non le sono profusi dei benefici in quanto tale.

La teoria proposta non vuole in alcun modo svilire l'importanza del principio di funzionalizzazione dell'attività societaria degli enti locali che la finanziaria del 2008 ha inteso tutelare (e su questo aspetto si veda più approfonditamente *infra*). Ma è logico che, nel mondo reale, occorre individuare dei compromessi con cui valorizzare, o comunque impedire una *deminutio*, dei beni degli enti locali, anche e soprattutto sotto forma di partecipazioni

⁵⁷⁷ Tra le altre cose, sposare l'ottica concorrenziale comporterebbe anche una serie di problematiche circa il significato da attribuirsi al termine "privilegio". L'impressione è che la Corte costituzionale lo abbia utilizzato in senso ampio, cioè con l'intenzione di ricomprendervi qualsiasi fattispecie foriera di vantaggi per le pubbliche amministrazioni rispetto ai privati, non solo un affidamento in assenza di procedura ad evidenza pubblica. Il che potrebbe implicare seri problemi considerando la lettura resa nella pronuncia Corte di conti, sez. reg. contr. Lombardia, 3 aprile 2008, n. 23, in *App. e contr.*, 2008, 8-9, con nota di G. BASSI, *Vincoli alla costituzione di società di capitali da parte dell'ente locale nel novellato quadro istituzionale*. Secondo il giudice lombardo, la distorsione della *par condicio* tra operatori economici si concretizza ogniqualvolta vengano impiegate risorse pubbliche, il cui utilizzo determina di per sé un chiaro vantaggio competitivo per l'ente, sostanzialmente a costo zero. Ora, è anche banale dire che le amministrazioni non possono che utilizzare introiti della collettività; ma più interessante di questa affermazione è sicuramente il contesto in cui è inserita. Infatti, se le risorse pubbliche sono, per ciò solo, sufficienti a determinare uno squilibrio concorrenziale, ne deriva che qualsiasi società pubblica, il cui oggetto sociale non sia conforme alle finalità istituzionali dell'ente partecipanti o non integri servizi di interesse generale, distorce la competizione tra operatori.

La visione è chiaramente estremizzata, ma la sentenza della Corte dei conti Lombardia rappresenta una ragione in più per vedere nell'art. 3, co. 27, una maggior tutela del vincolo funzionale anziché della tutela della concorrenza. Perché, se così non fosse, potrebbero emergere anche delle incomprensioni sul significato da attribuire al termine "privilegio".

⁵⁷⁸ B. CARAVITA, *È veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani I?*, in *federalismi.it*, 2007, 9, § 4.

azionarie, così da evitare ulteriori passività. Anche al costo di proporre un'interpretazione non del tutto in linea con il dettato legislativo.

Come dire, *ubi maior minor cessat*, considerato anche che negli ultimi due decenni le società locali sono state crescentemente affascinate dalla prospettiva di lucro: perlomeno, in questa ipotesi, essa sarebbe strumentale alla tutela dei conti pubblici.

Chiariti gli aspetti legati ancora a precedenti osservazioni, è opportuno concentrarsi sulle questioni determinate dall'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 sul profilo funzionale, e le influenze sia sulle società di gestione dei servizi pubblici sia su quelle strumentali.

4.2. Nel “cuore” dell’art. 3, co. 27, l. n. 244/2007: il legame tra partecipazione e finalità istituzionali, e l’espressa esclusione dei servizi di interesse generale.

Il dettato della norma non desta particolari incertezze, perlomeno circa l'ambito che in questa sede interessa, sotto il profilo soggettivo: è significativo il richiamo alle amministrazioni elencate nell'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, dovendosi ivi ricomprendere anche gli enti locali. Sotto il profilo oggettivo, invece, la questione appare di gran lunga più complessa, se non altro per l'utilizzo della locuzione «*attività non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*», di non facile lettura. Il quadro è poi ulteriormente complicato dall'espressa esclusione dall'ambito della norma (art. 3, co. 27, secondo periodo) delle società che «*producono servizi di interesse generale, la cui costituzione è sempre ammessa*». Diviene necessario considerare il significato da attribuire ad entrambe le determinazioni legislative, così da comprendere qual è l'effettiva estensione della disposizione, ovvero le tipologie di partecipazioni che sono soggette all'obbligo di dismissione, e quelle che, al contrario gli enti locali possono continuare ad acquisire o mantenere⁵⁷⁹.

Altra questione è poi l'attuazione in concreto di quanto stabilito dall'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007; infatti, il comma 28 della stessa norma prevede che l'organo competente, ovvero il Consiglio comunale, debba eseguire una valutazione sulle partecipazioni vietate e su quelle

⁵⁷⁹ Per completezza, è inoltre da ricordare che l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, è stato modificato ad opera dell'art. 18, co. 4^{octies}, l. 28 gennaio 2009, n. 2. Pertanto, il predetto art. 3, co. 27, nel secondo periodo, ammette altresì la costituzione – nonché l'assunzione di quote – di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

che possono essere mantenute attraverso una delibera motivata da trasmettere alla Corte dei conti per un ulteriore controllo⁵⁸⁰. È evidente la difficoltà nell'individuare dei modelli uniformi con cui eseguire simili valutazioni, anche alla luce del doveroso percorso motivazionale in dimostrazione della stretta inerenza della partecipazione rispetto ai fini istituzionali⁵⁸¹.

Aldilà di questo aspetto, pur importante, ma che costituisce un problema di contorno rispetto all'oggetto del presente lavoro, punto di partenza delle riflessioni è il significato da attribuire all'espressione "finalità istituzionale" la cui definizione, recentemente ricostruita in dottrina⁵⁸², non è immediata.

Secondo una prima impostazione, vi rientrano le partecipazioni in società di produzione di beni destinati all'ente e di servizi strumentali al medesimo⁵⁸³.

Ancora, vi è chi ha sottolineato che con questa espressione debbono intendersi le attività ritenute essenziali sia per il funzionamento dell'ente sia per il soddisfacimento dei bisogni della collettività di riferimento⁵⁸⁴. L'Anci, dal canto suo, ha tradotto il dettato facendo riferimento, da un lato, all'art. 3, co. 5, d.lgs. n. 267/2000, relativo alle funzioni proprie di Comuni e Province conferite con legge statale e regionale; dall'altro, all'art. 2, co. 4, lett. b), l. n. 131/2003 (c.d. legge "La Loggia"). In particolare, secondo quest'ultima norma, spetta al Governo individuare le funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Città

⁵⁸⁰ Sulla difficoltà per il Consiglio comunale di valutare se le partecipazioni sono effettivamente corrispondenti alle finalità istituzionali, G. BASSI, *Novità e qualche ripensamento per le società locali – Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008)*, in *App. e contr.* 2008, 1-2, 63.

⁵⁸¹ Corte conti, sez. reg. contr. Lombardia, 18 aprile 2011, n. 208; Id, 12 maggio 2011, n. 284. Entrambe le deliberazioni sono reperibili al sito www.corteconti.it.

⁵⁸² Per uno studio approfondito della nozione si rinvia a R. URSI, *Le società partecipate dagli enti locali*, 457 ss., in M. ALMEIDA, C. TUBERTINI, P. CRUZ SILVA, (a cura di), *Medidas para la racionalizacion de la organizacion administrativa local: las experiencias espanola, portuguesa e italiana*, Civitas, 2015, 473 ss., in cui l'A. evidenzia (p. 475) l'emersione di un orientamento restrittivo tendente a circoscrivere la clausola permissiva alle attività strettamente inerenti all'esercizio di funzioni amministrative ovvero strumentali all'organizzazione delle stesse.

⁵⁸³ D. FLORENZANO, *ult. op. cit.*, 131.

Inoltre, Florenzano (p. 132), ritiene che le società cui si riferisce il divieto della norma in oggetto siano solamente le società che hanno ad oggetto attività di mercato, le quali non possono ritenersi connesse o correlate ad alcuna finalità dell'ente.

Ricomprende nel concetto di finalità istituzionali i servizi strumentali, ed anche i servizi pubblici locali, G. BASSI, *Novità e qualche ripensamento per le società locali – Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008)*, in *App. e contr.* 2008, 1-2, 63..

Sull'esclusione del divieto alle società strumentali, il cui oggetto è strettamente necessario alle finalità istituzionali, S. LA MALFA, *La cessione delle partecipazioni vietate secondo la legge 244/2007 (legge finanziaria 2008 art. 3 commi 27-29)*, in www.diritto.it, 30 dicembre 2010.

Così anche circolare Anci, del 3 novembre 2010.

⁵⁸⁴ F. ALBO, *La ricognizione delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali alla luce dell'art. 3 c. 27 e ss., legge n. 244/2007 e provvedimenti conseguenti*, in *Azienditalia*, 2010, 3, 194 ss.; ID, *L'applicazione dell'art. 3 commi 27 e seguenti della legge n. 244 del 2007 negli enti locali*, in www.lexitalia.it.

In modo analogo, P. NOVELLI, *Società pubbliche: dismissioni, cessioni, ricognizione delle partecipazioni, controllo e ruolo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, 2011, 9, XVIII ss.

metropolitane in modo da prevedere, anche al fine della tenuta e della coesione dell'ordinamento della Repubblica, per ciascun livello di governo locale, la titolarità di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il suo funzionamento e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità, tenendo anche in debita considerazione le funzioni storicamente svolte⁵⁸⁵.

La Corte dei conti ha fornito un importante contributo nella specificazione del concetto, tanto è vero che ne sono state delineate diverse sfumature.

La sezione della Regione Molise, ad esempio, ha sostenuto che l'ente è legittimato a ricorrere allo strumento societario solamente se questa risulta una scelta residuale conseguente all'acclarata mancanza di alternative⁵⁸⁶. La sezione della regione Veneto, invece, ha sostenuto che la valutazione in oggetto deve eseguirsi attraverso un confronto con l'assetto istituzionale dell'ente, la cui natura è suggerita, oltre che dalla legge, dalla struttura del bilancio e dalle funzioni che individuano le spese in relazione alla tipologia delle attività espletate⁵⁸⁷. Altri fattori indicativi sono l'oggettivo esercizio delle operazioni da parte delle articolazioni organizzative, le attività che fanno capo alle varie compagini organizzative, le disposizioni dello statuto comunale, le linee programmatiche di mandato⁵⁸⁸. Ancora, il giudice contabile non ha ritenuto ammissibile una società il cui oggetto sociale era troppo esteso, in quanto il suo carattere multiforme è stato ritenuto contrastante con l'inerenza territoriale e la stretta connessione tra attività societaria ed interessi della comunità di riferimento⁵⁸⁹. È stato anche attribuito, più genericamente, al Comune il ruolo di interprete primario dei bisogni della collettività, da intendersi quali servizi alla persona ed alla comunità⁵⁹⁰.

Sono state in sostanza salvate tutte le società le cui operazioni fossero riconducibili alle necessità organizzative delle amministrazioni e, pertanto anche i servizi strumentali.

Tuttavia, si sono rinvenute anche delle pronunce difformi sul punto.

Il giudice amministrativo pugliese ha escluso che la pulizia quotidiana di edifici delle amministrazioni, prestazione qualificata in termini di appalto pubblico, e dunque di servizio strumentale, possa integrare un'attività strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali. E questo perché le operazioni di pulizia sono intrinsecamente comuni e generiche, erogabili da qualsiasi soggetto ed a favore di chiunque⁵⁹¹. Secondo quest'ottica,

⁵⁸⁵ Circolare Anci, 3 novembre 2010.

⁵⁸⁶ Corte conti, sez. reg. contr. Molise, delibera 23 luglio 2009, n. 32.

⁵⁸⁷ Corte conti, sez. reg. contr. Veneto, delibera 14 maggio 2009, n. 5; Corte conti, sez. reg. contr. Puglia, 14 ottobre 2009, n. 100; Corte conti, sez. reg. contr. Lombardia, 29 luglio 2009, n. 548; Id, 6 luglio 2010, n. 720.

⁵⁸⁸ Ancora, Corte conti, sez. reg. contr. Puglia, 14 ottobre 2009, n. 100.

⁵⁸⁹ Corte conti, sez. reg. contr. Lombardia, delibera 25 giugno 2008, n. 48.

⁵⁹⁰ Corte conti, sez. reg. contr. Piemonte, 3 dicembre 2008, n. 33.

⁵⁹¹ Tar Puglia, Bari, sez. I, 17 maggio 2010, n. 1898.

dunque, la finalità istituzionale non sarebbe integrata tanto dall'effettivo soddisfacimento di bisogni puramente interni all'ente locale, quanto dal tecnicismo caratterizzante la singola attività. Come a dire che se la prestazione è potenzialmente richiedibile sul mercato ai più, la partecipazione è illegittima; ovvero, la finalità istituzionale non sussiste se la medesima prestazione è richiesta anche da soggetti privati.

Stando a questo pensiero, le società strumentali non sarebbero sempre escluse dal raggio di applicazione dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007. Dovrebbe anzi ritenersi che talvolta, come nell'ipotesi di specie, siano soggette agli obblighi di dismissione. La variabile che fa propendere in un senso o nell'altro è la semplice latitudine del bisogno: tanto più esso è condiviso da soggetti di natura (anche) privata, tanto minori sono le probabilità che possa ricondursi alle finalità istituzionali di un ente locale. Per valutare l'applicabilità o meno dell'art. 3, co. 27, si dovrebbero analizzare di volta in volta le caratteristiche del servizio strumentale: con la conseguenza che in riferimento ad un'unica categoria potrebbero aversi le conclusioni più disparate. Non il massimo della certezza del diritto.

L'auspicio è individuare una base normativa in grado di dettare delle regole di maggiore oggettività rispetto alle pronunce del giudice contabile, nell'ottica di attribuire all'espressione "finalità istituzionali" un significato il più univoco possibile.

Il punto da cui partire per ricostruire il concetto sono le funzioni fondamentali degli enti locali⁵⁹², considerato anche il parallelismo che deve intercorrere tra oggetto sociale ed attività di pubblico interesse programmate dall'amministrazione⁵⁹³. Ma anche la definizione di quest'ultima categoria si è distinta per un percorso piuttosto travagliato.

Il primo riferimento normativo, oltre l'art. 118 Cost., è il già citato art. 2, l. n. 131/2003, il quale aveva conferito al Governo una delega, rimasta inattuata⁵⁹⁴, per la loro individuazione. Nell'attesa della definizione della Carta delle autonomie locali, il cui disegno di legge veniva approvato alla Camera il 30 giugno 2010⁵⁹⁵, era in seguito intervenuto l'art. 14, co. 27, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122, per rendere una definizione provvisoria di funzioni fondamentali, stabilendo che «[...] *fino alla data di entrata in vigore della legge con cui sono individuate le funzioni fondamentali di cui all'art.*

⁵⁹² Così anche F. ALBO, *La ricognizione delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali*, cit., 194.

⁵⁹³ S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 2012, 44 ss.

⁵⁹⁴ Per un profilo ricostruttivo sul punto, L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2013, 56 ss.

⁵⁹⁵ Il d.d.l. recante la nomina "*Individuazione delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali, razionalizzazione delle province e degli Uffici territoriali del Governo, riordino di enti ed organismi decentrati*" era stato approvato dal Consiglio dei Ministri in data 19 novembre 2009, dopo alcuni pregressi tentativi da parte del precedente Governo Prodi, non andati a buon fine a causa del termine della legislatura.

117, secondo comma, lettere p), della Costituzione, sono considerate funzioni fondamentali dei comuni le funzioni di cui all'art. 21, comma 3, della legge 5 maggio 2009, n. 42»⁵⁹⁶. Dopo l'approvazione alla Camera, il d.d.l. si è per lungo tempo arenato, tanto è vero che il suo esame al Senato è stato ripreso quasi due anni dopo, nell'aprile del 2012, senza ad oggi essere uscito dal tunnel intrapreso. Pertanto, le ambizioni dei lavori parlamentari sulla Carta delle autonomie sono andate deluse, in quanto non vi è stato un riordino organico e complessivo degli assetti istituzionali delle autonomie locali⁵⁹⁷.

L'ultimo capitolo della saga si è avuto con la modifica apportata all'art. 14, co. 27, d.l. n. 78/2010 dall'art. 19, d.l. n. 95/2012 il quale, per quanto in questa sede più interessa, riconduce nell'alveo delle funzioni fondamentali dei Comuni le attività di organizzazione generale dell'amministrazione e organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ Secondo tale norma: «Per i comuni, le funzioni, e i relativi servizi, da considerare ai fini del comma 2 sono provvisoriamente individuate nelle seguenti:

a) funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo, nella misura complessiva del 70 per cento delle spese come certificate dall'ultimo conto del bilancio disponibile alla data di entrata in vigore della presente legge;

b) funzioni di polizia locale;

c) funzioni di istruzione pubblica, ivi compresi i servizi per gli asili nido e quelli di assistenza scolastica e refezione, nonché l'edilizia scolastica;

d) funzioni nel campo della viabilità e dei trasporti;

e) funzioni riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente, fatta eccezione per il servizio di edilizia residenziale pubblica e locale e piani di edilizia nonché per il servizio idrico integrato;

f) funzioni del settore sociale».

⁵⁹⁷ Così L. VANDELLI, *ult. op. cit.*, 58.

⁵⁹⁸ Si riporta il testo dell'art. 19, d.l. n. 95/2012, nella parte in cui riscrive l'art. 14, co. 27, d.l. n. 78/2010: «All'articolo 14 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

il comma 27 è sostituito dal seguente: "27. Ferme restando le funzioni di programmazione e di coordinamento delle regioni, loro spettanti nelle materie di cui all'articolo 117, commi terzo e quarto, della Costituzione, e le funzioni esercitate ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, sono funzioni fondamentali dei comuni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione:

a) organizzazione generale dell'amministrazione, gestione finanziaria e contabile e controllo;

b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale;

c) catasto, ad eccezione delle funzioni mantenute allo Stato dalla normativa vigente;

d) la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale;

e) attività, in ambito comunale, di pianificazione di protezione civile e di coordinamento dei primi soccorsi;

f) l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi;

g) progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall'articolo 118, quarto comma, della Costituzione;

h) edilizia scolastica per la parte non attribuita alla competenza delle province, organizzazione e gestione dei servizi scolastici;

i) polizia municipale e polizia amministrativa locale;

l) tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e compiti in materia di servizi anagrafici nonché in materia di servizi elettorali, nell'esercizio delle funzioni di competenza statale».

L'iter relativo alle Province è invece leggermente diverso. Le loro funzioni erano state riordinate ai sensi dell'art. 21, co. 4, l. n. 42/2009⁵⁹⁹, ed in seguito definite all'interno del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, che per di più le limitava al solo indirizzo e coordinamento delle attività dei Comuni. Quest'ultima norma è poi stata dichiarata incostituzionale dalla celebre sentenza 19 luglio 2013, n. 220⁶⁰⁰, cosicché ad oggi il nuovo elenco di riferimento si rinviene nell'art. 1, co. 85-86, l. 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. legge Del Rio)⁶⁰¹.

C'è un primo fondamentale dato che merita attenzione. I servizi strumentali ed i servizi pubblici a favore della collettività rientrano nelle funzioni fondamentali, e dunque nelle "finalità istituzionali" definite dall'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007. L'affermazione non è di per sé originale, ma consente di fissare con sicurezza alcuni punti fermi: su tutti, che le società strumentali sono esentate dagli obblighi di dismissione, nonché dai contestuali divieti di partecipazione e costituzione; lo sarebbero anche le società di gestione dei servizi pubblici che comunque, anticipando le future considerazioni, sono escluse dall'applicazione della norma.

⁵⁹⁹ L'art. 21, co. 4, l. n. 42/2009 individuava provvisoriamente le funzioni delle Province secondo il seguente testo di legge: «Per le province, le funzioni, e i relativi servizi, da considerare ai fini del comma 2 sono provvisoriamente individuate nelle seguenti:

- a) funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo, nella misura complessiva del 70 per cento delle spese come certificate dall'ultimo conto del bilancio disponibile alla data di entrata in vigore della presente legge;
- b) funzioni di istruzione pubblica, ivi compresa l'edilizia scolastica;
- c) funzioni nel campo dei trasporti;
- d) funzioni riguardanti la gestione del territorio;
- e) funzioni nel campo della tutela ambientale;
- f) funzioni nel campo dello sviluppo economico relative ai servizi del mercato del lavoro».

⁶⁰⁰ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 220, in *Giur. cost.*, 2013, 4, 3157, con nota di N. MACCABIANI, *Limiti logici (ancor prima che giuridici) alla decretazione d'urgenza nella sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013*, e di G. SAPUTELLI, *Quando non è solo una "questione di principio". I dubbi di legittimità non risolti della "riforma delle Province"*.

⁶⁰¹ Co. 85. Le province di cui ai commi da 51 a 53, quali enti con funzioni di area vasta, esercitano le seguenti funzioni fondamentali:

- a) pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, nonché tutela e valorizzazione dell'ambiente, per gli aspetti di competenza;
- b) pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, autorizzazione e controllo in materia di trasporto privato, in coerenza con la programmazione regionale, nonché costruzione e gestione delle strade provinciali e regolazione della circolazione stradale ad esse inerente;
- c) programmazione provinciale della rete scolastica, nel rispetto della programmazione regionale;
- d) raccolta ed elaborazione di dati, assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali;
- e) gestione dell'edilizia scolastica;
- f) controllo dei fenomeni discriminatori in ambito occupazionale e promozione delle pari opportunità sul territorio provinciale.

86. Le province di cui al comma 3, secondo periodo, esercitano altresì le seguenti ulteriori funzioni fondamentali:

- a) cura dello sviluppo strategico del territorio e gestione di servizi in forma associata in base alle specificità del territorio medesimo;
- b) cura delle relazioni istituzionali con province, province autonome, regioni, regioni a statuto speciale ed enti territoriali di altri Stati, con esse confinanti e il cui territorio abbia caratteristiche montane, anche stipulando accordi e convenzioni con gli enti predetti.

Con riferimento ai soli servizi strumentali, tuttavia, è doverosa una precisazione.

Appurato che essi rientrano nel novero delle finalità istituzionali, non ne discende solo la legittimazione per gli enti locali a partecipare alle relative società, ma anche l'obbligo di fruire delle relative prestazioni. Il che automaticamente esclude la possibilità per gli stessi di acquisire quote se non in cambio della resa della prestazione. Infatti, l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 esenta dagli obblighi di dismissione le società che erogano i servizi di interesse generale, non quelle, per l'appunto, strumentali. Ragion per cui mentre le prime possono operare a prescindere dal vincolo funzionale, le seconde non sono nelle condizioni di poter ignorare tale limite.

Il risultato non è di poco conto. L'art. 13 del decreto Bersani imponeva sì alla società di prestare l'attività solo agli enti di riferimento, ma non precludeva agli enti locali di partecipare pur non essendo interessati al servizio. Opzione che, evidentemente, non è più ammessa dall'entrata in vigore della finanziaria 2008. Pertanto, ad oggi le società strumentali *in house* devono essere composte da enti locali necessariamente beneficiari della prestazione.

Benché l'art. 3, co. 27, si distingua per l'apprezzabile intenzione di ricondurre l'attività societaria degli enti locali nel solco del principio di legalità, permangono comunque delle contraddizioni al suo interno. Su tutte, il fatto che esso, per sua stessa ammissione, non si riferisce alle società che svolgono servizi di interesse generale.

Con tale espressione⁶⁰² – come è noto – si fa riferimento a quelle attività a carattere economico e non economico assoggettate a specifici obblighi di servizio pubblico⁶⁰³, la cui sottocategoria è rappresentata dai servizi di interesse economico generale⁶⁰⁴, riguardante specificamente i servizi “di mercato”. Nonostante sia stata proposta qualche acuta

⁶⁰² La Commissione europea ha più volte considerato la questione. si pensi, ad esempio, al Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003 COM 270 def., ed al Libro bianco sui servizi di interesse generale del 2004 COM 374.

Prima ancora, si veda la Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, la quale individua in termini negativi i contorni della figura dei servizi di interesse economico generale. Al considerando 28, infatti, ne vengono escluse le attività non economiche, mentre al considerando 30 quelle che integrano i servizi sociali, ossia quelle attività non economiche, sviluppatasi principalmente in ambito culturale ed educativo.

⁶⁰³ Per tutti, un'approfondita ricostruzione è svolta da L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, Tomo IV, 1791 ss.

⁶⁰⁴ Sulla prospettiva europea dei servizi di interesse economico generale, tra i tanti e senza pretese di completezza, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; L.R. PERFETTI, *I servizi di interesse economico generale e i servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 479 ss.; A. POLICE, *Sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008, 65 ss.; E. PICOZZA, *I pubblici servizi locali e le loro forme di gestione con riguardo al regime di diritto comunitario, nazionale e regionale*, in *Nuova rass. leg. dottr. giur.*, 1995, 9, 1005 ss.; N. RANGONE, *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 386 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; ID, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 1 ss.; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *ult. op. cit.*, 1798 ss.

differenziazione⁶⁰⁵, a quest'ultimo settore sono riconducibili i servizi pubblici così come intesi a livello nazionale⁶⁰⁶, se non altro perché in entrambe le ipotesi il presupposto per l'intervento del legislatore è il fallimento di mercato⁶⁰⁷, ovvero quella situazione in cui l'interazione tra domanda ed offerta non è in grado di garantire un servizio di natura economica a favore della collettività⁶⁰⁸. O, che dir si voglia, di rispondere ai bisogni richiesti dagli utenti.

⁶⁰⁵ G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1221, ha posto in dubbio la stessa congruenza tra la definizione di servizio di interesse economico generale di derivazione europea e quella di servizio pubblico nazionale. L'A. sottolinea che i SIEG sono frutto di un *collage* tra tradizioni giuridiche nazionali. Essi riprendono, per esempio, dalla esperienza francese il principio di continuità del servizio; con riferimento, invece, ai principi di qualità e di accessibilità delle tariffe viene sostenuto che tali elementi sono stati desunti dal servizio universale, a sua volta mutuato dalla tradizione americana.

⁶⁰⁶ G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, cit., 1615 evidenzia che l'espressione "servizi di interesse generale" è mutuata dal diritto amministrativo europeo quale sinonimo – nel diritto amministrativo nazionale – di "servizio pubblico".

Così anche N. RANGONE, *ult. op. cit.*, 386; G.F. CARTEI, *ult. op. cit.*, 486; G. BASSI, *Vincoli alla costituzione di società di capitali da parte dell'ente locale nel novellato quadro istituzionale*, in *App. e contr.*, 2008, 8-9, 64; S. FANTINI, *Le disposizioni della Finanziaria 2008 in tema di società pubbliche*, cit., 412 B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Le società pubbliche nel mercato alla luce dell'art. 14, co. 32, D.L. 78 del 2010*, cit., 273, i quali, dopo aver dato conto di diverse letture, ritengono che la nozione di SIEG inglobi quella di servizi pubblici locali.

In giurisprudenza, sull'equiparazione, si veda anche Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325.

In termini meno convinti, ma comunque non dissimili anche D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit., 393, il quale ritiene che la formula "pubblico servizio" altro non sia che una formula specificativa, sul piano contenutistico, dei "servizi di interesse generale". Da sottolineare che nello sviluppo del pensiero, l'A. (p. 419) afferma quanto segue: «non sembra che il servizio pubblico economico 'europeizzato' risulti in insanabile contrasto con il complessivo impianto della Costituzione economica italiana»; inoltre è significativo il sostenere che (p. 424) «tali categorie [ovvero i servizi di interesse economico generale] possono considerarsi equivalenti ad una prima nozione, generica ed ampia, di 'servizio pubblico'». Anche A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss., in commento alla predetta sentenza n. 325/2010 della Corte costituzionale, non è convinto della totale equiparazione tra servizi di interesse economico generale e servizi pubblici locali. Se l'A. rinviene il minimo comun denominatore dei due istituti nel carattere economico dell'attività, al contempo rileva un importante elemento di differenziazione, ovvero i fini sociali, che appartengono solo alla prima categoria, non alla seconda. Lucarelli giunge a questa conclusione in virtù del principio dominante individuato nell'allora disciplina di riferimento dei servizi pubblici locali, ovvero l'art. 23bis, d.l. n. 112/2008: la concorrenza ed il profitto.

Contra, e cioè critico sull'omologazione tra servizi pubblici e servizi di interesse economico generale, R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2011; P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, 4654 ss., secondo cui la nozione di servizi di interesse economico generale è più estesa rispetto a quella di servizio pubblico. Ma soprattutto non assume rilevanza ai fini della qualificazione dei primi, a differenza di quanto accade per i secondi, la natura del soggetto che svolge l'attività né la dotazione di poteri autoritativi.

⁶⁰⁷ La verifica del fatto che il *market failure* sia l'elemento in comune tra servizi di interesse economico generale e servizi pubblici è facilmente desumibile dalla lettura, e dal relativo confronto, dai lavori di L. BERTONAZZA, R. VILLATA, *ult. op. cit.*, e M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2581 ss.

⁶⁰⁸ Così anche il considerando numero 17 del Libro verde sopra annotato, secondo cui «[...] nella prassi comunitaria vi è ampio accordo sul fatto che l'espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico».

Si aprono scenari assolutamente interessanti.

È stato sostenuto che in entrambe le società di gestione dei servizi pubblici locali e le società strumentali il lucro è spesso il fine che spinge all'acquisto di quote partecipative⁶⁰⁹. Rapportando questa tesi alla disposizione in oggetto, l'affermazione andrebbe rivisitata, poiché essa non sembra più essere valida se riferita alle società strumentali, non potendo l'ente parteciparvi se non ottiene in cambio la prestazione. Ma il punto cruciale è un altro.

L'espressa esclusione dei servizi di interesse generale, ambito in cui si riconducono i servizi pubblici (non quelli strumentali, per l'appunto) rimarca in modo ancor più netto la dicotomia attività amministrativa in forma privatistica-attività di impresa di enti pubblici. L'inapplicabilità dell'art. 3, co. 27, ai servizi pubblici consente alle amministrazioni locali di continuare ad acquisire quote societarie indipendentemente dal soddisfacimento delle proprie finalità istituzionali. I problemi in precedenza segnalati, dunque, permangono con riferimento a questo modello societario, che integra in maniera crescente una vera e propria attività imprenditoriale.

Ne consegue, ancora una volta, una natura dei servizi pubblici locali lontana dal vincolo funzionale.

E, si badi, i termini della questione non mutano per il fatto che l'art. 3bis, d.l. n. 138/2011 è ancora ad oggi in vigore⁶¹⁰, non essendo stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la celebre sentenza n. 199/2012⁶¹¹. La norma, come è risaputo, definisce gli ambiti territoriali ottimali in cui devono operare le società di gestione dei servizi pubblici

Inoltre, la Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000 collega l'idea di missione del servizio di interesse generale ai bisogni espressi dai cittadini, affermando che «*at the heart of Community policies on services of general interest lies the interest of citizens [...]. As users of these services, European citizens have come to expect high quality services at affordable prices*».

⁶⁰⁹ Addirittura, secondo F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, cit., 1393 ss., la società commerciale ha sempre uno scopo di carattere privato. Ciò significa che non vi è ragione per ritenere che un oggetto di interesse pubblico debba per ciò solo essere contrario alla massimizzazione del profitto.

⁶¹⁰ Occorre comunque specificare che il testo dell'art. 3bis, d.l. n. 138/2011 è stato recentemente modificato dall'art. 1, co. 559, l. n. 147/2013 (legge di stabilità 2014), il quale ha abrogato il comma 5 dell'art. 3bis. Quest'ultimo disponeva la soggezione delle società *in house* al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dall'art. 18, co. 2bis, d.l. n. 112/2008, ed al contempo obbligava l'ente del bacino di riferimento a vigilare sull'effettiva osservanza dei predetti vincoli da parte della società.

⁶¹¹ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199, in *Foro it.*, 2013, 10, I, 2758, con nota di R. ROMBOLI, *Sull'incostituzionalità di legge sostanzialmente riproduttiva di normativa abrogata dal referendum*, *ibidem*, 2764 ss.

Per ulteriori commenti alla stessa, si vedano anche i contributi di J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 155 ss.; T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'“instabilità” nazionale alla “deriva” europea*, in *Munus*, 2012, 2, 417 ss. Ancora, seppur incidentalmente, M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 3, 505 ss.; L.R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 678 ss.

La sentenza ha abrogato l'art. 4, d.l. n. 138/2011 e successive modificazioni, nonché l'art. 25, d.l. n. 1/2012 e successive modificazioni, in tema di gestione dei servizi pubblici locali.

locali di rilevanza economica (tra l'altro solo quelli a rete). Questi ultimi vengono individuati dalle Regioni in bacini, di regola, non inferiori alla dimensione provinciale: la scelta deve essere motivata sulla base delle caratteristiche del servizio. La norma si premura di massimizzare l'efficienza del servizio garantendo delle economie di scala, focalizzandosi sulla corretta resa della prestazione, il che è senz'altro un'iniziativa lodevole. Tuttavia, non si cura di vincolare la partecipazione degli enti locali soci alla fruizione del servizio, ragion per cui è – così come era in precedenza – ipotizzabile che l'acquisizione di quote in società costituisca un semplice investimento imprenditoriale piuttosto che un impegno di risorse per rispondere alle necessità della popolazione di riferimento.

L'aspetto curioso che emerge da quanto dedotto è l'opposto trattamento dedicato al fine di lucro.

Mentre nelle società che curano le finalità istituzionali, tra cui rientrano certamente quelle strumentali, la prospettiva di guadagno preclude oggi la partecipazione societaria, ed anzi obbliga alla dismissione, nelle società di gestione dei servizi pubblici locali questo è un obiettivo lecito. E, soprattutto, che può motivare la partecipazione di alcuni enti locali in contesti territoriali assolutamente estranei a quelli in cui essi esercitano il proprio potere politico. Il solco tracciato dalla dicotomia attività amministrativa in forma privatistica ed attività di impresa di enti pubblici viene ancor più evidenziato rispetto a quanto ha fatto in passato la Consulta.

Non si potrebbe avere migliore conferma del fatto che, ad oggi, le società di gestione dei servizi pubblici locali sono sempre più lontane dall'elemento funzionale, abbracciando invece una prospettiva imprenditoriale che si è affermata mediante il connubio tra la capacità privatistica degli enti e la tutela della concorrenza di derivazione europea. Con buona pace del principio di legalità dell'agire privatistico delle amministrazioni locali.

Circa le società strumentali (ovviamente, ciò vale per le sole *in house*, visto quanto sostenuto sul futuro delle miste), invece, il vincolo funzionale è stato garantito: perciò gli enti locali non possono detenere quote se non ottengono in cambio una prestazione di cui effettivamente necessitano. Esse mantengono i tratti di moduli di organizzazione interna dovuti alla limitazione della capacità imprenditoriale.

Questo significa, allora, che nel settore delle società pubbliche, senza voler essere troppo riduttivi, il termometro del principio di funzionalizzazione è dato dal contesto territoriale in cui la società opera, e dunque dal suo raggio di azione. E ciò per un semplice motivo: le finalità istituzionali, cui appartengono tanto i servizi pubblici quanto i servizi

strumentali, sono inscindibilmente legate ai confini geo-politici. A seconda del margine di manovra che il legislatore concede, muta la natura dello strumento societario.

L'incidenza dell'art. 3, co. 27, sul profilo del funzionale e, solo in seconda battuta, sulla tutela della concorrenza trova conferma nel paragone con un'altra disposizione in materia di società pubbliche, intervenuta pochi anni dopo: l'art. 14, co. 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122⁶¹². Lo studio comparato delle due norme è altresì opportuno in quanto esse sono spesso state oggetto di confronti e parallelismi per differenziarne la natura e la logica⁶¹³.

Prima di svolgere le opportune valutazioni, si premette, per non creare confusione, che la disposizione del 2010 è stata abrogata dall'art. 1, co. 562, l. n. 147/2013: ne sono derivate alcune importanti conseguenze, che verranno poi considerate. Per quanto ora interessa, la sua soppressione non influisce in alcun modo sulle valutazioni in parallelo con l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007.

5. Gli interventi normativi a tutela del risparmio di finanze pubbliche: l'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010.

Proseguendo nell'analisi degli interventi legislativi per contenere il fenomeno societario, è d'obbligo considerare l'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010⁶¹⁴. La norma ha vietato ai Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti di costituire società e di mantenerne le relative quote: essi anzi avrebbero dovuto liquidare le società stesse o cederne le partecipazioni⁶¹⁵ (al netto delle modifiche intervenute nel tempo entro il 31 settembre 2012). Ancora una volta, dunque, veniva imposta una politica di dismissione nei confronti degli enti locali (con l'esclusione delle Province), pur distinta da quella dettata dalla finanziaria del 2008.

⁶¹² Per una lettura di tale disposizione, si veda G. COLANGELO, P. FOSSATI, M.G. MONTANARO, *Le dismissioni delle società partecipate dai Comuni minori*, in *Urb. e app.*, 2012, 7, 826 ss.; S. SILEONI, L. ARCHIMI, *Le partecipazioni dei comuni nelle società che gestiscono i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. L'art. 14 c. 32 del D.L. 78/2010 ed il principio di specialità dell'art. 23-bis, c. 2 lett. b) e c. 3 del D.L. 112/08* in *subjecta materia*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶¹³ In giurisprudenza, tra le tante, Corte conti, sez. reg. contr. Emilia-Romagna, 13 febbraio 2012, n. 9, in *Urb. e app.*, 2012, 7, 822 ss.

⁶¹⁴ Per un esauriente commento sulla vicenda, B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Le società pubbliche nel mercato alla luce dell'art. 14, comma 32, d.l. 78 del 2010*, in *Urb. e app.*, 2012, 267 ss.; in modo incidentale, ma egualmente apprezzabile, è il contributo di M. DELSIGNORE, *Le modalità di gestione delle farmacie comunali*, in *Munus*, 2012, 3, 536 ss.

⁶¹⁵ Per un commento alla norma, R. CAMPORESE, *Teoremi interpretativi dell'art. 14 comma 32 del D.L. 78/2010 sui limiti imposti agli enti locali a detenere società*, in www.dirittodeiservizipubblici.it (parte I e II); G. GIUSTINIANI, *Le partecipazioni societarie degli enti locali e la sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199*, *ibidem*.

Benché l'art. 14, co. 32, sia stata abrogata dall'art. 1, co. 561, l. n. 147/2013 (legge di stabilità 2014), occorre egualmente indagare la sua incidenza sul sistema delle partecipazioni locali.

Per evitare di incorrere negli obblighi di cui sopra, i Comuni di piccole dimensioni potevano aggregarsi e creare società con partecipazione paritaria o proporzionale al numero di abitanti, in maniera tale da superare la predetta soglia dei 30.000 abitanti. In modo diverso, i Comuni di medie dimensioni, ovvero con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti, potevano costituire una sola società, con il conseguente obbligo di mettere in liquidazione quelle già costituite⁶¹⁶. Non vi erano restrizioni per i Comuni con popolazione superiore ai 50.000 abitanti.

È da segnalare, inoltre, l'introduzione di alcune deroghe ad opera dell'art. 2, co. 43, d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 (c.d. decreto "milleproroghe"), conv. in l. 26 febbraio 2011, n. 10, con il quale è stato escluso l'obbligo di dismissione e/o cessione delle partecipazioni nel caso in cui:

- a) le società già costituite abbiano il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi al 31 dicembre 2012;
- b) non abbiano subito nei precedenti esercizi riduzione di capitali conseguenti a perdite di bilancio
- c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

Con lo stesso decreto "milleproroghe," il legislatore ha poi prorogato il termine di dismissione delle partecipazioni vietate al 31 dicembre 2013. Questo termine è stato in seguito anticipato al 31 dicembre 2012 per i soli Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti dall'art. 16, co. 27, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n.148, poi nuovamente prorogato di altri nove mesi ai sensi dell'art. 29, co. 11bis, l. n. 24 febbraio 2012, n. 14.

Da segnalare, inoltre, che l'art. 16, co. 28, d.l. n. 138/2011 ha previsto un potere sostitutivo del prefetto⁶¹⁷ a fronte dell'inadempimento da parte degli enti locali: la sua azione

⁶¹⁶ Il testo originario ed integrale della disposizione recitava: «*Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2010 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più' comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2010 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite*».

⁶¹⁷ L'art. 16 è stato riscritto a seguito della conversione in legge, atto durante il quale sono stati aggiunti diversi commi alla sua versione originaria.

si basava sulla fissazione di un termine perentorio entro cui attuare quanto previsto dalla disposizione. In mancanza, questi nominava un commissario *ad acta* perché provvedesse.

Aldilà dell'intricato percorso dovuto alle molteplici modifiche legislative – poi culminate come detto nella sua abrogazione – la norma ha suscitato interesse in virtù della clausola di salvaguardia posta nel suo *incipit* «*Fermo quanto previsto dall'art 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 [...]*», che ha causato notevoli difficoltà interpretative. In particolare, l'interrogativo ricorrente riguardava la possibilità (o meno) per i Comuni con meno di 30.000 abitanti di costituire società di produzione di servizi di interesse generale, a fronte dell'esplicito divieto di stipulare qualsiasi altro tipo di contratto associativo, ma forti del fatto che la finanziaria del 2008 non pone alcun tipo di limiti a questo modulo societario.

Se in un primo momento in giurisprudenza – ed in special modo nelle pronunce del giudice contabile – è stata resa una risposta positiva⁶¹⁸, successivamente è prevalso un parere di segno negativo, che ha fatto leva sulla teoria del c.d. doppio binario⁶¹⁹. In base a questa seconda e prevalente ricostruzione, la clausola di salvaguardia nell'*incipit* dell'art. 14, co. 32, confermava l'ultrattività e la vigenza dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, stabilendo che, aldilà di queste previsioni, gli enti locali identificati sotto un profilo squisitamente demografico (e dunque inferiori ai 30.000 abitanti) non potevano costituire società, a prescindere dall'oggetto sociale. La preclusione riguardava pertanto anche quei moduli sempre consentiti ai sensi dell'art. 3, co. 27, ovvero le società di servizi di interesse generale.

Si è così sostenuto che la norma della finanziaria 2008 opera sul piano delle finalità che l'ente può raggiungere mediante lo strumento societario, mentre l'art. 14, co. 32, sul piano numerico, avendo fissato degli stringenti limiti legati alla densità demografica del Comune.

Questa seconda disposizione – è intuitivo – mirava ad attuare una diminuzione delle società a partecipazione pubblica nel contesto locale stabilendo dei rigidi vincoli, senza eleggere nell'*incipit* la tutela della concorrenza quale fine ultimo. Anzi, non veniva enunciato nessun tipo di scopo, se non quello della rubrica dell'art. 14, d.l. n. 78/2010, che richiamava

⁶¹⁸ Corte conti, sez. contr. reg. Puglia, parere 27 novembre 2009, n. 103, in www.corteconti.it, in cui si legge che «*la partecipazione societaria potrà comunque essere acquisita anche nel caso di attività non strettamente necessarie al perseguimento dei fini istituzionali dell'Ente qualora si tratti di servizi di interesse generale, che presentino un favorevole impatto sulla collettività locale*»; Id, 22 luglio 2010, n. 76, *ibidem.*, in cui si fa rinvio a quanto stabilito nel precedente parere. Sempre il giudice contabile pugliese si è pronunciato nei medesimi termini nelle delibere 8 luglio 2010, n. 56; 11 novembre 2010, n. 129.

⁶¹⁹ Corte conti, sez. reg. contr. Emilia-Romagna, 13 febbraio 2012, n. 9; Corte conti, sez. reg. contr. Lombardia, 15 settembre 2010, n. 861; Id, 14 ottobre 2010, n. 952; Id, 18 ottobre 2010, n. 959; Corte conti, sez. contr. reg. Liguria, 23 dicembre 2010, n. 166; Corte conti, sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 17 febbraio 2011, n. 4; Id, 17 giugno 2011, n. 30; Corte conti, sez. contr. reg. Puglia, 3 marzo 2011, n. 12; Corte conti, sez. reg. contr. Friuli Venezia Giulia, 28 dicembre 2011, n. 245. Tutti i pareri sono rinvenibili al sito www.corteconti.it. In queste pronunce il giudice contabile sostanzialmente ritiene che se laddove l'art. 14, co. 32, non venga interpretato in questo modo, esso configurerebbe una norma priva di rilievo nonché contraddittoria con quanto definito dall'art. 3, co. 27 ss. della finanziaria 2008.

genericamente il patto di stabilità. Occorre dunque confrontare la struttura delle due norme oggetto di indagine, per poter decriptare gli obiettivi di quella cronologicamente successiva.

La considerazione del solo dato quantitativo⁶²⁰, scollegata dalla definizione di ambiti di mercato in cui operare, dal limite delle finalità istituzionali e dall'oggetto sociale, suggerisce che il legislatore avesse, più che in altre occasioni, realmente inteso limitare la proliferazione di società pubbliche, con l'obiettivo del contenimento degli investimenti pubblici⁶²¹ e – perché no – di favorire il ricorso al mercato. Non incidevano su questo sistema altre variabili che non fossero prettamente legate al dato economico (il riferimento è, chiaramente, alle eccezioni introdotte in un secondo momento attraverso l'art. 2, co. 43, d.l. n. 225/2010, che consentivano il mantenimento delle quote al rispetto delle condizioni di una buona gestione imprenditoriale).

Non può valere l'obiezione che, *de facto*, ai Comuni di piccole dimensioni è stata preclusa la partecipazione in società in maniera analoga a quanto stabilito dall'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007. Seguendo l'interpretazione prevalente della Corte dei conti (che qui non si ha motivo di denegare), era fatto loro divieto di possedere azioni in qualunque società, senza che rilevasse in alcun modo l'attività ivi svolta. E questa è una decisiva differenza rispetto alle norme sinora oggetto di studio. Le stesse condizioni derogatorie sopra ricordate, introdotte in un secondo momento dall'art. 2, co. 43, d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, suggerivano di rinvenire la *ratio* della norma nella ricerca della massimizzazione dell'efficienza societaria che si presumeva insussistente, sino a prova contraria, in contesti di modeste dimensioni. Ed infatti, i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, aldilà delle deroghe, potavano aggirare i divieti aggregandosi, così da oltrepassare questa soglia e razionalizzare l'impiego di risorse.

Nell'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010 non vi era alcun riferimento al collegamento tra i motivi della partecipazione societaria e l'osservanza del principio di legalità, per la semplice ragione che il legislatore non ha voluto curarsene al momento della definizione della norma, pensata come un approfondimento della finanziaria del 2008. Non pare allora errato sostenere che la norma del 2010 incidesse non tanto sul piano intrinseco della autonomia privata degli enti pubblici, ma su quello esteriore della capacità di agire degli stessi⁶²²; senza che ciò

⁶²⁰ Così anche Corte conti, sez. reg. contr. Liguria, 23 dicembre 2010, n. 166; Corte conti, sez. reg. contr. Lombardia, 15 settembre 2010, n. 861. Entrambe le pronunce sono rinvenibili al sito www.corteconti.it.

⁶²¹ Giungono alla stessa conclusione B. GILIBERTI, I. RIZZO, *ult. op. cit.*, 267 ss.

⁶²² L'impressione trova autorevole conforto anche in Corte cost., 7 giugno 2012, n. 148, in *Riv. corte conti*, 2012, 3-4, 431, in un cui frammento si osserva che «L'art. 14, comma 32, quindi, non perseguirebbe alcuna finalità anti-distorsiva del mercato concorrenziale, ma sarebbe finalizzato a regolare lo svolgimento dell'attività amministrativa dei Comuni, incidendo direttamente sulla iniziativa e sulla capacità di agire degli enti locali, e sull'assetto ordinamentale e organizzativo dei medesimi».

causasse invincibili distonie con l'art. 11 c.c., il quale ammette, come ricordato in precedenza, deroghe all'applicazione della disciplina del codice civile nei confronti delle persone giuridiche pubbliche⁶²³.

La tutela del principio di legalità dell'agire amministrativo non può essere attuata sulla base di un divieto *ex lege* incentrato solo su elementi quantitativi, il cui unico obiettivo è invece quello di ridurre la spesa pubblica rinviando, per quanto concerne i profili del vincolo funzionale, alla norma della finanziaria del 2008, la cui logica è stata *in toto* confermata. In altre parole, le disposizioni del 2007 e del 2010 sono complementari, poiché insistono su ambiti differenti, ed il loro confronto evidenzia come la seconda fosse una ulteriore declinazione della prima, ma con dei presupposti e delle prospettive differenti.

Si condivide, pertanto, la pronuncia della Corte costituzionale che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata da alcune Regioni con riferimento all'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010, che ne lamentavano il contrasto con la propria autonomia organizzativa, materia ritenuta di competenza legislativa residuale⁶²⁴. La Consulta, facendo leva sulla finalità di contenimento della spesa, ha ricondotto la norma nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato. La dicotomia tra attività amministrativa privatistica ed attività di impresa di enti pubblici non è stata in alcun modo menzionata, in quanto l'art. 14, co. 32, era estraneo a tale problematica: più semplicemente, il presupposto del suo ragionamento era che gli *assets* societari facenti capo a piccoli Comuni costituissero una scelta controproducente a livello di politica economica, qualsiasi fosse l'attività ivi svolta. Certo, la Corte non ha potuto dare un giudizio di valore sul punto, ma è significativo il fatto che abbia individuato la *ratio* della norma nella finalità del contenimento della spesa, dettando una soluzione di continuità rispetto alle precedenti pronunce che invece si sviluppavano attorno alla dicotomia di cui sopra.

Ciò premesso, occorre considerare le conseguenze che sono derivate sul piano pratico dall'abrogazione dell'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010, ad opera della legge di stabilità 2014, comunque facilmente intuibili.

I Comuni di piccole dimensioni non debbono più procedere alla dismissione delle quote detenute in violazione del dettato, mentre quelli con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti possono vantare la partecipazione in più società. O, che dir si voglia, non è più sussistente la presunzione per cui, a prescindere dall'oggetto sociale, i moduli societari dei Comuni con popolazione esigua sono inefficienti. Pertanto, eventuali procedure di

⁶²³ F. GALGANO, «Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 284.

⁶²⁴ Corte cost., 7 giugno 2012, n. 148, in *Foro amm. CDS*, 2012, 10, 2461 ss.

dismissione *ex art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010* ancora in corso possono essere interrotte, ed i Comuni di qualsiasi dimensione sono liberi di costituire e partecipare a società nei limiti stabiliti dalla finanziaria del 2008. Il legislatore ha così rinunciato ad intervenire sul profilo della capacità di agire degli enti locali, mantenendo però la presa sul versante della loro autonomia privata.

È poi naturale chiedersi se l'abrogazione incida sulle valutazioni compiute: e cioè se possa inficiare il ragionamento incentrato sul confronto tra le norme del 2007 e del 2010, con cui si è evidenziato che la prima rileva sul profilo della funzionalizzazione, la seconda su quello del risparmio di risorse pubbliche. Si è già anticipata la nostra opinione negativa a riguardo: indipendentemente dalla vigenza o meno dell'art. 14, co. 32, rilevano i differenti ambiti di applicazione delle disposizioni. Poco importa che essa sia stata in seguito eliminata.

Un interrogativo ben più interessante, invece, riguarda la possibilità (o meno) per gli enti locali di stipulare contratti associativi a seguito delle note vicissitudini giuridiche riguardanti i servizi pubblici locali dal 2008 in avanti, poi culminate nella celebre sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012. Più precisamente, la domanda è se la presa di posizione netta assunta dalla Consulta, per cui il modulo pubblicistico di gestione dei servizi pubblici locali, in particolare quello *in house*, non deve subire restrizioni eccessive in mancanza di simili pretese dalle istituzioni europee⁶²⁵, influisca, ed eventualmente in che modo, sulla politica di limitazione della proliferazione societaria. L'interrogativo potrebbe sembrare capzioso in quanto, come detto, l'art. 14, co. 32, è stato oggi abrogato, e dunque sarebbe sterile ogni ricostruzione circa il suo coordinamento con la pronuncia n. 199/2012. Tuttavia, è chiaro che tra il luglio del 2012, mese in cui fu emanata la sentenza, ed il gennaio 2014, mese di entrata in vigore della l. n. 147/2013 che ha abrogato l'art. 14, co. 32, il problema si è certamente posto. E comunque lo stesso problema continua a porsi con riferimento al rapporto tra la sentenza e l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, ancora ad oggi in vigore. Val la pena, dunque, di approfondire la vicenda.

La risposta deve costruirsi considerando quali sono le utilità tutelate.

Aldilà del fatto che le riforme in tema di servizi pubblici locali del 2011 (art. 4, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011) e del 2012 (art. 25, d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012) sono state dichiarate illegittime *ex art. 75 Cost.* perché riproduttive della normativa abrogata dall'esito referendario⁶²⁶, sono rinvenibili letture differenti della sentenza n. 199/2012. Alcuni

⁶²⁵ M. RUOTOLO, *Non "ce la chiede l'Europa" e non "la vogliono i cittadini". Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in www.costituzionalismo.it, 2012, 2.

⁶²⁶ Sul divieto di ripristino formale e sostanziale desumibile dall'art. 75 Cost., P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, in *Giur. cost.*, 1997, 1, 55 ss.; G. FERRI, *Il divieto di*

hanno ritenuto di doverne desumere l'importanza della scelta politica che spetta agli enti locali⁶²⁷, altri il ruolo paradigmatico assunto dall'affidamento in autoproduzione⁶²⁸, altri ancora con toni piuttosto critici una riespansione della potestà legislativa regionale⁶²⁹.

Ma tutti coloro che hanno approfondito la vicenda concordano su un punto. La Consulta, travolgendo con la propria scure le disposizioni ritenute contrastanti con la volontà popolare, ha bocciato il regime giuridico nella scelta dei gestori del servizio pubblico locale per motivi esclusivamente legati al referendum, non perché tale regime fosse più favorevole all'imprenditoria privata di quanto preteso a livello comunitario. Le deroghe *in melius* all'assetto concorrenziale europeo non sono di per sé proibite.

Infatti, ben prima della consultazione elettorale del giugno 2011, lo stesso Giudice delle leggi aveva chiarito che un regime nazionale restrittivo per gli affidamenti diretti alle società di gestione dei servizi pubblici locali, ben più rigoroso rispetto alla disciplina comunitaria, e pur non preteso in certi termini, non si pone necessariamente in contrasto con quest'ultima⁶³⁰. L'affermazione si è rivelata ancor più significativa considerato che la Corte di giustizia aveva poco prima formulato una pronuncia favorevole a che l'autorità pubblica adempia ai compiti di interesse pubblico mediante propri strumenti senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi⁶³¹. Il che testimonia – e sulla questione si tornerà in modo più specifico nel § 6.1. – la serietà con cui la Corte costituzionale ha approcciato negli ultimi anni la questione concorrenziale.

Ciò premesso, è chiaro che la vicenda – in questo caso senza dubbio – si è giocata principalmente sul piano della concorrenza, *focus* principale delle ultime riforme dei servizi pubblici locali⁶³², incentrate più sul *favor* dell'intervento di operatori economici privati che sulla regolamentazione della partecipazione di enti locali in società. E lo stesso intervento

ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore, ibidem, 1997, 1, 62 ss.; con specifico riferimento alla sentenza ora considerata, M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2012.

⁶²⁷ M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici*, cit., 522.

⁶²⁸ T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 428.

⁶²⁹ J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, cit., 164 ss.

⁶³⁰ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Giur. cost.* 2010, 6, 4501 ss., con nota di P. SABBIONI, *La Corte equipara spl di rilevanza economica e sieg, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza* e A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*.

Per un ulteriore commento alla pronuncia si veda altresì S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. e app.*, 2011, 1, 49 ss.

Sposa lo stesso pensiero della Corte anche F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2012, 1-2, 27.

⁶³¹ Corte giust., 9 giugno 2009, C-480/06, in *www.curia.eu*.

⁶³² Il riferimento è agli art. 23bis, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008; 4, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011; 25, d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012. Si segnala, ad ora, l'intervento legislativo con art. 34, co. 13 ss., d.l. n. 179/2012, conv. in l. 221/2012, sostanzialmente riprodotto delle riflessioni della pronuncia n. 199/2012.

della Consulta nella pronuncia n. 199/2012 non ha sollevato alcun dubbio a proposito, proprio perché il giudizio di incostituzionalità è stato strutturato *ex art. 75 Cost.*, non sul difetto di competizione economica.

Questo è il punto.

La *ratio* dell'art. 14, co. 32, si individua invece su un piano distinto, ovvero quello della tutela delle finanze pubbliche⁶³³. Tanto è vero che anche il giudice contabile, sin dai momenti immediatamente successivi al deposito della predetta sentenza della Corte costituzionale, si è premurato di ribadire come il rifiuto dello svilimento del modulo societario pubblicistico nella gestione dei servizi pubblici locali, sancito nella sentenza n. 199/2012, non travolge anche le disposizioni che mirano a contenere la proliferazione delle società pubbliche⁶³⁴.

La presa di posizione del giudice contabile lucano ha così confermato che non è vietata una disciplina legislativa di contrasto alla proliferazione di società pubbliche, a maggior ragione se l'intenzione del legislatore – come detto – è il risparmio di risorse pubbliche, e non quello di tradire l'esito referendario.

La questione si risolve in tal senso anche evocando la già citata pronuncia della Corte costituzionale n. 148/2012, che ha ricondotto l'art. 14, co. 32, alla materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato⁶³⁵, senza considerare minimamente rilevanti a

⁶³³ Così anche R. CAMPORESE, *Teoremi interpretativi dell'art. 14 comma 32 del D.L. 78/2010*, cit.

⁶³⁴ Corte conti, sez. reg. contr. Basilicata, 20 settembre 2012, n. 173, si interroga *in primis* sull'evenienze che le disposizioni di contrasto alla costituzione di società pubbliche determinino un'insanabile contraddizione con l'esito del referendum abrogativo del giugno 2011, con cui la volontà popolare ha rifiutato la forte limitazione degli affidamenti diretti nella gestione dei servizi pubblici locali. A maggior ragione dopo che la sentenza Corte cost. n. 199/2012 ha dichiarato illegittima la normativa del 2011 che tentava di porre nel nulla l'esito referendario. In tal senso, non si potrebbero tollerare norme che limitano la costituzione di società che forniscono servizi alla collettività dipendentemente da limiti demografici. Il giudice lucano, tuttavia, giunge a sostenere che la *ratio* dell'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010 è quella di evitare fenomeni elusivi nell'utilizzo dei moduli societari, nonché quella di contenere la spesa pubblica. L'individuazione di un requisito dimensionale minimo è questione strettamente legata a logiche organizzative indispensabili. Inoltre – conclude la Corte – non si ravvisa un effettivo contrasto con l'esito referendario perché ai Comuni di piccole dimensioni non è preclusa in assoluto la possibilità di costituire e partecipare alle società di gestione dei servizi pubblici locali purché associandosi così da superare la soglia dei 30.000 abitanti.

Nella medesima direzione è andata anche Corte conti, sez. reg. contr. Lombardia, 8 novembre 2011, n. 570, che, seppur precedente alla sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale, ha sostenuto la diversità di piani su cui operava l'allora disciplina di riferimento per i servizi pubblici locali (in quel momento storico l'art. 4, d.l. n. 138/2011) e l'art. 14, co. 32, principalmente rivolto alla tutela della finanza pubblica.

⁶³⁵ Corte cost., 7 giugno 2012, n. 148, in *Foro amm. CDS*, 2012, 10, 2461 ss., in cui si legge, in riferimento all'art. 14, co. 32, che «non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. a 32, del d.l. n. 78 del 2010, in quanto il divieto di costituire nuove società opera nei confronti di tutti gli enti (senza distinzioni tra "virtuosi" e non) con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti. Tale divieto risponde all'esigenza di evitare eccessivi indebitamenti da parte di enti le cui piccole dimensioni non consentono un ritorno economico in grado di compensare le eventuali perdite subite. È chiaro quindi l'intento di assicurare un contenimento della spesa, non precludendo, in linea di principio, neanche agli enti con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti la possibilità di mantenere in esercizio le società già costituite. Essendo questa la finalità della disposizione impugnata, lo strumento utilizzato dal legislatore nazionale per perseguirla è una norma che incide in modo permanente sul diritto societario, escludendo per determinati soggetti pubblici (i Comuni con popolazione

riguardo il referendum del giugno sulla scelta del gestore dei servizi pubblici locali, questione che sarebbe stata di lì a breve discussa nella sentenza n. 199/2012.

Pertanto, le disposizioni in tema di dismissione non interferiscono con le vicissitudini riguardanti i servizi pubblici locali: ciò è vero anche con riferimento all'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010 – fino a che era in vigore – perché esso insiste su un profilo differente. Ma alle stesse conclusioni si giunge con riferimento all'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, ed in questo caso la ragione è ancora più semplice: tale norma è, come più volte ripetuto, inapplicabile alle società per la gestione dei servizi pubblici locali per espressa previsione della stessa.

Ne deriva che sia la Consulta sia il giudice contabile si sono resi interpreti del malessere del legislatore dovuto al numero eccessivo delle società pubbliche presenti sul territorio. La salvaguardia delle disposizioni limitative della partecipazione degli enti locali non lascia spazio ad incertezze: i giudici nazionali hanno frenato l'utilizzo di tale modulo solamente a fronte della volontà popolare, ritenuta inaggirabile.

Come da alcuni rilevato⁶³⁶, tuttavia, la stessa Corte nella sentenza n. 199/2012 (punto 5.2.2. considerazioni in diritto) ha ricordato che il divieto di ripristino può essere superato ad alcune condizioni, quali il mutamento di forze politiche e più generiche situazioni di fatto, elementi comunque ritenuti insussistenti nel caso di specie. In linea teorica, non sarebbe dunque impossibile reintrodurre in futuro disposizioni simili a quelle rifiutate dal corpo elettorale nel giugno 2011. Non ci risulta che questa ipotesi sia stata sinora granché considerata dai giudici nazionali, sempre molto risoluti nel precludere l'applicazione di disposizioni restrittive alle società di gestione dei servizi pubblici locali. Se così è, dovrebbe ricercarsi un ulteriore motivo della totale chiusura sul punto.

La ricerca non ha propriamente i caratteri di gesta epiche, perché la risposta è “dietro l'angolo”. La Corte intende salvaguardare l'attività di impresa di enti pubblici, in ossequio alla visione economica dei servizi promossa dalle istituzioni europee, additando il valore della concorrenza come faro nella navigazione. Essa si è trovata nella scomoda posizione di dover conciliare due necessità: da un lato, quella di arginare il fenomeno della proliferazione, dall'altro quella di garantire l'esistenza dell'imprenditoria pubblica. La sintesi è stata ottenuta

inferiore ai 30.000 abitanti) l'idoneità a costituire società partecipate. Si tratta pertanto di una regola ricadente nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato».

⁶³⁶ Questo è il pensiero di J. BERCELLI, *ult. op. cit.*, 162 (per dottrina citata si veda la nota 22), in cui l'A. afferma che la Corte avrebbe dovuto considerare con maggiore attenzione il fatto che l'art. 25, d.l. n. 1/2012 fosse stato adottato da un Governo (Monti) diverso da quello (Berlusconi) che invece partorì l'art. 4, d.l. n. 138/2011. Nella stessa sentenza n. 199/2012, la Corte costituzionale ha affermato (punto 5.2.2. considerazioni in diritto) che la riproposizione di una normativa analoga a quella abrogata è legittima a fronte di mutamenti del quadro politico o di circostanze di fatto: ciò considerato, l'A. ritiene che la Consulta avrebbe potuto essere più riflessiva prima di dichiarare l'illegittimità anche delle norme del Governo Monti.

legittimando *tout court* la partecipazione nelle società di gestione dei servizi pubblici, e tendenzialmente regolandola al di fuori di questo caso. Ne è conferma il fatto che in tutte le occasioni in cui la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi sulla vicenda, le stesse norme oggetto di censura avevano già escluso le società di gestione dei servizi pubblici dal proprio ambito di regolazione.

L'unico caso in cui era emersa una disciplina restrittiva, la Corte, seppur attraverso un percorso diverso dal solito (*ex art. 75 Cost.*), ha comunque bocciato le norme che limitavano l'attività di impresa di enti pubblici. È pur vero che con la sentenza n. 325/2010 non aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 23bis, d.l. n. 112/2008, accettandone così le importanti limitazioni in tema di società *in house*: tuttavia, è sintomatico che in successive pronunce, come ad esempio la n. 229/2013, essa continui ad evidenziare l'impossibilità di restringere l'operato delle società per i servizi pubblici, pena l'insanabile contrasto con il referendum. Soprassedendo poi sulla possibilità di riproporre in futuro le normative bocciate dalla volontà popolare, la Corte conferma di voler proseguire sulla strada dell'intangibilità dell'attività di impresa di enti pubblici.

Ne deriva che le partecipazioni azionarie vedono mutare il proprio regime giuridico dipendentemente dall'oggetto sociale. Il nostro ordinamento, dovendo scegliere da quali moduli societari l'ente pubblico debba ritrarsi, esclude il settore dei servizi pubblici locali. Qui, la presenza dell'amministrazione è considerata imprescindibile perché c'è l'esigenza di un suo governo sugli stessi, non volendosi rinunciare al ruolo da protagonista rivestito per decenni nel servire i bisogni della collettività⁶³⁷. Probabilmente le nostre istituzioni non sono ancora pronte ad un sistema in cui gli enti locali siano completamente avulsi da compiti consegnati loro da una tradizione decennale. Si aggiunga poi che questo settore si presta alla competizione economica. Perciò l'ordinamento consente alle amministrazioni periferiche di conciliare due elementi: il mantenimento del governo dei servizi pubblici e la stimolazione della concorrenza con i privati.

L'idea in sé non è certamente malvagia; tuttavia, non si può pretendere che questa impostazione si concili con le regole concorrenziali, perché il "pubblico" nasce con altre intenzioni.

⁶³⁷ Mi sembra anche questa la conclusione cui giunge M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2012, 3, 522.

6. Ancora nell'ottica della tutela del risparmio: l'art. 4, d.l. 6 giugno 2012, n. 95 (c.d. decreto in tema di *spending review*) e la conferma dell'intangibilità delle società di gestione dei servizi pubblici locali.

Una conferma della politica del risparmio della spesa pubblica si rinviene nella promulgazione del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, 135, cui si è in precedenza accennato. Per quanto in questa sede interessa, l'art. 4 del decreto ha posto ulteriori limitazioni per le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, e quindi anche per gli enti locali, alla possibilità di partecipare a società⁶³⁸. In particolare, il comma 1 ha stabilito che se queste avessero conseguito nell'anno 2011 ricavi da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si sarebbe dovuto procedere, alternativamente, o allo scioglimento della società o all'alienazione delle quote con procedure ad evidenza pubblica a decorrere dal 1° gennaio 2014. Il comma 3, invece, ha escluso espressamente dall'ambito di applicazione del comma 1 le società che svolgono servizi di interesse generale.

Il regime giuridico delineato ha dunque proseguito nel percorso già tracciato dalle precedenti disposizioni. È stata denunciata, in modo analogo all'art. 3, co. 27 della legge finanziaria 2008, l'esplicita inapplicabilità della disciplina alle società di gestione dei servizi pubblici locali, da ricondursi nell'alveo dell'espressione "servizi di interesse generale". Inoltre, la variabile del fatturato maturato nell'anno 2011 di cui al comma 1 – benché la previsione sollevi qualche perplessità dovuta alla presa in considerazione di un periodo temporale piuttosto breve – ha evocato un criterio quantitativo che si presta a facili parallelismi con la lettura attribuita in definitiva all'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010.

È dunque difficile intravedervi una norma incline a ricostituire il principio di legalità nell'attività societaria degli enti locali, poiché anche in questo caso la prospettiva sembra effettivamente quella dichiarata, ovvero contenere le spese pubbliche, in ossequio alla rubrica dell'art. 4 ed allo spirito della politica di *spending review*. Ne è dimostrazione l'assenza di

⁶³⁸ Anche in questo caso la bibliografia è vasta. Senza pretese di completezza, si vedano A. BIANCO, M. NICO, P. RUFFINI, S. USAI, *La spending review negli enti locali*, Rimini, Maggioli, 2012, in special modo 231 ss.; A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. "spending review"* (d.l. n. 95/2012), in www.federalismi.it, 2012; S. CORSI, *La spesa nelle autonomie locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 12, 1179 ss.; S. FANTINI, *Le novità della spending review*, in *Urb. e app.*, 2012, 11, 1115 ss.; G. MAZZANTINI, *La lunga strada della "spending review"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 12, 1163 ss.; P. MORIGI, *Le società partecipate e la "spending review": prime valutazioni*, in *La finanza locale*, 2012, 4-5, 88ss.; M. NICO, *Le società partecipate dagli Enti locali*, Rimini, Maggioli, 2013, 100 ss.; L. PASSERI, *L'organizzazione dei servizi pubblici locali fra tutela della concorrenza ed efficienza della spesa pubblica*, in *Munus*, 2012, 3, 543 ss.; S. ROSTAGNO, *Art. 4 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 (cd. "spending review") e s.m.i. – profili interpretativi e riflessi sistematici in materia di società dei servizi pubblici (commi 1, 3, 5, 7, 8)*, in www.giustamm.it, 2013.

qualsiasi riferimento alle modalità in cui le società possono svolgere la propria attività, ai vincoli territoriali in cui possono operare, e soprattutto alle finalità istituzionali dei singoli enti locali partecipanti.

Si ricordi che sull'art. 4, d.l. n. 95/2012 è intervenuto il legislatore abrogando, tra gli altri, i commi 1 e 3 mediante l'art. 1, co. 562, l. n. 147/2013. È comunque doveroso riflettere sul dettato legislativo quando la norma ancora era in vigore, per poi ragionare sui motivi della sua abrogazione.

La Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del predetto art. 4, d.l. n. 95/2012, ha nuovamente fatto leva sulla dicotomia attività amministrativa in forma privatistica-attività di impresa di enti pubblici per giustificare l'operato invasivo del legislatore statale⁶³⁹, tanto è vero che secondo alcuni la pronuncia ha configurato il punto di massima divaricazione tra le società che svolgono attività in favore della collettività e quelle che svolgono servizi strumentali, in un percorso che era cominciato nel 2006 con il decreto Bersani⁶⁴⁰. Infatti, la Corte ha acclarato – non che questa fosse una riflessione particolarmente sottile vista la sua facile deduzione dallo stesso comma 3 dell'art. 4 – che la disposizione in questione si applicava alle società strumentali, non a quelle di gestione dei servizi pubblici locali.

Vi sono però delle differenze rispetto ai casi precedenti in cui tale distinzione è stata promossa.

Con riguardo agli esempi pregressi (Corte cost. nn. 326/2008 e 148/2009), la Corte ha utilizzato la contrapposizione esclusivamente per rimarcare la differenza tra servizi strumentali e servizi pubblici locali, riconducendo i primi nell'alveo dell'organizzazione amministrativa ed i secondi nell'alveo dell'attività imprenditoriale degli enti pubblici.

Con la sentenza in questione, la n. 229/2013, la Consulta ha ribadito questa posizione, ed è intervenuta sostenendo che la tutela del risparmio legittima i vincoli imposti dal legislatore statale, in modo simile a quanto aveva già fatto con la pronuncia n. 148/09. Sin qui, dunque, nulla di nuovo. Tuttavia, e qui sta la novità, la dicotomia è stata in special modo evocata per escludere con convinzione che le misure restrittive delle società locali potessero incidere sui moduli di gestione dei servizi pubblici, perché altrimenti i giudici – timore avvertito dal

⁶³⁹ Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229, in *Giur. Cost.*, 2013, 4, 3364 ss., con nota di L. VANDELLI, *Le società pubbliche locali tra autonomia organizzativa regionale e locale, ordinamento civile e principi di coordinamento della finanza pubblica*.

⁶⁴⁰ ID, *ult. op. cit.*, 3400.

legislatore – avrebbero nuovamente dovuto utilizzare la propria scure, come accaduto nel 2012⁶⁴¹.

Pertanto, l'avulsione dei servizi pubblici locali dalla riforma non è stata dovuta esclusivamente alla loro naturale predisposizione a configurarsi come un'attività economica. A ciò, si è affiancata la necessità di contenere il numero di società pubbliche e la contemporanea difficoltà di limitarne l'affermazione in questo settore, pena l'intervento della Corte costituzionale. Il messaggio è perciò forte e chiaro: la limitazione delle società pubbliche deve necessariamente avvenire su altri fronti.

Ecco allora che l'ennesimo richiamo alla dicotomia gioca forse per la prima volta "in difesa", essendo più importante rimarcare cosa il legislatore non ha voluto né potuto fare, ossia estendersi fino a regolare le società di gestione dei servizi pubblici locali, piuttosto che giustificare la compressione nell'utilizzo del modulo societario pubblicistico, necessità ormai acclarata sia nella prospettiva di tutela del vincolo funzionale che su quella del risparmio di risorse pubbliche.

La Corte ha chiaramente colto il timore del legislatore, ed ha prestato soccorso, ben conscia del fatto che, altrimenti, la regolamentazione dello strumento societario pubblico non avrebbe più potuto subire alcun efficace restringimento. Questo atteggiamento non contraddice la volontà di salvaguardare le partecipazioni nelle società di gestione dei servizi pubblici locali, le quali rimangono anzi un *hortus conclusus* impenetrabile. E ciò basta al Giudice delle leggi.

È poi significativo il fatto che quest'ultimo modulo societario venga preservato facendo leva più sull'intenzione di non tradire la volontà popolare espressa nel giugno del 2011, che non sull'effettiva volontà di tutela della concorrenza. Ma questo non perché la concorrenza non è avvertita come elemento centrale, tutt'altro. Il semplice richiamo all'art. 75 Cost. evita la definizione di ragionamenti giuridici spesso contorti, basati sulla trasversalità della materie di cui all'art. 117, co. 2, Cost., con cui legittimare l'intervento legislativo invasivo dello

⁶⁴¹ Si riporta il passaggio della pronuncia: «Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1, 2, 3, 7 e 8 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con modif. in l. 7 agosto 2012, n. 135 [...]. Le questioni sono sollevate sulla base di un presupposto – quello per cui le disposizioni censurate, le quali delineano una procedura ad hoc per le società che esercitano servizi pubblici locali in ordine alle quali sia precluso un utile ed efficace ricorso al mercato in ragioni di peculiari caratteristiche, e riducono la possibilità di affidamenti diretti dei medesimi servizi pubblici locali (commi 3 e 8) con la più grave sanzione dello scioglimento o della privatizzazione delle società controllate direttamente o indirettamente dagli enti locali (comma 19 e il divieto di nuovi affidamenti diretti dei servizi e del rinnovo degli affidamenti in essere [...]) – erroneo, atteso che l'ambito di applicazione di tali disposizioni è definito in negativo dai commi 3 e 13, i quali espressamente individuano una serie di società controllate dalle pubbliche amministrazioni sottratte al regime dettato dall'art. 4, fra le quali vi sono, in primo luogo, le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica, tra i quali rientrano i servizi pubblici locali, sicché le disposizioni censurate si riferiscono a società controllate che svolgono servizi in favore delle pubbliche amministrazioni, che sono "strumentali" all'attività delle medesime».

Stato⁶⁴². Ne deriva una declaratoria di illegittimità più immediata, senza il bisogno di intraprendere delle strade ben più complesse. Si azzarda allora l'ipotesi che l'esito referendario del giugno 2011 abbia "offerto il destro" alla Corte, da un lato, per giustificare l'affermazione dell'imprenditoria pubblica sul versante dei servizi pubblici locali, benché essa, già da tempo, aveva deciso di perseguire l'obiettivo; dall'altro, per ritornare e "correggere il tiro" rispetto a quanto sostenuto nella sentenza n. 325/2010, con cui era stata accettata, seppur in termini non entusiastici⁶⁴³, una riforma che sgretolava il sistema delle società dei servizi pubblici locali.⁶⁴⁴

Aldilà dei percorsi che hanno condotto a questo assetto, occorre soffermarsi sul punto d'approdo: l'ennesimo riferimento alla dicotomia attività amministrativa in forma privatistica-attività di impresa di enti pubblici ha confermato la virata dell'ordinamento verso l'intangibilità delle società di gestione dei servizi pubblici locali ed il contestuale sfogo della mannaia legislativa, avallata dal Giudice delle leggi, nei confronti degli altri moduli societari. Ed il dato è ancor più significativo se si considera che, nel corso degli anni, la Corte ha ricondotto nell'alveo dell'organizzazione amministrativa tramite strumenti privatistici diversi elementi giuridici. Con la sentenza n. 326/2008 i servizi strumentali, con la sentenza n. 148/2009 le finalità istituzionali, con le sentenze nn. 148/2012 e 229/2013 anche le disposizioni sul risparmio delle risorse pubbliche. In sostanza, ne sono rimasti esclusi in ogni occasione i soli servizi di interesse economico generale che, evidentemente, sono stati ritenuti scevri del carattere organizzatorio; oppure, più verosimilmente, si è ritenuto necessario valorizzarne il lato economico piuttosto che quello legato in maniera più intima alle cura degli interessi della collettività.

Detto in altro modo, i servizi pubblici locali non sono più considerati organizzazione, e neppure in precedenza potevano essere considerati "organizzazione pura", in quanto la dottrina li ha tendenzialmente definiti un'attività ibrida, ovvero un connubio tra funzioni amministrative ed attività economiche⁶⁴⁵. Ma ora sembra che l'ordinamento sia giunto al punto di privarli di quel carattere funzionale che, se non era il solo elemento caratterizzante, era indiscutibilmente centrale. Il percorso evolutivo di societizzazione dei servizi pubblici

⁶⁴² Tra la altre cose, si ricordi che nel caso di specie tali ragionamenti non erano neppure necessari, in quanto la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su una norma inapplicabile alle società di gestione dei servizi pubblici locali. Le sue valutazioni a riguardo sono state perciò di semplice contorno.

⁶⁴³ Ed infatti nella sentenza n. 325/2010 la Corte non ha mostrato un vero e proprio favore nei confronti della disciplina, limitandosi a dire che nell'ottica europea non si rinvenivano ostacoli insuperabili.

⁶⁴⁴ Del resto la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 199/2012 denuncia la «drastica riduzione delle ipotesi di affidamento in house, aldilà di quanto prescritto dalla normativa comunitaria», facendo dunque intendere le proprie perplessità nel frenare tale modulo societario.

⁶⁴⁵ Per tutti, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2581.

locali, cominciati con la l. n. 142/90, si è così concluso. Rimane certamente il fatto che la prestazione resa a favore degli utenti sostituisce l'intervento diretto dell'amministrazione e soddisfa delle necessità primarie del vivere civile, e che la sua natura *in se* può continuare a considerarsi ibrida. Ma è evidente che il fenomeno societario non rispecchia in alcun modo quella che in passato era l'azione dell'ente pubblico, limitata alla cura dei bisogni della propria popolazione.

Il risultato non desta eccessivo stupore se rapportato a quanto sostenuto anche nei precedenti capitoli della ricerca, là dove si è evidenziato come, sin dalla introduzione per via legislativa dello strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali, lo spirito imprenditoriale e la prospettiva lucrativa si sono gradualmente imposti sul vincolo funzionale⁶⁴⁶. Ma questa altro non è che l'ennesima conferma della riflessione più volte esternata: dall'equiparazione degli operatori economici privati e pubblici consegue che i secondi si sentono in diritto di comportarsi alla stregua dei primi in un regime di competizione⁶⁴⁷. Quindi, si è detto, l'obiettivo ultimo della concorrenza onnubila l'elemento funzionale.

Pertanto, nell'ambito dei servizi pubblici locali, è evidente l'estrema fortuna di cui essa ha beneficiato anche nelle ultime riforme legislative. A ben vedere, però, la sua affermazione nel diritto societario pubblico è totale, e non delimitata solo a questa particolare categoria. L'impressione è che nell'avvenire il legislatore, ogni qual volta interverrà sul tema, dovrà

⁶⁴⁶ Alla stessa conclusione, anche se con riferimento alle società pubbliche in genere, giunge F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Il dir. econ.*, 2013, 1, 41 ss., il quale in un passaggio assolutamente centrale della ricerca (p. 66) afferma che «*il nostro ordinamento [...] presenti significativi dubbi in ordine alla legittimità della prevalenza nelle partecipazioni pubbliche dell'interesse pubblico rispetto a quello comune lucrativo*». Tuttavia, nel prosieguo (p. 72), l'A. apre il suo ragionamento anche alle società a partecipazione pubblica locale. Ed ancora (p. 76), Goisis ritiene che la lucratività non sia esclusa nemmeno dalla vigenza dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, in quanto occorre distinguere tra oggetto sociale (l'attività) e causa sociale: la funzionalizzazione insiste solo sul primo elemento, non sul secondo, il quale rappresenta lo scopo speculativo. Sul rapporto tra scopo lucrativo ed interesse pubblico nell'attività societaria, si veda anche G. SIGISMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 52 ss., secondo cui «*accanto allo scopo lucrativo (strutturalmente presente) occorre che la società pubblica persegua l'interesse pubblico, che è quello che poi giustifica la decisione di partecipare o costituire una società*». Sigismondi, dunque, ritiene compatibili le due finalità, ed anzi pare escludere l'esistenza di un modulo societario che non assommi questi due caratteri.

⁶⁴⁷ Mi sembra che la stessa conclusione sia desumibile dal pensiero di C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, 2014, 3, in cui si legge che «*l'in house, anche se costituisce un modello organizzativo consentito alle pubbliche amministrazioni, non cancella il principio di concorrenza, che rappresenta uno dei principi del TFUE. Ossia la libertà delle amministrazioni di autorganizzarsi, e quindi di decidere l'erogazione di un servizio in autoproduzione, non deve incidere sul principio di tutela della concorrenza*». Ma se tale modello non deve cancellare le regole del mercato concorrenziale, giocoforza gli enti locali non “si sentono” in diritto, ma per certi versi sono anche “obbligati” ad associarsi laddove decidano di utilizzare il modulo in questione.

relazionarsi in misura crescente con la materia della concorrenza, il che condurrebbe alla conferma di nuovi squilibri sul vincolo funzionale.

La stessa Corte costituzionale, nelle valutazioni compiute sull'art. 4, d.l. n. 95/2012, dimostra di prestar particolare attenzione al valore della competizione economica.

6.1. (Segue): La Corte costituzionale assolutizza il principio della tutela della concorrenza.

La Consulta con sentenza n. 229/2013⁶⁴⁸ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1, 2, 3 secondo periodo, 3^{sexies}, ed 8 dell'art. 4, d.l. n. 95/2012 con riferimento alle Regioni ordinarie, in quanto tali disposizioni dettavano una disciplina in tema di risparmio di risorse pubbliche di eccessivo dettaglio, senza lasciare alle stesse alcun margine di manovra nelle scelte della propria organizzazione amministrativa, materia di competenza residuale regionale.

Ben diversa è stata la risposta resa con riferimento agli enti locali: la Corte ha affermato che «*spetta al legislatore statale disciplinare i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali (art. 117, secondo comma, lettera p), Cost.*», così riconducendo l'attività svolta dalle società strumentali alle funzioni fondamentali delle amministrazioni periferiche, di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Aldilà delle critiche che ne sono derivate nella qualifica di attività meramente strumentali quali funzioni fondamentali, la sentenza si presta a ben altre letture.

La prima è che sono state tracciate due strade diverse con riferimento al risparmio delle risorse pubbliche tra i vari livelli di governo, confermandosi così il pensiero di chi ha evidenziato che il ruolo della Corte oggi non è tanto quello di giudice di legittimità delle leggi, quanto quello di arbitro dell'equilibrio dei livelli istituzionali⁶⁴⁹. Il fattore emerge con chiarezza nel caso di specie: mentre le Regioni sono state responsabilizzate nella gestione delle proprie finanze, non altrettanto può dirsi degli enti locali, che tra l'altro avevano già incontrato importanti limitazioni della propria discrezionalità organizzativa nell'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010.

⁶⁴⁸ Per una analisi ricostruttiva, F. FRANCIOSI, *Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la cd. "spending review" (alla luce della sentenza Corte Cost. n. 299/2013)*, in *Il corr. merito*, 2013, 10, 933 ss.

⁶⁴⁹ Cfr. S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 603 ss.

Ne sono derivate alcune perplessità in dottrina⁶⁵⁰, così come, *mutatis mutandis*, qualche imbarazzo era stato creato in precedenza dal restrittivo regime societario delineato dall'art. 23bis prima del referendum⁶⁵¹. Ma il risultato è che il contenimento del numero delle società pubbliche si è affermato nei livelli di governo inferiori, non in quello regionale.

La seconda lettura è quella che più interessa, e conferma che il principio di tutela della concorrenza sia oramai assolutizzato nell'ambito delle società pubbliche, anche in quelle strumentali.

Citare la sola conclusione raggiunta dalla Corte e la relativa declaratoria sarebbe travicante. Occorre, invece, evidenziare alcuni passaggi fondamentali del ragionamento compiuto dai giudici nel giungere alla decisione finale.

Tra i commenti alla pronuncia, non può tralasciarsi il parere di chi ha osservato che, in realtà, la Consulta non ha bocciato l'art. 4, in relazione alle Regioni, perché invasivo della loro competenza legislativa. La declaratoria di incostituzionalità non è dovuta al fatto che il legislatore statale ha indebitamente occupato l'ambito dell'organizzazione regionale, definendo stringenti limiti nell'utilizzo delle società strumentali; al contrario, le criticità sono emerse perché «*lo ha fatto male*»⁶⁵². La norma segna uno scarto tra l'obiettivo dichiarato della tutela della concorrenza e quello in concreto realizzato dalle norme⁶⁵³.

Ciò è facilmente desumibile da un passaggio della pronuncia⁶⁵⁴ in cui la stessa Corte afferma che l'art. 4 è inidoneo a garantire che le società strumentali non operino poi sul mercato beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione. E l'inidoneità è dovuta al fatto che tale norma «*colpisce proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo*»: essa, infatti, impone lo scioglimento o l'alienazione per quelle società strumentali che, obbedendo ai dettami del decreto Bersani, avevano prestato la propria attività alle sole amministrazioni di riferimento. Come dire che il legislatore ha punito quelle stesse società virtuose che a suo tempo avevano obbedito al diktat dell'art. 13, d.l. n. 223/2006, per cui era logico il raggiungimento di un fatturato superiore al 90% a favore delle pubbliche amministrazioni.

Vi è un evidente difetto di ragionevolezza.

⁶⁵⁰ L. VANDELLI, *ult. op. cit.*, 3401.

⁶⁵¹ M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità de servizi pubblici locali e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 3, 522, in cui si legge che la autorizzazione a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 per gli enti locali di scegliere il modello gestorio per lo svolgimento dei servizi pubblici locali integra un'ipotesi da ricondurre alla nota espressione latina *est modus in rebus*, così da sottolineare che il margine di ponderazione politica in capo agli enti locali costituisce un elemento difficilmente sopprimibile.

⁶⁵² M. DUGATO, *La legge nei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in *Munus*, 2013, 3, 439 ss.

⁶⁵³ ID, *ult. op. cit.*, 442.

⁶⁵⁴ ID, *ult. op. cit.*, 442.

Il problema di coordinamento emerge in modo incontrovertibile anche dalla semplice lettura in combinato disposto delle due normative. Entrambe hanno eletto come proprio oggetto di disciplina le società strumentali⁶⁵⁵, e ciò è stato anche acclarato dalla Corte ogniqualvolta ha avuto modo di pronunciarsi sulle vicende⁶⁵⁶.

Tuttavia, non è azzardato ipotizzare che le ragioni della loro promulgazione fossero differenti. Mentre l'art. 13 ha inteso impedire che le società pubbliche beneficiarie di affidamenti diretti potessero operare in modo privilegiato anche sul mercato – pur ricordando che a nostro parere la norma è servita anche ad una maggior tutela del vincolo funzionale – la *ratio* di cui all'art. 4, d.l. n. 95/2012 sembra diversa perché, come detto, la concorrenza non è stata tutelata correttamente. Altrimenti, perderebbe di significato l'affermazione della stessa Corte secondo cui la norma è ben lontana dall'obiettivo di evitare che le società strumentali operino anche sul mercato beneficiando dei privilegi di cui godono in quanto pubbliche amministrazioni⁶⁵⁷.

Pertanto, nella norma di *spending review* la vera ragione della compressione del modulo societario, in assenza di qualsivoglia intento di tutela del principio di funzionalizzazione, è ritagliare una fetta di mercato in favore di operatori economici privati afflitti da un periodo di crisi economica⁶⁵⁸. Il che spiegherebbe la disorganicità nel richiamo al fatturato, riferito al solo anno 2011 anziché a periodi di tempo più lunghi. L'obiettivo, in sé assolutamente lodevole, è stato però attuato in modo confusionario, proprio perché sono state colpite le società rispettose del precedente dettato legislativo.

Ecco, quindi, che la censura non vi sarebbe stata se il legislatore avesse correttamente e coerentemente tutelato la concorrenza⁶⁵⁹, il cui richiamo a questo punto diviene operazione assai rischiosa. Nelle antecedenti riforme del 2006, ed in particolare del 2007, la Corte aveva salvaguardato le disposizioni in tema di società pubbliche nonostante le incertezze sollevate circa la loro reale inclinazione a salvaguardare la competizione tra operatori nel mercato. Nel

⁶⁵⁵ Il che era già stato premesso nel § 2.3.1., in cui è stata ritenuta la sovrapposizione, e la contestuale abrogazione implicita, dell'art. 4, co. 7 e 8, d.l. n. 95/2012 rispetto all'art. 13 del decreto Bersani.

⁶⁵⁶ Il riferimento è, chiaramente, alle pronunce n. 326/2008 e 229/2013.

⁶⁵⁷ Per completezza, si riporta il passaggio integrale in cui la Corte costituzionale rende questa affermazione: «*la disciplina dettata dai commi 1 e 2 dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012, tuttavia, lungi dal perseguire l'obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nell'attività amministrativa svolta in forma privatistica per le predette amministrazioni pubbliche e non operino sul mercato "beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione" (sentenza n. 326/2008) colpisce proprio le società che hanno realizzato tale obiettivo*».

⁶⁵⁸ Cfr. M. DUGATO, *ult. op. cit.*, 448.

⁶⁵⁹ ID, *ult. op. cit.*, 442.

2013, al contrario, l'invocazione del «*taumaturgico potere del principio di concorrenza*»⁶⁶⁰ non ha reso i frutti sperati, così come era accaduto in precedenza.

Le Regioni, dal canto loro, hanno beneficiato della pronuncia, senza essere tuttavia dirette destinatarie di protezione della propria sfera legislativa. Si comprende meglio a questo punto l'affermazione di cui sopra secondo cui la Corte assolve più alla nuova funzione di arbitro dei conflitti tra istituzioni (ed in ciò gli enti locali sono un aspro terreno di scontro) che a quella di decisore sui limiti della competenza legislativa Stato-Regioni⁶⁶¹. Gli enti locali, invece, non hanno nemmeno ottenuto questo vantaggio benché, come già accennato in precedenza, sia difficile giustificare alla luce di parametri costituzionali l'intervento invasivo del legislatore statale. Infatti, fuorigioco la tutela della concorrenza, l'unica soluzione residua sarebbe quella di invocare le funzioni fondamentali degli enti locali *ex art. 117, co. 2, lett. p), Cost.*, soluzione che comunque alimenta ulteriori incertezze secondo chi ritiene arduo ricondurvi delle norme sulla disciplina di società strumentali ai bisogni delle amministrazioni⁶⁶².

Che l'incoerenza tra le riforme sia stata una svista o un esito voluto dal legislatore è poco rilevante. Al contrario, come da premessa, rileva l'evoluzione del ruolo del principio di concorrenza. Questo è passato dall'essere uno strumento invocato a più riprese per giustificare l'invasione statale nel conflitto di competenza legislativa Stato-Regioni ad un valore assoluto per la Corte la cui tutela, perlomeno nell'ambito delle società pubbliche, impone un sindacato intrinseco della tecnica legislativa. Apprezzare con un giudizio di merito se una norma è realmente efficace rispetto all'obiettivo, attraverso il confronto con un'altra disposizione, tradisce un'importanza attribuita a tale principio ben più marcata di quanto accaduto nelle altre occasioni. In precedenza, i giudici si sono limitati ad eseguire una valutazione estrinseca, al solo fine di capire se una disposizione rientrasse o meno nella salvaguardia della competizione economica, senza però esporsi in considerazioni circa la coerenza politica della norma. L'opinione è del resto confortata da autorevole dottrina secondo cui «*la pervasività della tutela della concorrenza non lascia comunque spazio a ulteriori valutazioni circa il contenuto delle disposizioni pertinenti alla materia*», pur avanzando qualche dubbio a riguardo sotto il profilo del principio di proporzionalità⁶⁶³.

La prospettiva all'orizzonte non può che destare qualche preoccupazione.

⁶⁶⁰ ID, *ult. op. cit.*, 448.

⁶⁶¹ Così anche ID, *ult. op. cit.*, 446.

⁶⁶² ID, *ult. op. cit.*, 443, 460.

Aldilà del giudizio di valore, occorre comunque ricordare, come in precedenza segnalato, l'art. 19, d.l. n. 95/2012 annoveri i servizi strumentali tra le funzioni fondamentali dei Comuni.

⁶⁶³ F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 45-47.

Se la Corte dovesse proseguire in futuro su questa strada – ed almeno per ora non vi sono motivi per pensare in modo contrario – si pronostica una fortuna assoluta per questo valore. La cosa in sé non è necessariamente negativa, ma lo diventerebbe nel momento in cui, come è già accaduto, la tutela di un bene giuridico comporta una minore attenzione nei confronti di un altro. Il timore è che la Corte possa vestire i panni del genitore scrupoloso e premuroso solamente nei confronti della figlia bella da vestire ed agghindare per la serata danzante (la concorrenza, per l'appunto), mentre non faccia altrettanto per quella meno appariscente, meno giovane, ma le cui virtù consiglierebbero un migliore trattamento: la funzionalizzazione. E tutto questo perché il patriarca della famiglia, l'Unione europea⁶⁶⁴, rivolge le proprie cure solo alla prima, disinteressandosi della seconda.

Si è sinora sostenuto che questa declinazione del principio di legalità è stata meno valorizzata nel corso degli ultimi anni per favorire l'affermazione di una effettiva competizione paritaria tra operatori economici, di modo da privare le amministrazioni di antichi privilegi: il punto di approdo della Corte costituzionale con la sentenza n. 229/2013 non è altro che l'apice di questo percorso. I problemi e le contraddizioni sin qui sottolineati trovano una importante conferma nell'atteggiamento del Giudice delle leggi, che non lascia presagire molta fortuna per il vincolo funzionale nelle società partecipate dagli enti locali. E questa considerazione rileva per il modulo societario in sé considerato, senza distinguere in ragione dell'oggetto sociale.

Ne consegue un probabile periodo buio per tale vincolo anche con riguardo alle società strumentali, oltre che per quelle di gestione dei servizi pubblici locali. Potrebbe obiettarsi che con riferimento alle prime vige il limite dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, il quale impedirebbe lo scostamento tra partecipazione e finalità istituzionali. Ma di fronte dell'esaltazione del superprincipio di concorrenza ad opera della Corte costituzionale, questa convinzione non pare più così granitica. Anche lo stesso dato legislativo potrebbe non rappresentare un ostacolo insormontabile se si vuol agevolare gli enti locali nella competizione sul libero mercato.

E proprio questo è il punto centrale. Gli enti locali sono inevitabilmente condotti ad aggregarsi per disporre della sufficiente forza economica per operare sul mercato, pur in assenza di un collegamento effettivo tra l'acquisto di quote ed il soddisfacimento dei bisogni della popolazione. Anzi, in questa prospettiva una soluzione di tal fatta sarebbe gradita in quanto l'unione di più soggetti pubblici costituirebbe un'entità in grado di concorrere con

⁶⁶⁴ Per un interessante studio che la Corte di giustizia rende del principio di concorrenza, ID, *ult op. cit.*, 25 ss.

imprenditori privati, cosa che altrimenti non avverrebbe perché il vincolo funzionale – come la stessa espressione suggerisce – è un legame impeditivo sotto questo punto di vista.

Del resto, una conferma della direzione intrapresa dalle istituzioni europee è desumibile anche dalla valorizzazione del principio di massima partecipazione. È chiaro il differente ambito di applicazione di quest'ultimo, rilevante in special modo sulla questione della gara negli appalti per l'affidamento di servizi. Ma guardando alla cura con cui la Corte di giustizia lo impone nelle sue varie sfumature agli Stati membri⁶⁶⁵ – tanto è vero che l'Italia è stata rimproverata in tema di avvalimento plurimo – in quanto garante di un miglior assetto concorrenziale, non pare azzardato ipotizzare che il giudice europeo batterà ancora in futuro tutte le strade possibili per rendere sempre più effettiva la competizione economica⁶⁶⁶. Anche laddove ciò comporti un (salato) prezzo da pagare a livello di sistemi giuridici nazionali, come ad esempio con la progressiva destituzione del principio di legalità.

6.2. Sulle ceneri della politica di dismissione delle società strumentali ex art. 4, d.l. n. 95/2012.

Premesse le considerazioni sul piano dei principi, occorre ora valutare le concrete conseguenze che sono derivate per gli enti locali dall'applicazione dell'art. 4, d.l. n. 95/2012, in special modo i commi 1 e 3 che più interessano in questa indagine. La ricostruzione dovrà tenere conto e dei risvolti pratici della sentenza n. 229/2013 ed ovviamente dell'abrogazione di entrambi i commi avvenuta con l'art. 1, co. 562, l. n. 147/2014 (il quale ha tra l'altro soppresso anche i commi 2, 3^{sexies}, 9, 10 e 11). Nel fare ciò, è opportuno distinguere tra società strumentali miste e strumentali *in house*.

Per le società strumentali miste, all'indomani della sentenza della Corte, si sarebbe dovuto procedere, in alternativa, allo scioglimento o all'alienazione delle quote, in ossequio a quanto stabilito dal comma 1. L'obbligo era chiaramente rafforzato dal comma 7 (tuttora in vigore),

⁶⁶⁵ Il riferimento è a Corte giust., sez. V, 10 ottobre 2010, C-94/2012, in *Urb. e app.*, 2014, 2, 147 ss., con nota di R. CARANTA, *La Corte di giustizia "bacchetta" l'Italia sull'avvalimento*, che ha condannato l'Italia per il divieto generale di avvalimento plurimo, sancito ai sensi dell'art. 49, co. 6 del Codice. Secondo la Corte, gli artt. 47 par. 2 e 48 par. 3 della direttiva n. 2004/18, letti in combinato disposto con l'art. 44 della stessa direttiva, ostano alla disposizione nazionale (art. 49, co. 6 del Codice) che vieta in generale agli operatori economici partecipanti ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi per una stessa categoria di qualificazione della capacità di più imprese.

⁶⁶⁶ D'altronde, anche R. URSI, *Le società partecipate dagli enti locali*, 457 ss., in M. ALMEIDA, C. TUBERTINI, P. CRUZ SILVA, (a cura di), *Medidas para la racionalizacion de la organizacion administrativa local: las experiencias espanola, portuguesa e italiana*, Civitas, 2015, 457 ss., ritiene che tutti gli interventi del legislatore in tema di società pubbliche locali avvenuti negli ultimi anni siano stati mossi principalmente da questo intento.

che invita le amministrazioni a rivolgersi al mercato per ottenere dei servizi strumentali alle proprie necessità. La salvaguardia della norma da parte della Consulta ha creato, come già dedotto anche nei precedenti paragrafi, l'abrogazione implicita dell'art. 13, co. 1, d.l. n. 223/2006, con riferimento agli enti locali; non certamente con riferimento alle Regioni che potevano continuare a mantenere le proprie partecipazioni nelle società strumentali a causa della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 95/2012 nei loro riguardi. Questo ha significato che dal luglio 2013 gli enti locali sono stati obbligati a procedere ad una politica di dismissione delle proprie partecipazioni entro il 30 giugno 2013, attuando le dovute procedure ad evidenza pubblica, o allo scioglimento del complesso societario entro il 30 dicembre 2013. In entrambe le ipotesi, sembra più corretto ritenere che le date rappresentassero una scadenza per avviare il percorso piuttosto che il termine per concluderlo.

Né sembra che l'art. 13 del decreto Bersani possa rivivere a seguito della abrogazione dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 95/2012 ad opera della legge di stabilità del 2014. La Corte costituzionale si è premurata di spiegare che la soppressione di una norma abrogativa di altra disposizione non comporta la reviviscenza della norma abrogata⁶⁶⁷, questione ribadita in più occasioni negli ultimi anni⁶⁶⁸. D'altronde, le vicende giuridiche che *a posteriori* insistono sulle norme di diritto positivo sono generalmente ritenute ininfluenti. Si pensi anche, ad esempio, alla declaratoria di incostituzionalità di una disposizione abrogativa di altra norma: la censura della prima non implica la reviviscenza della seconda. Esistono comunque dei pareri discordanti in dottrina⁶⁶⁹ ed anche in più⁶⁷⁰ e meno⁶⁷¹ recenti pronunce della Consulta che propendono per la tesi inversa, secondo cui la declaratoria di incostituzionalità consentirebbe alla norma *illo tempore* abrogata da quella censurata dal Giudice delle leggi

⁶⁶⁷ Il riferimento è alla sentenza 26 gennaio 2011, n. 24, con cui la Corte ha ammesso il referendum abrogativo del giugno 2011. Ovviamente, l'ambito di riferimento è differente, perché nel caso di specie la questione verteva sull'eventuale reviviscenza dell'art. 113 TUEL abrogato dall'art. 23bis, d.l. n. 112/2008 che sarebbe stato di lì a poco oggetto di referendum. Ma al di là del diverso ambito, è evidente come il principio possa essere importato nel settore ora oggetto di studio.

⁶⁶⁸ Corte cost., 24 gennaio 2012, n. 13, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 85 ss., con note di A. D'ATENA, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio*; R. GUASTINI, *Senza argomenti. La Corte sulla reviviscenza (e dintorni)*; A. MORRONE, *Abrogazione e "reviviscenza" nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*.

In termini simili, Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 28, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 333.

⁶⁶⁹ A. FRANCO, *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, Torino, Giappichelli, 1988, 57 ss.

⁶⁷⁰ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 314, in *Giur. cost.*, 2009, 6, 4700; Corte cost., 23 aprile 1986, n. 108, in *Giur. cost.*, 1986, I, 582 ss.

⁶⁷¹ Corte cost., 30 giugno 1960, n. 43, in www.cortecostituzionale.it, con commento di S. BARTOLE, *Considerazioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di interesse a ricorrere nei giudizi in via di azione*, in *Giur. cost.*, 1965, 1664 ss. in particolare p. 1686, nota n. 71; Corte cost. 23 aprile 1974, n. 107, in *Giur. cost.*, 1974, 761 ss.. Per un commento favorevole verso quest'ultima pronuncia, A. FRANCO, *Considerazioni sulla dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni espressamente abrogatrici*, in *ibidem*, 1974, 3436 ss. In senso critico nei confronti della stessa, però, si veda P.A. CAPOTOSTI, *Reviviscenza di norme abrogate e dichiarazione d'illegittimità consequenziale*, *ibidem*, 1403 ss.

rivivrebbe. Ma per esigenze di certezza del diritto, pare certamente più opportuno che tanto nel caso in cui sia abrogata una norma a sua volta abrogativa, quanto nel caso in cui vi sia una declaratoria di incostituzionalità di una norma abrogativa, la disposizione abrogata non riviva⁶⁷².

Ma anche volendole dar seguito, nel caso di specie la soluzione denegata non sembra prospettabile per la vigenza dei commi 7 ed 8 dell'art. 4, d.l. n. 95/2012, da cui, per l'appunto, si evince il rifiuto dell'ipotesi dell'affidamento diretto a società mista strumentale. E questa visione è confortata anche da una lettura più approfondita della sentenza n. 13/2012. La Consulta individua alcune eccezioni alla predetta regola della non operabilità della reviviscenza di norme abrogate, ammesse in ipotesi «*tipiche e molto limitate*». Fra queste, la Corte ritiene che ciò sia possibile laddove l'invalidità crei un vuoto normativo che consente la vigenza della precedente disciplina. È evidente che, nel caso di specie, non viene a crearsi nessuna lacuna per la disciplina dei servizi strumentali stante la presenza dei predetti commi 7 e 8, e dei commi successivi al primo dell'art. 13 del decreto Bersani.

Le società miste strumentali dovevano dunque essere sciolte o, in alternativa, divenire totalmente private, con la conseguenza di dover competere necessariamente sul mercato. È interessante osservare come nel periodo ora considerato, e cioè prima dell'avvento della l. n. 147/2013, le società miste strumentali sono state caratterizzate da un regime giuridico pressoché opposto da quello riguardante le miste per la gestione dei servizi pubblici locali, beneficiarie ora come allora dell'affidamento diretto del servizio a condizione che il *partner* privato sia scelto con gara. L'evidente diversità del regime non necessita di ulteriori commenti, se non la centralità dell'oggetto sociale: a seconda della sua declinazione, infatti, l'investitore avrebbe avuto o meno la certezza dello svolgimento della prestazione. Di qui ovviamente, si è amplificata la necessità – peraltro già sottolineata nelle precedenti parti del lavoro – di distinguere correttamente tra servizi pubblici e servizi strumentali, tema molto indagato negli ultimi anni ma che non può in questa sede essere approfondito.

Dopo l'intervento abrogativo della legge di stabilità 2014, si sono già anticipati i contorni che a nostro parere hanno assunto le società strumentali miste nel nostro ordinamento.

Se non convince la tesi della loro qualifica in termini di meri operatori economici, stante il limite funzionale della legge finanziaria del 2008, la soluzione possono essere due: lo

⁶⁷² Con riguardo alle esigenze di certezza del diritto si riporta un significativo frammento della sentenza n. 13/2012: «*la tesi della reviviscenza di disposizioni a séguito di abrogazione referendaria non può essere accolta, perché si fonda su una visione «stratificata» dell'ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti. Ove fosse seguita tale tesi, l'abrogazione, non solo in questo caso, avrebbe come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresses, con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore, rappresentativo o referendario[...]*».

scioglimento o la dismissione di tutte le quote. Ovvero le stesse soluzioni contemplate dall'art. 4, co. 1, d.l. n. 95/2012 abrogato. È certamente un paradosso di sistema il fatto che una norma abrogata (per l'appunto l'art. 4, co. 1) – soppressa con tutta probabilità perché contraddittoria con una precedente (l'art. 13, co. 1 del decreto Bersani) – produca gli stessi effetti di quando era ancora in vigore. Ma non si vede altra opzione: partendo dal presupposto che la società mista strumentale non può ottenere l'affidamento diretto del servizio dovrebbe partecipare alla procedura ad evidenza pubblica, accollandosi l'alto rischio di non vincere la gara. Se ottiene l'aggiudicazione, ovviamente, *nulla quaestio*. Al contrario, le problematiche che ne conseguono sono lapalissiane: investimenti infruttuosi, costi per la collettività per il mantenimento delle strutture e del personale.

Considerata la questione sotto questo punto di vista, non sembra che “il gioco valga la candela”, ossia non pare che sia conveniente rischiare la tenuta in vita di moduli societari che potrebbero presumibilmente non ottenere l'affidamento del servizio.

Ecco, pertanto, che per evitare questi problemi lo scioglimento o l'alienazione sembrano le uniche due strade percorribili. A meno che, certamente, non si accetti la tesi proposta per cui le società miste strumentali divengono operatori economici *tout court*. E questa sembra la ragione più convincente per cui esse dovrebbero essere qualificate in questi termini.

Per quanto concerne, invece, le partecipazioni in società strumentali *in house* da parte degli enti locali si osserva quanto segue.

Dopo l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 229/2013, sono sostanzialmente riproducibili le riflessioni svolte con riguardo alle società miste strumentali.

All'indomani della conferma dell'art. 4, gli enti locali avrebbero dovuto pertanto procedere allo scioglimento o all'alienazione delle quote, così come stabilito dal comma 1. Tuttavia, permaneva la possibilità di affidamento diretto del servizio, rigidamente disciplinato nelle sue variabili. Come acclarato in un passaggio dalla Consulta erano necessarie due condizioni: ai sensi del comma 8, il rispetto della soglia economica, per cui il valore del servizio medesimo doveva essere inferiore ai 200.000 euro annui⁶⁷³, mentre ai sensi del comma 3 occorreva una contemporanea analisi dell'amministrazione, confermata da una valutazione dell'AGCM, di inutilità del ricorso al mercato per le caratteristiche geomorfologiche del contesto di riferimento.

L'effetto immediato anche in questo caso è stato quello di abrogare, per lampante incompatibilità, l'art. 13, co. 1, del decreto Bersani nella parte in cui consentiva l'affidamento diretto alle società *in house* in assenza di qualsiasi condizione. Della versione originaria di

⁶⁷³ Limite poi abrogato ai sensi dell'art. 34, co. 27, d.l. n. 179/2012.

questa disposizione non è dunque rimasto nulla: o, per essere più precisi, non è rimasto nulla con riferimento alla disciplina dell'affidamento senza gara. Mentre si ritiene non siano state abrogate quelle disposizioni, dei commi successivi in mancanza di una effettiva contraddizione con quelle cronologicamente posteriori, che obbligano ad operare solo ed esclusivamente con gli enti di riferimento, perché in sintonia con lo spirito dell'art. 4, d.l. n. 95/2012, il quale intende favorire il ricorso al mercato nell'acquisizione dei servizi strumentali. Dunque, nel periodo luglio 2013-dicembre 2013, e dato il breve lasso temporale la ricostruzione appare più scolastica che utile, gli enti locali potevano costituire o mantenere le proprie partecipazioni in società strumentali *in house* rispettando queste condizioni; in mancanza sembrerebbe vi fosse l'obbligo di procedere a scioglimento o alienazione ai sensi dello stesso art. 4, co. 1, d.l. n. 95/2012.

Dopo l'abrogazione con la legge di stabilità 2014 dei commi 1 e 3, coerentemente con quanto sopra sostenuto, si ritiene che la versione originaria dell'art. 13 del decreto Bersani non valga più neppure per le società strumentali *in house*. Ma le differenze rispetto al precedente regime sono sicuramente minori rispetto a quanto segnalato per le società strumentali miste. La permanenza in vigore del comma 8 dell'art. 4 consente che l'affidamento diretto del servizio possa avvenire alle società che, per l'appunto, presentano i requisiti richiesti dalla normativa e giurisprudenza comunitaria per essere considerata *longa manus* della amministrazione. Non è più neppure necessario che il suo valore sia inferiore ai 200.000 euro annui, in virtù dell'abrogazione di questa previsione ad opera dell'art. 34, co. 27, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 21 dicembre 2012, n. 221. Inoltre, l'abrogazione dell'art. 4, co. 3, d.l. n. 95/2012 esclude la necessità dell'analisi dell'amministrazione, confermata da un parere vincolante dell'AGCM, di inutilità del ricorso al mercato per le caratteristiche geo-morfologiche del contesto di riferimento.

Ergo, l'affidamento diretto alla società *in house* non appare subordinato a stringenti condizioni. Anzi, non sembra in realtà soggetto a nessuna costrizione se non la comune motivazione che deve accompagnare l'atto con cui viene stabilita la scelta in seno all'organo deliberante. Ed è interessante notare come, al netto delle varie modifiche intervenute, il regime sia molto simile a quello per l'utilizzo delle società *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali. A seguito dell'entrata in vigore dello stesso art. 34, co. 20 ss., d.l. n. 179/2012, definito per colmare il vuoto normativo lasciato dalla sentenza della Corte n. 199/2012, anche il servizio pubblico locale può essere affidato in via diretta alla società *longa manus* dell'amministrazione a prescindere dal suo valore.

In tal caso – e ciò è vero per ogni modalità di affidamento, e dunque anche quelli *in house* – è necessaria *ex lege* una relazione da parte dell'ente locale, da pubblicizzare in modo adeguato, ossia pubblicata sul sito internet dell'ente affidante con cui motivare le ragioni dell'utilità nel ricorso al modulo “in casa”⁶⁷⁴, il cui difetto dovrebbe comportare l'illegittimità del provvedimento amministrativo ed, a cascata, la dichiarazione di inefficacia del contratto⁶⁷⁵. Tra l'altro, un ulteriore obbligo in capo agli enti locali è stato posto - senza sanzione - dall'art. 13, comma 25bis, d.l. n. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 9, che ha disposto l'invio delle relazioni di cui all'art. 34, commi 20 e 21, d.l. n. 179/2012 all'Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico, che provvederà a pubblicarle nel proprio portale telematico contenente dati concernenti l'applicazione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sul territorio.

Certamente le regole dettate per pubblicizzare gli affidamenti nei servizi pubblici locali (fra cui quello *in house*) sono ben articolate, più di quanto non avvenga per i servizi strumentali. Tuttavia, non sembra che in base ai principi generali di pubblicità e trasparenza adempimenti di simile fattura, benché magari non con questo grado di specificazione, non possano essere pretesi anche nel caso di aggiudicazione senza gara alle società strumentali, pur in assenza di una espressa determinazione.

Ricostruito l'attuale regime delle società strumentali *in house* nel nostro ordinamento, rimane da considerare il loro assetto sotto il profilo funzionale.

La risposta deve cercarsi nelle parti dell'art. 13 del decreto Bersani non incompatibili con la disciplina e lo spirito delle norme di *spending review* che possono perciò considerarsi ancora in vigore. In primo luogo si pensi all'esclusività dell'oggetto sociale di cui all'art. 13, co. 2, d.l. n. 223/2006, che non è stata espressamente rifiutata dall'art. 4, d.l. n. 95/2012, né pare che il suo diniego possa essere desunto in qualche modo dalla *lex posterior*. Inoltre, dovrebbe salvarsi anche l'obbligo di operare solo ed esclusivamente con gli enti di riferimento, e cioè quelli costituenti, partecipanti ed affidanti⁶⁷⁶.

Di conseguenza, ricordando che nel ragionamento deve inserirsi pure il limite delle finalità istituzionali di cui all'art. 3, co. 27 della finanziaria 2008, la società strumentale *in*

⁶⁷⁴ J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, cit., 167, evidenzia che comunque l'adempimento in questione fosse doveroso anche in precedenza, in quanto desumibile da principi generali, sottolineati seppur episodicamente dal Consiglio di Stato.

⁶⁷⁵ C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, cit.

⁶⁷⁶ Mi sembra che la lettura proposta concordi con quella di C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, cit., §. 11.

house dovrebbe essere composta solo ed esclusivamente da enti locali realmente interessati alla prestazione, in quanto alla partecipazione deve necessariamente ricollegarsi la fruizione del servizio. Ciò significa che l'acquisto di quote non può mai rappresentare un investimento fine a se stesso: non pare perciò vi siano margini per pensare ad una finalità puramente speculativa nella partecipazione azionaria degli enti locali in tale modulo societario.

Si nota facilmente la differenza sia con le società strumentali miste, il cui destino è stato in precedenza ipotizzato – e chiaramente la possibilità di affidare direttamente il servizio alle società “in casa” esclude tutti i problemi in precedenza segnalati per queste ultime – sia con le società *in house* di gestione dei servizi pubblici locali le quali, fluttuando in acque profonde, viaggiano verso lidi ben lontani dal vincolo funzionale. E ciò è vero soprattutto pensando alla partecipazione dei singoli enti soci, potenzialmente scissa da qualsiasi vincolo funzionale.

Infine, occorre riflettere sull'obbligo per gli enti locali di cedere le quote possedute in società strumentali in assenza della fruizione della prestazione. Come detto, stante il limite di cui all'art. 3, co. 27, non sembra lecita una partecipazione cui non si accompagni la ricezione del servizio. Pertanto, in ipotesi, l'unica strada percorribile pare la cessione obbligatoria del pacchetto azionario all'ente, o ad uno degli enti, interessati. Non vi sarebbero neppure ostacoli in termini di tutela della concorrenza, in quanto tali società dovrebbero operare in un mercato chiuso proprio perché, da presupposto, l'attività non potrebbe che essere prestata agli enti di riferimento. L'unico problema, seppur non di poco conto, sarebbe dovuto alla difficoltà di reperire le risorse finanziarie necessarie per sostenere l'acquisto delle quote societarie dall'ente locale cedente.

6.2.1. (Segue): La confusione regna sovrana: apprezzabili (ma inutili) tentativi del legislatore nel ridefinire le politiche di dismissione.

Dopo aver appurato che le politiche di dismissione promosse tra il 2006 ed il 2012 non riguardano per espressa volontà normativa le società di gestione dei servizi pubblici locali, generalmente rimaste escluse dal regime restrittivo, è opportuno indagare le più recenti normative in tema di società pubbliche.

L'opera di ricostruzione non è affatto agevole, poiché i pregressi divieti e limitazioni previsti dal legislatore – pur rivolti come detto alle sole società strumentali – sono stati in gran parte ad oggi soppressi. Il che non semplifica necessariamente il quadro di riferimento, in quanto nuovi propositi riformatori si sono nuovamente affermati in tempi molto recenti.

Non sarebbe dunque corretto pensare che gli enti locali, all'atto di dar vita ad un contratto associativo, non debbano egualmente rispettare determinati vincoli, soprattutto in tema di finanza pubblica e contenimento dei costi. Nuove politiche di dismissione sono state

introdotte dalla legge di stabilità 2014, che prevede la soppressione di società partecipate basate non su criteri soggettivi, ma eminentemente oggettivi. In questo senso, assume centrale rilievo l'art. 1, co. 555, l. n. 147/2013, il quale obbliga, a decorrere dall'esercizio del 2017, alla messa in liquidazione entro sei mesi dalla data di approvazione del bilancio o rendiconto relativo all'ultimo esercizio, di società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80% del valore della produzione che, per quattro dei cinque esercizi precedenti, abbiano conseguito un risultato economico negativo. Sono espressamente escluse le società che svolgono servizi pubblici locali.

La norma stimola diverse riflessioni.

Innanzitutto, è interessante notare come l'obbligo di liquidazione riguardi le sole società a capitale pubblico maggioritario, mentre quelle a capitale pubblico minoritario non sono state considerate. Provando ad ipotizzarne la ragione, viene da dire che le risorse pubbliche impiegate in questo secondo modello sono certamente inferiori, e pertanto il legislatore ha ritenuto superfluo un controllo stringente. Si potrebbe discutere ampiamente nel merito della vicenda, per il semplice fatto che la partecipazione di minoranza potrebbe essere anche piuttosto cospicua e, teoricamente, raggiungere anche la maggioranza relativa del capitale sociale. Ed è evidente che in una situazione di tal genere l'investimento pubblico risulterebbe piuttosto importante. Ma tant'è: la norma sul punto è chiara, e non è opportuno azzardare altre ipotesi.

Inoltre, altra condizione è l'affidamento diretto del servizio il cui valore superi l'80% del valore dell'intera produzione. Il legislatore intende, cioè, colpire quelle società che fatturano in modo assolutamente prevalente grazie ad un'attività per la quale non hanno dovuto competere sul mercato. Si intuisce che a tali società è comunque concesso di operare all'interno dello stesso come operatori economici, sia nel caso in cui ottengano l'aggiudicazione senza gara, sia nel caso in cui, a maggior ragione, non fruiscono di questo vantaggio.

Ancora, ulteriore variabile consiste nel risultato economico negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, ovvero nella *mala gestio* societaria degli anni recenti.

Le condizioni appena elencate sembrano cumulative, e non alternative. Quindi, perché vi sia l'obbligo di procedere a liquidazione devono verificarsi contemporaneamente.

La mancanza di qualsiasi eco che richiami il principio di funzionalizzazione (costrizione territoriale e finalità istituzionali su tutti) suggerisce, come da premesse, che il bene giuridico tutelato dalla disposizione sia la salvaguardia della finanza pubblica.

Ma l'elemento che più colpisce è l'esclusione dal novero del suo ambito di applicazione delle società dei servizi pubblici locali, cui dunque non si rivolgono i controlli sulla gestione finanziaria. La previsione è evidentemente frutto delle già rimarcate intenzioni del legislatore di non tangere le società in questione con obblighi di dismissione o similari: a conferma della loro crescente libertà che tuttavia, nell'ottica del principio di funzionalizzazione, assume più che altro i tratti della licenza⁶⁷⁷.

A quali società si applica dunque l'art. 1, co. 555, l. n. 147/2013? Viene immediato rispondere alle società strumentali. Ma, a ben vedere, occorre qualche ulteriore specificazione, collegata a quanto sinora dedotto.

Le società strumentali miste dovrebbero considerarsi al di fuori dell'ambito di applicazione della norma, in quanto difetta una delle tre condizioni: l'aggiudicazione in via diretta. Infatti, a prescindere dall'accoglimento della tesi che esse sono divenute operatori economici di mercato, non pare vi siano dubbi sulla loro impossibilità di ottenere in via diretta l'affidamento del servizio stante la sussistenza dell'art. 4, co. 8, d.l. n. 95/2012. Né pare possa leggersi, al contrario, un'autorizzazione ai sensi del comma 555 per le società strumentali miste ad ottenere il servizio in via diretta. Infatti, sul punto, l'art. 4, co. 7 ed 8, d.l. n. 95/2012 appare ben più calibrato e specifico, tanto da ritenersi che prevalga sulla base del criterio di specialità nei conflitti tra norme.

Rimangono le società strumentali *in house*. Senza dubbio è logico pretendere da questo modulo societario una gestione conforme alle regole di corretta finanza pubblica; allo stesso modo è ragionevole che queste ottengano l'affidamento diretto e svolgano attività prevalente con l'ente di riferimento, per cui la previsione dell'80% del valore della produzione risulta coerente con i caratteri dell'istituto. Infatti, sulla base della ricostruzione effettuata, queste devono operare solo ed esclusivamente con tale ente (o enti), e dunque la predetta soglia numerica viene ovviamente superata. Ma è altrettanto chiaro che l'art. 1, co. 555, l. n. 147/2013 si riferisce a società a maggioranza pubblica, non a totale capitale pubblico, espressione sempre utilizzata per richiamare il modello "in casa".

⁶⁷⁷ Per un superbo dipinto delle becere conseguenze della confusione tra libertà e licenza, sia consentito il rinvio ad un affascinante frammento di PLATONE, *La Repubblica*, cap. VIII, «Quando la città retta a democrazia si ubriaca di libertà confondendola con la licenza, con l'aiuto di cattivi coppieri costretti a comprarsi l'immunità con dosi sempre massicce d'indulgenza verso ogni sorta di illegalità e di soperchieria; quando questa città si copre di fango accettando di farsi serva di uomini di fango per potere continuare a vivere e ad ingrassare nel fango; quando il padre si abbassa al livello del figlio e si mette, bamboleggiando, a copiarlo perché ha paura del figlio; quando il figlio si mette alla pari del padre e, lungi da rispettarlo, impara a disprezzarlo per la sua pavidità; quando il cittadino accetta che, di dovunque venga, chiunque gli capiti in casa, possa acquistarvi gli stessi diritti di chi l'ha costruita e ci è nato; quando i capi tollerano tutto questo per guadagnare voti e consensi in nome di una libertà che divora e corrompe ogni regola ed ordine; c'è da meravigliarsi che l'arbitrio si estenda a tutto e che dappertutto nasca l'anarchia e penetri nelle dimore private e perfino nelle stalle?». ».

Ed allora, le strade percorribili ci sembrano due, l'una alternativa rispetto all'altra.

Nel primo caso, con un'interpretazione adeguatrice del dettato legislativo per cui *minus dixit lex quam voluit*, gli obblighi di cui al comma 555 si applicano anche alle società a totale partecipazione pubblica, non solo a quelle a maggioranza pubblica. Altrimenti, verrebbe da dire che le società strumentali *in house* possono anche accogliere partecipazioni private. Il che rappresenterebbe con ogni probabilità un esito non voluto per il legislatore, e pure non in contrasto con la disciplina europea (il riferimento è chiaramente all'art. 12 della direttiva n. 2014/24/UE, che ammette la possibilità per gli Stati, previa definizione per via legislativa, dell'apertura del modello a capitali privati). Tuttavia, l'evenienza rappresenterebbe soprattutto una conseguenza inattesa dell'ipertrofia normativa degli ultimi anni e di un percorso poco ragionato.

Di fatto, però, vi sarebbe una prima apertura del nostro ordinamento alla commistione tra soci pubblici e privati nel modello *in house*, da cui deriverebbero tutta una serie di questioni da dipanare: la quantità delle azioni da destinare ai secondi, le modalità in cui selezionarli, il ruolo rivestito, etc. In altre parole, da una disattenzione del legislatore si aprirebbe il vaso di pandora, e le incertezze che ne uscirebbero sarebbero ben maggiori delle soluzioni che il dettato normativo vuole regalare.

La seconda strada crea forse meno problematiche, ma è al contempo una sconfitta del sistema. L'art. 1, co. 555, l. n. 147/2013 è norma assolutamente inapplicabile, e dunque inutile. E ciò perché non è possibile individuare il modello societario cui riferirla: non le società dei servizi pubblici perché espressamente escluse, non le società strumentali miste perché non beneficiarie di affidamenti diretti, non le società strumentali *in house* perché il testo di legge non le contempla esplicitamente, non le società che operano liberamente sul mercato perché non godono di aggiudicazioni dirette.

Per concludere, l'ipertrofia normativa degli ultimi anni ha condotto verso paradossi piuttosto curiosi, ed il comma 555 ne è la dimostrazione. Infatti, se una norma pensata per il ripiano delle spese pubbliche ed il contenimento dei costi, introdotta in luogo di disposizioni ad oggi abrogate e miranti agli stessi obiettivi (il riferimento è ovviamente all'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010), risulta realmente inapplicabile, si crea una grave lacuna normativa, ad ulteriore dimostrazione della confusione che regna sovrana nell'ambito delle società pubbliche. La gravità è dovuta al fatto che le gestioni deficitarie di società strumentali non condurrebbero, come invece è nelle idee della legge di stabilità 2014, ad una politica di

dismissione. È vero che la legge di stabilità 2014 prevede altre ipotesi di cessione, ma sono del tutto facoltative, e dunque a discrezione degli enti soci⁶⁷⁸.

È evidente la necessità di compiere un processo di razionalizzazione per le società locali, esigenza comunque avvertita anche dallo stesso legislatore.

6.2.2. Una breve postilla sulle società strumentali alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia.

Aldilà dell'individuazione delle società cui sono applicabili le più recenti disposizioni in tema di dismissione, emergono ulteriori problematiche legate ad una recente sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, C-568/2013. Nel caso di specie, il giudice, a seguito di un rinvio pregiudiziale effettuato dal Consiglio di Stato, ha ritenuto che le norme europee ostano ad una normativa nazionale che escluda un'azienda ospedaliera pubblica (ma ciò vale per qualsiasi ente pubblico) dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici – e quindi di servizi strumentali – se e nei limiti in cui tale azienda è autorizzata a operare sul mercato conformemente ai suoi obiettivi istituzionali e statutari. Inoltre, la stessa Corte di giustizia ha affermato che le normative europee non ostano ad una normativa nazionale che consenta ad una azienda ospedaliera pubblica, partecipante ad una gara di appalto, di presentare un'offerta alla quale non è possibile fare concorrenza, a causa dei finanziamenti pubblici di cui essa beneficia. Tuttavia, l'amministrazione può valutarne la sussistenza, alla luce della facoltà di respingere l'offerta.

È evidente la distanza siderale rispetto a quanto affermato nella pronuncia della Corte costituzionale n. 326/2008, in cui tale giudice aveva dichiarato la legittimità dell'art. 13 del decreto Bersani sostenendo la necessità di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Nella fattispecie concreta, il finanziamento pubblico non è considerato *a priori* un beneficio escludente, in quanto l'irregolarità della partecipazione alla gara dovrebbe semmai essere dichiarata sulla base di una valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Ma aldilà della distonia con la sentenza n. 326/2008 della Corte costituzionale, la pronuncia della Corte di giustizia apre a scenari ben più significativi sul piano pragmatico.

⁶⁷⁸ Il riferimento è all'art. 1, co. 568*bis*, l. n. 147/2013, il quale prevede la facoltà per le amministrazioni di procedere allo scioglimento o all'alienazione di quote nelle società partecipate, senza distinzioni di oggetto sociale. Vien da sé, poi, che sono previsti incentivi economici per procedere in questa direzione.

La possibilità per un ente pubblico di partecipare ad una gara di appalto, a condizione che l'attività sia conforme ai suoi obiettivi istituzionali e statutari, potrebbe determinare importanti ripercussioni nel futuro prossimo: sarà perciò interessante valutare se e come il giudice europeo e quello nazionale daranno seguito a questo orientamento. Le ragioni di interesse si colgono nelle relazioni che si instaureranno tra l'ente locale e le società strumentali, ambito su cui si concentrerà l'indagine poiché la sentenza insiste su un caso di appalto.

Circa quelle miste, si osserva quanto segue.

Sul profilo delle regole del mercato, poco cambia se l'ente locale decide di partecipare autonomamente ad una gara in quanto operatore economico ovvero se sceglie di partecipare ad una società strumentale mista: in entrambe le ipotesi vi è l'onere di confrontarsi con altri concorrenti (pubblici o privati) per ottenere l'appalto dall'amministrazione aggiudicatrice. Non così, invece, sul piano delle attività che possono lecitamente svolgersi: stando alla pronuncia della Corte, l'ente locale può aspirare all'aggiudicazione a condizione che la prestazione oggetto dell'appalto sia compatibile con i propri fini istituzionali e statutari. Al contrario, la società strumentale mista, che pure non sfugge alle regole dell'evidenza pubblica, può potenzialmente svolgere qualsiasi attività commerciale, in quanto equiparabile *tout court* ad un operatore privato, non essendo così vincolata al limite delle finalità istituzionali. Sotto questo punto di vista, pertanto, sembra che all'ente locale convenga comunque costituire una società strumentale mista piuttosto che partecipare direttamente ad una gara, dato che in ambedue i casi non ottiene il servizio in via diretta, ma quantomeno nel primo può, grazie allo schermo societario, svolgere qualsiasi tipo di prestazione.

La questione è invece differente con riguardo alle società strumentali *in house*.

Esse possono ancora ad oggi ottenere l'affidamento in via diretta del servizio strumentale, ma al contempo non possono che svolgere la propria attività solo con gli enti di riferimento, e cioè con quelli soci ed affidanti. Il mercato è, dunque, chiuso. L'ente locale, invece, è legittimato ad aprirsi all'esterno ma, come detto, sottostando ai vincoli dell'evidenza pubblica. Siamo innanzi ad un sistema che presenta, da qualunque angolatura lo si osservi, vantaggi e svantaggi. Non è sicuro che all'ente locale convenga prender parte ad una gara in modo autonomo anziché costituire (o partecipare) ad una società strumentale *in house*, non avendo nel primo caso nessuna garanzia circa l'affidamento del servizio.

Certo, altro è pensare al paradosso che un soggetto formalmente e sostanzialmente pubblico è legittimato a svolgere attività *extramoenia* di contro ai limiti imposti ad una soggetto (la società), quantomeno nella forma, privato. Ma a ben vedere, questa altro non è

che l'ennesima conferma della prospettiva con cui le istituzioni europee guardano alle amministrazioni locali, viste più come un operatore economico che organi rivolti alla cura dell'interesse pubblico attribuito dalla legge. Il che non meraviglia, visto quanto sin qui sostenuto circa la frammentazione del principio di legalità nell'attività societaria degli enti locali.

Tuttavia, la questione ora affrontata apre a degli scenari mai considerati sotto il profilo del principio di funzionalizzazione. Sinora è stata mossa una critica circa il difetto di tale principio con specifico riferimento alla partecipazione degli enti locali nelle società di gestione dei servizi pubblici, mentre minori problemi sono stati rinvenuti nelle società strumentali, in special modo in virtù del limite di cui all'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007. Ma la pronuncia della Corte di giustizia rischia di causare un vero e proprio terremoto: la valorizzazione del profilo imprenditoriale dell'ente pubblico, e quindi dell'ente locale, postula necessariamente il passaggio in secondo piano dell'elemento funzionale, secondo cui lo stesso ente dovrebbe curarsi solo del soddisfacimento delle proprie finalità istituzionali, senza svolgere altre attività seppur ad esse collegate.

Allora, stando alla lettura della sentenza della Corte di giustizia, i problemi non emergono tanto sul versante della convenienza per gli enti locali di partecipare direttamente a delle gare di appalto piuttosto che costituire apposite società: in entrambi i casi vi sono *pro* e *contro* che debbono essere valutati concretamente. La contraddizione, piuttosto, si nota sul versante del vincolo funzionale, poiché proseguendo su questa strada l'ente locale subirà meno limiti nello svolgimento di un'attività imprenditoriale rispetto alla società strumentale dallo stesso costituita o partecipata. In altre parole, il principio di funzionalizzazione vincolerebbe più un soggetto di diritto privato che un soggetto di diritto pubblico.

Ecco, dunque, che al supervalore della concorrenza non basta più dettare la disciplina di funzionamento delle società pubbliche e della procedura ad evidenza pubblica⁶⁷⁹, né essere il punto di riferimento della Corte costituzionale per valutare la legittimità di norme di diritto positivo⁶⁸⁰: esso si estende sino al punto di ridisegnare l'assetto istituzionale delle stesse amministrazioni locali. Il che condurrebbe inevitabilmente a rivedere anche la manichea suddivisione tra persone giuridiche di diritto pubblico e di diritto privato.

L'attenzione è stata sin qui rivolta alle società strumentali, in quanto il caso considerato dalla Corte di giustizia era un appalto. Tuttavia, è legittimo domandarsi se la partecipazione

⁶⁷⁹ Cfr. S.S. SCOCA, *La tutela della concorrenza come contenitore omnibus dell'evidenza pubblica, dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell'ambito del patto di stabilità*, in *Giur. it.*, 2013, 12, 2659 ss.

⁶⁸⁰ Il riferimento è ancora a M. DUGATO, *La legge nei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, cit., 439 ss.

alla gara da parte dell'ente pubblico (e dunque l'ente locale) possa avvenire anche nelle ipotesi di affidamento di servizi pubblici. L'interrogativo sorge sia perché ad oggi il confine tra le due categorie è sempre meno netto, sia perché il giudice europeo potrebbe presumibilmente estendere la logica della pronuncia, al fine di favorire la massima partecipazione anche a questo secondo ambito.

A ben vedere, ciò creerebbe meno imbarazzi di quanto accade sul versante dei servizi strumentali. È stato più volte evidenziato come nell'ambito delle società di gestione dei servizi pubblici locali, la partecipazione del singolo ente socio può essere scollegata dal perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Pertanto, sotto il profilo del vincolo funzionale, non vi sarebbero delle decisive differenze rispetto a quanto è consentito dal regime giuridico societario: l'ente locale, sia in qualità di socio, sia in qualità di operatore economico partecipante ad una gara in via autonoma, opererebbe (o aspirerebbe ad operare) al di fuori di propri compiti istituzionali. Le sole, pur rilevanti, differenze emergerebbero sul profilo delle modalità di affidamento del servizio: lo schermo societario lo garantirebbe in via diretta, altrimenti sarebbe necessaria la gara.

7. Il processo in atto di razionalizzazione delle società pubbliche: qualche ulteriore spunto di riflessione suggerito dalla legge n. 190/2014 (legge di stabilità 2015)...

Il *mare magnum* delle società locali, reso particolarmente complesso dalla stratificazione di norme, abrogazioni ad opera del legislatore, pronunce della Corte costituzionale e prese di posizione più o meno univoche della Corte di giustizia, ha imposto più che suggerito un intervento di razionalizzazione dell'intero sistema⁶⁸¹.

Si iscrivono in quest'ottica le più recenti riforme dell'ordinamento, che intendono delineare un quadro più organico sull'attuale regime giuridico dei moduli societari locali.

Fra queste, si ricorda innanzitutto la legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), che all'art. 1, dal comma 609 al comma 616, tratta aspetti di assoluto interesse. Innanzitutto, il comma 609 regala importanti spunti di riflessione sul tema delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Anzi, a voler essere precisi, esso sembra confermare

⁶⁸¹ Per una recente ricostruzione dell'ipertrofica produzione normativa dell'ultimo decennio si rinvia alla già citata opera di R. URSI, *Le società partecipate dagli enti locali*, cit., 457 ss., ed in special modo pp. 489 ss. per quanto concerne il programma di razionalizzazione.

quanto sin qui ritenuto, ovvero la tendenza dell'ordinamento (legislatore e Corte costituzionale in prima fila) a dettare un regime giuridico molto sensibile alle questioni concorrenziali e poco sensibile sulla tutela del vincolo funzionale. L'*incipit* non lascia spazio a decisive incertezze, là dove afferma che la *ratio* della disposizione è quella di aggregare e rafforzare la gestione industriale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. Non deve trarre in inganno il fatto che il comma in oggetto riguardi solo questa particolare categoria di servizi, in quanto essa è certamente quella economicamente più redditizia. Se ne legge, pertanto, la volontà del legislatore di rafforzarne la componente economica, il che pare confermare le precedenti riflessioni sulla persistente non curanza del vincolo funzionale nel settore in questione.

Il pensiero non cambia analizzando nel merito il comma 609, lett. a), incidente sull'art. 3*bis*, d.l. n. 138/2011, non colpito dalla declaratoria di incostituzionalità da parte della sentenza n. 199/2012, ed ancora perfettamente in vigore. L'art. 3*bis* stabilisce che a tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni (e le Province autonome di Trento e di Bolzano) devono organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica all'interno di ambiti territoriali ottimali, così da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzarne l'efficienza. La loro dimensione non deve essere inferiore a quella del territorio provinciale, ma le Regioni possono individuare specifici bacini estensione diversa, purché motivino la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica ed ai principi di proporzionalità, adeguatezza.

Il comma 609 modifica l'art. 3*bis*, co. 1*bis*, stabilendo in sostanza che le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali, cui essi devono obbligatoriamente partecipare. Tuttavia, la norma, pur alludendo a che la prestazione debba avvenire all'interno di un certo contesto territoriale, si riferisce chiaramente a modalità organizzative del servizio, e non incide in alcun modo sul versante societario. In altre parole, nulla vieta che le eventuali società pubbliche affidatarie, miste o *in house*, possano essere costituite anche da enti locali completamente disinteressati alla fruizione dell'attività. Probabilmente poi, ad esse non sarebbe neppure precluso operare anche all'interno di più contesti territoriali. Infatti, all'abrogazione dell'art. 23*bis*, co. 9, d.l. n. 112/2008 – che precludeva la possibilità per la società beneficiaria di affidamento diretto di partecipare ad altre gare per non falsare la concorrenza – non è seguita la formulazione di altra norma di analogo tenore, né è seguita la reviviscenza dell'art. 113, co. 6, TUEL, il quale stabiliva un identico divieto. Né è certo il fatto che una simile disposizione sia qualificabile come principio generale desumibile

dall'ordinamento europeo, e perciò sempre applicabile alla disciplina dei servizi pubblici locali, sulla base degli insegnamenti della sentenza n. 199/2012.

In definitiva, la fissazione di ambiti ottimali *ex art. 3bis*, co. 1, e l'esercizio delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali da parte dei soli enti di governo componenti l'ambito stesso *ex art. 3bis*, co. 1*bis*, non sembrano in grado di frenare il carattere imprenditoriale del relativo modulo societario, anche perché difetta una norma che imponga alle società locali di operare solo con gli enti di riferimento (al contrario di quanto si è sostenuto invece circa le società strumentali). Inoltre, non vi è compressione del carattere imprenditoriale anche perché dal combinato disposto dei due commi non si legge il divieto di partecipare ad una società di gestione per un ente che non appartenga all'ambito o bacino territoriale.

Questa distonia creerà probabilmente delle difficoltà di coordinamento nell'attività del gestore pubblico, in quanto è pronosticabile uno scontro di interessi – ipotesi tutt'altro che remota – tra l'ente appartenente all'ambito territoriale, interessato al tratto organizzatorio-funzionale del servizio, ma che non è socio, e l'ente che invece vanta una partecipazione in società ma non fa parte del bacino, il quale sarà invece più attento al carattere prettamente lucrativo della prestazione.

Ed allora l'interrogativo, apparentemente senza una risposta precisa almeno per ora, è il seguente: prevarranno le logiche funzionali collegate alla soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, che però potrebbero anche condurre a scelte antieconomiche, o al contrario prevarranno delle logiche imprenditoriali? Ed ancora, l'ente locale non facente parte della compagine societaria potrà comunque influenzare, facendo leva sull'elemento funzionale, le scelte societarie, imponendosi sull'ente socio?

Per le considerazioni sin qui svolte e centrate sulla crescente fortuna dei connotati imprenditoriali dei servizi pubblici locali, con conseguente perdita di importanza del principio di funzionalizzazione, verrebbe da rispondere negativamente, pur senza alcuna granitica certezza.

Certo, se l'affidatario in via diretta del servizio fosse una società mista, le presunzioni in tal senso sarebbero più forti, se non altro per la presenza di un socio d'opera privato. Qualche cautela in più sarebbe doverosa nell'ipotesi di affidamento a società *in house*, se non altro se si vuole dare peso alla giurisprudenza della Corte di cassazione che con una recente pronuncia delle Sezioni Unite è nuovamente tornata sull'annoso problema della loro natura, stabilendo l'impossibilità di configurare un rapporto di alterità soggettiva tra la società stessa e l'ente

pubblico⁶⁸², orientamento che ha successivamente trovato importanti conferme⁶⁸³. La Suprema Corte è perciò andata oltre alla teoria dell'ente pubblico in forma di società per azioni, negando che il modello *in house* possa configurare un'entità soggettiva terza e distinta dalle amministrazioni controllanti.

In questo senso, vi è qualche remora in più nell'ammettere una preminenza dell'aspetto lucrativo su quello funzionale: ma non così convincente da rispondere al quesito in senso affermativo. Infatti, a prescindere dal difetto di terzietà del modulo in questione, sembra piuttosto prevalere la solita necessità che la compagine sia in grado di reggere il confronto con gli altri operatori economici: e la semplice apertura a capitali di enti disinteressati al servizio, anche in questo caso, difficilmente potrà far prevalere *de facto* logiche funzionali, pur se sul piano dei principi ciò sarebbe assolutamente auspicabile.

Il disaccordo con questo pensiero pone ugualmente un problema degno di nota.

Se la logica funzionale dell'ente che appartiene all'ambito territoriale dovesse imporsi, le sue richieste contrasterebbero, ed eventualmente prevarrebbero, sui voti validamente espressi in assemblea dall'ente socio ma non fruitore del servizio. E questa è una prospettiva che, oltre a creare evidenti imbarazzi, contrasterebbe con i più basilari canoni del diritto commerciale. Il limite invalicabile sarebbe però un altro: verrebbe meno l'incentivo per gli enti locali terzi ad acquisire partecipazioni, con la conseguenza che vi sarebbero molte più difficoltà nel raggiungere il capitale sociale necessario.

Come si vede, l'auspicato percorso di razionalizzazione societario non risolve tutte le incertezze.

Ancora, nell'esegesi delle norme introdotte dalla legge di stabilità del 2015 non può ignorarsi l'art. 1, co. 611, con cui il legislatore introduce nuovamente una disposizione in attuazione di obiettivi già noti: il contenimento dei costi, il coordinamento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza. Per raggiungere lo scopo, gli enti locali (cui si aggiunge un nutrito elenco di altri enti pubblici) debbono avviare dal 1° gennaio 2015 un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni direttamente o indirettamente ricevute, così da conseguire una riduzione delle stesse. Nel fare ciò, essi possono scegliere tra diversi criteri. Tra quelli che in questa sede più interessano si

⁶⁸² Corte cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, 1, II, 13 ss., con nota di C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*. Il tema centrale della vicenda, come noto, riguarda la sussistenza della responsabilità amministrativa per danno erariale, e dunque per *mala gestio*, da parte degli amministratori di società *in house*. La questione principale, dunque, verte sulla possibilità di esercizio dell'azione contabile da parte della Procura della Corte dei conti, che viene affermata proprio in mancanza di un'alterità soggettiva tra ente e la *longa manus* dell'amministrazione.

⁶⁸³ Corte cass., Sez. Un., 2 dicembre 2013, n. 26936, in *Foro amm.*, 2014, 2, 378, Corte cass., Sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1391; Corte cass., Sez. Un., 24 febbraio 2015, n. 3677.

ricordano: l'eliminazione delle società e delle partecipazioni non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione e cessione (criterio della non indispensabilità); eliminazione delle partecipazioni in società che svolgono attività simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione (criterio della analogia delle funzioni); aggregazione di società di servizi locali di rilevanza economica (criterio dell'aggregazione)⁶⁸⁴.

L'attenzione è in special modo attratta dal primo dei tre criteri menzionati, ovvero quello della non indispensabilità. La sua definizione potrebbe far ritenere che sia venuto meno uno dei cardini su cui è stata basata la presente ricerca, ovvero che nelle società di gestione dei servizi pubblici locali – che sarebbero ricomprese nella disposizione in oggetto – la partecipazione degli enti locali non deve essere necessariamente collegata alla fruizione del servizio, cosicché per molti di essi l'acquisizione di quote non comporta null'altro che un investimento economico. Tuttavia, questa conclusione è certamente preclusa dal fatto che nell'*incipit* del comma 611 viene inserita una clausola di salvezza che appare decisiva: «*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni [...]*». Se ne legge che è sempre consentita la costituzione di società (ed il mantenimento delle relative partecipazioni) di produzione di servizi di interesse generale, e dunque, per come il legislatore li ha intesi sin dalla finanziaria 2008, anche di servizi pubblici locali⁶⁸⁵, a prescindere dal rispetto delle finalità istituzionali.

Pertanto, la problematica di cui sopra permane, rafforzandosi così il pensiero circa l'effettiva volontà del legislatore di non risolvere un'importante contraddizione insistente sul vincolo funzionale, perché ciò diminuirebbe la capacità di impresa delle amministrazioni locali, e dunque la loro possibilità di competere sul mercato con operatori privati.

Il problema, dunque, è sempre lo stesso, così come sono sempre le stesse le risposte rese dall'ordinamento.

Né si giunge ad una diversa conclusione sulla base del secondo criterio enunciato, quello della analogia delle funzioni. In questo caso, il carattere dell'inutilità obbliga alla eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività simili a quelle svolte da altre società o enti pubblici strumentali. La partecipazione potrebbe essere ritenuta, per l'appunto, "inutile" in quanto ad essa non consegue – per ipotesi – l'ottenimento del

⁶⁸⁴ L'utilizzo delle espressioni tra parentesi è ripreso da C. TESSAROLO, *La riduzione delle società partecipate da enti locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, del 24 marzo 2015.

⁶⁸⁵ Giunge alla stessa conclusione ID, *ult. op. cit.*, § 5.

servizio⁶⁸⁶, poiché l'ente partecipa per fini di investimento. In realtà, così non pare, perché la clausola di salvezza sopra riportata si applica a tutti i criteri elencati dal comma 611, il che è facilmente desumibile sulla base del criterio di interpretazione letterale delle norme di legge. Ancora una volta, le società di gestione dei servizi pubblici locali sono aliene dalle prescrizioni stabilite dal legislatore: dal criterio dell'analogia delle funzioni non può dunque derivarsi la soppressione delle partecipazioni là dove l'ente locale acquisti delle quote per mere finalità speculative.

La conclusione è rafforzata anche dal prosieguo dello stesso comma 611. Infatti, l'ultimo dei criteri considerati, quello dell'aggregazione, si riferisce espressamente alle società di servizi locali (di rilevanza economica): dunque, quando la legge di stabilità del 2015 ha voluto riferirsi a tale modulo societario lo ha fatto espressamente, ragion per cui nelle ipotesi precedenti non ha avuto analoghe intenzioni. Tra le altre cose, il criterio dell'aggregazione non influisce comunque sul principio di funzionalizzazione delle società di gestione dei servizi pubblici locali in quanto sua finalità è evidentemente il risparmio di risorse pubbliche (come da premessa).

Ne deriva che il programma di snellimento delle società pubbliche locali si riferisce in modo principale alle sole strumentali: quelle dei servizi a favore della collettività sono toccate solo parzialmente dal criterio di aggregazione. Ma non sono rinvenibili significative innovazioni sul profilo del vincolo funzionale. Il piano di razionalizzazione da adottare ai sensi del comma 612⁶⁸⁷ entro il termine (perentorio?) del 31 marzo 2015 non sembra poter determinare la minima influenza a riguardo: può solo sperarsi che sia comunque idoneo ad agevolare un risparmio di risorse pubbliche.

Del resto, difficilmente potrebbe giungersi ad una conclusione diversa.

L'*imprinting* all'esperienza delle società locali pare, almeno per ora, così definito: nel tentativo di contenere l'impiego di risorse pubbliche, le limitazioni e compressioni di vario genere incombono solo su alcune società, dipendentemente dall'oggetto sociale. Il principio di funzionalizzazione non è più fine ultimo nell'attività societaria degli enti locali: lo è per certi versi nelle società strumentali nonostante la preoccupazione del legislatore nelle ultime leggi di stabilità sia più che altro quella di "far quadrare i conti pubblici"; non lo è affatto nelle

⁶⁸⁶ ID, *ult. op. cit.*, § 5., ipotizza in tal senso.

⁶⁸⁷ Più precisamente, i presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, i presidenti delle Province, i sindaci e gli altri organi di vertice delle amministrazioni di cui al comma 611, in relazione ai rispettivi ambiti di competenza, definiscono e approvano, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Tale piano, corredato di un'apposita relazione tecnica, è trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata.

società di gestione dei servizi pubblici locali, in cui anzi esso sfavorisce la costruzione di un modello in grado di competere con i privati sul libero mercato.

In questo modo viene assicurata la persistenza di una chiara esigenza: mantenere il governo dei servizi pubblici locali in capo a soggetti pubblici. Il problema, tuttavia, è la necessità di trovare un compromesso: accettare che alcuni di questi si comportino alla stregua di soggetti privati, animati da puri intenti speculativi. Di conseguenza, tra gli enti pubblici soci, alcuni sono tali solo di facciata.

7.1. (Segue): ... e dal processo di riforma della pubblica amministrazione con il c.d. d.d.l. “Madia”. Brevi considerazioni.

Il quadro delineato, pieno di contraddizioni e privo di certezze, testimonia la necessità di una riorganizzazione del fenomeno delle società pubbliche locali, di cui si è reso portavoce lo stesso Governo Renzi, che consista in un programma più organico rispetto alle novità introdotte con le leggi di stabilità.

Come è noto, il c.d. “d.d.l. Madia”, dal nome dell’attuale ministro della Pubblica Amministrazione e semplificazione, riguarda più in generale il riassetto della macchina amministrativa ed, al momento in cui si scrive, è ancora sottoposta all’*iter* parlamentare. Tra gli obiettivi che il progetto si prefigge di raggiungere, vi è per l’appunto anche quello assai ambizioso del riordino delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche che, come visto, a livello locale si presenta da anni particolarmente frastagliato.

Nello specifico, l’art. 14 del disegno di legge prevede l’adozione di un decreto legislativo che possa riordinare la materia alla luce di alcuni punti fermi. Fra quelli che più interessano, si ricorda la distinzione tra tipi di società in relazione all’attività svolta ed agli interessi pubblici di riferimento; per le società strumentali la definizione dei criteri di scelta tra modello societario e modello dell’amministrazione autonoma o criteri per l’internalizzazione; per le società che gestiscono servizi di interesse economico generale la definizione, in conformità con la disciplina dell’Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell’interesse pubblico ed evitare effetti distorsivi sulla concorrenza.

Dati i lavori ancora in corso, non è ovviamente possibile un’indagine analitica sulla riforma, ma è comunque legittimo avanzare qualche impressione sulle idee del Governo riportate all’interno del disegno di legge.

Il riferimento alla distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte ed agli interessi pubblici tutelati suggerisce che il binomio tra servizi strumentali e servizi pubblici sarà ancora centrale nella definizione degli assetti societari. L'impressione trova del resto conferma nelle lettere b) e c) dell'art. 14, le quali richiamano, rispettivamente, il primo ed il secondo modulo.

Inoltre, è interessante notare che per le società strumentali il decreto legislativo di prossima definizione, dovendo stabilire i parametri di scelta tra modello societario, amministrazione autonoma e criteri di internalizzazione, sembra incentivare lo svolgimento di tali attività da parte degli stessi enti locali, così da diminuire il numero di compagini societarie ed attuare un risparmio di risorse pubbliche.

La previsione che però ci pare degna di maggiore attenzione è quella di cui all'art. 14, lett. c). Questa aspira a conciliare, con riguardo alle «*società di gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale*», locuzione piuttosto desueta ma che a nostro avviso comprende i servizi pubblici locali, il perseguimento dell'interesse pubblico e la tutela della concorrenza. L'aspirazione non rappresenta certamente una novità nell'ambito in questione, tutt'altro: questo è il principio cardine su cui l'ordinamento ha tentato di muoversi nelle ultime due decadi per trovare un soddisfacente punto di equilibrio che rispondesse ad entrambe le esigenze.

L'impressione è che il Governo non innovi un granché la struttura del diritto societario pubblico, ricadendo anzi negli sbagli sin qui effettuati. Su tutti, la convinzione di un'efficace sintesi tra interesse pubblico e tutela della concorrenza.

Se non verranno apportati rilevanti cambiamenti rispetto al sistema si qui delineato, sembra che o la maggior attenzione accordata al primo comporterà una minor cura della seconda e viceversa. *Tertium non datur*. E questo non perché la società pubblica non potrebbe garantire correttamente la soddisfazione dei bisogni della collettività in un determinato ambito ottimale – evenienza assolutamente plausibile – ma perché verrebbe ancora a mancare l'obbligo di corrispondenza per i singoli enti soci tra partecipazione e garanzia delle finalità istituzionali. Con la conseguenza che le stesse amministrazioni locali, partecipando, avrebbero esigenze diverse e tra loro contrastanti al momento di dirigere l'attività societaria. Occorrerà ovviamente attendere il testo di legge definitivo per riflessioni più puntuali.

In ultimo, alla luce di quanto sinora considerato, sia consentito un breve riassunto sull'attuale regime delle società pubbliche locali, al netto di riforme non ancora vigenti.

Il principio di funzionalizzazione non governa più le società di gestione dei servizi pubblici locali, e forse non le ha mai governate. In particolare, non riesce ad imporsi sulle

società miste perché queste possono operare anche al di fuori del proprio territorio essendo venuti meno l'art. 23bis co. 9, d.l. n. 112/2008 e l'art. 4, co. 33, d.l. n. 138/2011 che ne richiamava il contenuto. Inoltre tale disposizione, come in precedenza segnalato, non era sempre applicata dal giudice amministrativo neppure nel periodo in cui era in vigore, perché ritenuta contrastante con i principi europei di concorrenza. Ad oggi, essa non risulta applicabile in quanto, dopo la dissoluzione del regime normativo dei servizi pubblici locali, non viene prevista né dalla normativa *de minimis* di cui all'art. 34, co. 20 ss. d.l. 179/2012, né è desumibile dai principi europei enucleati dalla Corte di giustizia.

Il principio di funzionalizzazione non incide più in modo convincente neppure nelle società *in house*, e non solo sul profilo degli *assets* societari⁶⁸⁸, ma anche con riferimento all'attività della società intesa nel suo complesso. Anche in questo caso la motivazione è la stessa avanzata per le miste. La caducazione delle predette norme (artt. 23bis co. 9, d.l. n. 112/2008 e 4 co. 33, d.l. n. 138/2011) esclude il divieto di partecipare a gare dopo aver ottenuto un affidamento diretto. Pertanto, oggi le società *in house* di gestione dei servizi pubblici locali possono operare anche al di là dei confini di riferimento pur avendo – in ipotesi – già ottenuto un servizio senza gara. Certamente, permane l'obbligo per le stesse di svolgere la propria attività in via prevalente a favore dell'ente di riferimento, ma non in via esclusiva. A questa condizione, esse possono agire in via extraterritoriale, con conseguente rafforzamento della prospettiva imprenditoriale.

Discorsi diversi debbono invece farsi per le società strumentali.

Le miste, come ritenuto, operano come operatori economici di mercato, e dunque perde di significato qualsiasi riferimento al vincolo funzionale. Al contrario, le *in house* debbono continuare ad operare esclusivamente con gli enti di riferimento in un mercato chiuso. Per questa ragione, esse soddisfano realmente le sole finalità istituzionali delle amministrazioni socie, in ossequio al principio di legalità. E questo perché – non è certo un caso – subiscono delle barriere *ex lege* all'ingresso nel mercato. Se così non fosse, non sarebbe fattibile preservare il vincolo funzionale.

Queste conclusioni potrebbero eventualmente essere rivisitate se, come preannunciato nel §6.2.2., troverà fortuna l'orientamento della Corte di giustizia con cui si ammette la partecipazione a gare per gli enti pubblici, e dunque presumibilmente anche per gli enti pubblici territoriali.

⁶⁸⁸ Ci si riferisce alla solita questione per cui il capitale della società *in house* – evenienza tutt'altro che remota – sia formato da enti locali che non ottengono la prestazione, ed il cui acquisto di quote corrisponde ad un mero investimento.

Qualche considerazione conclusiva.

Dopo aver passato in rassegna diverse vicende sul tema delle partecipazioni azionarie degli enti locali, è evidente come il diritto societario pubblico sia ancora oggi caratterizzato da molte incertezze che non sono state risolte neppure con i più recenti interventi normativi.

La confusione causata dall'alluvionale produzione normativa ha in ultimo condotto alla inutilità di alcune disposizioni ricomprese nelle recenti leggi di stabilità, dettando un regime giuridico inapplicabile, per i motivi evidenziati, alle società pubbliche partecipate dagli enti locali (in special modo quelle strumentali).

L'esito così raggiunto rappresenta evidentemente una sconfitta del sistema; è infatti quantomeno bizzarro che alcune norme, dettate nel tentativo di attuare una politica di contenimento dei costi, siano in realtà inapplicabili in difetto dell'individuazione di un modello societario che ne sia effettivo recettore. La vicenda è chiaramente sintomatica del disordine riguardante la disciplina delle società pubbliche.

Queste riflessioni consentono di giungere ad una prima conclusione: è assodato che gli interventi normativi sovrappostisi nel corso degli anni abbiano causato più insicurezze che certezze in termini di diritto. Il percorso di regolazione appare ancora lungo e tortuoso, irto di ostacoli dovuti agli interventi normativi stratificatisi nel corso degli anni, che rendono più complicata la lettura del sistema.

Un piano di riordino integrale del settore delle società pubbliche locali appare oggi più che mai imprescindibile per rendere organico il panorama giuridico nel settore in questione: si auspica dunque che il percorso riformatore tracciato con il d.d.l. Madia, cui si è brevemente accennato, sia effettivamente in grado di ridisegnare l'intero sistema, con l'obiettivo minimo di risolvere la contraddizione per cui alcune prescrizioni risultano inapplicabili perché in insanabile contrasto con altre disposizioni.

Questo aspetto, benché da non sottovalutare e bisognoso di una efficace soluzione, non è però quello più preoccupante in tema di società pubbliche locali. Il difetto di coerenza del dettato legislativo non è, del resto, un'esclusiva dell'ambito oggetto di studio, ma una triste costante negli interventi normativi a qualsiasi latitudine. Al contrario, ci sono altri problemi che insistono specificamente sul tema.

In particolar modo, il riferimento è alla contraddizione, a più riprese evidenziata, insita nel binomio vincolo funzionale-principio di tutela della concorrenza, la cui difficoltà di sintesi non si palesano tanto nell'universo giuridico delle società strumentali, quanto in quello delle società di gestione dei servizi pubblici. Per questa ragione, le seguenti riflessioni saranno incentrate solo su questo secondo modulo.

La crescente affermazione del valore concorrenziale ha inevitabilmente condotto ad una minore considerazione dell'elemento funzionale, tanto è vero che gli enti locali sono stati troppo spesso animati, all'atto della stipulazione di un contratto associativo, da obiettivi di lucro anziché da scopi di perseguimento delle finalità istituzionali stabilite dalla legge.

Del resto, come si auspica di avere a più riprese dimostrato, il principio di legalità – inteso nella sua declinazione del principio di funzionalizzazione – e tutela della concorrenza non sono aspetti tra loro facilmente conciliabili; tutt'altro. La loro interazione non conduce ad una sintesi efficace: la valorizzazione della competizione economica e la costruzione di un mercato aperto non possono che spingere gli enti locali ad allontanarsi dai propri scopi istituzionali se aspirano a rivestire il ruolo di una alternativa credibile all'imprenditore privato.

Anzi, volendo sostenere una posizione netta, si ritiene che questi due elementi non siano in alcun modo tra loro conciliabili. Alla valorizzazione dell'uno consegue lo svilimento dell'altro e viceversa. E ciò sembra vero non solo con riferimento all'attività societaria intesa nel suo complesso, ma anche ed in special modo con riguardo ai motivi della partecipazione in società del singolo ente.

La conclusione non stupisce affatto: è infatti chiaro che l'imprenditore privato, in assenza di precisi vincoli di interesse pubblico, sia più facilitato a presentare offerte economicamente sostenibili rispetto ad un soggetto pubblico, che invece risulta genericamente vincolato al soddisfacimento delle finalità istituzionali. Allora la soluzione più immediata per agevolare l'affermazione dell'imprenditoria pubblica è attribuire maggiore libertà di manovra agli enti locali, il che equivale a porre in secondo piano gli obblighi derivanti dal principio di legalità.

E proprio qui sta il *punctum dolens* dell'intera vicenda.

La mescolanza tra garanzia dell'adempimento delle proprie finalità istituzionali e l'approccio concorrenziale vede prevalere sempre questo secondo profilo, se non altro perché i più importanti protagonisti sulla scena – Corte di giustizia e Corte costituzionale – assolutizzano il principio della competizione economica, la cui osservanza non lascia molto spazio alla scrupolosa attenzione all'adempimento dei compiti istituzionali. Tanto è vero che per rimarcare la centralità, il giudice di Lussemburgo sta estendendo la possibilità di prendere parte alle procedure ad evidenza pubblica anche agli stessi enti pubblici, così da garantire la massima partecipazione e, di conseguenza, foraggiare la competizione tra operatori. La natura giuridica di questi ultimi diviene pertanto irrilevante: e l'irrilevanza conferma, con specifico riguardo alle amministrazioni locali, il passaggio in secondo piano

dei compiti istituzionali cui esse dovrebbero assolvere, perché limitanti dello spirito competitivo.

Riprendendo la metafora utilizzata nelle pagine introduttive della ricerca, l'invito al convivio del principio di concorrenza rende ineludibilmente un ospite indesiderato la funzionalizzazione, data l'impossibile sintesi tra i due valori.

In altre parole, la promozione del nuovo super-principio forgiato dalla Corte di giustizia è incompatibile con la cura dell'agire funzionalizzato degli enti locali tramite lo strumento societario.

Se vi è stato un errore in questa politica, si è certamente verificato "a monte": avere ritenuto che lo strumento societario possa rivestire i panni del *deus ex machina* in grado di risolvere le più svariate problematiche sottese al contenimento dei costi e delle risorse pubbliche, nonché alla necessità di costituire una nuova "amministrazione di risultato", si è rivelata un'intuizione piuttosto infelice.

La speranza, piuttosto ingenua, ha presto palesato tutte le sue incoerenze: in special modo, quella di ritenere facilmente sintetizzabili la logica privatistica con quella pubblicistica⁶⁸⁹.

Le vicende giuridiche emerse nel corso degli ultimi due decenni, sia a livello normativo sia a livello giurisprudenziale, confermano il percorso delineato: ad oggi le società di gestione dei servizi pubblici locali, e soprattutto gli enti locali soci, sembrano navigare verso lidi lontani dalla legalità amministrativa, offuscate dalla logica di un sistema che pone al centro di tutto la competizione tra operatori economici.

È a questo punto inevitabile rendere un giudizio di valore sulle considerazioni sinora sostenute.

La lenta ma inesorabile esclusione dal centro della scena dell'originario protagonista principale – il principio di funzionalizzazione – è necessariamente un male? Ed, in questo caso, è curabile? Con riferimento al secondo quesito viene da rispondere negativamente: se consideriamo l'intera vicenda sotto questa prospettiva, non si intravede una via d'uscita,

⁶⁸⁹ La questione è perfettamente sintetizzabile nell'opera di M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Quad. Ist. fed.*, 2011, 2, 5 ss., il quale evidenzia che «*le società a partecipazione pubblica vagano per il regno di Logres, come il Cavaliere verde o come Parsifal, in un'apparente ricerca del Graal e nella sola consapevolezza dell'incertezza del futuro. Loro, degli enti territoriali e degli utenti*».

Del resto, lo stesso A. evidenzia (pag. 9), con una metafora assolutamente incisiva, la difficile sintesi tra diritto amministrativo e diritto delle società, perché «*mischiare diritto amministrativo e diritto delle società è un po' come mischiare l'acqua con l'olio. L'ibridazione non dà vita ad un diritto speciale, ma ad un complesso disarmonico di due diritti, i cui principi sono spesso in conflitto tra loro e i tentativi di loro soluzione armonica [...] finiscono per essere forzature giustificate dall'intento nobile di trovare l'uscita dal labirinto*».

perlomeno sino a che l'Unione europea imporrà le proprie visioni. È però chiaramente più interessante riflettere sul primo interrogativo.

La crisi del principio di legalità⁶⁹⁰, che negli ultimi anni ha colpito diversi settori del diritto, sconsiglia ogni lettura nostalgicamente attaccata alla tradizione giuridica. Non è certamente nostra intenzione svilire l'assoluto valore di tale principio, cardine della costruzione del diritto amministrativo. Semplicemente, è prudente mantenere un atteggiamento estremamente pragmatico ed aperto a qualsiasi soluzione.

Tentando di rispondere, nell'ottica di un giudizio di valore, la risposta è no. Non è necessariamente un male la graduale ma decisa esclusione del principio di funzionalizzazione dall'attività societaria, a patto che il sacrificio sia effettivamente utile. E l'utilità è chiaramente data dalla miglior gestione del servizio pubblico.

Questo è il punto. Tuttavia, come considerato, a fronte di un sistema che presenta molte falle, non sembra che, almeno per ora, l'impostazione pro-concorrenziale possa essere accettata a cuor leggero.

Ma tant'è. Questa è la situazione attuale, da cui si desume il fondamentale insegnamento che, ad oggi, l'attività societaria degli enti locali con riferimento alla gestione dei servizi pubblici è completamente sconnessa dal principio di legalità.

⁶⁹⁰ Sul tema, negli ultimi anni si segnala l'interessante contributo di G. ROMEO, *A proposito del controllo di legalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 551 ss.

Bibliografia

AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1998.

AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione (Varenna, 21-23 settembre 1995)*, Milano, Giuffrè, 1997.

AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 8 ss.

AA.VV., *La spending review negli enti locali*, Rimini, Maggioli, 2012.

AGUS D., *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, 464 ss.

AICARDI N., *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 1-2, 121 ss.

ID, *Le società miste*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 236 ss.

ALBO F., *La ricognizione delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali alla luce dell'art. 3 c. 27 e ss., legge n. 244/2007 e provvedimenti conseguenti*, in *Azienditalia*, 2010, 3, 194 ss.

ID, *L'applicazione dell'art. 3 commi 27 e seguenti della legge n. 244 del 2007 negli enti locali*, in www.lexitalia.it.

ALESIO M., *I servizi pubblici locali: peso della tradizione e nuovo assetto delineato dalla Finanziaria 2002*, in www.lexitalia.it, 2002.

ALMEIDA M., TUBERTINI C., CRUZ SILVA P., (a cura di), *Medidas para la racionalizacion de la organizacion administrativa local: las experiencias espanola, portuguesa e italiana*, Civitas, 2015.

ALTIERI A.M., *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 12, 1191 ss.

AMMANNATI L., *La privatizzazione in Italia: alla ricerca di un progetto*, in ID (a cura di), *La privatizzazione delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995, 5 ss.

AMMANNATI L., *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, 59 ss.

AMORELLI G., *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità economica europea*, 1992, Padova, Cedam.

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 36 ss.

ANTONELLI V., *Il risultato referendario e l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevista dal d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, conv. con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Il dir. econ.*, 2011, 3-4, 695 ss.

ARRIGONI R., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti di gestione privatizzati: garanzia per il bilancio dello Stato o tutela della finanza pubblica?*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1994, 653 ss.

ATELLI M., *Società pubbliche locali: no all'extramoenia*, in *Guida al diritto*, 2006, 29, 96 ss.

AZZARITI A., *I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011*, in *Ist. fed.*, 2011, 3, 29 ss.

BALESTRIERI A.M., *Note sulla distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 725 ss.

BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1974.

ID, *Servizi locali e libertà di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 27 ss.

BARTOLE S., *Considerazioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di interesse a ricorrere nei giudizi in via di azione*, in *Giur. cost.*, 1965, 1664 ss.

BARTOLINI A., *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del d.l. 112/2008*, in *Urb. e app.*, 2009, 6, 742 ss.

BASSI G., *Servizi pubblici locali e processi di liberalizzazione: la "controriforma" di fine estate. Commento al d.l. n. 135 del 25 settembre 2009*, in *App. e contr.*, 2009, 11, 8 ss.

ID, *Qualche considerazione sulla riproposta normativa generale in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *App. e contr.*, 2011, 11, 8 ss.

ID, *Le società strumentali delle regioni e degli enti locali: qualche puntualizzazione a due anni dalla disciplina speciale (parte I)*, in *App. e contr.*, 2009, 1, 55 ss.

ID, *Le società strumentali delle regioni e degli enti locali: qualche puntualizzazione a due anni dalla disciplina speciale (parte II)*, *ibidem*, 2009, 3, 64 ss.

ID, *I nuovi limiti dell'intervento pubblico in economia: qualche riflessione sul piano giuridico ed economico-aziendale a seguito della conversione del decreto sulle liberalizzazioni e delle prospettive di riforma nel settore dei servizi pubblici locali*, in *App. e contr.*, 2006, 5, 16 ss.

ID, *Vincoli alla costituzione di società di capitali da parte dell'ente locale nel novellato quadro istituzionale*, in *App. e contr.*, 2008, 8-9, 61 ss.

ID, *Novità e qualche ripensamento per le società locali – Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008)*, in *App. e contr.* 2008, 1-2, 59 ss.

BELLONI G., *I nuovi affidamenti di attività pubbliche considerate dal DL «Bersani» nei gruppi societari*, in *Azienditalia*, 2007, 7, 513 ss.

- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, 1987, Padova, Cedam.
- BENVENUTI L., *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. reg.*, 2002, 331 ss.
- BERCELLI J., *I servizi pubblici locali tra disciplina generale e discipline di settore (dopo l'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, finanziaria 2002)*, *Riv. trim app.*, 2003, 742 ss.
- ID, *L'attività consultiva dell'AGCM; sull'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: il caso delle farmacie comunali*, in *San. pubbl. e priv.*, 2009, 6, 65 ss.
- ID, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 155 ss.
- BERLINGERIO G.E., *Studi sul pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 2003.
- ID, *Studi sul servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003.
- BERTI G., *Introduzione*, in ID (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, Il Mulino, 1993, 13 ss.
- BERTONAZZA L., VILLATA R., *I servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (a cura di), *Trattato europeo di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007.
- BOCCHI L., *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: affidamento diretto del servizio e procedura ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.*, 1996, 1, 41 ss.
- BONETTI T., *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Ist. fed.*, 2011, 2, 37 ss.
- ID, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'“instabilità” nazionale alla “deriva” europea*, in *Munus*, 2012, 2, 417 ss.
- BONURA H., *Società a capitale ed oggetto sociale “misto”: nessun divieto di partecipare a gare pubbliche*, in *Guida al dir.*, 2011, 5, 109 ss.
- BOTTINO G., *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 1606 ss.
- BUONOCORE V., *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, 5 ss.
- CABIANCA A., *I servizi pubblici locali di rilevanza economica, dalla rivoluzione permanente ad un equilibrio instabile*, in *Il dir. Reg.*, 2010, 1-2, 133 ss.
- ID, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. “spending review” (d.l. n. 95/2012)*, in www.federalismi.it, 2012.
- CAFAGNO M., *Lo Stato banditore*, Milano, Giuffrè, 2001.

ID, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, vol. III, Milano, 2007, 1205 ss.

CAIA G., *Ente locale e spa: profili istituzionali*, in AA.VV., *La S.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, 1995, Maggioli, Rimini.

ID, *Norme per la riduzione degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *Giust. amm.*, 2007, 4, 705 ss.

ID, *Le società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm CDS*, 2002, 1231 ss.

ID, *L'organizzazione dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, vol. II, 131 ss.

ID, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm.*, TAR, 2002, 5, 1568 ss..

ID, *Norme per la riduzione degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *Giust. amm.*, 2007, 4, 705 ss.

ID, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 805 ss.

ID, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 1995, 2, 172 ss.

ID, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in *giustizia-amministrativa.it*.

ID, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, 3167 ss.

ID, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it.

ID, (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Rimini, Maggioli, 1995.

CAMMELLI M., *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 5-6, 1161 ss.

ID, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 517 ss.

ID, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione (Varenna, 21-23 settembre 1995)*, Milano, Giuffrè, 1997, 125 ss.

ID, *Amministrazione di risultato*, in AIPDA, *Annuario 2002*, 107 ss.

ID, *La società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, in L. VANDELLI (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992, Giuffrè, Milano.

ID, *S.p.a. a partecipazione regionale: la Corte chiude un problema, ma se ne aprono altri*, in *Le Regioni*, 1991, 1, 206 ss.

ID, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 1, 55 ss.

ID, *Gli appalti pubblici di servizi*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, Cedam, 1998.

CAMMELLI M., DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008.

CAMMELLI M., A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica locale*, Rimini, Maggioli, 1999.

CAMMEO C., *I contratti della pubblica amministrazione*, ristampa dell'edizione del 1937, Firenze, Casa editrice Cya, 1954.

CAMPOBASSO G.F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 1, 390 ss.

CAMPORESE R., *Teoremi interpretativi dell'art. 14 comma 32 del D.L. 78/2010 sui limiti imposti agli enti locali a detenere società*, in www.dirittodeiservizipubblici.it (parte I e II).

CAPACCIOLI, E. *Servizio pubblico e impresa (a proposito della posizione finanziaria delle Regioni)*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1976.

CAPOTOSTI P.A., *Reviviscenza di norme abrogate e dichiarazione d'illegittimità consequenziale*, in *Giur. cost.*, 1974, 1403 ss.

CAPUTI JAMBRENGHI V., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13 ss.

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004.

ID, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2011.

ID, *La Corte di giustizia "bacchetta" l'Italia sull'avvalimento*, in *Urb. e app.*, 2014, 2, 147 ss.

CARAVITA DI TORITTO B., *È veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani I?*, in *federalismi.it*, 2007, 9.

CARINGELLA F., *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996, I, 1364 ss.

ID, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike giuridica, 2014.

ID, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè 2005.

CAROSELLI A., *L'affidamento del servizio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 851 ss.

CARTEI G.F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 5, 1219 ss.

ID, commento all'opera di A. Pericu, *Impresa pubblica e obblighi di servizio pubblico (L'impresa di gestione dei servizi pubblici locali)*, Milano, Giuffrè, 2001, 582, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 2, 510 ss.

ID, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 5, 1219 ss.

ID, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002.

CARULLO A., *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove s.p.a. comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 4, 613 ss.

CASAVECCHIA M., *I servizi pubblici locali dopo il referendum del giugno 2011. Art. 4 del d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011, poi ancora modificato dall'art. 9 della l. n. 183/2011 e dall'art. 25 del d.l. 1/2012*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2012, 9, 39 ss.

CASSESE S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 2, 378 ss.

ID, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 579 ss.

ID, (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Bari, Laterza, 2004.

ID, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2014.

CATTANEO S., *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990, 355 ss.

CAVALLO PERIN R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998.

ID, *Comuni e province nella gestione di servizi pubblici locali*, Napoli, Jovene, 1993.

ID, *I principi del pubblico servizio*, in *Dir. amm.*, 2000, 1, 41 ss.

CAVAZZUTI F., *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, 5, 685 ss.

CERRI A., *La «mano pubblica» e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali in un interessante conflitto*, in *Giur. cost.*, 1992, 6, 3870 ss.

CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 5, 747 ss.

ID, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2900 ss.

CERULLI IRELLI V., MORBIDELLI G., *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994.

ID, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.

CHINÈ G., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il corriere del merito*, 2009, 3, 237 ss.

CHITI E., *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 736 ss.

CHITI M.P., *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la finanziaria 2002*, in *Urb. e app.*, 2002, 379 ss.

CHITI M.P., GRECO G., (a cura di), *Trattato europeo di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007.

CIRENEI M.T., *Disciplina comunitaria degli aiuti alle imprese pubbliche e privatizzazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 315 ss.

ID, *Le imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1983.

ID, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, 106, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato di società per azioni*, Torino, Utet, 1992.

ID, *Società di diritto speciale*, *ibidem*.

CINTIOLI F., “*Di interesse generale e non avente carattere industriale e commerciale*”: il bisogno o l’attività?, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 79 ss.

CIRIELLO P., *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992

CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, 519 ss.

ID, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.

ID, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91 ss.

ID, *Le società a partecipazione pubblica quotate nei mercati regolamentati*, in F. MASTRAGOSTINO, M. DUGATO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, in *Quaderni della Spisa*, 2012, 275 ss.

ID, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.

ID, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253.

CLARIZIA A., *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it, 2005.

COLANGELO G., FOSSATI P., MONTANARO M.G., *Le dismissioni delle società partecipate dai Comuni minori*, in *Urb. e app.*, 2012, 7, 826 ss.

COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 1139 ss.

COLOMBO G.E., PORTALE G.B. (diretto da), *Trattato di società per azioni*, Torino, Giappichelli, 1992.

CORSI S., *La spesa nelle autonomie locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 12, 1179 ss.

CORSO G., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss.

COSTI R., *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 798 ss.

CUOCOLO L., *I servizi pubblici locali tra novità legislative ed iniziativa degli enti territoriali*, in *Quad. reg.*, 2009, 1, 23 ss.

ID, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5, 485 ss.

D'ANTONIO S., *La giurisprudenza recente sulle società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1, 62 ss.

A. D'ATENA, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio*, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 85 ss.

D'AURIA G., *La "revisione della spesa," nelle Regioni e negli enti locali: a proposito di consumi intermedi, costi della politica, enti e società pubbliche*, in *Foro it.*, 2014, 9, I, 2350 ss.

- DAMONTE R., *La gestione dei servizi pubblici locali dopo la Finanziaria*, in *Urb. e app.*, 2002, 253 ss.
- DE DONATO V., *Le società di capitali come strumento di coordinamento fra comuni alternativo al consorzio*, in *Le società*, 2000, 927 ss.
- DE MINICO G., *La società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22, lett. e), l. 8 giugno 1990 n. 142*, in *Foro amm.*, 1994, 6, 1666 ss.
- DE NICTOLIS R., *La corte CE si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urb. e app.*, 288 ss.
- ID, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, 1109 ss.
- DE PASQUALE P., *Golden share all'italiana*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 1998, III, 1233 ss.
- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, Milano, Società editrice libraria, 1924.
- DELSIGNORE M., *Le modalità di gestione delle farmacie comunali*, in *Munus*, 2012, 3, 536 ss.
- DELLA CANANEA, G. *Privatizzazioni senza autorità di regolazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 5, 490 ss.
- DELLA MORTE M., *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2012
- DI GIANDOMENICO G., FAGNANO R., RUTA G., (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997.
- DOMENICHELLI V., *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2002, 311 ss.
- DUGATO M., *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 2, 229 ss.
- ID, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. amm.*, 1999, 3-4, 511 ss.
- ID, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 2, 123 ss.
- ID, *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Quad. Ist. fed.*, 2011, 2, 5 ss.
- ID, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 10, 1051 ss.
- ID, *I paradossi delle società pubbliche*, in AA.VV., *Rapporto "l'applicazione del patto di stabilità: l'esperienza dell'Emilia-Romagna a confronto con altre Regioni italiane ed alcuni Paesi europei*, Bologna, BUP, 2012, 118 ss.

ID, *La partecipazione dell'università a società di capitali: il caso dell'università degli studi di Bologna*, in *Contr. e impr.*, 1995, 697 ss.

ID, *Potestà legislativa regionale e disciplina civilistica delle società*, in *Dir. amm.*, 1995, 3, 415 ss.

ID, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Ipsoa, 2001.

ID, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

ID, *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002,1, 21 ss.

ID, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, 2003.

ID, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 855 ss.

ID, *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 11, 1127 ss.

ID, *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in *Munus*, 2013, 3, 439 ss.

ID, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 855 ss.

ID, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 218 ss.

ID, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 3, 505 ss.

ID, *I servizi pubblici locali (art. 23-bis)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 12, 1219 ss.

ID, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 1, 41 ss.

ID, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 519 ss.

ID, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.A., atti del convegno Titolarità pubblica e regolazione dei beni, Firenze, 2 – 3 ottobre 2003, organizzato dall'Università di Firenze e dall'Associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo.*

DUGATO M., PIPERATA G., *La gestione di servizi pubblici locali attraverso società holding*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 2, 312 ss.

FALCON G.D., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 187 ss.

FANTINI S., *Le disposizioni della Finanziaria 2008 in tema di società pubbliche*, in *Urb. e app.*, 2008, 4, 412 ss.

ID, *Le novità della spending review*, in *Urb. e app.*, 2012, 11, 1115 ss.

FERRARI E., *Servizio pubblico ed attività economica dell'amministrazione: il caso di una tipografia comunale*, in *Le Regioni*, 1987, 3, 570 ss.

FERRARI G., *Quadro generale e singole categorie contemplate dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008.

FERRARO V., *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1004 ss.

FERRI G., *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, *ibidem*, 1997, 1, 62 ss.

FLORENZANO D., *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, Cedam, 2008.

FRACCHIA F., *La Suprema Corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico?*, in *Foro it.*, 2000, I, 805 ss.

ID, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, 367 ss.

ID, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2, 2000, 7 ss.

FRANCARIO F., *Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la cd. "spending review" (alla luce della sentenza Corte Cost. n. 229/2013)*, in *Il corr. mer.*, 2013, 10, 933 ss.

FRANCO A., *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, Torino, Giappichelli, 1988, 57 ss.

ID, *Considerazioni sulla dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni espressamente abrogatrici*, in *Giur. cost.*, 1974, 3436 ss.

FRENI E., *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2003, 3947 ss.

GAFFURI F., *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 255 ss.

FURNO E., *La "never ending story" dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella legge n. 148/2011*, in *Rass. dir. pubbl. eu.*, 2012, 1, 131 ss.

GALGANO F., *La società per azioni*, Padova, Cedam, 1988.

ID, *La riforma dell'impresa*, in *Riv. Soc.*, 1976, fasc. 3-4, 469 ss.

ID, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 1978.

ID, «Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279 ss.

GALLO C.E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 327 ss.

GAROFOLI R., *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1, 159 ss.

ID, *Organismo di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960 ss.

ID, *Spa mista: criteri di selezione del socio privato di minoranza*, in *Urb. e app.*, 1998, 402 ss.

ID, *I servizi pubblici*, in R. GAROFOLI, F. CARINGELLA (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, I, *Il riparto di giurisdizione*, 316 ss.

ID, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Neldiritto, 2015.

GAVERINI F., *Servizi pubblici ed affidamento «in house»: dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 729 ss.

GIAMPAOLINO L., *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali: problemi di concorrenza e profili istituzionali*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 1, 1 ss.

ID, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, I, 1995, 6, 998 ss.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970.

ID, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1958, 996 ss.

ID, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1953, 611 ss.

GIARDINA E., *Società miste e finanza locale*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, Giuffrè, 1999, 47 ss.

GILIBERTI F., *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urb. e app.*, 2009, 2, 146 ss.

GILIBERTI B., RIZZO I., *Le società pubbliche nel mercato alla luce dell'art. 14, co. 32, D.L. 78 del 2010*, in *Urb. e app.*, 2012, 267 ss.

GIUSTINIANI G., *Le partecipazioni societarie degli enti locali e la sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

GLIOZZI E., *Dalla proprietà all'impresa*, Angeli, Milano, 1981.

GOISIS F., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. dell'economia*, 2013, vol. 26, n. 80, 41 ss.

ID, *I limiti all'attività extramoenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 560 ss.

ID, *I giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 6, 1915 ss.

ID, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1364 ss.

ID, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004, 100 ss.

GOSO R., *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore dei soggetti proprietari delle reti*, in *Urb. e app.*, 2008, 5, 609 ss.

GOTTI S., *Rilievi in tema di attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Dir. Regione*, 1994, 338 ss.

ID, *Questioni varie in tema di affidamento dei servizi pubblici locali: situazioni tutelabili e requisiti soggettivi nella partecipazione alle gare*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1993, 236 ss.

GRANIERI M., *Di università imprenditoriale, società «spin-off» e finalità istituzionali dell'ente*, in *Foro it.*, 2011, 7-8, III, 365.

GRAZIANO A., *Le società per azioni con partecipazione degli enti locali: affidamento di servizi e appalto di lavori pubblici. Per un'interpretazione degli artt. 22, lett. e), legge 8 giugno 1990, n. 142 e 12, co. 3, legge 23 dicembre 1992, n. 498*, in *Riv. trim. app.*, 1994, 3, 601 ss.

ID, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2005, 12, 1369 ss.

GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1986.

ID, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di servizio pubblico*, in F. MASTRAGOSTINO, (a cura di), *Appalti pubblici e concessioni di servizio pubblico*, Padova, Cedam, 1998.

ID, *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 1062 ss.

ID, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 2, 1289 ss.

ID, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimenti e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.

ID, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 6, 1461 ss.

ID, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839 ss.

ID, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 153 ss.

ID, *Organismi di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 184 ss.

ID, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene editore, 2006, 80 ss.

GRUNER G., *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 310 ss.

ID, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in www.giustamm.it, 2011.

GUALDANI A., *Servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 13 ss.

GUASTINI R., *Senza argomenti. La Corte sulla reviviscenza (e dintorni)*, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 111 ss.

GUCCIONE C., *Gli appalti delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 617 ss.

ID, *Affidamenti in house e nozione di organismi di diritto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1073 ss.

ID *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 3, 271 ss.

GUZZI F., *Servizi pubblici locali e affidamento diretto a società miste*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2009, 9-10, 637 ss.

GUZZO G., *La "travagliata" riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra incertezze legislative e codificazioni giurisprudenziali*, in *App. e contr.*, 2009, 8-9, 59 ss.

IAIONE C., *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovine, 2012.

IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, 1, II, 13 ss.

IMMORDINO M., *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.

LA MALFA S., *La cessione delle partecipazioni vietate secondo la legge 244/2007 (legge finanziaria 2008 art. 3 commi 27-29)*, in www.diritto.it, 30 dicembre 2010.

LAMANDINI M., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 541 ss.

LEGGIADRO F., *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*, in *Urb. e app.*, 2001, 487 ss.

ID, *La concessione di servizio pubblico e l'obbligo della gara secondo il diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2005, 2, 214 ss.

ID, *In house: il controllo analogo congiunto degli enti locali*, in *Urb. e app.*, 2013, 3, 307 ss.

LIGUORI F., *Servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007.

LILLI F., *La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali*, in *Giust. amm.*, 2008, 3, 503 ss.

LIPARI M., *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Il corriere del merito*, 2007, 1, 111 ss.

LOMBARDI S., *Società pubbliche e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2009, 8, 942 ss.

LONGHI L., *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la l. 148 del 2011 (c.d. "decreto di Ferragosto") ed il d.l. n. 1 del 2012*, in *Rass. dir. pubbl. eu.*, 2012, 1, 267 ss.

LUCARELLI A., *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 261 ss.

ID, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss.

LUCCA M., *I servizi pubblici locali a rilevanza industriale dopo la legge 448 del 28 dicembre 2001: una riforma tra regimi di monopolio pubblico ed esternalizzazione dell'azionariato privato*, in *Dir. reg.*, 2002, 407 ss.

LUCIANI F., *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 2, 275 ss.

LUNGHU L., *La riorganizzazione del sistema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2008, 7-8, 369 ss.

MACCABIANI N., *Limiti logici (ancor prima che giuridici) alla decretazione d'urgenza nella sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013*, in *Giur. cost.*, 2013, 4, 3242 ss.

MALINCONICO C., *Aiuti di Stato*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato europeo di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, 65 ss.

ID, *Tutela della concorrenza ed aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 2, 431 ss.

- MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione*, Milano, Giuffrè, 1998.
- ID, *Brevi considerazioni per una interpretazione estensiva della dir. n. 89/440/CEE*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2993 ss.
- ID, *Organi indiretti della pubblica amministrazione e giurisdizione amministrativa*, in *Giur. it.*, 1996, III, 166 ss.
- MANASSERO L., *Profili problematici dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, in tema di affidamenti in house*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.
- ID, *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, come convertito dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, con particolare riferimento agli effetti sulle attività delle società pubbliche locali*, 14 settembre 2006, in www.dirittodeiservizipubblici.it.
- MANCAZZO A., *Confronti tra la nuova e la vecchia disciplina sulle modalità di scelta del socio privato di minoranza di società miste*, in *Urb. e app.*, 2002, 749 ss.
- MANGANI R., *Il decreto Bersani resuscita l'in house?*, in www.giustamm.it.
- ID, *Spa miste, il decreto Bersani apre agli affidamenti in house*, in *Edilizia e territorio*, 2006, 41, 10 ss.
- MANGINI V., *Iniziativa economica pubblica e concorrenza sleale*, in *Riv. soc.*, 1974, I, 446 ss.
- MARCHI G., *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1, 27 ss.
- MARCHI S., *Rapporti tra s.p.a. comunali ed enti di riferimento*, in *Riv. trim app.*, 1995, 329 ss.
- ID, *Il servizio di tesoreria e le "sponsorizzazioni"*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 140 ss.
- MARINO I., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, Giuffrè, 1987.
- MAROTTA S., *Stato "versus" società. I servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta*, in *Munus*, 2012, 2, 439 ss.
- MARTELLI V., *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1997
- MARZUOLI C., MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, 111 ss.
- ID, *La privatizzazione tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.
- ID, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, in *Munus*, 2011, 1, 143 ss.

MASETTI D., *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del "decreto Bersani")*, in *Giust. amm.*, 2008, 1, 107 ss.

MASSARO R., *L'apertura alla concorrenza dei servizi a rilevanza industriale*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., Nuove leggi civ. comm., 2003, 24 ss.

MASSERA A., *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 8, 889 ss.

MASTAGOSTINO F. (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, Cedam, 1998.

ID, *Dalla direttiva 92/50 CEE al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157*, in ID, (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, Cedam, 1998.

ID, *Le concessioni di servizi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, vol. I, 277 ss.

MASTRAGOSTINO F., DUGATO M., (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissione e gestione*, Bologna, BUP, 2014.

MAUGERI M., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*, in *Giur. comm.*, 1994, 4, 543 ss.

MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000.

ID, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. Eu.*, 537 ss.

MAZZANTINI G., *La lunga strada della "spending review"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 12, 1163 ss.

MERLONI M., *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2003, 2-3, 17 ss.

MENICHETTI E., *Società per azioni multicomunali*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2003, 2-3, 159 ss.

MENTO S., *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 5, 495 ss.

MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990.

ID, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007.

ID, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2009, 2-3, 571 ss.

ID, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 2, 413 ss.

ID, *La corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2000, III, 1236 ss.

ID, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, 215 ss.

ID, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, XVII, 215 ss.

MIDIRI M., *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1, 133 ss.

MIELE G., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 81 ss.

MIOLA M., *Le società miste come società di «diritto speciale»*, in G. DI GIANDOMENICO, R. FAGNANO, G. RUTA, (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997, 181 ss..

MONTEMARTINI G., *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, Società editrice libraria, 1902.

MORIGI P., *Le società partecipate e la “spending review”: prime valutazioni*, in *La finanza locale*, 2012, 4-5, 88 ss.

MORRONE A., *Abrogazione e “reviviscenza” nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 121ss.

MUSOLINO S., *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. e app.*, 2011, 1, 49 ss.

ID, *L'art. 13 del decreto-Bersani: quale futuro per il modello della società mista?*, in *Urb. e app.*, 2007, 12, 1515 ss.

MUSSELLI L., *Affidamento diretto di servizi a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 7-8, 2175 ss.

NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2000, 2, 429 ss.

ID, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001.

NICO M., *Servizi pubblici locali: parte la riforma, ma la concorrenza è una strada in salita*, in *Nuova rass.*, 2009, 2, 157 ss.

ID, *Le società partecipate dagli Enti locali*, Rimini, Maggioli, 2013.

NICODEMO S., *Società locali per la gestione dei servizi e realizzazione di infrastrutture: dalla legge 142/90 alla legge 127/97*, in *Riv. trim app.*, 1997, 609 ss.

NICODEMO G.F., *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urb. e app.*, 2010, 2, 156 ss.

NICOLAZZI T., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2004, 257 ss.

NICOLETTI G., *La proprietà di reti ed impianti per l'erogazione dei servizi a rilevanza industriale*, in *Azienditalia*, 2002, 5, 273 ss.

NIGRO M., *Banche private e banche pubbliche. Rilevanza dell'oggetto e limiti dell'attività*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, 56 ss.

NIUTTA A., A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 477 ss.

NOVELLI P., *Società pubbliche: dimissioni, cessioni, ricognizione delle partecipazioni, controllo e ruolo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, 2011, 9, XVIII ss.

OTTAVIANO V., *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 267 ss.

ID, *Le società per i servizi locali*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, Giuffrè, 1999.

PAGANI I., *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Urb. e app.*, 2008, 9, 1172 ss.

PARISIO V., *Aspetti economico-redistributivi e tutela dell'attività extra moenia dell'azienda speciale*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2370 ss.

ID, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

ID, *Servizi pubblici, e monopoli*, in E. PICOZZA (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, Maggioli, 1996.

PASQUINI G., *La concorrenza nel servizio idrico integrato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 12, 1235 ss.

PASSERI L., *L'organizzazione dei servizi pubblici locali fra tutela della concorrenza ed efficienza della spesa pubblica*, in *Munus*, 2012, 3, 543 ss.

PASTORI G., *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in *Quad. reg.*, 1991, 941 ss.

ID, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in V. CERULLI, G. MORBIDELLI, *Ente pubblico ed enti pubblici*, 1994, 311 ss.

PERFETTI L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

ID, *Il regime dei servizi pubblici locali. Il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 679 ss.

ID, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 906 ss.

ID, *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 187 ss.

ID, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 479 ss.

ID, *Nozione di servizio pubblico locale e fini sociali. Revirement del Consiglio di Stato in tema di servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 998 ss.

ID, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, 575 ss.

ID, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in L. PERFETTI, P. POLIDORI (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Padova, Cedam, 2003, 27 ss.

ID, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 906 ss.

PERICU A., *Impresa ed obblighi di servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001.

PERICU G., *La partecipazione degli enti locali alle società per la gestione dei servizi*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, Giuffrè, 1999.

ID, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

PERINI A., *L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedura di evidenza pubblica. (Alcune riflessioni in margine ad una sentenza regolatrice della giurisdizione)*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 1, 90 ss.

PICOZZA E., *I pubblici servizi locali e le loro forme di gestione, con riguardo al regime di diritto comunitario, nazionale e regionale*, in *Nuova rass.*, 1995, 1005 ss.

PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005.

ID, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 2, 133 ss.

ID, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 291 ss.

ID, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 1, 33 ss.

ID, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Ist. fed.*, 2009, 2, 325 ss.

ID, *La "manovra di agosto". La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1, 23 ss.

ID, *Tipicità e funzionalizzazione nell'organizzazione pubblica: il caso dei servizi pubblici locali*, in *aedon*.

PINELLI C., *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*, *ivi*, 3872 ss.

PIRAS P., *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994, 23 ss.

PLATONE, *La Repubblica*, cap. VIII.

POLICE A., *Le concessioni di servizi pubblici: regole di concorrenza e "privilegi" per l'amministrazione.*, in *Riv. trim. app.*, 1995, 361 ss.

ID, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008, 65 ss.

ID, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 158 ss.

POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, Cedam.

ID, *Concessione e appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 394 ss.

PUGLIANO P.S., *Brevi considerazioni in tema di estensione extra moenia dei servizi pubblici locali gestiti a mezzo di azienda speciale*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 308 ss.

PULVIRENTI M.G., *Recenti orientamenti in tema di affidamenti in house*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 93 ss.

PURCARO A., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 2003, 2078 ss.

RACCA G., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, 2, 201 ss.

RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999.

ID, *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 386 ss.

RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004.

ID, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997.

RIGHI L., *Ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del d. lgs. n. 157/1995; amministrazioni aggiudicatrici ed appalti pubblici di servizi*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, cedam, 1998.

ID, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica ed appalti di servizi*, *ibidem.*, 1996, 347 ss.

RIZZO I., *Brevi considerazioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-bis l. 133/2008, Urb. e app.*, 2011, 8, 899 ss.

- ROMANO A., *Profili della concessione e pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 513 ss.
- ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1998.
- ROMANO S.A., *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1979.
- ROMANO TASSONE A., *La società in house e la sua complessa disciplina*, in F. MASTRAGOSTINO, M. DUGATO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissione e gestione*, in *Quaderni della spisa*, 2012, 229 ss.
- ROSATO D., *I servizi pubblici locali alla luce della recente riforma: un passo avanti verso la concorrenza?*, in *Rass. avv. Stato*, 2008, 3, 71 ss.
- ROSSI G., *L'ambito territoriale e i rapporti delle società con i soci terzi*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali. Atti del Convegno, Messina, 22-23 novembre 1996*, Milano, Giuffrè, 1999, 173 ss.
- ID, *I servizi pubblici locali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Padova, Cedam, 491 ss.
- ID, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Ist. fed.*, 2011, 2, 381 ss.
- ID, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 237 ss.
- ID, *Dove inizia il «pubblico servizio»; avvio di una riflessione*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2, 2000, 7 ss.
- ID, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 661 ss.
- ROSSI M.G., *La partecipazione delle università degli studi a concorsi e società di ricerca: profili privatistici*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 575.
- ROSTAGNO S., *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ovvero della deriva dell'interpretazione dell'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani) lontano dai principi del trattato Ue e dai modelli comunitari di collaborazione tra pubblico e privato*, in *Giust. amm.*, 2008, 4, 42 ss.
- ID, *L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani: prime indicazioni della giurisprudenza e prime perplessità*, *ibidem*, 2007.
- ID, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, in *ibidem*, 2006.
- ID, *Le modifiche apportate all'art. 13 del decreto Bersani dalla l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007)*, in www.giustamm.it.

ID, *Art. 4 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 (cd. "spending review") e s.m.i. – profili interpretativi e riflessi sistematici in materia di società dei servizi pubblici (commi 1, 3, 5, 7, 8)*, in www.giustamm.it, 2013.

ROTIGLIANO R., *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 8, 1017 ss.

ROVERSI MONACO F.A.(a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 1997.

ID, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, Giuffrè, 1967.

ID, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 719 ss.

ID, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, vol. II, 2005, 71 ss.

ROVERSI MONACO M., *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, 1, 89 ss.

RUOTOLO M., *Non "ce la chiede l'Europa" e non "la vogliono i cittadini". Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in www.costituzionalismo.it, 2012, 2.

SABBIONI P., *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, 4654 ss.

SABETTA C., *La riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità*, in www.federalismi.it.

SAN MAURO C., *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, Milano, Giuffrè, 2003.

ID, *L'art. 35 della legge finanziaria 2002. Prime note sui nuovi principi in tema di regolazione dei servizi pubblici locali*, in *Cons. St.*, 2002, II, 2119 ss.

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1974.

SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008.

SANVITI G., (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 1995.

SANTIAPICHI X., *Società miste: divieto di partecipare alle gare solo ai soggetti che gestiscono servizi pubblici. La limitazione non deve essere estesa alle imprese il cui socio operativo viene selezionato tramite gara*, in *Guida al dir.*, 2011, 20, 77.

SAPUTELLI G., *Quando non è solo una "questione di principio". I dubbi di legittimità non risolti della "riforma delle Province"*, in *Giur. cost.*, 2013, 4, 3249 ss.

SATTA, V. *Potere regolamentare del governo e servizi pubblici locali a rilevanza economica nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *Il dir. econ.*, 2010, 1, 147 ss.

SCAGLIONE E., *L'attività extra-territoriale delle società miste: le esigenze della collettività locale prevalgono sulla libertà imprenditoriale*, in *Foro amm. CDS* 2008, 12, 3389 ss.

SCALCIONE A., *Brevi note a margine su appalti di servizi, concessioni di servizi pubblici e normativa applicabile*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 2397 ss.

SCARALE P., *Tipologie e regimi delle società pubbliche nel governo locale: "le società strumentali"*, 91, in AA.VV., *Rapporto "l'applicazione del patto di stabilità: l'esperienza dell'Emilia-Romagna a confronto con altre Regioni italiane ed alcuni Paesi europei*, Bologna, BUP, 2012.

SCARPA C., BIANCHI P., BORTOLATTI B., PELLIZOLLA L., *Il Capitalismo municipale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2009.

SCIULLO G., *I servizi culturali degli enti locali nella finanziaria per il 2002*, in *Aedon*, 1, 2002.

SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.

SCOCA S.S., *La tutela della concorrenza come contenitore omnibus dell'evidenza pubblica, dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell'ambito del patto di stabilità*, in *Giur. it.*, 2013, 12, 2659 ss.

SCOTTI E., *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, III, 554 ss.

ID, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1999, IV, 140 ss.

ID, *Il pubblico servizio*, Padova, Cedam, 2003.

ID, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali e delle società miste tra vincoli funzionali, regole procedimentali e principi concorrenziali*, in *Foro it.*, 1999, III, 396 ss.

ID *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 4, 777 ss.

ID, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato. Osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3, 666 ss.

SECONDO R., VIVANI C., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, in *Urb. e app.*, 2012, 1, 39 ss.

SEVERINO I., *L'attività extraterritoriale delle società miste*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 51 ss.

SIGISMONDI G., *Le società miste nella disciplina dell'art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 32 ss.

ID, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 52 ss.

SILEONI S., ARCHIMI L., *Le partecipazioni dei comuni nelle società che gestiscono i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. L'art. 14 c. 32 del D.L. 78/2010 ed il principio di specialità dell'art. 23-bis, c. 2 lett. b) e c. 3 del D.L. 112/08* in subiecta materia, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

SORACE D., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1, 51 ss.

ID, *Gli "Interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 205 ss.

ID, *Note sui «servizi pubblici locali» dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 1141 ss.

ID, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.

ID, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 1 ss.

SORACE D., C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Dir. amm.*, 1996, 653 ss.

SPADA P., *Note sull'argomentazione giuridica in tema di impresa (commento a Corte cass. 6 agosto 1979, n. 4558)*, in *Giust. civ.*, 1980, 10, 2270 ss.

SPASIANO M., *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, in www.giusamm.it.

STANCARELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, vol. I, 307 ss.

TESSAROLO C., *La specialità dell'Azienda speciale*, in *Imp. pubbl.*, 1991, 7, 10 ss.

ID, *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, in www.ildirittodeiservizipubblici.it.

ID, *La riduzione delle società partecipate da enti locali*, *ibidem*, del 24 marzo 2015.

TIZZANO A., *Diritto comunitario e sviluppo del principio di libera concorrenza in Italia*, in *Il dir. Un. Eu.*, 1996, 3, 741 ss.

TORCHIA L., *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 7, 791 ss.

TORRICELLI S., *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Munus*, 2011, 1, 69 ss.

TRAVI A., *Note introduttive*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 8 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 15 ss.

ID, *Le società miste per i servizi locali. Atti del Convegno, Messina, 22-23 novembre 1996*, Milano, Giuffrè, 1999.

ID, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, 3, 339 ss.

ID, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 667 ss.

URSI R., *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

ID, *Il gioco del Monopoli e dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 2, 466 ss.

ID, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 12 ss.

ID, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 179 ss.

ID, *Le società partecipate dagli enti locali*, in M. ALMEIDA, C. TUBERTINI, P. CRUZ SILVA, (a cura di), *Medidas para la racionalizacion de la organizacion administrativa local: las experiencias espanola, portuguesa e italiana*, Civitas, 2015, 457 ss.

VALAGUZZA S., *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 2012, 158 ss.

VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992, Giuffrè, Milano.

ID, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2013.

ID, *Le società pubbliche locali tra autonomia organizzativa regionale e locale, ordinamento civile e principi di coordinamento della finanza pubblica*, in *Giur. Cost.*, 2013, 4, 3364 ss..

VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004.

ID, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2409 ss.

VASQUES L., *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, Giappichelli, 1999.

VERONESI P., *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, in *Giur. cost.*, 1997, 1, 55 ss.

VESPERINI G., *L'attività dell'azienda locale fuori dal territorio comunale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 3, 239 ss.

VIGNERI A., *Tutela della concorrenza e organizzazione amministrativa. Sulle recenti iniziative del Governo*, in *Astrid*, Rassegna n. 34, 2006, www.astrid-online.it.

VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008.

VICKERS J., YARROW G., *Privatization: an economic analysis*, 1988

VIGNERI A., *Servizi pubblici locali al bivio*, *Dir. reg.*, 2002, 561 ss.

VINTI S., *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014.

VITALE C., *La gestione congiunta dei servizi pubblici locali. Novità legislative e tendenze del sistema*, in *Ist. fed.*, 2009, 3-4, 33 ss.

ID, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 63 ss.

VIVANI C., *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: si definisce il quadro della riforma del Governo Monti*, in *Urb. e app.*, 2012, 5, 511 ss.

VIVARELLI M.G., *La maledizione dei servizi pubblici locali,: le ulteriori modifiche normative a distanza di pochi mesi*, in *App. e contr.*, 2012, 5, 44 ss.

VOLPE C., *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urb. e app.*, 2003, 6, 711 ss.

ID, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di nuovo sulla strada della teoria dell'organo indiretto: abbandono temporaneo o addio definitivo?*, in *Riv. trim. app.*, 1995, 2, 207 ss.

ID, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 11, 3549 ss.

ID, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto Lazzaro. Ma è vera resurrezione?*, in www.giustamm.it, 2013.

ID, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. e app.*, 2008, 12, 1401 ss.

ID, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, *ibidem*, 2013.

ID, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, 2014, 3.

ZAMMARTINO F., *Problemi e prospettive in materia di gestione dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in *www.giustamm.it.*, 2013.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1959.

ZITO A., *I servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2003, 397 ss.

ZUELLI F., *Servizi pubblici ed attività imprenditoriale*, Milano, Giuffrè, 1973.