

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

DOTTORATO DI RICERCA IN "TEORIA DELLE ISTITUZIONI NAZIONALI E
COMUNITARIE TRA FEDERALISMO E DECENTRAMENTO"

"I SERVIZI PUBBLICI LOCALI TRA
ESTERNALIZZAZIONI E SOCIETA' PUBBLICHE"

Coordinatore: Prof. E. M. Marenghi

Dottorando: Dott. Roberto Guarino

INDICE GENERALE

Capitolo I

LE ESTERNALIZZAZIONI IN GENERALE NEL SETTORE PUBBLICO

1. Nozione di servizio pubblico locale. Ricostruzione di una possibile definizione tra teoria “soggettiva”, “oggettiva” e “mista”8
2. Le esternalizzazioni quale “tecnica” organizzativa della Pubblica amministrazione. Procedimento di esternalizzazione: principi e responsabilità.....19

Capitolo II

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

1. Disciplina dei servizi pubblici locali ed interessi prevalenti.....45
2. Legislazione nazionale e sovranazionale e potere di

autodeterminazione dell'ente pubblico	49
3. Le forme di gestione nella riforma del 1990	53
4. L'art. 113 del Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali. Le modifiche successive al testo originario.....	71
5. I Caratteri della società “mista” e della società “in house”	83
6. La nuova disciplina del 2008. Principi fondanti della gestione	97
7. Affidamento ordinario e straordinario. Obblighi di pubblicità e motivazione. L'apertura agli imprenditori individuali ed alle società di persone. La funzione dell'Authority per la Concorrenza ed il Mercato.....	103
8. Personale delle società pubbliche. Proprietà e gestione delle reti. Affidamento simultaneo di più servizi pubblici. Regolamenti attuativi.....	112
9. La disciplina del 2008 tra “mercato” e “in house”. I poteri “in concreto” dell'Authority	127
10. Gli interventi legislativi del 2009. La “rinascita” della società mista.....	138
11. Il regime transitorio.....	147

Capitolo III

DISCIPLINA CODICISTICA DELLE SOCIETA' PUBBLICHE

1. Le società pubbliche tra diritto privato e pubblico.....150
2. Società di diritto comune e partecipazione di un soggetto pubblico152
3. Il rapporto di amministrazione tra amministratore di nomina pubblica e società. Il rapporto tra ente pubblico ed amministratore161
4. La limitazione dei “poteri speciali” del socio pubblico attraverso la modifica dell'art. 2449 e l'abrogazione dell'art. 2450 del codice civile.....167
5. La nuova forma dei “poteri speciali” nell'art. 2449 c.c.174
6. I rinvii contenuti nelle normative di settore a seguito della riforma del diritto societario. Gli adempimenti del socio unico pubblico...179
7. L'utilizzazione dello schema tipico s.r.l. per finalità pubbliche186
8. Conferimenti, statuto, diritti particolari ed amministrazione della s.r.l.. La regolazione del “potere” pubblico. La centralità dello statuto191

Capitolo IV

LA CAUSA PUBBLICA NEL CONTRATTO DI SOCIETA'

1. Società di diritto comune ed efficienza dell'amministrazione.....	210
2. Società pubbliche ed a partecipazione pubblica	214
3. Natura giuridica e costituzione delle società pubbliche.....	215
4. Lo scopo delle società partecipate da soggetti pubblici	220
5. Lo scopo di lucro nei diversi tipi di società del codice civile.....	225
6. Neutralità della causa e nullità della società	228
7. Società senza scopo di lucro in concreto.....	231
8. La causa pubblica nel contratto di società. La causa quale funzione economico-individuale.....	235
BIBLIOGRAFIA GENERALE	249

Introduzione

Nella presente ricerca dal titolo *“I servizi pubblici locali tra esternalizzazioni e società pubbliche”* si sono analizzate le modalità attraverso le quali, a partire dalla legge di disciplina delle municipalizzazioni del 1903, la Pubblica Amministrazione gestisce i servizi pubblici locali. Si è cercato, innanzitutto, di circoscrivere l’ambito dei servizi pubblici locali, ricostruendo, sulla base delle teorie elaborate dalla dottrina, una possibile nozione generale di servizio pubblico locale. L’individuazione di una definizione non ha soltanto un valore teorico, ma risulta determinante per attribuire, in ordine ad un dato servizio, la competenza in capo all’ente locale. Non tutti i servizi, infatti, sono di interesse pubblico locale, ma soltanto quelli che abbiano determinate caratteristiche soggettive ed oggettive.

Si è analizzato, inoltre, il fenomeno generale delle cosiddette “esternalizzazioni”, consistenti nello spostamento di funzioni o di attività pubbliche al di fuori dell’apparato amministrativo. Non sempre lo spostamento all’esterno dell’apparato amministrativo determina risultati migliori in termini di qualità, efficienza, efficacia ed economicità. Si è cercato di dimostrare come sia necessario un procedimento nel quale vengano valutati tutti i principi posti alla base

dell'organizzazione dell'attività o della funzione. All'interno di tale procedimento, teso alla verifica dell'opportunità di esternalizzare l'attività o la funzione, deve valutarsi la possibile forma organizzativa esterna in rapporto alla modalità ordinaria interna, sulla base dei principi di efficienza, efficacia, economicità, adeguatezza e proporzionalità.

Nel Capitolo II, si è ripercorsa la disciplina dei servizi pubblici locali dalla legge di disciplina delle municipalizzazioni del 1903, alla riforma della legge 142 del 1990 e successive modificazioni, sino agli ultimi interventi legislativi del 2008 e del 2009. Con la legge n. 103 del 1903 si individuavano, in un elenco non tassativo, una serie di servizi che gli enti locali potevano gestire attraverso le aziende autonome. Con la legge di riforma n. 142 del 1990 ai servizi di rilievo esclusivamente economico si affiancano quelli di rilievo sociale e si introducono forme tipiche di gestione, costituite dalla gestione in economia, dalla concessione a terzi, dall'istituzione, dall'azienda speciale e dalla società mista pubblico- privato. Con l'introduzione, in particolare, della società mista tra le possibili forme di gestione, la Pubblica Amministrazione utilizza il modulo societario disciplinato nel codice civile, naturalmente improntato ad una gestione efficiente.

Attraverso le modifiche legislative succedutesi nel corso degli

anni, il settore dei servizi pubblici locali è stato aperto alle imprese private. La società mista rappresenta una forma di partenariato pubblico- privato, riunendo nello stesso organismo societario due diverse categorie di soci, con finalità diverse.

Inizialmente, il capitale pubblico doveva essere di maggioranza, onde consentire il controllo da parte dell'ente pubblico. Successivamente, il vincolo del capitale pubblico maggioritario venne abolito, nell'ottica di favorire una maggiore apertura al mercato. Alle aziende speciali, inoltre, mentre in un primo momento fu attribuita la facoltà di trasformarsi in società per azioni, in seguito si impose l'obbligo della trasformazione. Si è assistito, nel corso degli anni, ad una crescente espansione dell'intervento dei privati nello svolgimento di attività pubbliche. Nel settore dei servizi pubblici locali, in modo particolare, la gestione in favore dei privati ha visto una continua evoluzione. Se, nel Capitolo I, si è cercato di dimostrare la necessità di un procedimento preventivo per la scelta di esternalizzare una determinata attività, dall'analisi dell'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali, sino agli ultimi interventi di riforma, si è evidenziato come si sia giunti all'affermazione della regola generale dell'affidamento in favore di soggetti privati. Dalla riforma del 2008 e del 2009 emerge, piuttosto, la necessità di un procedimento preventivo

per la gestione diretta (*in house*) del servizio. La regola, oggi, è l'affidamento in favore di privati selezionati tramite procedure competitive ad evidenza pubblica. L'eccezione è divenuta la gestione *in house*, che non è più forma ordinaria di conferimento, ma richiede presupposti socio-economico-territoriali particolari. Soltanto ove ricorrano tali speciali presupposti, che rendano non opportuno il ricorso al mercato, l'amministrazione può gestire internamente il servizio, senza l'ausilio dei privati. Tali presupposti non sono valutati dall'amministrazione titolare del servizio, ma dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, la quale è chiamata ad esprimere un parere sulla base di una relazione redatta dall'amministrazione. L'amministrazione non decide più, attraverso il proprio potere di autodeterminazione, la modalità di gestione tra esercizio *in house* e conferimento ad imprese private o miste, ma è obbligata ad esternalizzare il servizio nella normalità dei casi, a vantaggio del mercato. Nel caso in cui ritenga non utile il ricorso al mercato, ricorrendo i presupposti suddetti, è obbligata ad un procedimento preventivo, costituito dalla formulazione di una relazione e l'invio della stessa all'Authority per l'espressione del parere. Anche se tale parere non è vincolante per l'amministrazione, risulta evidente come la scelta sia condizionata e non libera, nel senso che, oggi, l'amministrazione è

obbligata a conferire il servizio ad imprese private o a società miste ed il potere di autodeterminazione ed autorganizzazione è limitato dal principio dell'apertura al mercato.

Il principio del mercato, oggi, prevale sul potere discrezionale dell'amministrazione di scelta delle modalità di gestione.

Le recenti modifiche del 2009, inoltre, hanno riproposto la società mista quale forma ordinaria di conferimento del servizio, a condizione che il socio privato venga scelto tramite procedure competitive, le quali abbiano ad oggetto anche l'attribuzione di specifici compiti operativi in loro favore e che la parte di capitale privato sia almeno del 40 per cento. Si è passati, pertanto, dal capitale pubblico maggioritario, nella prima versione della 142, alla partecipazione minima del privato del 40 per cento. Anche nell'ipotesi di partenariato pubblico- privato, pertanto, viene favorita la partecipazione delle imprese private e l'apertura al mercato.

Il legislatore è intervenuto, inoltre, sulla disciplina contenuta nel codice civile relativa alle società partecipate dallo Stato o da enti pubblici. La tendenza, derivante dall'Unione Europea, è quella di un ridimensionamento dei poteri speciali spettanti al socio pubblico, al fine di porre sul medesimo piano soci pubblici e privati. Prima di tali interventi, i soci pubblici della società godevano di prerogative speciali

in ordine alla nomina e revoca di amministratori e membri di controllo. A seguito delle modifiche introdotte, tali poteri speciali richiedono necessariamente la partecipazione del socio pubblico al capitale della società. E' stato abrogato, infatti, l'art. 2450 c.c., che consentiva la facoltà di nomina e revoca a prescindere dalla partecipazione al capitale. Inoltre, i maggiori poteri sono oggi attribuiti, ai sensi dell'art. 2449 c.c. novellato, in "proporzione" alla partecipazione al capitale.

Il socio pubblico gode ancora di poteri speciali nella compagine societaria, ma le sue prerogative sono notevolmente ridotte rispetto al passato.

Particolare attenzione è stata rivolta alla possibilità di utilizzare il tipo della società a responsabilità limitata per finalità pubbliche. Tale tipo societario, a seguito della riforma delle società di capitali del 2003, ha assunto una struttura ed una connotazione particolarmente flessibili, capace di adattarsi alle esigenze delle singole imprese. Si è analizzata la disciplina dello Statuto, dei diritti particolari, dei conferimenti e dell'amministrazione della s.r.l., al fine di dimostrare la compatibilità tra questo tipo sociale e la presenza nel capitale del socio pubblico. Le possibilità offerte dalla nuova disciplina della s.r.l. consentono una regolazione del potere pubblico all'interno della società.

Infine, in ordine alle società partecipate da soggetti pubblici, si è

analizzata l'antica questione della compatibilità tra fine di lucro nelle società e fine pubblico. Ripercorrendo lo sviluppo delle tesi proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, partendo dall'inquadramento del contratto di società di cui all'art. 2247 c.c., si è sostenuta, sulla base dell'art. 2449 c.c., la possibilità che il contratto di società abbia una causa pubblica, alternativa o concorrente (come nel caso delle società miste) con quella lucrativa.

Capitolo I

LE ESTERNALIZZAZIONI IN GENERALE NEL SETTORE PUBBLICO

1. Nozione di servizio pubblico locale. Ricostruzione di una possibile definizione tra teoria “soggettiva”, “oggettiva” e “mista”

Il legislatore non ha mai fornito una definizione certa sia di servizio pubblico in generale, sia della *species* servizio pubblico locale. Si è limitato alla disciplina della materia, ma in nessuna occasione, a partire dalle prime leggi che si sono occupate della materia, ha individuato normativamente il contenuto della definizione di “servizio pubblico”.

Deve essere rilevato, pertanto, che la nostra legislazione non contiene un'esatta definizione di pubblico servizio, sulla base della quale operare un giudizio comparatistico al fine di far rientrare una data attività in tale categoria. Spetta all'interprete il compito di formulare una possibile nozione, sulla base della legislazione vigente, individuando nelle varie leggi i tratti caratteristici di tale tipologia di

servizio.¹ Ma anche la ricerca attraverso il dato normativo risulta assai complessa, in quanto la mancanza di sistematicità dell'impianto legislativo rende particolarmente difficoltosa una ricostruzione unitaria. E' noto, difatti, che la materia dei pubblici servizi è disciplinata da una normativa generale e costellata da numerose leggi di settore spesso tra loro non coordinate, di guisa che l'intero corpo normativo non possa essere ricondotto a "sistema".²

La dottrina, che dagli inizi del secolo scorso si è occupata della questione, ha individuato due aspetti distintivi fondamentali dei servizi pubblici. Secondo una prima teoria "soggettiva", il servizio deve essere considerato pubblico quando sia imputabile ad un soggetto avente natura pubblica. Assume rilievo, secondo questa dottrina, il fatto che la prestazione costituente il servizio sia posta in essere da un soggetto non privato ma pubblico. Proprio perché derivante da tali soggetti, l'attività sarebbe da considerarsi pubblica. In seguito, tale ricostruzione venne messa in discussione sulla base della considerazione che in alcuni casi attività che oggettivamente dovevano ritenersi di interesse pubblico, erano poste in essere non da soggetti pubblici, bensì da privati cittadini. La visione esclusivamente

¹ G. Caia, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in Reg. gov. loc., 1992, p. 12 e ss..

² Cfr. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, p. 307; E. M. Marengi, *Sottosistema dei servizi e sistema delle autonomie locali nel quadro della riforma*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Vol. II, Milano, 1993, p. 981 ss..

soggettiva del servizio pubblico, veniva così messa in crisi. In un primo momento, per giustificare l'esistenza di tali specie di servizi si distinse tra servizi pubblici propri, rappresentati da tutte quelle attività di pubblico interesse promananti da soggetti pubblici, e servizi pubblici impropri, posti in essere da soggetti privati. Tale distinzione portò gradualmente all'abbandono della teoria soggettiva, con conseguente apertura ad una connotazione in termini oggettivi del servizio.

La seconda teoria, detta per l'appunto "oggettiva", prescindeva dal soggetto al quale la prestazione era imputabile ed attribuiva rilievo ad un diverso aspetto. Il servizio doveva essere ritenuto "pubblico" qualora avesse come connotazione fondamentale l'essere rivolto all'interesse della collettività. Non assumeva rilievo la derivazione della prestazione, ma si distingueva nettamente tra attività e soggetto che la poneva in essere. Così che un pubblico servizio potesse essere ritenuto tale sia se imputabile ad un soggetto pubblico che privato. Si postulava, in tal modo, una sorta di indipendenza della prestazione dal soggetto al quale la stessa era imputabile. Doveva aversi riguardo, per qualificare un servizio come pubblico, alla prestazione ed ai destinatari della stessa: se diretta a soddisfare bisogni pubblici e destinata ai membri della collettività, l'attività costituiva servizio pubblico.

La dottrina tradizionale restava così divisa tra due posizioni

contrapposte, esaltando l'una l'aspetto soggettivo, l'altra quello oggettivo. La distinzione appariva netta e le due antitetiche ricostruzioni risultavano limitate nell'analisi.

In particolare, la teoria oggettiva portava al risultato della inclusione nella categoria dei servizi pubblici di prestazioni tra loro molto diverse. In realtà, l'abbandono della teoria soggettiva sulla base della constatazione dell'esercizio da parte di privati di tali attività, non distingueva correttamente tra gestione del servizio e sua titolarità. Guardando in particolare alla legislazione più recente, si osserva come la gestione sia sempre più spesso distinta dalla titolarità del servizio. Mentre quest'ultima deve restare necessariamente pubblica, perché si tratta di un compito pubblico, la gestione ben può essere affidata a soggetti non pubblici. La separazione tra titolarità e gestione consente, pertanto, un recupero della teoria soggettiva e giustifica le ipotesi nelle quali non v'è corrispondenza tra soggetto pubblico e soggetto gestore.

Successivamente, ci si rese conto dei limiti sia dell'una che dell'altra teoria. Per un verso, la teoria soggettiva non giustificava l'imputazione ad un soggetto privato della prestazione. Per altro verso, la teoria oggettiva determinava una eccessiva estensione della qualità a servizi tra loro disomogenei.

La dottrina più moderna, rilevati i limiti e la non esaustività

delle due teorie tradizionali, considera rilevanti, ai fini della definizione in termini generali di servizio pubblico, sia l'elemento soggettivo che quello oggettivo e ritiene necessaria la compresenza di tali elementi i quali, lungi dall'essere in antitesi, si pongono l'uno quale completamento dell'altro. La più moderna teoria “mista” vede, pertanto, un concorso degli aspetti sopra rilevati. Si è raggiunta la consapevolezza che per addivenire ad un concetto compiuto di servizio pubblico occorra tenere in rilievo sia l'imputabilità del servizio, almeno dal punto di vista della titolarità, anche se distinto dalla gestione, sia l'attività in senso stretto.

Dal dibattito dottrinale, sviluppatosi sin dall'inizio del XX secolo, emerge come la definizione di servizio pubblico sia *“fra quelle dai confini più incerti e fluidi dell'intero diritto pubblico”*.³ Tale indeterminatezza è una costante della nostra legislazione, a partire dalla legge che per la prima volta ha posto una disciplina generale della materia, vale a dire la Legge n. 103 del 29/3/1903, disciplinante il fenomeno delle “municipalizzazioni”.⁴ Tale legge, presentata dal Ministro dell'Interno Giovanni Giolitti, nasceva in un clima di impegno da parte del legislatore nei riguardi dei bisogni essenziali dei cittadini;

³ Cfr. C. Gallucci, voce *Servizi Pubblici Locali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1999, p. 1.

⁴ Per un'analisi completa della nozione di servizio pubblico locale: A. Police, *Sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *I servizi Pubblici Locali*, a cura di Stelio Mangiameli, p. 65 e ss.

bisogni mutati e cresciuti a seguito della intensificazione dell'urbanizzazione. Le città divenivano sempre più popolose ed a tale fenomeno corrispondeva una crescente richiesta di servizi, anche diversi rispetto al passato, da parte della collettività. L'intervento legislativo mirava ad attribuire agli enti locali la capacità di gestire direttamente alcune attività di interesse pubblico, senza ricorrere all'imprenditoria privata, modalità di affidamento che aumentava notevolmente i costi per l'amministrazione. Inoltre, le rinnovate esigenze richiedevano un intervento diretto dell'ente nella gestione dei servizi. La gestione diretta consentiva la produzione di profitti, a vantaggio dell'intera collettività. La legge n. 103 era articolata in cinque capi e poneva una disciplina delle aziende municipalizzate, prevedendo un'elencazione non tassativa dei servizi che potevano essere gestiti. Le aziende rappresentavano dei soggetti distinti dall'ente, anche se la gestione veniva affidata ad una commissione amministrativa presieduta da un direttore, restando la competenza del Consiglio comunale sull'assunzione diretta del servizio e sul regolamento speciale dell'azienda. I bilanci delle aziende municipalizzate venivano approvati dalla commissione amministrativa, tenuti a disposizione degli elettori, deliberati dal Consiglio comunale ed approvati, infine, dalla Giunta provinciale amministrativa. Si

prevedeva, già all'epoca, la possibilità che più Comuni si organizzassero in consorzi per la gestione comune di alcuni servizi pubblici che meglio potevano essere gestiti in collaborazione tra più enti nel territorio.

In tale legge, pur non essendovi un'espressa definizione di pubblico servizio, vi era un'elencazione di 19 servizi non omogenei. Gli enti locali potevano gestire direttamente le attività specificamente elencate, ma anche attività diverse non rientranti nel suddetto elenco. L'elencazione era da ritenersi, secondo dottrina e giurisprudenza, solo esemplificativa e non vincolante. La legge 103 si fondava su un concetto economico del servizio, nel senso di attività tese a soddisfare bisogni necessari della collettività.⁵ La connotazione economica data ai servizi per un verso e la disomogeneità dell'elenco portato dall'art. 1, rendevano difficile una ricostruzione in termini giuridici della definizione di servizio pubblico locale.

Anche nella legge sulle autonomie locali del 1990, manca una definizione puntuale di servizio pubblico locale. Importante, ai fini dell'individuazione delle attività che possono rientrare nella categoria è, innanzitutto, il disposto dell'art. 2, commi 2 e 3, secondo cui i Comuni e le Province “curano gli interessi” e “promuovono lo sviluppo”

⁵ Cfr. F. G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, p. 32 e ss.

delle comunità locali. La disposizione è poi confluita nell'art. 3, commi 2 e 3, rispettivamente riferiti al Comune ed alla Provincia, del Decreto Legislativo 18/8/2000 n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). L'art. 22 della legge 142 si riferisce, inoltre, a “*servizi pubblici che abbiano ad oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*” (norma poi trasfusa nell'art. 112, comma 1, del D. Lgs. 267/2000). Pertanto, secondo il dettato dell'art 22, si tratta di attività sia di produzione di beni che diverse dalla produzione di beni, purché dirette a soddisfare esigenze comuni. Gli enti locali non sono liberi di esercitare qualsiasi attività, ma devono limitarsi ad attività che abbiano tali caratteristiche e si riferiscano a bisogni “*essenziali e diffusi*”.⁶

I servizi pubblici rappresenterebbero “un'area assai vasta” e le autonomie locali potrebbero decidere, nei limiti suddetti ed a seconda dello specifico contesto di riferimento, quali servizi erogare. A parte i servizi che necessariamente devono essere gestiti, residuerebbe in capo agli enti un potere di individuazione dei servizi da erogare.⁷

⁶ Cfr. G. Caia, *I modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali: quadro generale e comparativo*, in AA. VV., *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1995, p. 56 e ss.. Si veda anche dello stesso Autore: *I servizi pubblici locali. Evoluzione e prospettive*, Rimini, 1995. Per una disamina degli indici qualificatori dei servizi pubblici locali: F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1970, p. 220 e ss..

⁷ Sull'autonomia degli enti nella scelta dei servizi si veda: A. Police, *Sulla nozione di*

Il fatto che non si sia mai fornita una precisa definizione e che l'elencazione contenuta nella legge di disciplina delle municipalizzazioni fosse ritenuta pacificamente non tassativa, è indice di una scelta ben precisa del legislatore, il quale ha lasciato alla discrezionalità degli enti la scelta dei servizi ritenuti necessari per la collettività. L'elencazione, come detto, non può essere che esemplificativa in quanto, per un verso, una norma generale non può giungere a considerare tutte le situazioni particolari delle diverse comunità locali e, per altro verso, la mutevolezza nel tempo delle esigenze diffuse non consente una determinazione rigida del contenuto della categoria.

Volendo trarre delle conclusioni dalla disamina delle teorie sopra enunciate, che dagli inizi dello scorso secolo si sono occupate della questione, si può affermare che il servizio pubblico locale si distingue dal *genus* servizio pubblico, per il riferimento delle prestazioni agli interessi esclusivamente "locali". Per la specificazione del riferimento agli interessi locali, l'art. 112 del Testo Unico, come visto, delimita l'intervento degli enti territoriali alla cura degli interessi ed alla promozione dello sviluppo delle comunità locali. La discrezionalità, inoltre, attribuita agli enti locali nell'individuazione dei servizi da

"servizio pubblico locale", in *I servizi Pubblici Locali*, a cura di *Stelio Mangiameli*, p. 74.

erogare è indice dell'affermazione della funzione degli enti locali quali interpreti delle necessità della collettività ed è in sintonia col dettato degli articoli 5 e 118 della Costituzione. Dal punto di vista oggettivo, pertanto, la definizione dei servizi pubblici locali, rispetto al genere “servizi pubblici”, risulta essere circoscritta al territorio di riferimento dell'ente che deve erogare il servizio. Mentre il servizio pubblico è riferito all'intero territorio nazionale, il servizio pubblico locale è riferito soltanto ad interessi locali. Dal punto di vista soggettivo, il servizio pubblico locale si caratterizza per essere imputabile ad un ente territoriale. Valgono, comunque, anche per i servizi pubblici locali le conclusioni date in ordine alla necessaria compresenza dell'aspetto soggettivo e di quello oggettivo per la qualificazione di una data attività come di interesse pubblico.

Deve essere evidenziato, inoltre, che il termine “servizi” non si identifica con il *facere*, come inteso nella letteratura privatistica. Può essere riferito sia alla prestazione di fare che a quella di dare. Inoltre, la locuzione “servizio pubblico” è riferita sia all'attività di produzione e fornitura di beni sia all'attività di fornitura di servizi in senso stretto.⁸

Volendo proporre una definizione dei servizi pubblici locali al termine di questa analisi, si può affermare che si tratta di prestazioni -

⁸ In questi termini: F. G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, p. 33 e ss..

normalmente di fare, ma a volte anche di dare - costituite dalla produzione e fornitura di beni o servizi, che siano dirette al soddisfacimento di bisogni diffusi ed essenziali della comunità locale, la cui titolarità sia necessariamente pubblica, anche se gestione ed erogazione possono essere affidate a soggetti di natura non pubblica ma privata. Si possono distinguere nella definizione che si è data vari elementi caratterizzanti. In primo luogo, la specie di prestazione che non è una qualunque prestazione, come intesa nelle obbligazioni civilistiche, ma soltanto limitata al *dare* ed al *facere*. Non può evidentemente trovare spazio in questa sede la obbligazione di *non fare*. Se, normalmente, il servizio pubblico si estrinseca nell'erogazione di un servizio e, dunque, in un *facere*, è anche possibile che si manifesti in un *dare*, come nella produzione e fornitura di beni. Emerge, inoltre, l'elemento caratterizzante della destinazione dell'attività, la quale deve essere diretta al soddisfacimento di interessi generali, che siano essenziali per la collettività. Elemento di ulteriore caratterizzazione dei servizi pubblici "locali" è il territorio di riferimento. Infine, il servizio deve avere titolarità necessariamente pubblica in quanto manifestazione di un dovere proprio dell'ente pubblico.

2. Le esternalizzazioni quale “tecnica” organizzativa della Pubblica Amministrazione. Procedimento di esternalizzazione: principi e responsabilità

La Pubblica Amministrazione per migliorare l'efficienza nella gestione di talune attività pubbliche non utilizza la propria struttura interna, ma si avvale di organismi esterni al fine di alleggerire la gestione stessa. Questo strumento non è nuovo, ma risale alla costituzione delle prime aziende autonome.⁹ Non tutte le attività che l'Amministrazione deve svolgere per adempimento delle sue funzioni istituzionali possono essere gestite con efficienza a mezzo degli impianti e delle strutture proprie interne. In molti casi, la gestione risulta più efficiente se affidata ad organismi distinti e collocati al di fuori dell'apparato.

La tecnica dell'esternalizzazione si è sviluppata nel settore privato per la gestione di servizi ausiliari all'impresa. Si tratta, pertanto, di una strategia aziendale diretta ad ottenere una gestione efficiente di attività collaterali dell'impresa.¹⁰

Tale tecnica è stata recepita dalla Pubblica Amministrazione per

⁹ Si veda: M. Clarich, convegno *Meccanismi di mercato nei servizi offerti dalle Amministrazioni Pubbliche*, Forum P.A., in *Atti del Forum P.A.*, 1999.

¹⁰ Per una disamina completa del fenomeno dell'esternalizzazione: G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2005, p. 963 e ss..

la gestione di diverse sue attività.

Il fenomeno viene anche indicato col termine inglese *outsourcing*, che letteralmente significa porre “al di fuori” della fonte. Termine che indica con esattezza la natura dello strumento, nel senso di porre all'esterno della (fonte) Pubblica Amministrazione- apparato la gestione di alcune attività.

L'utilizzazione di questa tecnica riguarda diverse aree. In particolare, viene adoperata sia per le attività pubbliche in senso stretto, sia per le attività strumentali e sia per il settore dei servizi pubblici locali.

L'esternalizzazione non rappresenta un istituto giuridico in senso stretto, ma è uno strumento organizzativo dell'amministrazione. Deve essere distinta dal diverso fenomeno della privatizzazione, che si ha quando il soggetto pubblico decide di organizzare in forma privata i suoi beni od attività. Diversa è, altresì, la liberalizzazione, che presuppone una gestione monopolistica pubblica e determina l'apertura in favore delle imprese tra loro in concorrenza secondo le regole del mercato. L'esternalizzazione è fenomeno più ampio che, in certo senso, include ipotesi minori.

La prima forma di manifestazione di tale tecnica organizzativa è rinvenibile proprio in materia di servizi pubblici locali. Quando la

Pubblica Amministrazione sposta il centro della gestione di un servizio dal suo interno a società di diritto privato esterne, non fa altro che “esternalizzare” il servizio stesso. Deve distinguersi ulteriormente il caso nel quale l'amministrazione detenga la totalità del capitale dell'organismo societario privato, da quello nel quale diviene contitolare con privati cittadini della società, creando un'ipotesi di partenariato pubblico-privato. Rientrano anche nel fenomeno dell'esternalizzazione le ipotesi nelle quali si ha una dismissione in favore di privati di attività prima esercitate esclusivamente dal soggetto pubblico. Così come deve ravvisarsi tale fenomeno nel caso di gestione di attività sociali da parte di organizzazioni senza scopo di lucro. Infine, ricorre nel caso di finanziamento da parte di un soggetto pubblico di un'impresa privata che svolge attività rilevanti per l'amministrazione, e nel caso di sostituzione procedimentale di un privato alla Pubblica Amministrazione. Riguarda, inoltre, l'ipotesi di attività oggettivamente amministrative, che si ha quando un privato distinto ed estraneo all'amministrazione abbia l'obbligo di perseguire interessi pubblici.¹¹ Ipotesi tipica di esercizio privato di funzioni pubbliche è il notaio il quale, pur essendo un libero professionista, è

¹¹ Cfr. F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, vol. VI, Milano, 2002, p. 110 e ss..

pubblico ufficiale e svolge un ministero di natura pubblica.¹²

Oggetto di esternalizzazione possono essere, pertanto, oltre ai servizi pubblici, funzioni pubbliche, beni pubblici ed attività strumentali.

La ragione per la quale l'amministrazione decide di gestire all'esterno una sua attività è, innanzitutto, il raggiungimento di risultati migliori in termini di efficienza. Conseguentemente, l'azione amministrativa diretta può concentrarsi sugli obiettivi più importanti. L'esercizio esterno, inoltre, può offrire maggiori *standard* qualitativi, specie nell'ipotesi di collaborazione con i privati i quali possono offrire tecniche innovative. Sempre in tale ottica, l'esternalizzazione consente di ampliare l'offerta dei beni ai singoli cittadini. Inoltre, in molti casi la gestione indiretta consente un rapporto costi-benefici favorevole, con una riduzione notevole dei costi sopportati nel caso di gestione interna. Tutte queste ragioni possono essere alla base della scelta della Pubblica Amministrazione, titolare dell'attività pubblica, di porre l'esercizio della stessa al di fuori del proprio apparato.

Risulta chiaro che la scelta di esternalizzare per

¹² Si veda al riguardo: M. S. Giannini, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, 1966; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000, p. 19 e ss; in particolare, sulla funzione notarile: S. Cassese, *L'esercizio notarile di funzioni statali*, in *Foro Italiano*, 1996, V. Rappresenta un'ipotesi di esercizio privato di pubbliche funzioni, altresì, la concessione di opera pubblica.

l'amministrazione debba essere effettuata a seguito di un procedimento nel quale vengano presi in considerazione tutti gli aspetti rilevanti: dalla verifica dell'idoneità della struttura interna all'adeguatezza degli organismi esterni cui si vuole affidare l'attività; che involga, inoltre, l'analisi dei costi, del possibile risultato in termini qualitativi, della convenienza per l'ente di rinunciare ad una gestione diretta in vista di una maggiore efficienza. Dunque, un vero e proprio procedimento di verifica propedeutico alla scelta di esternalizzare.

La scelta di esternalizzare rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione e non rappresenta un suo dovere espresso. Del resto, non è sempre vero che l'esternalizzazione porti a risultati migliori rispetto alla gestione interna ed anzi, nella pratica, in molti casi la gestione esterna è stata fallimentare. Nessuna norma impone all'amministrazione di collocare all'esterno le sue attività o funzioni, ma tale determinazione resta sostanzialmente discrezionale. Di certo, i pubblici amministratori nella valutazione devono essere sorretti da un procedimento preventivo, il quale, anche se non espressamente previsto nella nostra legislazione, risulta essere necessario per valutare la responsabilità degli amministratori. Sono di riferimento, anche in questo caso, i principi fondamentali dell'azione amministrativa. La scelta deve, dunque, essere sorretta dal rispetto di

tali principi.

Innanzitutto, particolare rilievo assume il principio di proporzionalità. E' attraverso la valutazione sul rispetto di tale principio che si può sindacare la scelta dell'amministrazione. Rileva, altresì, il principio di adeguatezza. Mentre, più in generale, devono osservarsi i principi di efficacia, efficienza, ed economicità.

Tali principi devono essere osservati nella fase di scelta, oltre che, ovviamente, il principio di carattere generale per l'azione amministrativa di buon andamento ed imparzialità a norma dell'art. 97 della Costituzione.

La mancanza nella nostra legislazione di una norma di portata generale che imponga un vero e proprio procedimento preventivo per la scelta di attuare una forma di esternalizzazione, non esime l'amministrazione decidente dal rispetto dei suddetti principi.

In altri Stati, invece, il legislatore ha stabilito espressamente la necessità di un procedimento di *outsourcing*. Così avviene negli Stati Uniti ove sono sanciti nella legge i presupposti in presenza dei quali si possa attuare uno spostamento della gestione di talune attività. Si è prescritto un metodo, che le amministrazioni pubbliche devono seguire, per effettuare un'esternalizzazione, il quale metodo, particolarmente

complesso, consiste in una comparazione tra costi, qualità e benefici.¹³ Negli Stati Uniti d'America, pertanto, il legislatore non solo ha imposto un procedimento preventivo, ma ha imposto altresì un metodo da seguire per la scelta. Metodo che tiene conto di fattori oggettivi e che riduce, all'evidenza, la discrezionalità delle amministrazioni.

Invero, seppur deve riconoscersi l'opportunità di tale scelta legislativa, in quanto si pone l'attenzione sulla necessità che la decisione di esternalizzare sia sorretta da un'analisi ponderata, non si comprende come la generalità del metodo possa coprire tutti gli aspetti peculiari di ogni singola situazione. In casi particolari, la semplice, scientifica, applicazione del metodo può non tenere in considerazione ulteriori fatti rilevanti i quali, a prescindere dal rapporto costi-benefici, possano comportare l'assunzione di una data decisione. E', però, significativo ed importante, si ripete, che si prescriva un vero procedimento di scelta, magari fissando degli elementi che debbono essere considerati dalle amministrazioni, ma lasciando alle stesse la discrezionalità nella determinazione finale. E' auspicabile che anche in Italia si provveda ad inserire nel corpo normativo una norma che, in via generale, disponga per il caso in cui l'amministrazione decida di esternalizzare un'attività od una funzione. Nella nostra legislazione è

¹³ In particolare, la Circolare A76 dell'*Office of management and budget*.

dato rinvenire, in realtà, una norma nella quale è indicato un presupposto per le esternalizzazioni, contenuta nell'art. 29 della legge n. 448 del 2001, costituito dalla condizione che, per effetto di tale operazione, si ottengano “*conseguenti economie di gestione*”. Tale norma indirizza l'amministrazione nel senso di spingere le stesse ad effettuare un'analisi presupposta necessaria per verificare la convenienza dell'operazione. Per altro verso, rappresenta un limite alla libera scelta, dovendosi rispettare la prescrizione e motivare adeguatamente.

Sotto altro aspetto, la nostra legislazione vede con un certo *favor* il fenomeno delle esternalizzazioni, in molti settori capaci di produrre risultati di efficienza notevoli e superiori rispetto alla gestione interna. In molti casi, il legislatore dimostra di preferire l'affidamento a privati di compiti pubblici. Si pensi, ad esempio, al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, sancito dall'art. 118 della Costituzione. Secondo tale principio, Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni “favoriscono” l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività pubbliche. Ad ogni livello, pertanto, dallo Stato centrale sino ai Comuni, l'amministrazione deve favorire e, dunque, incentivare la manifestazione del principio della “sussidiarietà orizzontale”, che rappresenta una forma di esternalizzazione. Nella

forma orizzontale, il concetto di sussidiarietà si arricchisce di valori metagiuridici, legati al sociale ed ai bisogni della collettività, per i quali l'effetto sostitutivo nei confronti dello Stato non è rappresentato da poteri istituzionali ma da privati cittadini che, attraverso l'associazionismo, organizzano l'offerta dei servizi, secondo tipologie di base spontanee.¹⁴ I cittadini privati si sostituiscono al soggetto pubblico per lo svolgimento di servizi sociali e si verifica quell'effetto sostitutivo che vede privati svolgere compiti di natura pubblica. Nell'ipotesi dei servizi sociali il concetto di sussidiarietà viene integrato da quello di prossimità.

La decisione di procedere ad un'esternalizzazione deve, inoltre, essere sostenuta dal rispetto del principio adeguatezza. Occorre verificare, infatti, che il soggetto o l'organismo individuato per l'affidamento della funzione o dell'attività garantisca misure di adeguatezza sul piano organizzativo, affinché ciò che si è deciso di trasferire possa essere effettivamente gestito.

L'espansione delle esternalizzazioni comporta un'inevitabile riduzione della "sfera pubblica". La dottrina non concorda sul fatto che il nostro legislatore vada nella direzione di un ampliamento sempre maggiore di tali ipotesi e si tratti, pertanto, di un processo

¹⁴ In questi termini: E. M. Marengi, *L'autonomia locale tra decentramento e federalismo*, Salerno, 2002, p. 13.

inarrestabile, oppure se la riduzione in alcuni settori sia compensata dalla crescita di intensità dell'intervento pubblico in altri.

Un ampliamento delle ipotesi di esercizio sostitutivo di funzioni pubbliche determina un ridimensionamento del potere diretto dell'amministrazione. Si presenta, dunque, come strumento di regolazione del potere pubblico delle pubbliche amministrazioni. Ma, come detto, l'esternalizzazione non può essere imposta, dovendo restare necessariamente la scelta in capo alle amministrazioni.

Occorre domandarsi se le esternalizzazioni di funzioni pubbliche possano essere applicate a tutte le attività amministrative; se possano, quindi, considerarsi strumento di generale applicazione. Oppure se, al contrario, si prestino solo ad essere adoperate quale forma organizzativa per alcune attività pubbliche, escluse quelle caratterizzate da un necessario esercizio da parte dell'amministrazione, a prescindere da un rapporto di opportunità economica basato sul raffronto tra costi e benefici. E' stato giustamente osservato che si deve distinguere correttamente tra attività discrezionali e non discrezionali. Nel primo caso, non pare possano frapporsi impedimenti alla scelta della pubblica amministrazione di affidare l'esercizio di pubbliche funzioni od attività a soggetti privati. Nel caso, invece, di attività pubbliche connotate da discrezionalità, più

o meno intensa, soprattutto in caso di mancanza di una fonte legale attributiva del potere, non pare si possa legittimamente affidare l'esercizio dell'attività medesima a soggetti non pubblici. Alcuni autori distinguono ulteriormente tra attività comportanti l'esercizio di discrezionalità amministrativa e tecnica. In quest'ultimo caso, sarebbe possibile l'esternalizzazione dell'attività.¹⁵

L'esternalizzazione è, allora, strumento organizzativo limitato ad alcune attività pubbliche e non di generale applicazione.

Nelle attività amministrative suscettibili di essere gestite all'esterno, il “trasferimento” della funzione avviene con modalità diverse a seconda dei casi specifici. Lo strumento principale col quale viene attuato l'effetto sostitutivo è la convenzione. Nel caso in cui l'amministrazione decida di dismettere completamente sue attività affidandole a privati, lo strumento di “trasferimento” sarà la costituzione di una società di diritto comune, disciplinata dal codice civile, partecipata interamente da soggetti privati. Così come nel caso in cui si decida per una collaborazione tra pubblico e privato, si avrà la costituzione di una società mista, partecipata in parte dall'amministrazione titolare del servizio ed in parte da soggetti privati.

¹⁵ Cfr. G. Di Gaspare, *Le attività amministrative fuori dall'ente*, in G. e. l., 25/2005, p. 14; A. Maltoni, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici*, Bologna, Clueb, 2002, p. 231 ss.

Nelle ipotesi di attività “oggettivamente amministrativa”, invece, è la stessa legge che determina l'effetto sostitutivo e non un atto dell'amministrazione, come ad esempio nel caso della funzione pubblica esercitata dal notaio. Inoltre, per soddisfare le esigenze che situazioni particolari richiedono, si è avuta la nascita di contratti atipici, modellati per contemperare le necessità emergenti nei casi concreti. Si tratta di contratti misti, non previsti specificamente, ma risultanti dalla combinazione di più schemi tipici. E' il caso del contratto di *global service*, utilizzato per trasferire a privati la gestione di attività strumentali.¹⁶ Accanto agli obblighi specifici derivanti dall'appalto, si inseriscono obblighi qualitativi dell'attività da gestire, creando un modello atipico, non espressamente previsto dalla legge. Altro strumento utilizzato per esternalizzare attività pubbliche è la sponsorizzazione.¹⁷

Occorre ora analizzare il rapporto tra la facoltà

¹⁶ Cfr. E. Pintus: *Il management dei processi d'acquisto. Le scelte di innovazione sui servizi integrati*, in *I quaderni dell'innovazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze*, Roma, IPZS, 2001; G. Piperata, *Sponsorizzazioni e appalti pubblici degli enti locali*, in *Rivista trimestrale sugli appalti*, 2002, p. 67 e ss.; E. Mele “*Global service*”: *la responsabilità e i controlli dell'ente pubblico committente*, in *N. rass. Idg*, 2001, p. 907; A. Ziroldi, *Il “Global service” nella disciplina degli appalti misti*, in *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Cedam, Padova, 2001, p. 286 e ss.; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 83 ss.; R. Di Pace, *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2004, p. 3898 e ss..

¹⁷ Si veda: l'art. 120 del D. Lgs. 22/1/2004 n. 42 e l'art. 2 del D. Lgs. 22/1/2004 n. 30. Cfr. G. Piperata, *Sponsorizzazione ed interventi di restauro sui beni culturali*, in *Aedon*, 2005, n. 1.

dell'amministrazione di esternalizzare alcune sue attività e le garanzie procedurali, che costituiscono “doveri di protezione” verso i cittadini.

La facoltà di affidare fuori dall'apparato burocratico alcune attività, non può comportare un indebolimento del sistema generale di garanzie che presiede l'operato della pubblica amministrazione.

Il diritto di accesso agli atti deve essere garantito anche nel caso di gestione privata di attività pubbliche, con corrispondente obbligo pubblicistico in capo ai soggetti privati gestori di rispettare le norme relative. L'art. 23 della Legge n. 241 del 7 Agosto 1990 (“*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”) prevede, difatti, che la disciplina sull'accesso contenuta nell'art. 22 si applichi anche “*alle aziende autonome e speciali, enti pubblici e gestori di pubblici servizi*”. La partecipazione del privato, dunque, attraverso l'accesso ai documenti, al procedimento amministrativo non incontra un limite soggettivo riferito al gestore dell'attività, ma prescinde dalla natura pubblica o privata del soggetto.

La società Sviluppo Italia s.p.a., ad esempio, è stata ritenuta soggetta al rispetto del diritto di accesso, nonostante la forma privatistica, in quanto avente ad oggetto l'attività di sviluppo

dell'imprenditoria ed ampliamento della base produttiva occupazionale giovanile, considerata, dalla giurisprudenza, di interesse pubblico. La società riteneva di non dover esser sottoposta al suddetto obbligo in quanto società privata e svolgente l'attività d'intermediazione finanziaria attraverso la regolazione di servizi e l'acquisizione di partecipazioni; il Consiglio di Stato ha chiarito che la natura pubblica dell'attività svolta comporta la soggezione alle norme relative al diritto di accesso agli atti.¹⁸ E' discusso, inoltre, se il diritto di accesso sia limitato ai soli atti direttamente riconducibili all'attività pubblica oppure si estenda a tutti gli atti del soggetto privato gestore. La giurisprudenza riteneva in passato che il diritto si estendesse anche agli atti diversi, come, ad esempio, ai documenti relativi all'assunzione del personale. La modifica introdotta dalla L. 15 del 2005 all'art. 22 della L. 241, ha però specificato cosa debba intendersi, ai fini del diritto di accesso, per "pubblica amministrazione", facendo riferimento a tutti i soggetti di diritto pubblico ed ai soggetti di diritto privato *"limitatamente alla loro attività di pubblico interesse"*. Tale ultima specificazione ha indotto a ritenere che il diritto di accesso sia limitato ai documenti direttamente riconducibili all'attività pubblica.¹⁹

¹⁸ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 29 Luglio 2004, n. 5632, in *Foro amm., CDS*, 2004, p. 226.

¹⁹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 26 Gennaio, 2006, n. 229, in *Foro amm., CDS*, 2006, p. 224; Cons. di Stato, Sez. VI, 27 Giugno 2005, n. 3417, in *Foro amm., CDS*, 2005, p. 1850; Tar Lazio, Sez. III *ter*, 10 Aprile 2006, n. 2503, in *Foro amm., TAR*, 2006, p. 1382.

In ragione del loro ufficio, sono titolari del diritto accesso anche i consiglieri comunali e provinciali, ai sensi dell'art. 43, 2° comma del T.U.E.L.. La norma attribuisce il diritto di ottenere dagli uffici, dalle aziende e dagli enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso utili all'espletamento dell'incarico. Nonostante il riferimento sia limitato alle aziende ed agli enti dipendenti, si ritiene che il diritto dei consiglieri spetti anche nei confronti delle società partecipate dall'ente locale.

Più in generale, l'attività amministrativa deve perseguire i fini stabiliti dalla legge ed è retta dai principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza, secondo quanto prescritto dalla legge generale sul procedimento amministrativo, dalle leggi speciali disciplinanti i singoli procedimenti e dai principi comunitari (art. 1, comma 1 della L. 241/90). Il legislatore si preoccupa di garantire che l'attività amministrativa sia retta dal rispetto di quanto sancito nel primo comma dell'art. 1 della Legge 241, non solo quando sia una pubblica amministrazione il soggetto agente, ma anche quando compiti amministrativi siano esternalizzati in favore di soggetti privati. L'art. 1, comma 1 *ter*, della legge sul procedimento amministrativo impone ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, il rispetto dei principi sanciti nel citato art. 1, comma 1. L'estensione

dell'applicazione dei principi ai soggetti privati è stata introdotta con la legge 11 Febbraio 2005 n. 15, con l'evidente scopo di garantire che nell'ipotesi sostitutiva nell'esercizio della pubblica funzione, i privati chiamati a svolgere compiti pubblici siano soggetti agli stessi obblighi incombenti sulle pubbliche amministrazioni.

Sotto altri aspetti è possibile cogliere il permanere delle garanzie proprie dell'attività pubblica anche nel caso di gestione esternalizzata. Si pensi all'obbligo di adottare procedure ad evidenza pubblica per l'assunzione del personale dipendente.²⁰ L'art. 18 della Legge 6 Agosto 2008 n. 133, di conversione del D. L. 112/2008, prescrive l'obbligo per le società che gestiscono servizi pubblici locali, il cui capitale sia interamente pubblico, di emanare provvedimenti per stabilire modalità e criteri per il reclutamento del personale e per il conferimento di incarichi, nel rispetto dei principi di cui al comma 3, art. 35 del D. Lgs. 165/2001.

Si pensi, ancora, alla soggezione degli organismi esterni al controllo da parte della Corte dei Conti. Quest'ultima ha, difatti, ritenuto che, nonostante la veste societaria, le società miste, di maggioranza o minoranza pubblica e le società *in house*, sono da considerarsi quali organismi pubblici ausiliari ed ha,

²⁰ Si veda anche la L. Reg. Abruzzo n. 23 del 5 Agosto 2004.

conseguentemente, affermato la sussistenza della giurisdizione contabile in ordine a tali organismi societari. La Cassazione a Sezioni Unite, ha stabilito che sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica.²¹

La tendenza generale è quella di estendere le regole proprie della Pubblica Amministrazione ai soggetti privati gestori di attività pubbliche, con conseguente trasferimento in capo a tali soggetti degli obblighi propri dell'azione amministrativa. L'estensione è diretta a garantire che, comunque, le regole dell'amministrare la cosa pubblica siano rispettate. E' manifestazione di garanzia dei principi fondamentali. Un'estensione eccessiva comporta, però, il rischio di creare degli organi ausiliari all'amministrazione. Se, da un lato, in nome della tanto ricercata volontà di alleggerimento della macchina pubblica, si legittimano e si incentivano forme variegate di esternalizzazioni, dall'altro lato, immediatamente si toglie ciò che si è dato, imponendo ai privati affidatari il rispetto delle regole proprie dell'azione amministrativa. Se, da un lato, si è consapevoli che, in alcuni casi, è risultato opportuno un affidamento in favore dei privati, dall'altro lato, ci si preoccupa di ridare al pubblico il governo

²¹ Cass., Sez. Un., 22 Dicembre 2003, n. 19667.

dell'attività esternalizzata. Dall'esternalizzazione si passa, quindi, ad una “riqualificazione pubblica”. La dottrina ha rilevato come, in tal modo, si finisca per sterilizzare le esternalizzazioni, rendendo di fatto pesante l'azione degli organismi privati i quali, invece, avrebbero dovuto comportare una deflazione dei meccanismi pubblici a vantaggio di una maggiore efficienza ed efficacia nella gestione delle attività affidate in *outsourcing*. L'aumento, al contrario, delle regole ed il rispetto delle garanzie anche in capo ai soggetti privati, determina la conseguenza della creazione di organi strumentali i quali solo formalmente rivestono una forma privatistica ma, sostanzialmente, corrispondono ad un “organo amministrativo”. Del resto, la *ratio* delle esternalizzazioni è proprio quella di evitare di gravare l'attività trasferita dai pesi dell'amministrazione. Inoltre, una rigida forma di controllo, risulta essere disincentivante per l'interesse del privato ad investire nel settore pubblico. L'impresa privata si coniuga difficilmente con l'imposizione di controlli particolarmente penetranti nell'organizzazione e nella gestione dell'organismo societario.

Il fenomeno delle esternalizzazioni si è sviluppato sia sulla base di apposite normative che, in settori diversi, ne hanno previsto la facoltà, sia in mancanza di un'espressa previsione legislativa, in forza del potere di autodeterminazione delle singole amministrazioni.

Si registrano sia normative generali sia speciali di regolamentazione della facoltà di esternalizzare alcune attività pubbliche. Merita attenzione, nell'ambito della regolamentazione di carattere generale, la Legge n. 448/2001 (Legge finanziaria per il 2002). In particolare, la norma contenuta nell'art. 29, rubricata "*Misure di efficienza delle pubbliche amministrazioni*", contiene un quadro generale delle possibilità per le amministrazioni di affidare in *outsourcing* l'esercizio di attività pubbliche. La possibilità di esternalizzare viene collegata, dunque, al principio generale di efficienza. Non solo un'attività amministrativa orientata verso il risultato da raggiungere, ma anche particolarmente attenta al rapporto costi-benefici, cioè attenta alla propria efficienza. In questo quadro si colloca la previsione della possibilità di gestire all'esterno alcune attività. La norma contiene il presupposto per ritenere legittimo il ricorso allo strumento dell'esternalizzazione, rappresentato dal raggiungimento di "*conseguenti economie di gestione*". Secondo tale norma le amministrazioni sono "autorizzate" ad "acquistare sul mercato i servizi", prima prodotti al suo interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione. Il riferimento alla "autorizzazione" lascia intendere che la facoltà concessa ha evidentemente carattere derogatorio rispetto alla ordinaria forma di

gestione. Tale autorizzazione è concessa solo “a condizione” che l'attività sia gestita in modo più efficiente. E' necessario che la decisione di esternalizzare sia adeguatamente motivata e che giustifichi tecnicamente il vantaggio. In caso contrario, l'amministrazione non è legittimata ad adoperare tale strumento.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 17/2004, ha affermato che le esternalizzazioni, come disciplinate nell'art. 29 della legge 448, sono applicabili a tutte le amministrazioni, in aggiunta alle normative speciali, attribuendo alle disposizioni contenute in detta normativa carattere di principio generale dell'azione pubblica. Il Giudice delle Leggi, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una serie di norme della Legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2002), ha stabilito la portata della norma relativa alle esternalizzazioni. In particolare, la Regione Marche, lamentando la lesione della propria sfera di competenza legislativa, ha impugnato, tra l'altro, l'art. 29 della stessa Legge n. 448 del 2001 per violazione degli artt. 117, commi secondo, lettera e), quarto e sesto, e 119 della Costituzione. In riferimento all'art. 29, comma 1, lettere a), b) e c), della legge 28 dicembre 2001, n. 448, la Regione Marche riteneva che detta norma fosse lesiva delle prerogative

regionali nella parte in cui, mediante la c.d. esternalizzazione dei servizi, introdurrebbe misure di efficienza delle pubbliche amministrazioni, estendendole ad amministrazioni diverse da quelle dello Stato. In tal modo, si sarebbe violato l'art. 117, comma quarto, della Costituzione, in quanto la materia dell'ordinamento e dell'organizzazione amministrativa delle Regioni, in cui le predette misure sarebbero ricomprese, spetterebbe inequivocabilmente alla competenza residuale del legislatore regionale, fatti salvi i profili che possano essere ricondotti all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, e cioè quelli riguardanti organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane.

La Corte ha stabilito che: *“La disposizione del comma primo (e secondo), inoltre, pure con un obiettivo economico-finanziario riguardante tutte le amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato, di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (e quindi anche le Regioni e gli enti locali), ha carattere meramente facoltizzante e autorizzatorio con valore di principio. Per effetto di detta norma, la scelta riguardante il reperimento sul mercato o l'affidamento dei servizi o la gestione diretta resta rimessa, in ogni caso, rispettivamente alla Regione e agli enti territoriali, sia in ordine all'an sia in ordine al quomodo. Il legislatore statale, con la predetta disposizione, si è*

limitato ad indicare, con carattere non vincolante per l'autonomia delle Regioni ed in via generale e non di dettaglio, talune possibili modalità procedurali, caratterizzate da finalità esclusivamente economico-finanziarie, per una c.d. esternalizzazione dei servizi. Tali nuove modalità possono essere aggiunte a quelle previste nei singoli ordinamenti per l'acquisizione e l'affidamento dei servizi, nel rispetto dei principi di economicità e buona amministrazione e di copertura della spesa, senza, tuttavia, imporre o condizionare le scelte delle amministrazioni diverse dallo Stato.²²

²² Corte Costituzionale, sentenza n. 17 del 2004: "...Con ricorso n. 10 del 2002, riguardante una serie di norme della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2002), la Regione Marche, lamentando la lesione della propria sfera di competenza legislativa, ha impugnato, tra l'altro, l'art. 29 della stessa legge n. 448 del 2001 per violazione degli artt. 117, comma secondo, lettera e), quarto e sesto, e 119 della Costituzione. In particolare, con riferimento all'art. 29, comma 1, lettere a), b) e c), della legge 28 dicembre 2001, n. 448, la Regione Marche ritiene che detta norma sia lesiva delle prerogative regionali nella parte in cui, mediante la c.d. esternalizzazione dei servizi, introdurrebbe misure di efficienza delle pubbliche amministrazioni, estendendole ad amministrazioni diverse da quelle dello Stato, con ciò violando l'art. 117, comma quarto, della Costituzione. Infatti, la materia dell'ordinamento e dell'organizzazione amministrativa delle Regioni, in cui le predette misure sarebbero ricomprese, spetterebbe inequivocabilmente alla competenza residuale del legislatore regionale, fatti salvi i profili che possano essere ricondotti all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, e cioè quelli riguardanti "organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane".....omissis....Ulteriore censura investe l'art. 29, comma 5, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, in quanto, estendendo alle amministrazioni diverse dallo Stato il potere regolamentare a quest'ultimo

spettante per la definizione della “tipologia di servizi trasferibili, modalità di affidamento, criteri di esecuzione del servizio”, configurerebbe una violazione dell’art. 117, comma sesto, della Costituzione, sotto il profilo che detto potere regolamentare interesserebbe materia appartenente alla competenza legislativa regionale esclusiva. 1.1.– Si è costituito nel giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, chiedendo il rigetto del ricorso. Nell’imminenza dell’udienza hanno depositato memorie l’Avvocatura generale dello Stato e la Regione Marche. L’Avvocatura generale dello Stato, insistendo per il rigetto del ricorso, ha evidenziato che la norma impugnata avrebbe natura meramente programmatica e non precettiva e non introdurrebbe alcuna decurtazione dei trasferimenti statali con modifica del sistema di finanziamento di Regioni ed enti locali. In particolare, con riferimento al comma 1 dell’art. 29 impugnato, l’Avvocatura ritiene che la norma si limita a fornire agli enti a cui si rivolge gli strumenti per ottimizzare le risorse, in attuazione del principio di buona amministrazione, senza imporre alcun obbligo. In conseguenza, anche il comma 5 del medesimo art. 29, che disciplina il potere regolamentare nella materia, non potrebbe ritenersi di per sé lesivo delle prerogative regionali.....omissis...Considerato in diritto...omissis...2.– Stante la sostanziale identità dell’oggetto e la evidente connessione delle questioni proposte, i tre giudizi possono essere riuniti e definiti con unica sentenza per quanto attiene al predetto art. 29 della legge n. 448 del 2001, mentre resta riservata a separate pronunce ogni decisione sulle ulteriori questioni di legittimità costituzionale della medesima legge. 3.– L’art. 29 della legge n. 448 del 2001 stabilisce una serie di misure tendenti a rafforzare l’efficienza e la economicità di gestione delle pubbliche amministrazioni. In particolare, il comma 1 della citata disposizione prevede che le pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato, siano autorizzati, anche in deroga alle vigenti disposizioni, ad acquistare sul mercato i servizi originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione. Lo stesso comma prevede che le predette amministrazioni possano costituire soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi svolti in precedenza, nel rispetto del principio di economicità, nonché attribuire a soggetti di diritto privato già esistenti, con le procedure previste dalla disposizione in esame, lo svolgimento di tali ultimi servizi. 3.1.– In relazione al comma 1 dell’art. 29, le ricorrenti Regioni Marche (reg. ric. n. 10 del 2002) e Basilicata (reg. ric. n. 20 del 2002), con analoghe argomentazioni, ritengono che la norma censurata, dovendosi applicare nei confronti delle amministrazioni

di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, e quindi anche nei confronti delle Regioni e degli enti locali, abbia violato l'art. 117 della Costituzione, che riserva alla esclusiva competenza legislativa regionale le materie dell'organizzazione e del funzionamento delle Regioni e degli enti locali. 3.2.– La questione è priva di fondamento. Innanzi tutto deve essere precisato che spetta allo Stato, in sede di legislazione concorrente, la determinazione dei principi fondamentali nella materia compresa nella endiadi espressa dalla indicazione di “armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario“ (art. 117, terzo comma; art. 119, secondo comma, della Costituzione riguardante i “tributi e le entrate propri” delle Regioni ed enti locali). La disposizione del comma primo (e secondo), inoltre, pure con un obiettivo economico-finanziario riguardante tutte le amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato, di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (e quindi anche le Regioni e gli enti locali), ha carattere meramente facoltizzante e autorizzatorio con valore di principio. Per effetto di detta norma, la scelta riguardante il reperimento sul mercato o l'affidamento dei servizi o la gestione diretta resta rimessa, in ogni caso, rispettivamente alla Regione e agli enti territoriali, sia in ordine all'an sia in ordine al quomodo. Il legislatore statale, con la predetta disposizione, si è limitato ad indicare, con carattere non vincolante per l'autonomia delle Regioni ed in via generale e non di dettaglio, talune possibili modalità procedurali, caratterizzate da finalità esclusivamente economico-finanziarie, per una c.d. esternalizzazione dei servizi. Tali nuove modalità possono essere aggiunte a quelle previste nei singoli ordinamenti per l'acquisizione e l'affidamento dei servizi, nel rispetto dei principi di economicità e buona amministrazione e di copertura della spesa, senza, tuttavia, imporre o condizionare le scelte delle amministrazioni diverse dallo Stato. In realtà la norma del comma 1, deve essere correttamente interpretata in modo unitario, come prima indicazione di principio di possibili misure adottabili in materia, in un ambito di primo coordinamento della finanza pubblica, in ordine al reperimento di forme aggiuntive di copertura delle spese e di finanziamento e alla riduzione dei fabbisogni finanziari per la gestione dei “servizi”. Ciò deve intendersi, anche in relazione alle caratteristiche del testo legislativo in cui è inserita (legge finanziaria 2002), come disposizione prodromica all'attuazione degli artt. 117, terzo comma, e 119, primo e secondo comma, della Costituzione.....omissis.....per questi motivi..LA CORTE COSTITUZIONALE....riservata a separate pronunzie ogni decisione sulle ulteriori questioni di legittimità costituzionale della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge

Esistono, inoltre, disposizioni specifiche in leggi speciali che prevedono lo strumento dell'esternalizzazione. Si pensi a quanto dispone l'art. 6 del Codice dei Beni Culturali, nel quale si prevede l'incentivazione della partecipazione dei privati per la valorizzazione dei beni culturali.²³ Con la legge finanziaria per il 2005 si sono previste forme di esternalizzazione per il restauro di beni immobili di interesse culturale di proprietà delle pubbliche amministrazioni, mediante concessione ai privati degli stessi beni e loro assunzione dell'obbligo di mantenimento e restauro. Anche a livello regionale si registra la presenza di normative che prevedono ipotesi di affidamento all'esterno di attività pubbliche, in materia di conservazione, valorizzazione ed organizzazione dei beni culturali.²⁴

Altra fonte normativa per le esternalizzazioni è la legislazione in

finanziaria 2002), sollevate dalle Regioni Marche, Toscana e Basilicata con i ricorsi indicati in epigrafe; riuniti i giudizi relativamente all'art. 29 della predetta legge n. 448 del 2001; dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, commi 1, 4, e 5 della predetta legge 28 dicembre 2001, n. 448, sollevata, in riferimento all'art. 117, commi quarto e sesto, della Costituzione, dalla Regione Marche con il ricorso indicato in epigrafe:.....omissis...Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 10 gennaio 2004. Riccardo CHIEPPA, Presidente e Redattore, Depositata in Cancelleria il 16 gennaio 2004.

²³ Ulteriori esempi si rinvengono negli artt.: 111 e ss, del Codice dei Beni Culturali.

²⁴ Art. 3 Legge Reg. Abruzzo n. 61 del 1999, "Salvaguardia e valorizzazione dei beni culturali e organizzazione in sistema dei musei locali", ove è prevista la possibilità di affidare all'esterno le attività non connesse necessariamente all'esercizio di pubbliche funzioni.

materia di sanità pubblica. In tale settore si avverte ancora di più l'esigenza di utilizzare l'innovazione privata e le tecnologie più moderne. Questo fenomeno è definito “aziendalizzazione” del servizio sanitario nazionale.

Vi sono poi delle attività, di rilievo pubblico, esercitate da soggetti privati dirette al controllo di determinati settori. Anche in tal caso si ha una forma di esternalizzazione della funzione pubblica di controllo; ciò avviene, ad esempio, nell'ipotesi degli organismi di certificazione della qualità delle imprese.²⁵

²⁵ Si rinvia per una disamina completa: G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2005, p. 987 e ss..

Capitolo II

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

1. Disciplina dei servizi pubblici locali ed interessi prevalenti

La materia dei servizi pubblici locali è oggetto da tempo di continue regolamentazioni, sia a livello generale che di settore. L'evoluzione della normativa è indice, da un lato, del mutamento, a livello sia interno che europeo, del rapporto tra mercato e gestione diretta e, dall'altro, della consapevolezza del legislatore della rilevanza del settore per l'intera economia nazionale, per cui tendere all'efficienza e ad un giusto equilibrio tra mercato e gestione pubblica diretta, significa equilibrio nel mercato e nella produzione, con notevoli riflessi indiretti sull'intera economia. La gestione dei servizi pubblici locali costituisce un'attività economica dal valore elevatissimo e, pertanto, un allargamento in favore dei privati rappresenta un'importante possibilità di sviluppo per il mercato. Incidere sull'affidamento della gestione, spostando il limite tra gestione

pubblica e mercato, significa operare scelte di politica economica capaci di influenzare gli equilibri di mercato di ogni Stato.

Deve, pertanto, essere evidenziato che ogni scelta inerente i servizi pubblici locali ha inevitabilmente riflessi sull'intera economia nazionale e comporta, di conseguenza, l'analisi e la ponderazione di una serie di interessi. Tra tali interessi è necessario procedere alla formazione di una gerarchia secondo la rilevanza degli stessi, sì da consentire una scelta ragionevole tra le possibili forme di gestione.

E' necessario un procedimento preventivo di individuazione degli interessi, di scelta delle priorità, di individuazione dell'interesse preminente, che possa comportare una più o meno marcata compressione di quelli ritenuti di "rango inferiore". A ciò si aggiunga, per ben comprendere la complessità della materia, che i servizi pubblici locali non rappresentano soltanto un'attività economica, con i rilevanti effetti sul mercato di cui si è detto, ma sono, prima di ogni altra cosa, attività tesa al soddisfacimento di bisogni della collettività; sono, innanzitutto, un'attività pubblica. Come tale, deve essere ordinata alla generale soddisfazione di una serie di necessità che, nel tempo, sono avvertite dai cittadini. Deve essere garantita oltre alla generalità dell'offerta, la qualità del servizio ed il controllo del prezzo per la fruizione dello stesso. Lo Stato deve farsi garante della tutela del

cittadino e del rispetto del dovere di prestazione dei servizi necessari.

Emerge la necessità che ogni decisione in ordine ai servizi pubblici locali sia sorretta da un'analisi ponderata di questi interessi: qualità del servizio, generalità dell'offerta, controllo dei prezzi e tutela del mercato. Il Trattato dell'Unione Europea prevede, infatti, la possibilità di deroga al mercato quando non sia assicurata l'universalità del servizio ed il raggiungimento degli obiettivi di interesse generale, oltre al necessario livello qualitativo che deve essere garantito nell'erogazione del servizio.

Non si potrà mai verificare un arretramento totale dello Stato in favore del privato in quanto la materia dei servizi di pubblico interesse ha e deve necessariamente avere natura e titolarità pubblica. Non si può ipotizzare una “privatizzazione” sostanziale e completa dei servizi pubblici, svincolata come tale da poteri di regolazione e controllo di carattere pubblico. Quella dei servizi pubblici locali, in altri termini, non potrà divenire un'attività affidata senza regole ai privati, trasferendo loro la titolarità del servizio. Non potrà essere, inoltre, esternalizzata senza controlli continui e particolarmente incisivi da parte di un soggetto pubblico che, in quanto titolare necessario, deve garantire il rispetto degli *standard* fissati al momento dell'affidamento.

Deve aggiungersi che anche nell'ipotesi di apertura al mercato,

lo Stato non può limitarsi ad affidare la gestione e l'erogazione ad organismi privati, ma deve necessariamente farsi garante della concorrenza tra le imprese private che intendono essere affidatarie del servizio. Lo Stato deve garantire che l'esternalizzazione dell'attività di erogazione dei servizi pubblici sia sorretta da una disciplina di regolamentazione capace di tutelare la concorrenza tra le imprese private. Nel quadro degli interessi sopra descritto, pertanto, si inserisce la tutela della concorrenza.

Ogni intervento del legislatore in materia deve tener conto di tutti gli interessi suddetti i quali risultano essere, non di rado, tra loro difficilmente conciliabili.

In ragione del “mercato europeo”, inoltre, la materia è oggetto di continue regolamentazioni da parte della Commissione, oltre che essere sempre più spesso all'attenzione della Corte di Giustizia. Una sovrapposizione di competenze che rende ancora più complessa la disciplina, la quale deve periodicamente aggiornarsi alle prescrizioni europee.

La legislazione interna, specie negli ultimi anni, si è dovuta adeguare in numerose occasioni alle statuizioni derivanti dall'Unione Europea.

2. Legislazione nazionale e sovranazionale e potere di autodeterminazione dell'ente pubblico

Accertata la complessità della materia dei servizi pubblici locali, la necessaria analisi presupposta degli interessi preminenti, l'intreccio di competenze in ordine alla regolamentazione, deve porsi attenzione ora al rapporto tra le prescrizioni della legge ed il potere di autodeterminazione del soggetto pubblico. Questo è un tema di carattere generale, che riguarda il limite della libertà di autodeterminazione dell'ente locale ed il corrispondente potere della legge di fissare tale limite. In altri termini, bisogna chiedersi se la legge possa imporre all'amministrazione di gestire una sua attività secondo determinate modalità organizzative. Il problema investe la delimitazione della discrezionalità dell'amministrazione, la quale comporta il potere di operare le scelte inerenti proprie attività senza che una fonte normativa imponga una determinata forma organizzativa. Ci si domanda se sia legittimo che si imponga all'amministrazione di gestire i servizi pubblici locali in un dato modo, oppure se la legge debba arrestarsi e lasciare alla discrezionalità dell'ente pubblico la determinazione. Se, per un verso, deve riconoscersi un potere della legge di definire i casi ed i presupposti della gestione

diretta e dell'*outsourcing*, per altro verso, non si può condividere la totale compressione della facoltà di scelta da parte dell'amministrazione, cioè la compressione di ogni forma di discrezionalità. La determinazione sulla migliore forma di organizzazione richiede l'analisi del contesto socio-economico di riferimento, oltre a quella sulle capacità organizzative dell'ente. La legge in astratto non può, all'evidenza, contemplare tutte le specifiche situazioni, ma può soltanto fissare dei criteri generali di scelta. Così come non può imporsi un procedimento determinato, con dei criteri prefissati da osservare, al fine di stabilire quando sia opportuno procedere all'*outsourcing*. Come si è avuto modo di sottolineare nel primo capitolo, un siffatto procedimento non potrebbe giungere a considerare le particolari situazioni che, a prescindere da un rapporto di opportunità basato sul raffronto costi- benefici, si possono verificare nelle diverse parti del Paese.

Non può, del resto, considerarsi maggiormente virtuosa quell'amministrazione che decida di esternalizzare il maggior numero possibile di attività, in quanto non sempre la gestione esterna è opportuna, risultando in molti casi preferibile la gestione tradizionale interna. Il giudizio sulla scelta dell'amministrazione non può essere preventivo, ma necessariamente successivo, nel senso che occorre

valutare in concreto l'effetto dell'esternalizzazione sulla gestione.

L'attività di gestione dei servizi pubblici locali è attività di natura evidentemente pubblica e deve, pertanto, lasciarsi all'amministrazione il potere di determinare la dimensione del servizio, il costo, di garantire la completezza nell'erogazione, la sua accessibilità, la qualità e, quindi, la forma più idonea di organizzazione.

A livello di legislazione europea, si è tenuto conto di tale potere delle amministrazioni, in specie, nel Libro Verde sui servizi di interesse generale del 21 Maggio 2003,²⁶ ove è specificato che l'organizzazione ed il controllo sui servizi sono rimessi all'amministrazione. Il legislatore europeo è consapevole del fatto che servizi pubblici di rilevante interesse sono stati gestiti da sempre e continuano ad essere gestiti con profitto all'interno dell'amministrazione. Anche dal punto di vista della qualità dell'offerta del servizio, la gestione diretta ha determinato in molti casi risultati ottimi.

Dalla legislazione europea emerge un *favor* per il mercato e la liberalizzazione dei servizi pubblici locali ma, allo stesso tempo, si afferma la libertà del soggetto pubblico titolare del servizio di decidere la modalità più opportuna di erogazione dello stesso.

Il mercato è divenuto il punto di arrivo dell'attività di gestione

²⁶ Si vedano in particolare i punti 23 e 31 del Libro Verde del 21 Maggio 2003.

dei servizi pubblici locali, in considerazione delle notevoli possibilità che tale settore può offrire alle imprese private e, conseguentemente, all'economia in generale dei singoli Stati e dell'intera Europa. Avere, inoltre, una “politica unica europea” in tema di affidamento dei servizi favorisce il controllo della politica economica nel settore e garantisce un'uniformità di regole per tutti i Paesi dell'Unione. La tendenza è quella di un mercato unico retto da regole generali, prevedendosi la possibilità che le imprese possano partecipare alla gara per l'affidamento di servizi pubblici in tutti gli Stati dell'Unione, potendo contare su una disciplina comune dell'affidamento. L'Europa apre, pertanto, al libero mercato il settore dei servizi pubblici e garantisce alle imprese straniere di partecipare negli altri Paesi alle procedure per la scelta del gestore privato. Gli ordinamenti interni sono tenuti a conformarsi ai principi in materia espressi dalla Commissione europea ed a quelli emergenti dalle pronunce della Corte di Giustizia, i quali principi, applicandosi a tutti gli Stati membri, consentono una regolamentazione su base comune.

Se, per un verso, dalle prescrizioni europee emerge l'apertura tendenziale al mercato ed al mondo del privato, sulla base della consapevolezza che tale apertura può costituire un forte impulso per l'economia, per altro verso si riconosce l'esistenza di un limite al

principio del mercato, costituito dal riconoscimento della discrezionalità delle amministrazioni interne nella scelta del modello di gestione, tra organizzazione interna e *outsourcing*. La determinazione del soggetto pubblico titolare di gestire internamente il servizio deve ritenersi legittima ogni qual volta l'esercizio esterno, sulla base di un procedimento di ponderazione tra le possibili modalità organizzative, si dimostri essere non in grado di garantire gli stessi *standard* qualitativi ed un rapporto più vantaggioso tra costi e benefici.

Il rapporto tra principi fissati dalla legge e potere di autodeterminazione delle amministrazioni nel corso degli anni, sino alle più recenti modifiche legislative di cui si tratterà in seguito, ha visto una limitazione della discrezionalità a vantaggio di criteri generali di apertura al mercato fissati con legge statale.

3. Le forme di gestione nella riforma del 1990

La regolamentazione dei servizi pubblici locali ha subito, specie negli ultimi anni, delle continue modifiche. Il legislatore ha dovuto procedere in numerose occasioni all'adeguamento della disciplina, sia di settore che generale, alle prescrizioni provenienti dall'Unione

Europea.

In particolare, hanno inciso sulla disciplina dei servizi pubblici locali, il D.P.R. 16 Settembre 1996 n. 553 (contenente norme per la costituzione di società miste) e la Legge 15 Maggio 1997 n. 127 (trasformazione delle aziende speciali in s.p.a.). La disciplina generale era contenuta nell'art. 22 della Legge 142 del 1990, poi sostituita dal Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali n. 267 del 18 Agosto 2000, ove la materia risulta essere oggi disciplinata dagli articoli 113 e 113-*bis*. Le modifiche successive hanno inciso su detto art. 113 e sono state apportate, tra le altre, dall'art. 35 della Legge n. 448 del 2001, nonché dall'art. 14 del D. L. n. 269 del 2003 (convertito in Legge 24 Novembre 2003 n. 326). Più di recente, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla regolamentazione della materia, nel 2008 con il D. L. 25 Giugno 2008 n. 112 (convertito in Legge 6 Agosto 2008 n. 133) e nel 2009 con il D. L. 25 Settembre 2009 n. 135 (convertito in Legge 20 Novembre 2009 n. 166). Più volte, inoltre, sono stati presentati dai Governi in carica negli ultimi anni progetti di riforma del sistema di gestione dei servizi pubblici.

L'art. 22 della Legge n. 142 del 1990 prevedeva inizialmente forme particolari di gestione, senza possibilità di crearne ulteriori.²⁷ La

²⁷ Cfr. V. Domenichelli, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del nuovo art. 113 del T.U.E.L.)*, in *Diritto Amministrativo*, 2002, p. 317.

Legge 142 introduceva nell'ordinamento principi di tendenza assolutamente innovativi. La nozione stessa di servizio pubblico veniva riconsiderata ed estesa rispetto al R.D. n. 2578 del 15 Ottobre 1925. Tale normativa esprimeva un concetto giuridico di servizio pubblico procedendo ad una esemplificazione delle attività, creando un sistema chiuso per oggetti definiti anche se non tassativo, limitato alle attività funzionali al soddisfacimento di interessi economici.²⁸ Se in tal modo si affermava la logica della settorializzazione, con le nuove norme della 142, si dava luogo ad un'organizzazione "aperta", non fondata più sull'individuazione delle attività esercitabili, ma si creavano categorie che rappresentavano insieme interessi economici e sociali. Si estendeva così l'ambito dei servizi, non solo attività economiche ma anche attività rivolte a perseguire interessi sociali. Inoltre, i servizi venivano collegati al "risultato" dello "sviluppo sociale" oltre che economico delle comunità locali.

I modelli utilizzabili ai sensi dell'art. 22 erano la gestione in economia, la concessione a terzi, l'istituzione, l'azienda speciale e la società di capitali a prevalente partecipazione pubblica (successivamente venne abolito l'obbligo della partecipazione

²⁸ Cfr. E. M. Marengi, *L'autonomia locale tra decentramento e federalismo*, Salerno, 2002, p. 229; Rolla, *Manuale di diritto degli enti locali*, Rimini, 1991, p. 146.

maggioritaria pubblica).²⁹

La gestione in economia e la concessione a terzi non determinavano la creazione di strutture organizzative proprie, mentre l'istituzione, l'azienda speciale e la società per azioni, comportavano la nascita di veri e propri modelli organizzativi. La scelta delle forme di gestione operata nel 1990 andava nella direzione dell'utilizzazione di modelli aziendalistici improntati al raggiungimento di risultati ottimali in relazione al rapporto tra costi e benefici. Massima espressione di questa tendenza è il modello della società per azioni che, con la riforma del 1990, diviene per la prima volta forma tipica di gestione dei servizi pubblici locali.

Nel 1990 la società per azioni viene introdotta nel sistema delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, allo scopo di utilizzare una forma organizzativa di diritto comune, normalmente ordinata all'efficienza nella gestione.

La riforma della 142 del 1990 si inserisce in un periodo nel quale si esalta il principio dell'efficienza e l'amministrazione è orientata verso un processo di "aziendalizzazione". Nello stesso periodo, la legge antitrust introduce nel nostro ordinamento il principio, che diviene generale, della tutela della concorrenza. Inoltre, con la Legge 241 del

²⁹ Cfr. F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; in particolare p. 18 e ss..

1990 il fattore “tempo” diventa principio dell'azione amministrativa. Da quel periodo, dal rinnovato quadro di principi che presiedono l'opera dell'amministrazione, nasce un processo graduale di arretramento dello Stato dall'intervento diretto nell'economia.

La gestione in economia era riferita ai servizi pubblici di dimensioni modeste.³⁰ Era utilizzabile sia per i servizi di rilevanza economica, sia per quelli di rilievo esclusivamente “sociale” e veniva impiegata quando non risultava opportuno, date le dimensioni ridotte del servizio, costituire un'azienda speciale oppure un'istituzione. Aveva una funzione, pertanto, “residuale”, cui si ricorreva nelle ipotesi in cui risultava inopportuno il ricorso alle normali forme di contrattazione.³¹ Con tale modalità gestionale, il servizio veniva gestito all'interno della struttura dell'amministrazione titolare dello stesso, fruendo degli organi e degli uffici propri, con emanazione di atti amministrativi tipici. Non si creava alcun soggetto distinto esterno, ma la “funzione” veniva svolta in modo ordinario interno avvalendosi degli organi a ciò preposti. Dal punto di vista contabile, l'attività rientrava nel bilancio generale dell'ente.

La concessione a terzi,³² già prevista dalla disciplina previgente,

³⁰ Cfr. A. G. Rosso, *I servizi in economia*, Roma, 1972.

³¹ Sull'ambito di applicazione della gestione in economia si veda il Parere del Consiglio di Stato, Adunanza Generale, n. 6 del 27 Gennaio 1994.

³² Cfr. B. Mameli, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi*

fu riproposta nella Legge 142.³³ I beneficiari della concessione dovevano essere “terzi”, cioè estranei all'amministrazione; pertanto, ne rimanevano escluse sia le aziende speciali sia le società miste pubblico-privato. Le ragioni per le quali l'amministrazione si avvaleva di tale strumento erano di carattere tecnico ed economico, ma anche sociale.

In ordine agli elementi da valutare da parte dell'amministrazione decidente, l'art. 22, comma 3, lettera b), prevedeva l'utilizzo della concessione a terzi, a seguito della verifica della sussistenza di ragioni tecniche, economiche e sociali. La norma imponeva, pertanto, determinati parametri, il rispetto dei quali poteva essere oggetto di valutazione per sindacare l'eventuale eccesso di potere nella scelta. Nella concessione a terzi è il privato ad operare ed è l'amministrazione pubblica a conseguire i risultati, attraverso un tipico effetto sostitutivo nell'esercizio di attività pubbliche.³⁴ A differenza che nelle opere pubbliche, non si prevedeva espressamente nella legge la necessità che la scelta del terzo concessionario avvenisse mediante gara d'appalto. Non si applicavano, pertanto, le normative comunitarie in tema di appalti e quelle nazionali di settore. In ogni caso, il mancato

protezionistici e regolamentati, Milano, 1998; AA. VV., *La concessione dei servizi pubblici locali*, Roma, 1998; R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

³³ In particolare, era in precedenza disciplinata dall'art. 26 del Testo Unico n. 2578 del 1925 e dagli artt. 265-267 del Regio Decreto n. 1175 del 1931.

³⁴ In questi termini, E. M. Marengi, *L'autonomia locale tra decentramento e federalismo*, Salerno, 2002, p. 247 e ss.

obbligo di uniformarsi alle normative in tema di appalti, non esimeva l'amministrazione dal rispetto di parametri di garanzia nella scelta.

Un generale principio di garanzia di concorsualità si poteva ricavare dall'art. 97 della Costituzione, dai principi cioè di imparzialità e buon andamento che presiedono tutta l'azione amministrativa; inoltre, ove si fosse inquadrata in termini convenzionali la concessione, dall'applicazione della normativa sui contratti della pubblica amministrazione. La scelta dell'ente, nel caso della concessione a terzi, avveniva sulla base di parametri legali prefissati, sicché dalla motivazione doveva necessariamente emergere la dimostrazione dell'opportunità, sotto il profilo tecnico, economico e sociale, della determinazione. In questo caso, la legge ha, dunque, fissato criteri legali tassativi.

Il modello gestionale dell'istituzione era utilizzato per la gestione di servizi sociali privi di rilievo imprenditoriale e trovava disciplina unitamente alle aziende speciali. A differenza di queste ultime, definite enti strumentali dell'amministrazione, le istituzioni non godevano di personalità giuridica. Inoltre, mentre le aziende potevano contare su di una vera e propria autonomia imprenditoriale, le istituzioni avevano solo autonomia gestionale. Quest'ultima consentiva di avere una propria organizzazione autonoma rispetto all'ente di riferimento.

Potevano definirsi degli organi con soggettività giuridica anche se senza personalità giuridica, dotati di un proprio patrimonio distinto da quello dell'ente. L'istituzione si fondava su di un'organizzazione piuttosto articolata, il che escludeva la sua utilizzazione per servizi di dimensioni ridotte. In particolare, era previsto un consiglio di amministrazione, un presidente ed un direttore, mentre l'organizzazione degli uffici era demandata allo statuto. Al pari dell'azienda speciale, l'istituzione si raccordava con il sistema attraverso l'osservanza dei criteri guida dell'amministrazione per risultati. La gestione doveva essere diretta a conseguire risultati in termini di efficienza ed economicità. La mancanza di autonomia imprenditoriale comportava una dipendenza maggiore dall'ente ed avevano, altresì, revisori dei conti in sede di controllo comuni con l'amministrazione di riferimento. L'istituzione non ha avuto grande diffusione ed è stata per lo più utilizzata per gestire servizi di natura culturale, di supporto a persone svantaggiate e servizi alla persona in genere (mense scolastiche, impianti sportivi, trasporti per la scuola, assistenza medica domiciliare, biblioteche, musei, ecc.). La normativa posta dall'art. 22 in ordine all'istituzione non era completa, ma presentava diverse lacune. Per colmare tali lacune normative si sosteneva l'applicazione analogica delle norme in tema di azienda

speciale o quelle sulle aziende municipalizzate. La vicinanza alle due figure, infatti, poteva determinare un'estensione analogica (analogia *legis*) della normativa. Al pari delle aziende municipalizzate, le istituzioni erano da considerarsi organi strumentali dell'ente. In particolare, si sosteneva l'applicazione del regolamento di contabilità previsto dal D.P.R. n. 902 del 1986.³⁵

Lo strumento gestionale dell'azienda speciale nasce per la prima volta nel 1903 con la legge di regolamentazione delle municipalizzazioni e successivamente disciplinato dal R. D. n. 2578 del 1925.³⁶ Nella prima versione, l'azienda era configurata come articolazione dell'ente locale, come organo dell'amministrazione, non avente personalità giuridica. Veniva riconosciuta, comunque, alla stessa una certa autonomia in quanto aveva una contabilità ed un bilancio separati, era organizzata con propri organi ed aveva capacità sostanziale e processuale.

³⁵ Sulle istituzioni si veda: E. M. Marengi, *L'autonomia locale tra decentramento e federalismo*, Salerno, 2002, p. 245, 246; Lucciardello, voce *Servizi pubblici locali*, in *Annuario delle autonomie locali*, diretto da S. Cassese, 1991, p. 545; Vandelli, *Ordinamento delle autonomie locali, commento alla Legge 8 giugno 1990 n. 142*, Rimini, 1990, p. 127; Pastori, *La pubblica amministrazione e l'impresa nella normazione e nella produzione di beni e servizi*, Relazione al congresso "Il mercato unico europeo pubblico e privato nell'Europa degli anni 90", Milano, 1990; A. Andreani, *Le istituzioni per l'esercizio dei servizi sociali degli enti locali. Una prospettiva d'insieme*, in *Riv. Trim di Dir. Pubbl.*, 1992, p. 613 e ss.; G. Panassidi, *Il nuovo modello organizzativo per la gestione dei servizi sociali di competenza dei Comuni e delle Province*, in *T.a.r.*, 1992, II, p. 407 e ss.

³⁶ Cfr. G. Bozzi, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. del Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 363 e ss; M. s. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1983, p. 17 e ss; L. Schiavello, *Le aziende municipalizzate, nuovi problemi*, Napoli, 1977; A. Troccoli, *Le aziende municipalizzate*, Firenze, 1963.

Con la Legge n. 142 del 1990 all'azienda speciale venne riconosciuta, innanzitutto, a differenza che in passato, la personalità giuridica.³⁷ Tale riconoscimento indicava la volontà di separare l'organismo di gestione dall'amministrazione pubblica titolare del servizio. A differenza delle istituzioni, come visto, l'azienda speciale poteva contare sull'autonomia imprenditoriale e non solo gestionale. Inoltre, era dotata di autonomia statutaria. In particolare, l'art. 23, comma 1, riconosceva la personalità giuridica delle aziende speciali. L'art. 66 della Legge 29 Ottobre 1993 n. 331 concesse, poi, un termine di tre anni alle aziende speciali per l'acquisizione della personalità giuridica. Il riconoscimento della personalità giuridica, l'autonomia patrimoniale, finanziaria, statutaria ed imprenditoriale, la legittimazione processuale diretta, senza un preventivo atto autorizzatorio da parte dell'ente locale, ne consentivano l'affrancazione dall'amministrazione di riferimento. L'attribuzione di tale autonomia alle aziende nasceva dalla consapevolezza del fallimento della gestione attraverso organi strumentali dell'ente locale. Inoltre, l'autonomia patrimoniale venne creata per separare nettamente dal punto di vista finanziario ente locale ed azienda di gestione.

³⁷ Cfr. G. Caia, *Le aziende speciali: carattere imprenditoriale e novità legislative*, in *I servizi pubblici locali. Evoluzioni e prospettive*, a cura di G. Caia, Rimini, 1995, p. 53 e ss; G. Carpani, *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, Milano, 1992; C. Tessarolo, *La disciplina delle aziende speciali*. Roma, 1998.

L'azienda poteva contare su di una propria organizzazione interna composta da un consiglio di amministrazione, un presidente, un direttore e da un collegio di revisori (oppure altro organo di revisione contabile e finanziaria previsto nello statuto). La costituzione avveniva con deliberazione del consiglio comunale o provinciale i quali approvavano, altresì, lo statuto dell'azienda. Nello statuto trovavano disciplina i rapporti tra azienda ed ente, da una parte, e tra azienda ed utenti, dall'altra. Nello statuto veniva definito il servizio pubblico da erogare, le forme e le modalità della gestione, la disciplina degli organi e del controllo sulla gestione, nonché le condizioni per l'accesso degli utenti agli atti dell'azienda. Più che nella legge, pertanto, la disciplina dell'azienda doveva rinvenirsi nello statuto, anima regolamentare dell'azienda speciale. In riferimento alle funzioni degli organi, la legge non stabiliva il loro contenuto, la determinazione del quale era demandato appunto allo statuto. La legge si limitava ad attribuire al direttore la responsabilità della gestione, ma quanto agli altri organi ed alle altre funzioni non disponeva espressamente. La possibilità che l'azienda estendesse oltre la circoscrizione territoriale dell'ente locale la propria attività è stata oggetto di discussione. Prima della riforma del 1990, le aziende municipalizzate non potevano esercitare attività extraterritoriali, secondo l'opinione nettamente prevalente, in quanto,

la natura di organo dell'ente, comportava la soggezione agli stessi limiti territoriali di azione dell'ente. La giurisprudenza si mostrava contraria, mentre la dottrina immediatamente successiva alla riforma, era divisa tra sostenitori dell'assoluta impossibilità di esercitare attività *extra moenia* per l'azienda speciale e coloro che, invece, in nome del riconoscimento della natura imprenditoriale e di una possibile disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private, ritenevano che l'attività potesse sconfinare i limiti territoriali dell'ente locale.

Dopo sette anni dall'approvazione della riforma, con la Legge n. 127 del 15 Maggio 1997, si attribuì la facoltà agli enti locali di trasformare le aziende speciali in società per azioni. In particolare, l'art. 17, comma 51, di detta legge consentiva agli enti di procedere alla trasformazione per atto unilaterale, con deliberazione del Consiglio dell'ente, motivando congruamente la decisione. Con la legge in commento si intese perseguire l'obiettivo di ridurre la “sfera pubblica” nell'intervento nella gestione dei servizi pubblici locali in quanto la trasformazione in società per azioni non era fine a se stessa, ma rappresentava un mezzo attraverso il quale consentire l'ingresso di privati nella gestione. Infatti, la legge n. 127 del 1997 tendeva ad una “privatizzazione sostanziale” e non solo formale del settore. Secondo il

combinato disposto dei commi 51, 54 e 55 dell'art. 17 della legge, infatti, l'ente locale, avvenuta la trasformazione, poteva detenere la totalità delle azioni della società per azioni, solo per un periodo non superiore a due anni, decorso il quale la sua partecipazione doveva ridursi mediante cessione a privati di una parte delle azioni della società (originando in tal modo una società a partecipazione mista), od anche la totalità del capitale con conseguente uscita dell'ente dalla società.

La trasformazione avveniva con delibera del Consiglio dell'ente, con cui si determinava la cessazione dell'azienda speciale e la costituzione della nuova società, nella veste particolare di società di capitali per azioni. Il fenomeno in generale della trasformazione, come noto, è oggetto di specifica disciplina nel codice civile e la norme ivi contenute richiedono l'osservanza delle regole prescritte per la costituzione della società. L'art. 17, commi 51 e 52, richiedeva, inoltre, espressamente che la delibera tenesse conto degli adempimenti previsti dalla normativa vigente sulla costituzione delle società. La delibera consiliare, pertanto, doveva necessariamente contenere, per la sua validità, le indicazioni prescritte dal codice civile sul contenuto vincolato dell'atto costitutivo. Si riteneva, altresì, possibile, in alternativa alla totale trasformazione dell'azienda in società per azioni,

la scissione parziale in favore di una società per azioni di nuova costituzione. Anche in tal caso, la relativa decisione era assunta con delibera consiliare, la quale oltre a contenere le indicazioni prescritte dalle norme sulla costituzione della nuova società, doveva rispettare le disposizioni del codice civile in tema di scissione di società e gli adempimenti successivi.

La legge n. 142 del 1990 introduceva, infine, nel sistema il modello gestionale della società di capitali.³⁸ Il pubblico, in questo caso, coglie dal mondo del privato un modello organizzativo proprio delle imprese lucrative e disciplinato all'interno del codice civile. La legge prevedeva la scelta tra il tipo della società per azioni e quello della società a responsabilità limitata. Non era previsto, invece, l'altro tipo di società di capitali costituito dalla società in accomandita per azioni, poco utilizzato, in realtà, anche dai privati. Non era previsto per la presenza di una categoria di soci, gli accomandatari, nella struttura di

³⁸ In ordine alla società di capitali mista pubblico- privato si vedano: AA. VV., *La S.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, 1996; G. Alpa- M. C. Capponi, *S.p.a. a prevalente capitale pubblico locale e gestione dei servizi pubblici (art. 22, comma 3, lett. 3, l. 142/90)*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, p. 173 e ss.; V. Buonocore, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, p. 5 e ss.; G. F. Campobasso, *La costituzione delle società miste per i servizi locali*, in *Le società miste per i servizi locali*, Atti del convegno di Messina, 22-23 Novembre 1996, Milano, 1999, p. 73 e ss.; F. Cavazzuti, *Forme societarie, intervento pubblico locale e "privatizzazione" dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. Ital.*, 1991, IV, p. 248 e ss.; G. De Minico, *La società a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22 lett. e) l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro amm.*, 1994, p. 1666 e ss.; F. Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 275; M. Mazzarelli, *Società miste per i servizi pubblici*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1995, p. 180 e ss.; G. Romagnoli, *Regolamento nelle società miste per lo svolgimento di servizi pubblici*, in *Società*, 1997, p. 93 e ss..

tale ente societario, i quali assumono responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali (art. 2452 c.c.). Per la stessa ragione non era prevista la facoltà di costituire società di persone, nelle quali i soci rispondono solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni della società.³⁹

La decisione di costituire una società di capitali era rimessa alla discrezionalità dell'ente locale e si basava, secondo il dettato legislativo, su una valutazione del contesto territoriale di riferimento e sulla natura del servizio da erogare.

Inizialmente, era previsto che la società fosse a partecipazione pubblica maggioritaria necessaria. Rappresentava solo una parziale apertura ai privati nella gestione del servizio, in quanto la *governance* della società restava saldamente in mano pubblica. Era indice della preoccupazione del legislatore di garantire il controllo dell'ente locale sulla società erogatrice del servizio. Si trattava, pertanto, di una “privatizzazione formale”. Il limite del capitale prevalente pubblico venne superato dopo soli due anni dalla riforma. L'art. 12 della Legge n. 498 del 1992 sopprime il vincolo della partecipazione pubblica prevalente. Inoltre, con la citata legge n. 127 del 1997 si consentì l'adozione anche del tipo “inferiore” di società di capitali, costituito

³⁹ Sulle società miste: M. Cammelli- A. Zioldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999.

dalla società a responsabilità limitata, in quanto nel testo originario il riferimento era alla sola società per azioni.

Con la disciplina delle società miste, introdotta dalla legge di riforma del 1990, il legislatore ha inteso iniziare un percorso di privatizzazione. Inizialmente, come visto, si adottò una soluzione di compromesso, restando la maggioranza in mano pubblica. Il limite del capitale pubblico prevalente, inoltre, costituiva per i privati un disincentivo ad investire in attività il cui controllo restava in mano pubblica, in considerazione della storica incapacità dimostrata dalle amministrazioni pubbliche di ottenere risultati economici vantaggiosi.

40

Eliminato il vincolo della partecipazione pubblica maggioritaria, restava il problema di garantire il controllo da parte dell'ente locale sulla gestione del servizio. L'art. 5, comma 1, del D.P.R. n. 533 del 1996, specificò che i rapporti tra socio pubblico e privato erano regolati da convenzioni con le quali si garantiva la verifica da parte dell'ente del perseguimento dell'interesse pubblico. La norma, invero, non chiariva la portata di tali poteri riconosciuti all'ente locale, ma si preoccupava di assicurare, prescindendo dalla partecipazione al capitale, il controllo da parte dell'ente pubblico. Il legislatore, per un

⁴⁰ Cfr. E. M. Marengi, *L'autonomia locale tra decentramento e federalismo*, Salerno, 2002, p. 253.

verso, eliminava l'obbligo della partecipazione pubblica maggioritaria, ma, per altro verso, si preoccupava di ancorare la gestione ed il controllo societario al potere pubblico. Era prevista la nomina diretta da parte dell'ente locale di almeno un amministratore ed un sindaco. Nomine queste sganciate dalla partecipazione al capitale della società ed evidentemente estranee all'assetto regolamentare ed al normale equilibrio di interessi disegnato dall'impianto normativo del codice civile di disciplina della società.

La disciplina delle società miste, originariamente a prevalenza pubblica e successivamente anche a maggioranza privata, non contemplava, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti l'ipotesi "maggiore" della partecipazione totale pubblica. Il modello nasceva per consentire una gestione, in partenariato pubblico-privato, dei servizi pubblici locali. Ma anche altri ostacoli impedivano la possibilità di una società interamente pubblica, come l'allora vigente normativa sul socio unico delle società di capitali e la conseguente responsabilità illimitata dell'unico socio. La responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, infatti, è di difficile applicazione per gli enti pubblici i quali si potrebbero trovare a far fronte ad oneri finanziari non preventivati.

La disciplina originaria contenuta nell'art. 22 della Legge 142

non prevedeva l'obbligo di adottare procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei soci privati. Le ragioni venivano individuate nella constatazione che la detenzione della maggioranza del capitale consentisse una garanzia sufficiente per tutelare l'interesse pubblico. Con la Legge n. 498 del 1992 si stabilì, invece, che, per le società a partecipazione pubblica minoritaria, la scelta del socio privato dovesse avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica. Gli interventi legislativi successivi confermarono l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica (art. 4 della L. n. 95 del 1995, D.P.R. n. 533 del 1996). E' interessante notare come parte della dottrina dell'epoca, si mostrasse critica sull'utilizzazione dell'evidenza pubblica in quanto, si affermava, nelle società di capitali il socio apporta semplicemente un patrimonio e, pertanto, per l'ente sarebbe irrilevante la persona dello stesso socio privato. Certamente corretta l'osservazione sulla mancanza di *intuitus personae* nelle società di capitali, è però interessante notare come non ci si ponesse ancora il problema della tutela della concorrenza tra le imprese che intendessero partecipare alla gestione dei servizi pubblici.

A differenza delle aziende speciali, le società miste non incontravano il limite dell'attività extraterritoriale. Si riteneva che le stesse potessero operare anche al di fuori della circoscrizione dell'ente

locale di riferimento. Vi era un solo limite di natura funzionale collegato all'oggetto sociale.

4. L'art. 113 del Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali. Le modifiche successive al testo originario

La disciplina contenuta nell'art. 22 della Legge n. 142 del 1990, modificata più volte nel corso degli anni successivi, come visto, è poi confluita nel Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali (D. Lgs. n. 267 del 18 Agosto 2000), nel cui testo originario veniva riprodotto, nella sostanza, il contenuto dell'art. 22.⁴¹

Nel 2001 la disciplina venne modificata dall'art. 35 della Legge 23 Dicembre 2001 n. 448. Notevoli furono le novità introdotte. Innanzitutto, all'originario art. 113 del Testo Unico se ne aggiunse un altro, il 113-*bis*, disciplinante i servizi non aventi rilevanza industriale. Abbandonato il criterio dell'imprenditorialità, si distingueva tra servizi di rilievo industriale e privi di rilievo industriale.⁴² Le novità di

⁴¹ Per un'analisi dell'evoluzione della disciplina: C. Orrei, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali tra regole di mercato e affidamenti in house*, Università di Salerno, Sezione di Diritto Pubblico, Quaderni, n. 11, 2007.

⁴² Cfr. W. Giulietti, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, p. 83 e ss.

maggior rilievo furono l'introduzione del principio della tutela della concorrenza e la separazione tra proprietà, gestione ed erogazione del servizio pubblico.⁴³

Sempre nel 2001, inoltre, la Legge Costituzionale n. 3 del 18 Ottobre 2001, aveva riscritto l'art. 117 della Costituzione non includendo la materia dei servizi pubblici locali tra quelle di legislazione esclusiva o concorrente dello Stato. Ai sensi del secondo comma lettera e) dell'art. 117, lo Stato ha, però, legislazione esclusiva nella materia della tutela della concorrenza. Risulta, pertanto, essere competente a disciplinare la materia dei servizi pubblici locali in quanto settore nel quale deve essere tutelata la concorrenza tra le imprese private.

La disciplina contenuta nell'art. 113 del Testo Unico venne ancora modificata dall'art. 14 del D.L. n. 269/2003 (convertito in L. 24/11/2003 n. 326), dall'art. 4, comma 234, della L. 24/12/2003 n. 350 (Legge finanziaria per il 2004) e dall'art. 15 della L. 15 Dicembre 2004 n. 308.

I servizi erano inizialmente divisi a seconda del carattere imprenditoriale, come previsto nella Legge n. 142 del 1990. Il criterio

⁴³ Cfr. M. Dugato, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2002, p. 218 e ss.; R. Perfetti, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della L. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Diritto Amministrativo*, 2002, p. 575 e ss.; M. Cammelli, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Rivista T. degli App.*, 2003, p. 513 e ss.; M. Dugato, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giornale di Dir. Amministrativo*, 2004, p. 121 e ss.

distintivo tra i servizi di natura imprenditoriale e quelli privi di tale natura venne sostituito, con l'art. 35 della Legge 23 Dicembre 2001 n. 448, dal criterio fondato sul carattere industriale. Col termine “industriale” ci si voleva riferire a quei servizi capaci di produrre un certo reddito, in contrapposizione all'altra categoria, riferibile ai servizi sociali, i quali non determinavano la produzione di utili. Pertanto, il legislatore distingueva i servizi in due categorie generali a seconda dell'idoneità della gestione dell'attività relativa di produrre reddito e, dunque, un risultato economico per il gestore. L'inclusione di un determinato servizio pubblico in una delle due categorie era di estremo rilievo, in quanto differenti erano le modalità organizzative ed i limiti posti dalla legislazione. Il comma 16 dell'art. 35 prevedeva un rinvio ad un regolamento per l'individuazione dei servizi di natura industriale. Dubbia era la legittimità di tale rinvio, in quanto si affidava ad una fonte regolamentare la determinazione del contenuto della legge, in ordine alla definizione dei servizi a rilievo industriale. Successivamente, l'art. 14, comma 3, del D.L. n. 269/2003 abrogò il comma 16 dell'art. 35.

Il criterio della “industrialità” venne abbandonato e si ritornò al precedente criterio distintivo fondato sulla “economicità”.

Per i servizi privi di rilevanza economica è consentito, ai sensi

dell'art. 113-*bis*, comma 1, del Testo Unico, l'affidamento diretto in favore di istituzioni, aziende speciali, anche consortili e società miste. Inoltre, ai sensi del comma 2, è consentita la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non è opportuno procedere all'affidamento in favore di istituzioni, società ed aziende speciali.

Per i servizi di natura culturale e del tempo libero, è possibile l'affidamento diretto ad associazioni o fondazioni, costituite o partecipate dall'ente locale. Il riferimento a tali specie consente di affermare che la categoria dei servizi privi di rilevanza economica include certamente quelli sociali, ma non si esaurisce in essi. Anche servizi diversi da quelli strettamente sociali devono essere ricompresi nella categoria dei servizi privi di rilievo economico. Infine, l'ultimo comma dell'art. 113-*bis* precisa che i rapporti tra enti e soggetti erogatori sono regolati da contratti di servizio.

Le modifiche apportate dall'art. 35 riguardarono vari aspetti delle forme di gestione; in particolare, si introdusse il principio della separazione tra proprietà delle reti, gestione ed erogazione del servizio. In un primo momento, la proprietà delle reti doveva restare o direttamente agli enti locali, oppure a società a capitale maggioritario degli enti locali. Il prescritto obbligo del capitale maggioritario non

garantiva però un controllo efficace da parte dell'ente locale e, pertanto, successivamente, si sostituì con l'obbligo del totale capitale pubblico. L'affidamento del servizio poteva vedere la partecipazione di soggetti estranei all'amministrazione, ma la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni doveva restare necessariamente in mano pubblica. Oggetto di affidamento a terzi era la gestione dell'attività, non la titolarità di beni pubblici, i quali dovevano restare in proprietà dell'ente locale. Se, per un verso, la proprietà esclusiva consentiva un controllo più incisivo sulla destinazione di tali beni all'interesse pubblico, per altro verso, essi si tutelavano dal rischio dell'impresa. Per rafforzare il principio della proprietà necessariamente pubblica delle dotazioni patrimoniali, era prevista l'intrasferibilità delle azioni della società da parte dell'ente locale in favore di soggetti privati. Inoltre, la partecipazione pubblica non doveva essere necessariamente locale, ben potendo anche enti pubblici diversi acquistare azioni. Piuttosto che un limite verso altri enti pubblici (diversi dall'ente locale di riferimento), la norma poneva solo un limite nei confronti dei soggetti privati, i quali, sia in sede di costituzione che di successivo trasferimento, a pena di nullità della sottoscrizione, non potevano detenere azioni della società.

Affermato il principio della necessaria titolarità pubblica degli

impianti, si precisava che gli stessi erano a disposizione dei soggetti affidatari dell'erogazione del servizio. All'ente locale, titolare degli impianti, doveva essere corrisposto un canone, la cui misura era determinata dall'Autorità di settore oppure, se non esistente, dallo stesso ente locale.

In ordine all'affidamento della gestione delle reti e degli impianti, in un primo momento, si era previsto che lo stesso avvenisse o con procedure competitive oppure direttamente in favore di società con maggioranza pubblica. In seguito, in base alla constatazione dell'economicità dell'attività di gestione degli impianti, l'affidamento diretto venne consentito solo se ricorressero i requisiti dell'*in house*.

Tali requisiti erano previsti, pertanto, sia per l'affidamento della gestione ed erogazione dei servizi, sia per l'attività, egualmente di natura economica, di gestione della dotazione infrastrutturale. La procedura ad evidenza pubblica diviene, con le modifiche alla disciplina apportate nel 2001, la regola degli affidamenti. Con le successive modifiche intervenute, come visto, nel 2003, si individuavano tre distinte modalità di affidamento, le quali garantivano la concorrenza tra le imprese private che intendevano partecipare all'attività di gestione ed erogazione dei pubblici servizi. Innanzitutto, si prevedeva l'affidamento in favore di società di capitali, mediante procedure

selettive ad evidenza pubblica. E' questa l'ipotesi che apre maggiormente al mondo dell'imprenditoria privata il settore. In tale modalità, si individua la più rilevante forma di "privatizzazione sostanziale" dei servizi. Si garantiva ad un tempo, il totale affidamento in favore dei privati e, dunque, l'apertura al mercato, e la tutela della concorrenza tra le imprese private, in quanto la scelta dell'affidatario avveniva con procedure ad evidenza pubblica. Ma questa modalità non era l'unica possibile. Una privatizzazione sostanziale avrebbe richiesto l'unicità della forma di affidamento completo ai privati. Invece, a tale modalità se ne affiancavano altre due, costituite dalla società mista e dalla cosiddetta società *in house*. Era possibile l'affidamento direttamente in favore di società miste con capitale in parte di soggetti privati ed in parte pubblici, a condizione che la parte privata del capitale fosse stata attribuita mediante procedure ad evidenza pubblica, che avessero dato garanzia del rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche. La garanzia della concorrenza tra le imprese private era riferita alla scelta del socio della società mista pubblico-privato.

La terza forma di gestione era costituita dal cosiddetto affidamento *in house*. Locuzione inglese che indica perfettamente il

concetto di gestione interna. Ed infatti, seppur si aveva una società di capitali costituita nelle forme civilistiche, distinta dall'apparato dell'amministrazione, nella sostanza il legame particolarmente intenso che doveva unire società ed ente escludeva che potesse trattarsi di gestione indiretta.

Il suddetto legame veniva stabilito da tre condizioni essenziali per procedere all'affidamento diretto.

In primo luogo, emergeva una condizione collegata alla proprietà della società. La totalità del capitale sociale doveva essere posseduta da soggetti aventi natura pubblica. Una partecipazione anche minima di soggetti di natura privata, in ipotesi anche l'uno per cento, avrebbe impedito il ricorrere del presupposto legale. La società *in house* è, pertanto, una società a capitale necessariamente pubblico.

Il secondo presupposto era collegato alla capacità dell'ente locale di influenzare e controllare la gestione della società. Era riferito al potere in concreto esercitato dal soggetto pubblico sulla società. Si fece riferimento al controllo "analogo" a quello che l'ente esercita sui servizi interni, a voler significare che la facoltà di ingerenza doveva essere così intensa da poter essere raffrontata a quella normalmente esercitata dall'ente pubblico sui suoi organi interni alla struttura.

L'ultimo requisito richiedeva che la società realizzasse la parte

più importante della propria attività con gli enti pubblici titolari.

Attraverso la modalità di gestione della società mista, la scelta del socio privato avveniva mediante procedure ad evidenza pubblica, cui seguiva il diretto affidamento del servizio. Avvenuta la scelta e costituita la società, la gestione era affidata in via diretta. Si riteneva sufficiente, per tutelare la parità tra le imprese private che intendevano partecipare alla gestione, procedere a gara solo per la scelta del socio privato e non per l'effettivo affidamento del servizio. Si attribuiva rilievo maggiore all'interesse del soggetto pubblico il quale aveva proceduto alla costituzione della società ed alla scelta del socio privato, sostenendo i costi relativi. Di contro, l'interesse alla tutela della concorrenza e del mercato, veniva in un certo senso sacrificato o, comunque, garantito dalla scelta "a monte" del socio privato. Questa impostazione, che vedeva solo una limitata forma di trasparenza, è stata successivamente modificata in conseguenza delle prescrizioni provenienti dalla Commissione Europea. La distinzione, infatti, tra ente locale e società mista, soggetto giuridico diverso, determinava l'applicazione della normativa sugli appalti di servizi o, per lo meno, la normativa sulle concessioni. Il servizio non poteva essere affidato direttamente senza regole, ma occorreva il rispetto di una serie di prescrizioni. La procedura ad evidenza pubblica ed il rispetto dei

principi di trasparenza, parità di trattamento, concorrenza, si estendeva al momento della definizione del procedimento di affidamento. Si osservava, infatti, che il servizio può essere gestito direttamente dal soggetto pubblico, con la costituzione di una società *in house*, ed in tal caso *nulla quaestio*; ma se si decide di affidare la gestione ad imprese distinte e si fanno intervenire soggetti giuridici “terzi” rispetto all'amministrazione, si deve osservare la disciplina, fissata a livello europeo, sugli appalti di servizi o quella sulle concessioni.

Le prescrizioni della Commissione sono state recepite dal nostro legislatore procedendo ad una modifica della disciplina.

L'art. 35 della L. 448/2001 ha posto fine al sistema di affidamento diretto da parte dell'ente locale. Si sostituì, inoltre, il termine “affidamento” con quello di “conferimento”. Tale sostituzione è stata indice di una nuova tendenza che vedeva affievolito il regime di riserva in favore degli enti locali della materia dei servizi pubblici. Non si trattò di una vera e propria liberalizzazione, ma di un parziale abbandono della concezione secondo la quale la materia dei servizi pubblici fosse di esclusiva titolarità dell'ente locale, cui spetta il diritto di scegliere la migliore forma di gestione; titolarità da cui discende il diritto di “affidare”. Il “conferimento” avviene, invece, in favore di

imprese private attraverso un sistema concorrenziale per il mercato. La tutela della concorrenza ed il mercato assumono, quindi, un ruolo centrale nell'organizzazione dei servizi pubblici. La competenza nell'organizzazione dei servizi pubblici locali restava comunque affidata agli enti locali, titolari dei servizi stessi ed attraverso i quali dovevano svolgersi le procedure per il conferimento.

Il passaggio al nuovo regime, in altri termini, non determinava la soggezione ai soli principi del mercato, ma veniva ribadita la necessaria titolarità pubblica dei servizi. La liberalizzazione del settore non si spingeva sino alla negazione del potere dell'ente di gestire la fase organizzativa. Con l'art. 35 della Legge n. 448/2001 si è avuta un'apertura solo limitata al mercato, anche se il quadro complessivo emergente dalle nuove norme lasciava spazi d'incertezza notevoli, sicché piuttosto che agevolare l'ingresso nel settore di imprese private, di fatto ne ha rallentato l'inserimento, a causa della difficoltà di tracciare in modo certo i termini per il conferimento. Incertezza che si rifletteva anche sul profilo finanziario dell'impresa privata (cedibilità dei crediti, possibilità di costituire in garanzia le dotazioni, ecc.) e ne scoraggiava l'ingresso.⁴⁴ Un'apertura effettiva al mercato avrebbe

⁴⁴ Cfr. L. Perfetti, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della L. 448/01 ed i possibili profili evolutivi*, in *Diritto Amministrativo*, 2002, p. 633; C. Orrei, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali tra regole di mercato e affidamenti in house*, Università di Salerno, Sezione di Diritto Pubblico, Quaderni, n. 11, 2007, p. 24.

richiesto un'adeguata regolamentazione e chiarezza sulle modalità di conferimento. L'apertura al mercato, inoltre, non può mai essere incondizionata, ma deve essere necessariamente accompagnata da un impianto regolamentare che assicuri, per un verso, il perseguimento dell'interesse pubblico e, per altro verso, la concorrenza tra le imprese private.

Più che di effettiva liberalizzazione del settore, si trattò dell'inizio di un processo che negli anni successivi si sarebbe ulteriormente evoluto. Si consideri anche che, successivamente, si sostituì la precedente facoltà di trasformazione delle aziende speciali, di cui si detto, in obbligo di procedere alla trasformazione. Indica questo di un processo di graduale liberalizzazione in atto.

La società mista pubblico-privato, che nel corso degli anni aveva avuto una notevole diffusione e rappresentava la forma di gestione cui si faceva sempre più ricorso, grazie alla possibilità di poter ottenere un affidamento diretto del servizio, con la modifica intervenuta, che di fatto la metteva sullo stesso piano delle altre imprese private, cominciò ad essere sempre meno utilizzata. La conseguenza era inevitabile in quanto, mancando il beneficio speciale dell'affidamento diretto, sia l'ente locale sia i privati non avevano più interesse alla costituzione di un organismo societario il quale, non diversamente dalle imprese

private, avrebbe dovuto partecipare alla gara. Si parlò, allora, di tramonto del modello gestionale della società mista.

5. I Caratteri della società “mista” e della società “in house”

L'organismo societario di diritto comune, adattato alla presenza nell'azionariato di un socio pubblico, viveva una forte contraddizione. Da un lato, la presenza nel capitale dell'ente locale avrebbe dovuto giustificare, secondo l'impianto normativo originario, l'esclusione dell'applicazione della procedura ad evidenza pubblica. Dall'altro lato, l'ente societario misto, nato su questi presupposti, si è visto sottrarre il beneficio dell'affidamento diretto, che ne aveva determinato la notevole utilizzazione. La nuova disciplina determinò, quindi, l'abbandono nella pratica di tale modalità di gestione. Le nuove norme furono emanate in adempimento degli obblighi derivanti dall'Unione Europea, conseguenti all'affermazione della terzietà della società rispetto all'ente locale. Se si aveva un soggetto giuridico distinto, la Commissione Europea richiedeva l'applicazione della normativa europea sugli appalti o, in via residuale, quella sulle concessioni. Occorre domandarsi se lo schema della società mista configurasse un soggetto realmente

distinto e “terzo” rispetto all'ente pubblico. L'attenzione deve essere rivolta al rapporto intercorrente tra soggetto pubblico e società per verificare se vi fosse la compresenza di due distinti soggetti giuridici oppure se la società potesse considerarsi un'articolazione della struttura dell'ente locale. Occorre, quindi, domandarsi se nell'ipotesi di società mista ricorresse il fenomeno dell'esternalizzazione ed in quale misura, oppure se si trattasse di una possibile forma di gestione interna o solo in parte interna. Bisogna distinguere tra società mista a partecipazione pubblica maggioritaria necessaria e società mista senza obblighi di composizione del capitale. Originariamente, il capitale doveva essere necessariamente in maggioranza pubblico. Ciò era stabilito per consentire un controllo particolarmente incisivo. Una società che vedeva fortemente modificata la disciplina codicistica in favore di deroghe pubblicistiche che impongono, al di fuori di ogni norma rinvenibile nella disciplina comune, la composizione del capitale della società in un modo determinato. Certamente, guardando ai principi civilistici, rappresentava una società dai forti elementi di specialità. Risulta difficile considerare tale ente una società di diritto comune, normalmente disciplinata dagli articoli del codice civile dedicati alla materia. La particolare incidenza sul controllo, sulla gestione, sulla funzione ed i diritti particolari spettanti al socio

pubblico, consentono piuttosto un'assimilazione con l'organo interno dell'ente locale. E, se di mera articolazione interna si tratta, l'esercizio dell'attività non è completamente esternalizzato. Se è gestione interna, allora non si ha la nascita di un soggetto distinto, presupposto necessario per considerare applicabile la disciplina sugli appalti di servizi e quella sulle concessioni. Anche nel caso in cui l'ente locale, come si stabilì in un momento successivo, detenesse solo una partecipazione di minoranza, la legge garantiva comunque strumenti di controllo e di direzione sganciati dalla partecipazione al capitale. Si trattava di norme che andavano a stravolgere l'impianto regolamentare delle società di diritto comune, nelle quali il potere ed il peso di ciascun socio è dato normalmente dalla propria partecipazione al capitale sociale. L'affermazione della natura di organo dell'ente locale si fondava sulla persistenza in capo al socio pubblico dei "maggiori poteri". La società mista sarebbe stata, dunque, una possibile forma organizzativa interna dell'ente locale. La resistenza della società mista alle critiche mosse dalla Comunità Europea in quegli anni si fondava proprio sull'affermazione di una sostanziale equiparazione tra società ed organo dell'ente.⁴⁵ Si riteneva esistente una vera e propria "relazione gerarchica". Gli elementi di collegamento

⁴⁵ Cfr. Circolare del Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio del 19/10/01 n. 12727, a seguito della procedura d'infrazione della Comunità Europea nei confronti dell'Italia n. SG (2000) D/108243.

con l'ente locale escludevano l'esistenza di un soggetto giuridico "terzo".

In realtà, si ritiene che la forma gestionale della società mista non rappresentasse affatto un'apertura al mercato ed una liberalizzazione del settore. Una vera svolta nella direzione della liberalizzazione si ha solo nel caso di un arretramento totale del soggetto pubblico. Più che altro, la società mista poteva essere definita come un fenomeno partecipativo, una sorta di associazione in partecipazione del privato all'attività di gestione dei servizi. Ciò in quanto la funzione del privato era notevolmente ristretta, mentre quella pubblica era notevolmente allargata a poteri eccezionali, sia di gestione che di controllo.

Una vera liberalizzazione non obbliga i privati ad entrare in società con capitale maggioritario pubblico, come previsto nella prima fase. Neanche con le novità introdotte con la L. 448 del 2001 si è avuta una sostanziale liberalizzazione, in quanto persisteva la titolarità del servizio in capo al soggetto pubblico. Solo spostando la titolarità dal soggetto pubblico ai privati si determina una reale apertura al mercato. Al soggetto pubblico residuerebbe solo una funzione di controllo esterno sul perseguimento degli interessi pubblici, anche con poteri di intervento e di indirizzo. Ma il controllo esterno è altra cosa rispetto alla titolarità. Si parla di titolarità del servizio, di libertà di

autodeterminazione, di funzioni e competenze. Di certo, la materia dei servizi pubblici locali non può essere semplicemente immessa nel mercato senza regole.⁴⁶ Occorre garantire la qualità del servizio, l'accessibilità, l'universalità dell'offerta, il controllo dei prezzi per la fruizione. Da questo punto di vista, la permanenza in capo al soggetto pubblico della titolarità dovrebbe essere necessaria. Se si esternalizza, significa che l'ente rimane titolare dell'attività; altrimenti, non deve parlarsi di esternalizzazione bensì di liberalizzazione.

Alla base, è necessaria una scelta tra i principi del libero mercato ed il principio del controllo pubblico sui servizi. La titolarità in capo al soggetto pubblico garantisce il rispetto della regola dell'universalità del servizio e degli *standard* qualitativi. La titolarità deve restare necessariamente pubblica. La gestione e l'erogazione, al contrario, possono essere anche affidate a privati.

Le società miste presentano forti elementi di singolarità. Vi è, innanzitutto, un soggetto pubblico, l'ente locale, titolare per competenza dei servizi pubblici locali. Vi è poi una società alla quale viene affidata la gestione e l'erogazione del servizio. Tale società è partecipata anche dal soggetto pubblico, titolare del servizio. Il socio pubblico esercita sulla società dei poteri speciali ed un controllo ben più

⁴⁶ Cfr. S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2004, p. 116.

penetranti rispetto al controllo societario comune. Si è parlato, infatti, di rapporto di natura giuspubblicistica tra società ed ente locale. Del privato, come detto, si vuole sfruttare la capacità imprenditoriale, industriale, di innovazione tecnica, oltre alla naturale propensione all'efficienza. Una società con due anime. Difficilmente si può conciliare la finalità privata, normalmente lucrativa, con quella pubblica, normalmente non lucrativa. Si può affermare che, in realtà, non si ha una sola società, ma due distinte: una privatistica ed una pubblica. Si chiama, per l'appunto, società mista. Il risultato è un intreccio di funzioni e poteri che difficilmente riesce a trovare un equilibrio ed una collocazione giuridica, tra diritto pubblico e diritto privato. Si pensi alla causa del contratto di tale organismo societario, che difficilmente può essere ricostruita in termini unitari. Non si è certamente in presenza di un contratto misto, in quanto è espressamente disciplinato dalla legge e non risultante della combinazione, frutto dell'autonomia contrattuale, di più schemi tipizzati dal legislatore. I soci della società perseguono, però, finalità diverse. Il socio pubblico una finalità di interesse generale e non lucrativa. Il socio privato persegue esclusivamente un fine di lucro, attraverso l'esercizio dell'impresa. Dell'attività pubblica, il soggetto privato è interessato al solo rilievo economico dell'attività stessa ed è indifferente al soddisfacimento dei

bisogni della collettività. Con l'ingresso in una società mista, il socio privato non intende svolgere una funzione pubblica, come nel caso in cui, attraverso associazioni od enti senza scopo di lucro, si occupa di “servizi” sociali, culturali e del tempo libero. In questo caso, il socio privato entra nella compagine societaria mista pubblico-privato al solo scopo di trarre profitto dall'attività economica di gestione dei servizi pubblici locali. Non si è in presenza di una sola società, ma di due distinte: una lucrativa, secondo il dettato tipico di cui all'art. 2247 del codice civile ed una società con causa pubblica, nel senso che sarà meglio precisato in seguito. In questa fattispecie societaria il socio pubblico persegue una causa pubblica, secondo quanto previsto dall'art. 2449 del codice civile. La particolarità della società mista è la non coincidenza della funzione che svolge l'organismo societario per tutti i soci. Vi sono due categorie di soci: una costituita dai soci pubblici e l'altra dai soci privati, cui corrispondono due funzioni diverse.

Risulta agevole, sulla base di quanto sin qui considerato, comprendere la particolarità della società mista, permeata da contraddizioni funzionali, difficilmente inquadrabile nel nostro ordinamento giuridico, al limite tra diritto pubblico e privato.

Il punto di partenza, dal quale mosse già il legislatore del 1942, è la ricerca di una forma di organizzazione che possa consentire alla

Pubblica Amministrazione di svolgere alcune attività, non secondo i canoni tradizionali dell'agire amministrativo, ma nell'ottica dell'efficienza, efficacia ed economicità (nell'ottica dell'amministrazione per "risultati"). Da questa consapevolezza e da questa volontà si è estesa l'organizzazione societaria comune all'azione dell'amministrazione pubblica (art. 2449 c.c.). La previsione nel codice civile della possibilità che un ente pubblico partecipi ad una società di diritto comune, giustifica, come meglio si argomenterà in seguito, la presenza di una causa pubblica nel contratto di società, alternativa a quella lucrativa. Il problema, in questo caso si accresce, in quanto non si tratta solo di valutare la legittima utilizzazione del modello societario comune per finalità di pubblico interesse, ma di verificare la compatibilità tra causa pubblica e lucrativa presenti nel medesimo organismo societario. Nascono al riguardo una serie di problemi di coordinamento con lo schema societario tipico. Se vi sono due categorie di soci (pubblici e privati) che perseguono distinte finalità, non si comprende come la società debba essere strutturata ed organizzata: se ordinata alla produzione di utili o esclusivamente al soddisfacimento di bisogni collettivi. L'interprete, chiamato ad inquadrare la fattispecie secondo i principi dell'ordinamento giuridico, si trova innanzi ad una serie di ostacoli. Se la causa del contratto deve essere necessariamente

unica, la fattispecie delle società miste rappresenta un caso nel quale la funzione complessiva svolta dal contratto diverge a seconda delle diverse “categorie di contraenti”. Non vi è comunione di scopo tra i soci. La natura e la causa della società mista sono ancora da indagare, sulla base di un percorso economico-individuale.

Torniamo ora alla questione inerente al rapporto tra società ed ente locale per verificare se si tratti di delegazione interorganica o, al contrario, di un rapporto sinallagmatico tra soggetti giuridici distinti. Occorre chiarire quali siano state le motivazioni della resistenza interna della società mista. In via preliminare, occorre operare una scissione tra titolo, gestione ed erogazione del servizio. Come detto, la titolarità, ove attenuata, accelera il processo di liberalizzazione. Si è però rilevato che, al fine di garantire il controllo pubblico sul soddisfacimento dei bisogni collettivi, è necessario che la titolarità dei servizi resti pubblica. Non è però essenziale che titolarità, gestione ed erogazione siano affidati allo stesso soggetto. La resistenza della società mista si fondava sulla natura giuspubblicistica del rapporto intercorrente tra ente e società. Quest'ultima, si affermava, deve considerarsi un “organo indiretto” dell'ente pubblico e, conseguentemente, non vi è “terzietà”. Non si chiariva, in tal modo, come fosse possibile la presenza di un *partner* privato nell'organo

dell'ente locale; a meno che non si ipotizzasse lo svolgimento privato di funzioni pubbliche, con un'ipotesi sostitutiva del privato al pubblico. Ma, si è visto, il privato non svolge, nella società mista, alcuna funzione pubblica; semplicemente, partecipa ad una attività economica per trarne degli utili. Evidentemente, non di struttura indiretta dell'ente locale si trattava, ma di un soggetto distinto al quale si affidava la gestione del servizio. Fondate erano, pertanto, le procedure d'infrazione europee nei confronti della nostra legislazione interna. La “terzietà” determinava l'applicazione necessaria delle norme sugli appalti di servizi o quelle sulle concessioni. La scelta del *partner* tramite procedure selettive ad evidenza pubblica non è sufficiente ad escludere l'applicazione delle suddette normative.

Si ritiene che il concetto di “organo indiretto” possa essere richiamato solo ove l'organismo esterno sia totalmente partecipato dall'ente locale. La proprietà e la sussistenza della causa pubblica determinano la possibile definizione di organo dell'ente locale. L'aspetto della titolarità esclusiva rileva di più di ogni altro per tale qualificazione, anche in considerazione di ciò che si è stabilito da parte della giurisprudenza europea in tema di *in house*.

La riforma della disciplina dei servizi pubblici locali, operata dall'art. 35 della L. 448/01, aveva definitivamente sancito il tramonto

della società mista. Nel 2003, come si è detto, il legislatore interviene con nuove regole di disciplina del settore, che portarono ad una “controriforma”. Col D. L. 269/03 il diritto interno viene adeguato a quanto si stava delineando a livello europeo, sia da parte della Commissione, che della Corte di Giustizia, in ordine alle caratteristiche che deve avere la società per poter godere dell'affidamento diretto. Viene esaltato il principio del mercato e si limita il ricorso all'affidamento interno. Nasce il concetto, di origine europea, di *in house providing*. Si fissano i criteri da rispettare affinché si possa considerare organismo interno dell'ente. In sede di giurisprudenza comunitaria si individuano i presupposti legali necessari. Essi sono riferiti alla proprietà, all'attività ed al controllo.

Quanto alla proprietà, viene imposto il possesso della totalità delle azioni o quote da parte del soggetto pubblico. Si tratta di società con capitale necessariamente pubblico, sia unipersonali nella maggior parte dei casi, sia pluripersonali ma pur sempre soci di natura pubblica. La partecipazione totalitaria deve essere accompagnata dagli altri due presupposti, i quali non sono alternativi ma cumulativi.

L'ente locale deve poter esercitare sulla società un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi. Si tratta di una forma di controllo diversa e più penetrante rispetto al controllo societario.

L'ultimo presupposto richiesto è che la società svolga la parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente locale che la controlla. La contemporanea sussistenza dei tre presupposti esclude che vi sia “terzietà” ed esclude, conseguentemente, l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

Nel 2003, come detto, la disciplina della materia è stata nuovamente modificata, con un ritorno al passato, definito una “controriforma”. Veniva reintrodotta la possibilità dell'affidamento diretto in favore di società miste nelle quali il socio fosse stato scelto con procedure ad evidenza pubbliche (art. 113, comma 5°, lett. b del Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali). Inoltre, si disciplinava la cosiddetta società *in house*, possibile beneficiaria di affidamento diretto (art. 113, comma 5°, lett. c). Al di fuori di questi due casi, la regola era l'affidamento tramite procedure competitive ad evidenza pubblica (art. 113, comma 5°, lett. a). Il legislatore italiano adegua, pertanto, la normativa interna a quella sovranazionale. Con tale intervento legislativo, il concetto di *in house providing* viene introdotto nel nostro ordinamento.

Questa “controriforma”, che vedeva la riemersione delle società miste e la affermazione delle società *in house*, è stata dovuta anche alle esigenze di numerosi enti locali i quali si trovavano ad essere titolari di

società di gestione e non potevano più contare sull'affidamento diretto. Per consentire la continuità nell'erogazione del servizio si regolamentarono i casi dell'affidamento senza gara. Si è dato rilievo alle istanze degli enti locali per l'effettiva erogazione dei servizi. Ciò ha determinato, inevitabilmente, un allontanamento dell'apertura al mercato del settore. Sotto altro aspetto, la gestione diretta da parte dell'ente locale aveva impedito il formarsi di un'alternativa privata in grado di poter garantire una gestione ottimale del servizio. L'apertura immediata alle imprese private, senza un adeguato periodo di transizione, avrebbe trovato queste ultime impreparate a svolgere un'attività diversa da quelle svolte nel mondo privato, in quanto permeata da elementi pubblicitici.

La necessità avvertita di consentire la continuità del servizio in capo a società controllate dell'ente locale ha, di fatto, bloccato il percorso dell'apertura effettiva al mercato imprenditoriale privato. Inoltre, vi era anche il convincimento che la materia dei servizi pubblici locali dovesse restare di competenza esclusivamente pubblica, sia dal punto di vista della titolarità sia dell'erogazione. Queste motivazioni furono alla base delle nuove norme, le quali attribuivano all'ente locale, come in passato, il diritto di scegliere la migliore forma organizzativa attraverso il riconoscimento del loro potere di

autodeterminazione.

A fare da contraltare alla riaffermata centralità del potere di autodeterminazione dell'ente locale, sono stati i paletti imposti per il caso in cui si scegliesse la modalità societaria mediante un affidamento diretto. Il problema era quello di definire in modo certo i confini all'interno dei quali doveva trovare necessariamente applicazione la disciplina sugli appalti pubblici di servizi. Il punto controverso era il rapporto tra l'ente locale e l'organismo deputato alla gestione del servizio. Nasce, in sede comunitaria, in modo graduale, il concetto della gestione *in house*, che nel corso degli anni si è andato via via definendo nei suoi aspetti essenziali. Si cominciò a parlare di *in house* nel Libro Bianco, in tema di disciplina degli appalti pubblici di servizi nell'Unione Europea, delineandosi gli elementi del rapporto tra concedente e concessionario affinché lo stesso potesse considerarsi di tipo organico. In particolare, si faceva espresso riferimento alla “delega interorganica” nella Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario.⁴⁷

Il concetto di *house* è stato poi completato nei suoi elementi essenziali dalla giurisprudenza comunitaria in varie sentenze, tra le quali, per importanza, si ricordano quella Ri.SAN. e Teckal.

⁴⁷ Comunicazione del 12 Aprile 2000, 2000/C, 121/02, in G.U.C.E. Del 29/4/2000.

6. La nuova disciplina del 2008. Principi fondanti della gestione

Il legislatore nel 2008 è nuovamente intervenuto sulla regolamentazione della materia dei servizi pubblici locali. Le novità del 2008 sono contenute nel Decreto Legge del 25 Giugno 2008, n. 112, convertito in Legge 6 Agosto 2008, n. 133, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria (Gazzetta Ufficiale del 21 Agosto 2008, n. 195 – Supplemento Ordinario n. 196).⁴⁸

⁴⁸ Art. 23-*bis*. Servizi pubblici locali di rilevanza economica. *1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.*

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

6. E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono 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, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

8. Salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e) le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3.

9. I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centottanta giorni alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di:

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di

La legge si propone, tra gli altri obiettivi, quello della “*crescita del tasso di incremento del PIL rispetto agli andamenti tendenziali per l'esercizio in corso e per il successivo triennio attraverso*”, anche, il potenziamento dell'attività della pubblica amministrazione ed il rilancio delle privatizzazioni (Titolo I - “*Finalità e ambito di intervento*”

beni e servizi e l'assunzione di personale;

b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;

c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;

d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;

f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;

h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;

i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;

l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;

m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, e' abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

- art. 1, comma 1, L. 133/08).

Di seguito si analizzeranno le norme che hanno regolato i servizi pubblici locali, in specie gli articoli 18 e 23-*bis*.

Si evidenzieranno le principali novità apportate e le indicazioni e prescrizioni della giurisprudenza nazionale e comunitaria.

Nel Capo VI (*“Liberalizzazioni e deregolazione”*), è inserito l’art. 23-*bis*, riguardante i *“Servizi pubblici locali di rilevanza economica”*.

La regolamentazione riscrive le modalità di affidamento previste dall’art. 113 del Decreto Legislativo del 18 Agosto 2000, n. 267 (*“Testo Unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali”*), collocato nel Capo V (*“Servizi e interventi pubblici locali”*). L’articolo 112 del Testo Unico attribuisce, in generale, la capacità agli enti locali di gestire attività, di produzione di beni e diverse, dirette alla *“realizzazione di fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*. Nel Testo Unico si distingue tra *“Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”* (art. 113) e *“Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica”* (art. 113-*bis*). Le novità introdotte dalla legge n. 133/08 riguardano i servizi di rilevanza economica.

L’articolo 23-*bis* del D. L. 112/08, inerente, come detto, i *“Servizi pubblici locali di rilevanza economica”*, contiene al primo comma una

enunciazione dei principi cardine che sorreggono l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Possiamo distinguere principi diretti alla tutela del mercato e degli operatori economici e principi che garantiscono gli utenti dei servizi. Quanto alla prima categoria, il legislatore, dopo aver precisato che la normativa applica la disciplina comunitaria, si propone la diffusione dei principi della concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi degli operatori economici, facendo espresso riferimento all'art. 117, 2° comma, lettera e) della Costituzione (che prevede la legislazione esclusiva dello Stato nella materia della tutela della concorrenza). Nella seconda categoria rientra la garanzia di un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione ed il diritto all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, 2° comma, lettera m) della Costituzione (che prevede la legislazione esclusiva dello Stato nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale).

Il legislatore si preoccupa, dunque, sia di garantire il libero mercato e le imprese, sia gli utenti finali del servizio, attraverso, come visto, una duplice forma di garanzia diversamente orientata.

Rispetto all'art. 113 del D. Lgs. n. 267/00 previgente, il legislatore compie un passo in avanti, ampliando e specificando i principi posti alla base della normativa. In particolare, si ricorda che l'art. 113 prevedeva che le disposizioni ivi contenute concernevano la "tutela della concorrenza"; dunque, più ampia risulta la nuova norma, la quale enuclea anche la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi. La tutela degli utenti diviene, inoltre, principio cardine della nuova disciplina.

L'art. 113 del Testo Unico prevedeva la inderogabilità delle disposizioni ivi contenute e che le stesse fossero integrative delle discipline di settore; inoltre, restavano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Nella novella del 2008 si prevede che le disposizioni prevalgono sulle discipline di settore incompatibili.

7. Affidamento ordinario e straordinario. Obblighi di pubblicità e motivazione. L'apertura agli imprenditori individuali ed alle società di persone. La funzione dell'Authority per la Concorrenza ed il Mercato

La norma novellata nel 2008 prevedeva una forma ordinaria di conferimento della gestione dei servizi pubblici, costituita dalla scelta attuata con procedure competitive ad evidenza pubblica. La norma richiama espressamente la applicazione, per il procedimento di scelta del soggetto cui affidare il servizio, dei principi del Trattato della Comunità Europea e dei principi generali sui contratti pubblici. Vengono richiamati i principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Il riferimento a tali principi rappresenta una novità rispetto all'art. 113 previgente del Testo Unico.

Di particolare rilievo è l'introduzione della possibilità che il servizio venga gestito, oltre che da società di capitali, anche da imprenditori e da altre forme societarie. Nel 2° comma si afferma che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene a favore

di *“imprenditori o di società in qualunque forma costituite”*. Questo elemento rappresenta una novità di estremo rilievo rispetto alla disciplina, sia generale che di settore, previgente. Infatti, in passato le sole società di capitali potevano essere aggiudicatarie della gestione di servizi pubblici. Con la nuova norma si apre sia ad imprenditori individuali, sia alle altre forme societarie diverse dalle società di capitali, la possibilità di divenire conferitari della gestione di pubblici servizi. Si ricorda che, a livello di normazione generale, l’art. 113 del Testo Unico prevedeva, al comma 5°, il conferimento della titolarità del servizio in favore esclusivamente *“di società di capitali”*. A livello di normativa di settore, ad esempio, la legge regionale Lombardia n. 26/03, di *“Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale – norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche”*, prevede che *“l’erogazione dei servizi è affidata a società di capitali”*.

Con l’estensione anche a forme diverse dalle società di capitali della possibilità di gestire servizi pubblici locali, il legislatore ha inteso conformarsi a quanto sancito dalla Corte di Giustizia.

Con la sentenza della Corte di Giustizia europea, Sez. IV, del 18 Dicembre 2007, n. C-357/06, si è statuito che l’art. 26, numeri 1 e 2, della Direttiva del Consiglio n. 92/50, come modificata dalla Direttiva

della Commissione n. 2001/78, osta alle disposizioni nazionali quali il comma 5 dell'art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali, oltre che ad altre specifiche normative di settore, nelle quali si impedisce a candidati od offerenti autorizzati, di erogare il servizio per il solo fatto che non hanno la specifica forma giuridica di società di capitali. Afferma la Corte che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare la norma interna in modo conforme a quanto statuito a livello comunitario e, nel caso in cui i margini interpretativi non consentano una applicazione conforme, è tenuto a disapplicare la norma contrastante con i precetti del diritto comunitario.⁴⁹

⁴⁹ La sentenza n. C-357/06, del 18 dicembre 2007, della Corte di giustizia Europea, ha ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale(ex art 234 CE) proposta dal T.A.R. Lombardia con ordinanza del 16/6/2006, nella causa “Frigerio Luigi & C. snc” contro “Comune di Triuggio” e nei confronti di “Azienda servizi multisettoriali Lombardia-A.S.M.L. Spa”. La sentenza si fonda sul contenuto della Direttiva 92/50, nella quale vengono affermati principi fondamentali da osservare per l'affidamento dei pubblici servizi. La Direttiva persegue l'obiettivo della formazione di un mercato ove sia garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Si afferma che occorre “evitare intralci alla libera circolazione dei servizi e che pertanto i prestatori di servizi possono essere sia persone fisiche sia persone giuridiche”. All'art. 26 si prevede che i candidati od offerenti non possono essere respinti per il solo fatto che secondo le disposizioni dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche. A livello di normativa interna, nella sentenza si fa riferimento al comma 5° dell'art. 113 del TUEL, nonché alle norme di settore specifiche (art. 2, comma 6°, L. regionale Lombardia n. 26/2003; nonché art. 198, comma 1°, D.Lgs. n. 152/2006).

Nell'ambito di una controversia su un affidamento diretto della gestione del servizio di igiene ambientale nel territorio comunale, il Comune, nonché la società affidataria diretta del servizio, hanno chiesto in via incidentale la declaratoria di inammissibilità rilevando la carenza di interesse della ricorrente, in quanto società costituita nella forma di società in nome collettivo, la quale non sarebbe comunque potuta divenire aggiudicataria del servizio. La Corte, sulla base delle questioni pregiudiziali avanzate dal T.A.R. Lombardia (il quale chiede se le disposizioni della direttiva contrastino con le norme di diritto interno italiane), afferma che le amministrazioni non possono “scartare” dalla procedura candidati od offerenti in ragione della forma giuridica e che, pertanto, la prescrizione comunitaria osta alla normativa nazionale. Afferma, inoltre, che secondo

Il Consiglio di Stato, inoltre, si è conformato alle prescrizioni provenienti dalla Corte di Giustizia europea. Con sentenza del giorno 8 Settembre 2008, n. 4242, il Collegio ha affermato che è vietata ogni discriminazione, nelle procedure per l'affidamento dei servizi pubblici locali, fondata sulla forma societaria.⁵⁰

una giurisprudenza consolidata, il giudice nazionale deve dare ad una disposizione di diritto interno un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario, avvalendosi per intero del margine di discrezionalità consentitogli dal suo ordinamento nazionale. Nel caso in cui l'applicazione conforme non sia possibile, il giudice nazionale deve applicare integralmente il diritto comunitario e deve tutelare i diritti che questo conferisce ai singoli, disapplicando se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (in tal senso, sentenze: 4/2/1988, causa 157/86, Murphy e a., Racc. pag. 673, punto 11 e 11/1/2007, causa C-208/05, ITC, Racc. pag. I-181, punti 68 e 69).

⁵⁰ Con la sentenza del giorno 8 Settembre 2008 n. 4242, il Consiglio di Stato, si è occupato della esclusione, avvenuta nel 2006, di una società in nome collettivo da una procedura per l'affidamento dei servizi di raccolta, trasporto e conferimento di rifiuti solidi urbani, raccolta differenziata e servizi di igiene e tutela ambientale del Comune di Campomarino. La Commissione di gara aveva in un primo momento ammesso la società in nome collettivo ma, successivamente su segnalazione di altra società partecipante, l'aveva esclusa, in via di autotutela. Il servizio veniva affidato a seguito della gara ad una società a responsabilità limitata. Avverso tale esclusione, la società in nome collettivo aveva proposto ricorso al Tar Molise, il quale, con sentenza del 20 Novembre 2006 n. 966, dichiarava legittima la esclusione sulla base del disposto dell'art. 113, comma 5, del D. Lgs. 267/2000.

La sentenza di primo grado ha richiamato l'interpretazione prevalente dell'art. 113, comma 5°, del D. Lgs. 267/2000, come modificato dall'art. 35 della L. n. 448/2001 e confermato dall'art. 14 del D.L. n. 269/2003 (C.d. S., sez. V, 20/10/2005 n. 5883; T.A.R. Sardegna, 11/12/2003, n. 1683; T.A.R. Milano, sez. III, 13/4/2004, n. 1451; T.A.R. Piemonte, sez. II, 21/4/2004, n. 311), escludendo altresì che in materia di servizi inerenti lo smaltimento dei rifiuti si possa derogare alle norme sui servizi pubblici locali di rilevanza economica (C.d.S., sez. V, 6/5/2003, n. 2380; T.A.R. Milano, sez. III, 13/4/2004, n.1451).

Contro tale decisione veniva proposto appello in Consiglio di Stato. Nelle more dell'appello è sopravvenuta la sentenza della Corte di Giustizia n. 357/2007.

Il Consiglio di Stato con la sentenza *de qua* si conforma alle prescrizioni della sentenza della Corte di Giustizia ed afferma che alla gara può concorrere "qualsiasi soggetto, anche costituito in forma diversa dalla società di capitali".

Non viene accolta, comunque, la richiesta di risarcimento danni avanzata dalla ricorrente società, quantificato in almeno il 10% dell'importo totale della gara (650.000 euro per 3 anni), oltre a svalutazione e interessi al soddisfo. Ai fini della responsabilità extracontrattuale occorre, infatti, l'accertamento in concreto della colpa della P.A. intesa

Oggi, il contrasto tra regime normativo nazionale ed il precetto sovranazionale è definitivamente risolto con la novella contenuta nell'art. 23-*bis*, che conforma il diritto interno a quello comunitario.

Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali può avvenire, ai sensi della nuova normativa, secondo due modalità: una ordinaria, applicabile in tutti i casi; l'altra eccezionale, che richiede determinati presupposti.

Come detto, al 2° comma si prevede la forma ordinaria di conferimento della gestione del servizio, costituita dalla selezione tramite procedure ad evidenza pubblica. La via ordinaria apre, dunque, al mercato l'attività di gestione dei pubblici servizi. La selezione avverrà tra imprese in regime paritario, senza preferenze che possano contrastare col principio di concorrenza (anche richiamato dal primo comma).

come apparato (Corte Cost., 7/4/2006, n. 149; Cass. SS.UU. 22/7/1999, n. 500; ex plurimis, Cass., sez. III, 21/10/2005, n. 20358; Cass, sez. I, 18/6/2005, n. 13164). Non è sufficiente la sussistenza del profilo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma occorre, come ricordato dai giudici del Consiglio di Stato, la colpa dell'amministrazione, che non può essere presunta ma va accertata in concreto. Al momento dell'esclusione, la commissione di gara aveva agito in modo conforme alla legge, considerati il disposto del comma 5° dell'art. 113 e la mancanza di una precisa disposizione comunitaria in segno diverso. L'operato della stessa non può essere censurato sotto il profilo soggettivo, avendo al contrario agito in modo logico e doveroso. La commissione aveva l'obbligo di accogliere l'eccezione della contro interessata ed escludere la società in nome collettivo dalla gara, non sussistendo in quel momento storico alcun precetto comunitario che prevedesse diversamente. I giudici fanno riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia del 5 Marzo 1996 n. 46, nella quale si afferma il principio secondo cui gli Stati membri sono responsabili dei danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili ove l'inadempimento contestato sia riconducibile al legislatore nazionale. In ordine ai danni, il Consiglio di Stato conclude affermando che "il comportamento della commissione era doveroso, salvo incorrere nella manifesta illegittimità per violazione della norma introdotta dal legislatore statale, nei cui confronti deve essere rivolta la domanda risarcitoria".

Al terzo comma, si prevede una deroga al regime ordinario di conferimento. Nel caso in cui condizioni straordinarie, riferite al contesto territoriale ove il servizio deve essere svolto, non consentano il ricorso al mercato, l'affidamento può essere diretto, senza l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica. La norma richiede, in questo caso, l'osservanza dei principi comunitari sull'affidamento diretto in favore di società *in house* o miste. Il ricorso al mercato non risulta utile, per una migliore gestione, ed efficace ove sussistano speciali condizioni sociali, ambientali e geomorfologiche, oltre che economiche dell'area nella quale la prestazione dovrà essere erogata. Per valutare i casi in cui si possa non ricorrere al mercato, è necessario procedere ad un'analisi, la quale tenga conto delle condizioni suddette.

L'amministrazione non è, dunque, libera di scegliere tra affidamento diretto e mediante procedure ad evidenza pubblica, ma deve seguire quest'ultima forma di conferimento nella normalità dei casi e solo eventualmente, ove ricorrano circostanze del tutto peculiari, può ricorrere all'affidamento diretto. In quest'ultimo caso, deve darne adeguata motivazione in base ad una analisi di mercato. Tale analisi deve risultare da una relazione che l'Amministrazione deve trasmettere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, affinché le stesse

formulino un parere nei sessanta giorni successivi alla ricezione della relazione.

Si tratta, pertanto, di un procedimento complesso alla base dell'affidamento diretto del servizio, composto da più fasi.

Una prima fase, diretta alla verifica delle condizioni necessarie per ritenere non utile il ricorso al mercato, è di competenza dell'Amministrazione interessata, la quale predisporrà una relazione da inviare alle autorità garanti, avvalendosi di esperti della materia, interni alla propria struttura, ma eventualmente anche esterni, data la complessità ed ampiezza dell'analisi da svolgere.

Una seconda fase, costituita dall'espressione del parere da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed eventualmente, ove esistenti, da parte delle autorità di regolazione del settore, sulla base della relazione fornita dall'Amministrazione. Questa fase si concluderà, entro sessanta giorni, con la formulazione di un parere, che potrà essere favorevole o contrario, oppure, si ritiene, con la richiesta di ulteriori verifiche e studi del contesto socio-economico-ambientale di riferimento.

La terza ed ultima fase, prende avvio dal ricevimento del parere espresso dalle autorità e si conclude con la decisione dell'Amministrazione di affidare il servizio direttamente (in questo

caso, osservando quanto stabilito dal diritto comunitario in ordine agli affidamenti diretti) oppure di ricorrere in via ordinaria al mercato, espletando le procedure di evidenza pubblica. L'amministrazione è tenuta a dare adeguata pubblicità ed a motivare la decisione dell'affidamento diretto, sia nel momento della formulazione della relazione da inviare alle autorità sia, a parere ottenuto, nell'emanazione del provvedimento finale. Il parere reso dalle autorità, avendo funzione meramente consultiva, non vincola l'Amministrazione, ma nel caso in cui la stessa decida di discostarsene, si ritiene che sia tenuta a motivare adeguatamente la scelta difforme.⁵¹

Con l'affidamento nella forma ordinaria, il legislatore compie un decisivo passo in avanti nella direzione dell'apertura del mercato dei servizi pubblici, aderendo alle indicazioni e prescrizioni sia interne che comunitarie. La previsione di necessarie procedure concorrenziali per l'affidamento nella normalità dei casi offre al mercato nuove possibilità, con un deciso rafforzamento della posizione degli operatori economici non pubblici.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con una

⁵¹ Nei precedenti progetti di riforma della materia era prevista una forma ordinaria di affidamento, costituita dalla scelta tramite gara, accompagnata da una previsione di carattere eccezionale di affidamento diretto, con divieto per le affidatarie dirette di svolgere, in via diretta o partecipando a gare, servizi od attività per altri enti pubblici o privati. La dimostrazione dell'utilità del ricorso all'affidamento diretto era demandata all'ente locale, anche con un confronto con le autorità di regolazione e, in via residuale, con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Cfr. Disegno di legge delega in tema di servizi pubblici locali, approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 Giugno 2006.

segnalazione-parere in data 24 Luglio 2008, ricordando come il settore dei servizi pubblici locali rivesta un ruolo di prima rilevanza per l'economia dello Stato, riconosce in generale come positivo l'intervento del legislatore diretto alla nuova regolamentazione della materia, da più parti sollecitata.⁵²

In particolare, l'Autorità dichiara di approvare pienamente l'affidamento nella forma ordinaria, tramite procedure concorrenziali. Al contrario, dichiara di non condividere la scelta di prevedere la possibilità derogatoria, la quale riproduce il sistema del c.d. *in house* e del partenariato pubblico privato e non evita il conflitto di interessi degli enti pubblici, ad un tempo controllori e proprietari. Anche se la relazione da sottoporre all'Authority ha la funzione apprezzabile di porre un freno a deroghe al regime ordinario ingiustificate, tuttavia, tale richiesta di parere non è ritenuta sufficiente allo scopo. Ciò in quanto la funzione attribuita all'Autorità è solo consultiva, anche se costituisce il solo argine contro eccessive deroghe.

⁵² L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è intervenuta più volte per sollecitare una revisione della disciplina dei pubblici servizi che consenta una effettiva apertura dei mercati e garantisca un assetto maggiormente concorrenziale, anche a tutela dei cittadini-consumatori. Si veda anche, Segnalazione-Parere del 14 Dicembre 2006, rif. AS375, "*Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*".

8. Personale delle società pubbliche. Proprietà e gestione delle reti. Affidamento simultaneo di più servizi pubblici. Regolamenti attuativi

L'art. 18, inserito nel Capo VI (*“Liberalizzazioni e deregolazione”*), inerente il *“Reclutamento del personale delle società pubbliche”*, prescrive l'obbligo per le società che gestiscono servizi pubblici locali, il cui capitale sia interamente in mano pubblica, di determinare, con propri atti provvedimentali, modalità e criteri per il reclutamento del personale e per il conferimento di incarichi, nell'osservanza dei principi di cui al comma 3 art. 35 del Decreto Legislativo del 30 Marzo 2001, n. 165.

Al secondo comma, si prevede per le altre società a partecipazione pubblica totalitaria, o di controllo, l'adozione, con propri provvedimenti, di modalità e criteri per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi, nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

Sono escluse dall'applicabilità delle norme contenute nell'articolo 18, le società quotate nei mercati regolamentati, ai sensi del terzo comma di detto articolo.

La norma contenuta nell'art. 18 contempla, quindi, due distinte

ipotesi. La prima, riguarda le società che hanno come oggetto sociale la gestione di servizi pubblici locali e con un capitale sociale a partecipazione interamente pubblica. Entrambi questi requisiti devono sussistere per ritenere applicabile la relativa disciplina. Pertanto, una società di gestione di servizi pubblici locali a controllo non totalitario pubblico, oppure una società interamente pubblica, ma non avente come attività la gestione di servizi pubblici locali, non è soggetta alla disciplina prevista. Per le società che rispondano a tali caratteristiche, il comma 1 dell'art. 18, impone non solo per il reclutamento del personale, ma anche per il conferimento di incarichi, criteri di scelta e modalità attuative, nel rispetto dei principi posti dal comma 3 dell'art. 35 del Decreto Legislativo del 30 Marzo 2001 n. 165. Detta normativa impone il rispetto di una serie di principi per le procedure di reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni. L'intera procedura deve essere caratterizzata dalla trasparenza, attraverso una adeguata pubblicità ed imparzialità delle scelte; la verifica dei requisiti richiesti per lo specifico incarico deve avvenire secondo criteri e modalità oggettive e trasparenti. Si impone, inoltre, il rispetto di tempi brevi per l'espletamento delle procedure, utilizzando ove opportuno sistemi automatizzati, anche per forme di preselezione; deve essere attuato altresì un decentramento delle procedure di reclutamento. Non

vi possono essere discriminazioni tra uomini e donne, che nella procedura devono essere valutati alla pari, in ossequio al principio di pari opportunità. La legge specifica anche la composizione delle commissioni e le cause di incompatibilità. In particolare, viene richiesto un requisito di professionalità ai membri della commissione, i quali devono essere di comprovata competenza nelle materie oggetto della procedura di selezione. Questi, devono essere scelti tra funzionari delle amministrazioni ovvero docenti esterni. Quanto al regime delle incompatibilità, sono previste due distinte categorie. Una prima, riguarda soggetti che ricoprono incarichi di natura politica, al fine di evitare un'ingerenza della politica nella procedura. Oltre ai soggetti che abbiano compiti di natura politica, è prevista l'incompatibilità con la nomina a membro di commissione per i rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

La seconda ipotesi, contemplata nel secondo comma, si riferisce alle società diverse da quelle che gestiscono servizi pubblici locali, che siano a partecipazione pubblica totale o di controllo. Rispetto alla prima ipotesi, tali società possono essere partecipate o totalmente dall'ente pubblico, oppure la partecipazione può semplicemente essere di controllo, intendendosi per "controllo" la detenzione della

maggioranza delle azioni o quote del capitale sociale. Per il reclutamento del personale ed il conferimento degli incarichi di tali società, il legislatore, rifacendosi anche al diritto comunitario, impone il rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

In ordine all'assunzione del personale, la disciplina deve essere integrata con quanto disposto dal comma 10, lettera a), dell'art. 23-*bis*, il quale prevede che il Governo, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge 133/08 (su proposta del Ministro per i rapporti con le Regioni e sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del Decreto Legislativo n. 281/1997 e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari), emani uno o più regolamenti (ai sensi dell'art. 17, comma 2, della Legge n. 400/1988) tesi, anche, a prevedere l'osservanza da parte delle società *in house* e di quelle miste, di procedure ad evidenza pubblica per l'assunzione di personale.

L'art. 113, comma 2°, del D. Lgs. 18/8/2000 n. 267, prevede un generale divieto di cessione da parte dell'Amministrazione degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni dirette all'esercizio dei pubblici servizi. A questa regola si può derogare, ai sensi del comma 13°, ove non vi sia una disposizione contraria nella normativa speciale, attraverso il conferimento degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni, in una società con capitale completamente pubblico, con

divieto di cessione del capitale o di parte di esso. In sostanza, in questo caso, la proprietà resta pubblica, anche se formalmente facente parte del patrimonio sociale di un ente societario, il quale può comunque considerarsi struttura dell'amministrazione, in quanto con capitale necessariamente pubblico e con divieto di alienazione o cessione delle azioni. A tali società è, altresì, imposto un ulteriore vincolo di destinazione delle strutture e delle dotazioni in favore dei gestori dei servizi o della rete, verso il pagamento di un canone da parte del gestore, il cui ammontare è stabilito dall'autorità di settore, ove esistente, oppure dagli enti locali. Alle società stesse, proprietarie delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni in forza del conferimento effettuato dall'Amministrazione, può essere affidata la gestione delle reti. Può essere loro attribuita, inoltre, la funzione di espletare le gare dirette all'individuazione della società cui conferire l'erogazione del servizio.

Il comma 5° dell'art. 23-*bis*, afferma che “ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati”. Nel caso di conferimento in una società, la proprietà è comunque pubblica, sia all'attualità che in futuro, considerato il capitale necessariamente in mano pubblica ed il divieto di successivo trasferimento, in qualsiasi forma, delle partecipazioni sociali.

Sopravvive, dunque, la disciplina posta dal combinato disposto dei commi 2° e 13° dell'art. 113 del T.U.E.L..⁵³

Il comma 6° dell'art. 23-*bis*, riproduce in sostanza il comma 8° dell'art 113 del Testo Unico. Si prevede la possibilità dell'affidamento congiunto di più servizi pubblici, nel caso in cui tale scelta risulti economicamente vantaggiosa. La durata dell'affidamento è unica e non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

La nuova norma non prevede, invece, a differenza del comma 8° dell'art. 113, la impossibilità di affidare contestualmente anche il servizio di trasporto collettivo.

Il divieto di affidare simultaneamente il servizio di trasporto collettivo, pur non essendo riproposto nella nuova normativa, deve ritenersi comunque operante, in quanto – in attesa dei regolamenti governativi che specifichino quali disposizioni siano abrogate - non confliggente con la nuova disposizione, ponendosi in funzione derogatoria alla regola generale.

L'Authority, con una nota in data 24 Luglio 2008 aveva indicato,

⁵³ L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, al fine di specificare il contenuto della norma ed in conformità alla *ratio legis*, aveva chiesto al legislatore di precisare che non viene imposta la proprietà pubblica delle reti oggi in mano a soggetti privati, fermo restando che la gestione possa essere affidata a privati. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Rif. AS457, del 24 Luglio 2008, *“Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.”*

in riferimento all'affidamento simultaneo, la necessità della previsione legale di criteri rigorosi per la dimostrazione del concreto vantaggio dell'affidamento congiunto. Occorre evitare che le gare per l'affidamento di una pluralità di servizi vadano a vantaggio esclusivo di imprese già predisposte o atte all'esercizio di attività *multiutility*. Nella direzione del confronto competitivo andrebbe la previsione della possibilità per le imprese di concorrere anche solo per uno dei servizi oggetto della procedura di affidamento.

Il legislatore non ha tenuto conto di tali osservazioni, in quanto per l'affidamento simultaneo viene previsto dal testo definitivo che esso è consentito nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. Non si sono, dunque, predisposti dei criteri certi per l'affidamento simultaneo, che consentano il ricorso a tale procedura solo in presenza di ben precisi presupposti, in determinate condizioni di mercato. In tal modo, l'affidamento simultaneo sarà possibile ogni qual volta possa dimostrarsi che tale soluzione abbia una convenienza economica, senza specificare in che modo ed attraverso quali parametri di riferimento tale dimostrazione debba essere raggiunta. Essendo questa disposizione potenzialmente a favore di imprese di grosse dimensioni multi utility, la stessa può andare contro il principio della libera concorrenza e del mercato;

pertanto, dovrebbe essere limitata da specifici limiti determinati nella stessa legge. Al contrario, non è stata neanche recepita dal legislatore la proposta fatta di permettere alle imprese di concorrere anche solo per uno dei servizi messi a gara, che avrebbe consentito una apertura ulteriore al mercato ed alla concorrenza.

Ai sensi del comma 7°, al fine di consentire una gestione più efficace ed efficiente dei servizi pubblici locali, l'integrazione dei servizi a domanda debole con i servizi maggiormente redditizi e l'ottenimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale, gli enti locali e le Regioni, d'intesa con la Conferenza unificata ex art. 8 D. Lgs. 281/97, possono definire i bacini di gara per i diversi servizi.

Il legislatore con tale norma attribuisce alle regioni ed agli enti locali la possibilità di procedere ad una impostazione organica dell'affidamento dei servizi, per giungere ad una gestione ottimale, nella duplice prospettiva, dell'obbligo di servizio universale e di una gestione efficace ed efficiente.

Il comma 8° si occupa dello specifico settore del servizio idrico integrato. Si prevede che le concessioni relative a tale servizio, ove ottenute con procedure non ad evidenza pubblica, debbano cessare comunque entro il 31 Dicembre 2010. La cessazione avviene

automaticamente, senza che occorra uno specifico provvedimento in tal senso da parte dell'ente. Alla regola generale della scadenza delle concessioni, la norma in parola pone due eccezioni. Sono escluse, innanzitutto, le concessioni affidate direttamente, nei casi in cui non risultasse utile il ricorso al mercato e nel rispetto dei principi posti dalla normativa comunitaria in materia di affidamenti diretti. In tal caso, dunque, le concessioni di servizio idrico integrato già rilasciate, non sono soggette alla scadenza legale prevista entro il 31/12/2010. Deve tenersi presente, inoltre, che il comma 10 dispone che il Governo, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione, su proposta del Ministro per i rapporti con le Regioni, sentite le Commissioni parlamentari competenti e la Conferenza di cui all'art. 8 del D.Lgs. n. 281/97, emani uno o più regolamenti tesi a *“disciplinare, per settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3 (affidamento diretto, nei casi in cui non possa ricorrersi al mercato e nel rispetto della normativa comunitaria), la fase transitoria”*. Tale fase di passaggio tra la vecchia e la nuova disciplina viene prevista al fine di un *“progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni, prevedendo tempi differenziati e che*

gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo”.

Il comma 9° si occupa dei soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali. Tali soggetti, se affidatari della gestione mediante procedure diverse dall'evidenza pubblica oppure gestori con attività separata di erogazione, non possono:

- essere affidatari di altri servizi pubblici;
- essere affidatari di servizi in ambiti territoriali diversi;
- svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati.

Il divieto, che non si applica alle società quotate in mercati regolamentati, si estende alle società controllanti, controllate e partecipate. Tali società non possono neanche partecipare alle gare relative a quel determinato servizio pubblico già loro direttamente affidato, ad eccezione della prima gara.

La norma prevede, infine, un termine ultimo (il 31 Dicembre 2010) entro il quale gli affidamenti di pubblici servizi devono avvenire secondo procedure competitive.

L'art. 23-*bis* contiene, infine, la delega al Governo ad emanare regolamenti che prevedano per gli aspetti non espressamente contemplati nel Decreto.

Entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge, il Governo è

chiamato ad emanare, uno o più regolamenti, per disciplinare quanto non previsto espressamente nella Legge, su proposta del Ministro per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del D. Lgs. 281/97 e le competenti Commissioni parlamentari.

Tali regolamenti dovranno prevedere l'assoggettamento degli affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno. Inoltre, le società *in house* e quelle miste dovranno procedere all'espletamento di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale. Tale previsione riprende quanto disposto dall'art. 18 della legge 133/08, relativo agli obblighi per il reclutamento del personale delle società pubbliche. L'obbligo di procedere, per l'acquisto di beni e servizi, a procedure ad evidenza pubblica, comporterà una riduzione dei costi ed una conseguente diminuzione delle tariffe del servizio. La disposizione va nella direzione del miglioramento dell'efficienza delle società ed a vantaggio degli utenti finali.

Il Governo dovrà prevedere la possibilità che le funzioni di gestione dei pubblici servizi vengano esercitate in forma associata da più Comuni con numero limitato di residenti, in applicazione dei principi costituzionali di adeguatezza e proporzionalità.

Di estremo rilievo è la previsione di una netta distinzione tra funzione

di regolazione e di gestione, anche attraverso una revisione della disciplina sulle incompatibilità. Sulla scia delle ripetute sollecitazioni, sia interne che comunitarie, il legislatore si preoccupa oggi di impedire che il medesimo soggetto possa essere ad un tempo controllato e controllore. Solo una separazione tra la funzione pubblica di controllo e regolazione e la gestione dell'attività potrà consentire un controllo effettivo ed imparziale, elemento essenziale per la affermazione di un mercato retto da regole certe nel quale gli operatori economici siano soggetti al controllo di un organo terzo. Si tratta di eliminare la perdurante situazione di conflitto di interessi del soggetto pubblico, regolatore del mercato e impresa affidataria.⁵⁴

Altro fine cui dovranno essere tesi i regolamenti del Governo, è quello di armonizzare le nuove norme con le discipline esistenti specifiche per ciascun settore (acqua, rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas).

Merita un particolare cenno la previsione di cui alla lettera e) del comma 10. Per i settori diversi da quello idrico, il Governo è chiamato a disciplinare la fase transitoria nel rispetto del limite massimo previsto da ciascun settore per la cessazione degli affidamenti non concorrenziali. Le novità introdotte non sono immediatamente efficaci,

⁵⁴ In tal senso anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Segnalazione-Parere, 11 Giugno 2008, "*Considerazioni e proposte per una regolamentazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*", rif. AS453

ma viene data delega al Governo affinché predisponga un programma di adeguamento alle nuove norme degli affidamenti dei servizi nei vari settori. Dovranno essere previsti tempi differenziati per ciascun settore, in ragione delle specificità delle singole attività. Particolarmente significativa è la previsione secondo la quale, in ogni caso, gli affidamenti diretti in corso cessano alla scadenza, senza possibilità di proroghe o rinnovi. Il legislatore, in questo punto specifico, compie probabilmente il più decisivo passo nella direzione delle liberalizzazioni. Ed infatti, si ricorda che la pubblica amministrazione, anche se tramite società di diritto privato, risulta essere il gestore principale dei pubblici servizi. Il ricorso al mercato, attraverso procedure concorrenziali, è limitato a poche ipotesi anche in settori liberalizzati. A causa delle ripetute proroghe concesse ai gestori, la liberalizzazione è divenuta sempre più lontana, mentre il periodo inizialmente previsto di transizione ha finito per divenire definitivo e non più limitato al tempo necessario a dare attuazione alle nuove norme. Così, in settori quali la distribuzione del gas naturale e il trasporto pubblico, non si è ancora avviata una effettiva liberalizzazione. In generale, può affermarsi ad oggi che l'apertura al mercato risulta minima e certamente insufficiente.⁵⁵

⁵⁵ Nel trasporto pubblico locale, il ricorso a procedure competitive ha rappresentato solo il 20% sul totale degli affidamenti. In tali procedure, la partecipazione di imprese private è

In questo quadro generale si comprende la portata innovativa della disposizione che vieta nuove proroghe.

Il legislatore si preoccupa, inoltre, di prevedere, nell'osservanza delle indicazioni sovranazionali, la partecipazione alle procedure competitive relative a servizi da svolgersi nel territorio italiano, di imprese estere, richiamando il principio di reciprocità, anche previsto dall'art. 15-*quater* dell'art. 113 del Testo Unico. Ad oggi, risulta scarsa la partecipazione di imprese di Stati della Comunità a gare espletate in Italia, comportando ciò una limitazione del mercato, che dovrebbe al contrario essere sempre più aperto al fine di favorire dinamiche competitive oltre che al livello nazionale anche a quello comunitario.

I regolamenti governativi dovranno altresì prevedere forme di liberalizzazione di tutte le attività di interesse generale che non necessitano di gestione da parte del pubblico potere, sulla base dei principi di sussidiarietà orizzontale, proporzionalità e razionalità economica. In ogni caso, dovranno essere garantite la universalità ed accessibilità del servizio. Questa norma va nella direzione della limitazione della sfera di intervento pubblico nei soli casi in cui sia indispensabile, collocando fuori dell'amministrazione lo svolgimento di tutte le altre attività che interessano la collettività e che possono

stata ridotta e l'aggiudicazione nel 90% delle gare espletate è avvenuta in favore dei precedenti gestori, singolarmente o in associazione con altre imprese.

essere gestite da soggetti diversi.

E' questa una espressione del principio, oggi costituzionalmente sancito, della sussidiarietà in senso orizzontale, che tende alla attribuzione di alcune attività di interesse sociale in favore di istituti, fondazioni ed altri organismi che curano gli interessi della collettività. La tendenza è quella di un ripensamento della funzione dell'Amministrazione, che non copre più ogni angolo possibile di intervento, ma si ritira ed esternalizza talune attività di interesse generale, le quali possono essere meglio gestite fuori dall'apparato, favorendo l'impegno pubblico nei settori necessari.

Inoltre, è previsto che la durata degli affidamenti sia proporzionale e non superiore ai tempi di recupero degli investimenti. Nella disciplina degli affidamenti dovranno prevedersi altresì forme idonee di ammortamento degli investimenti fatti.

Il Governo dovrà disciplinare il trasferimento dei beni da parte del gestore in favore del nuovo affidatario, per consentire l'esercizio dell'attività.

Dovranno essere previsti adeguati strumenti di tutela, sia per gli affidatari che per gli utenti, non giurisdizionali, onde assicurare una tutela più celere ed effettiva.

Infine, il Governo è chiamato ad "individuare" in modo espresso le

norme esistenti che a seguito delle modifiche apportate risultino incompatibili e dunque abrogate.

In riferimento all'art. 113 del Testo Unico, la norma invece espressamente dichiara che è abrogato nelle parti incompatibili. Si tratta di una abrogazione espressa per quanto riguarda l'art. 113 nelle parti incompatibili con le nuove norme. Quanto alle altre disposizioni, invece, la abrogazione è destinata a divenire espressa in forza dei successivi atti di individuazione particolare da parte dell'esecutivo.

A parte la fase di transizione, alla cui disciplina il Governo è chiamato, le nuove norme non si applicano alle procedure già avviate al momento dell'entrata in vigore della legge.

9. La disciplina del 2008 tra “mercato” e “in house”. I poteri “in concreto” dell'Authority

Il settore dei servizi pubblici locali riveste una importanza fondamentale nell'economia dello Stato.⁵⁶L'attivazione di efficaci

⁵⁶ La crescita modesta dell'economia della nazione è dovuta anche alla scarsa crescita della produttività. Per poter aumentare la produzione, occorre un ammodernamento nell'offerta di beni e servizi nel settore privato, ma anche in quello pubblico, una regolazione coerente della concorrenza ed un corretto funzionamento del mercato.

dinamiche concorrenziali richiede un processo generale di liberalizzazione, una disciplina efficace di regolazione della concorrenza ed una importante attività di tutela dei consumatori. In particolare, la tutela dei consumatori è elemento fondamentale di una sostenuta pressione concorrenziale, perché premia le imprese maggiormente virtuose, con conseguente maggiore mobilità della domanda.

In specie, i servizi di energia e trasporto hanno una importanza centrale per tutte le attività economiche, essendo essenziale un loro buon funzionamento per lo sviluppo di tutta l'economia dello Stato.⁵⁷ In

⁵⁷ A tal riguardo, deve segnalarsi la insufficiente dotazione infrastrutturale, la quale comporta prezzi maggiori, minore qualità ed efficienza di servizi e di settori rilevanti quali elettricità, gas e trasporti. L'inadeguatezza delle nostre infrastrutture è dovuta al concorso di più fattori. In primo luogo, la gestione pubblica in regime di monopolio legale non ha avuto, nel corso degli anni, come obiettivo quello del potenziamento delle reti e delle infrastrutture, ma esclusivamente quello del contenimento tariffario. La gestione pubblica, inoltre, incontra gli ostacoli relativi agli impegni di spesa nel settore pubblico, che determina un notevole allungamento dei tempi di decisione e dunque di realizzazione delle opere. A differenza del gestore privato, il gestore pubblico deve superare una serie di intralci burocratici, finanziari, autorizzatori, che hanno nel corso degli anni limitato fortemente la modernizzazione ed il miglioramento delle infrastrutture. Da tale situazione è originata una flessione graduale della qualità dell'offerta dei servizi, una gestione non efficiente dell'attività ed una perdita di competitività crescente. L'esperienza degli ultimi anni dimostra come la distribuzione su più livelli delle competenze e la contrarietà delle comunità locali abbiano di fatto posto un ostacolo insormontabile alla crescita ed allo sviluppo delle dotazioni infrastrutturali. Con l'attuale impianto costituzionale, il raggiungimento dell'intesa tra i vari livelli appare sempre più difficile, con conseguente allontanamento della possibilità concreta di procedere ad una innovazione significativa dei nostri impianti. Occorrerebbe, come rilevato dall'Authority per la concorrenza ed il mercato, un intervento legislativo diretto alla attribuzione in capo allo Stato di un potere decisivo finale sulla attuazione delle opere di interesse generale, in tal modo sciogliendo i difficili nodi creati dalla frammentazione delle competenze. Un potere ultimo giustificato dalla necessità di addivenire in tempi brevi, ad una decisione concreta di realizzazione di infrastrutture necessarie per la crescita dell'intera economia nazionale. Anche i processi di liberalizzazione in alcuni settori, inoltre, non sono stati accompagnati nella maggior

materia di servizi pubblici locali, si è assistito nel corso degli anni ad un mutamento della forma di gestione, prima attraverso le società ex municipalizzate, poi organismi di diritto privato, preposti all'efficienza ed all'efficacia dello strumento organizzativo più che al rispetto di regole di garanzia. Da tale processo di mutamento formale dello strumento organizzativo, non è però derivato un miglioramento dell'efficienza dell'attività. Inoltre, l'adozione di forme organizzative di diritto privato non ha determinato l'effetto della separazione tra ente societario preposto all'esercizio dell'attività e amministrazione pubblica proprietaria della società e soggetto controllore.

La situazione attuale dei servizi pubblici locali risulta caratterizzata da rilevanti elementi di ambiguità, come sottolineato anche dalla Authority per il mercato e la concorrenza.⁵⁸ Innanzitutto, la pubblica amministrazione, anche se tramite società di diritto privato, risulta essere il gestore principale dei pubblici servizi. Il ricorso al mercato, attraverso procedure concorrenziali, è limitato a

parte dei casi da un effettivo ammodernamento degli impianti e delle reti. Come giustamente osservato dall'Authority, sarebbe necessario un procedimento più snello fondato sul riconoscimento in capo allo Stato di un potere di decisione sulla costruzione di nuove infrastrutture o sulla ristrutturazione di quelle esistenti, risultando necessario in questo ambito un accentramento del potere, giustificato dalla natura generale dell'interesse perseguito. Diversamente, il permanere della situazione attuale difficilmente consentirà una crescita effettiva della produttività nell'interesse ultimo della nazione.

⁵⁸ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Segnalazione-Parere, 11 Giugno 2008, *“Considerazioni e proposte per una regolamentazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica”*, rif. AS453.

poche ipotesi anche in settori liberalizzati. Infatti, in forza delle ripetute proroghe concesse ai gestori, la liberalizzazione è divenuta sempre più lontana, mentre il periodo inizialmente previsto di transizione ha finito per divenire definitivo e non più limitato al tempo necessario a dare attuazione alle nuove norme. Così, in settori quali la distribuzione del gas naturale ed il trasporto pubblico, non si è ancora avviata un'effettiva liberalizzazione. In generale, può affermarsi ad oggi che l'apertura al mercato risulta minima e certamente insufficiente.⁵⁹ A ciò deve aggiungersi la scarsa partecipazione da parte delle imprese di altri Paesi della Comunità europea, nella direzione opposta a quanto stabilito a livello comunitario in tema di apertura dei mercati anche nei confronti di imprese straniere.

Il sistema italiano in materia di pubblici servizi vive una forte contraddizione, rappresentata dalla duplice funzione assegnata all'ente pubblico. Da una parte, l'amministrazione pubblica è chiamata a svolgere il proprio ruolo di garante della qualità del servizio, dell'efficienza e dell'efficacia dei soggetti gestori, assumendo la sua naturale ed istituzionale funzione di regolazione del settore. Da altra parte, la stessa amministrazione pubblica assume il ruolo di gestore

⁵⁹ Nel trasporto pubblico locale, il ricorso a procedure competitive ha rappresentato solo il 20% sul totale degli affidamenti. In tali procedure, la partecipazione di imprese private è stata ridotta e l'aggiudicazione nel 90% delle gare espletate è avvenuta in favore dei precedenti gestori, singolarmente o in associazione con altre imprese.

diretto dell'attività, finendo per essere ad un tempo controllato e controllore. Tale situazione, lungi dal determinare un effettivo controllo, comporta la paradossale conseguenza che le imprese pubbliche risultano sottratte sia alle regole del mercato (in forza della specificità della funzione), sia ad un effettivo controllo pubblico. La privatizzazione potrebbe risolvere positivamente questa situazione, ripristinando la naturale e necessaria distinzione tra soggetto regolatore e gestore, permettendo un controllo imparziale e trasparente.

La liberalizzazione non può essere generalizzata ed attuata senza una preventiva analisi del mercato. In alcuni settori potrebbe risultare, in ragione delle dimensioni e delle caratteristiche del mercato, non utile il ricorso ad imprese private.⁶⁰

⁶⁰ Nel settore specifico del trasporto regionale su gomma, per le tratte più remunerative, la dimensione del mercato consente una struttura più articolata dell'offerta e la presenza di più imprese in regime concorrenziale. Deve ritenersi ugualmente utile il ricorso al mercato in settori quali la raccolta dei rifiuti o il trasporto locale su gomma, nei quali le caratteristiche produttive risultano adatte ad una gestione in regime di concorrenza. In altri settori nei quali la rilevanza di investimenti non recuperabili, diretti alla manutenzione, adeguamento e potenziamento delle infrastrutture, determina la necessità di affidamenti lunghi o medio-lunghi, può comunque rilevarsi opportuna la privatizzazione delle imprese locali, in termini di limitazione dei costi e miglioramento della produttività. In questo scenario, appare altresì opportuna una netta separazione proprietaria tra gestioni monopolistiche ed attività concorrenziali, al fine di impedire distorsioni nella regolazione dei mercati, maggiore trasparenza e neutralità nella gestione delle infrastrutture. Infine, la funzione di regolazione e controllo del mercato dovrebbe essere attribuita ad un organismo centrale, autonomo e terzo rispetto agli interessi delle imprese che operano nel mercato, come già previsto per i settori della distribuzione di energia e gas, nei quali l'attività di controllo è affidata alla autorità nazionale di settore.

Un organismo di dimensione nazionale e non locale, per garantire la unitarietà del controllo ed evitare trattamenti differenti nelle varie zone, per consentire altresì l'indagine su un

Il legislatore è intervenuto nel 2008, ancora una volta, sulla disciplina del settore dei servizi pubblici locali, considerato di estrema importanza – sia diretta che indiretta – per l'economia nazionale.⁶¹L'impatto della riforma sul mercato nazionale e comunitario è assai rilevante, incidendo sulle economie di mercato, sulla concorrenza, sulla capacità produttiva delle aziende. Si tratta di chiarire se la riforma approvata comporti un'effettiva liberalizzazione del settore dei servizi pubblici oppure se, al contrario, la liberalizzazione sia solo parziale. Sino alla riforma del 2008, l'affidamento dei pubblici servizi poteva avvenire, ai sensi dell'art. 113 comma 5 del T.U.E.L., in favore di società di capitali individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica; società miste nelle quali il socio privato fosse stato scelto tramite gare ad evidenza pubblica, nel rispetto delle norme interne e comunitarie in tema di concorrenza; società c.d. *in house*, con capitale interamente pubblico, nelle quali l'ente locale esercitasse un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la cui attività fosse rivolta per la parte

numero maggiore di dati ed informazioni. L'organismo di controllo centrale potrebbe essere esteso ai settori del trasporto ferroviario e distribuzione idrica, sia attraverso la costituzione *ex novo* di un soggetto a ciò preposto sia attraverso l'ampliamento delle competenze di autorità di regolazione già esistenti.

⁶¹ Il settore dei servizi pubblici locali ha un valore di produzione pari a 42 milioni di euro ed occupa 171.000 addetti. Da esso dipende in larga parte il peso sia delle spese familiari che dei costi produttivi delle aziende, in particolare delle piccole e medie imprese che, in particolare al Nord, risentono del differenziale relativo.

più rilevante nei confronti dell'ente locale proprietario della stessa società. Il conferimento avveniva nel rispetto delle prescrizioni della Comunità europea, come specificato nello stesso comma 5°. Con la nuova normativa, cambia rispetto al passato il rapporto tra le varie forme di gestione, nel senso che si prevedono due distinte modalità di affidamento. Si potrebbe forse affermare che, in realtà, la forma è unica e rappresentata dall'affidamento ordinario secondo procedure competitive. Non vi sarebbe una forma alternativa di affidamento, ma solo una possibilità derogatoria rispetto alla forma ordinaria. Ciò in quanto il procedimento derogatorio appare utilizzabile solo in casi eccezionali, ove ricorrano peculiari presupposti di varia natura.

La nuova regolamentazione del 2008, si può dunque affermare, apre alle liberalizzazioni nella forma ordinaria di conferimento della gestione del servizio. Ritorna, invece, al passato nella parte in cui prevede la possibilità di deroga. Anche se, invero, deve rilevarsi la diversa impostazione rispetto alla normativa previgente, nella quale la scelta ricadeva sulla amministrazione locale, che non era tenuta, salvo i principi generali sulla motivazione, a giustificare attraverso una analisi tecnica la scelta di affidare il servizio direttamente. Anche in passato, del resto, l'affidamento diretto avrebbe dovuto essere limitato ad ipotesi eccezionali, favorendo nella normalità dei casi l'accesso al

mercato, attivando dinamiche concorrenziali, come indicato dalle fonti interne e comunitarie. Con la novella in commento, si rende più complessa la procedura tesa all'affidamento diretto, prescrivendo l'obbligo di redigere una relazione che tenga conto delle caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del territorio ove il servizio deve essere gestito. La pubblica amministrazione è tenuta ad una analisi tecnica preventiva, da sottoporre ad un organo tecnico ed imparziale. Solo ove da detta analisi risulti non utile il ricorso al mercato, si può procedere all'affidamento diretto, sacrificando la concorrenza tra imprese e l'apertura al mercato. Su questo punto in particolare, è opportuno richiamare la proposta fatta in commissione, non recepita, di affidare all'Authority non una mera funzione consultiva, priva di poteri concreti, ma la capacità di emanare provvedimenti inibitori, nel caso in cui dovesse ritenere l'analisi prodotta dall'Amministrazione non sufficiente a giustificare la deroga alla procedura ordinaria.⁶² Nella norma approvata, infatti, l'invio della

⁶² Nel corso dei lavori preparatori, sono stati presentati una serie di emendamenti; in particolare quello a firma degli on.li Lanzillotta e Tabacci proponeva la approvazione di un testo alternativo di riforma dei servizi pubblici. Anche in tale progetto era prevista la possibilità di affidare il servizio, oltre che a società di capitali, anche ad imprenditori e ad altre forme societarie. Si prevedeva la determinazione da parte degli enti locali, delle caratteristiche del servizio (qualità, condizioni economiche, sicurezza, ecc.) e delle modalità di controllo sui soggetti affidatari. La selezione tra i partecipanti avveniva in base a bandi di gara e schemi di contratto tipo per le diverse tipologie di servizio. Per la valutazione delle offerte si stabiliva la costituzione di una commissione giudicatrice composta da esperti, nominati dall'ente locale, per un terzo facenti parte della struttura interna dell'ente medesimo (funzionari o dirigenti) e per i restanti due terzi, scelti tra gli iscritti in un albo

apposito istituito presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, mediante sorteggio elettronico. Vi era una norma diretta alla tutela della occupazione, la quale prevedeva la preferenza, a parità di punteggio, per le concorrenti che garantissero il mantenimento dei livelli occupazionali della precedente gestione.

Si contemplavano, inoltre, altre situazioni particolari. Come quella del caso in cui a partecipare alla procedura selettiva fosse una società partecipata dall'ente locale in via diretta o indiretta; era prevista in tal caso la espressione di un parere da parte dell'Authority sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Come nel testo definitivo, si prevedeva la possibilità di un affidamento simultaneo di più servizi, senza specificazione anche in questo caso, dei criteri precisi per poter procedere con tale forma organizzativa. Vi era poi la specificazione della procedura di affidamento. Entro 30 giorni dall'aggiudicazione o affidamento, le stazioni appaltanti trasmettono i dati relativi alla procedura agli Osservatori (da istituirsi presso l'autorità settoriale, se costituita, o in via residuale l'Authority di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) ovvero all'autorità di settore, se costituita. Tali organismi di nuova costituzione avrebbero dovuto avere la funzione di raccolta ed elaborazione dei dati e delle informazioni acquisite dalle varie stazioni appaltanti, comparando ed analizzando i dati diversi e dando pubblicità di tale attività.

Anche nel testo proposto dall'opposizione, si prevedeva la possibilità di deroga al regime ordinario, ma con una sostanziale differenza. L'affidamento diretto doveva essere motivato in base ad una analisi di mercato e ad una valutazione comparativa con l'offerta privata; tale comparazione manca nel testo approvato. La relazione contenente detta analisi e valutazione doveva essere inviata all'Authority, la quale, a differenza della norma approvata, aveva facoltà di adottare provvedimenti inibitori entro 60 giorni dal ricevimento della relazione. Non solo una attività consultiva da parte dell'Authority, ma l'attribuzione in capo alla stessa di un potere più ampio, capace di bloccare l'iter dell'affidamento diretto. In tal modo, si sarebbe tolta all'ente locale la capacità di decidere autonomamente, salvo l'adempimento di inviare la relazione all'Autorità, con funzione meramente consultiva. In ultima analisi, il potere inibitorio consentiva all'Autorità di assumere la decisione finale sulla ricorrenza dei presupposti per poter procedere ad un affidamento diretto, garantendo la trasparenza e la terzietà di una decisione di siffatta rilevanza, con evidenti conseguenze nel mercato. Il controllo sulla situazione economica, sociale, ambientale e geomorfologica di riferimento sarebbe stato effettivo e circoscritto ad ipotesi eccezionali la deroga alla forma ordinaria di conferimento tramite procedure concorrenziali. Si è già osservato, del resto, che a parere dello scrivente, nel caso in cui, ai sensi della nuova disciplina, l'Authority dovesse esprimere un parere contrario, anche se non espressamente previsto dalla norma, si ritiene che l'amministrazione ove ritenga comunque di procedere, nonostante il parere difforme, debba adeguatamente motivare tale scelta. Inoltre, si ritiene quantomeno che l'Authority possa chiedere alla amministrazione ulteriori indagini ed analisi del contesto, al fine di consentire la espressione di un parere che tenga conto di tutti gli aspetti della specifica situazione, onde consentire di relegare ad ipotesi del tutto eccezionali questa forma di affidamento diretto. Il rischio, infatti, è che l'eccezione diventi regola e che gli enti procedano disinvoltamente all'affidamento diretto, anche se da oggi è loro imposta una motivazione più ampia, preceduta da una verifica di mercato e delle condizioni generali del contesto territoriale ove il servizio deve essere reso. In questo quadro, il potere inibitorio avrebbe avuto l'importante funzione di deterrente verso l'uso sconsiderato delle procedure dirette di affidamento. Forse, in questa parte poteva modificarsi la norma consentendo un potere più incisivo ad una autorità terza rispetto agli interessi in gioco, mentre terzo non è l'ente locale. Per quanto attiene al divieto per le società affidatarie dirette di poter gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, la proposta alternativa non prevedeva la

relazione all'Authority ha un valore solo formale, perché non accompagnata da poteri che possano incidere sulla decisione finale. A parere dello scrivente, l'affidamento diretto sarebbe divenuto davvero eccezionale se alla stessa Authority si fosse attribuito il potere di inibire il conferimento diretto. Si sarebbe potuta prevedere un'analisi preventiva da parte dell'Authority della proposta dell'amministrazione locale di non ricorrere a procedure ad evidenza pubblica. Ove tale presupposta verifica fosse stata positiva, si sarebbero incaricati esperti della materia per redigere uno studio, tenendo conto dei vari aspetti di riferimento, diretto alla dimostrazione della inutilità del ricorso al mercato. Si ricorda, infatti, che per la redazione delle relazioni prescritte, gli enti locali dovranno farsi carico di ulteriori spese in quanto vi sarà certamente bisogno di esperti della materia, esterni all'amministrazione, con aggravio dei costi per l'ente locale, con relative conseguenze sul contenimento della spesa. L'amministrazione, infatti, potrebbe commissionare lo studio del mercato in ogni ipotesi in

esclusione dell'applicazione del divieto per le società quotate in mercati regolamentati. Non si prevedeva invece la possibilità per gli affidatari diretti di concorrere alla prima gara per l'affidamento del servizio già da loro gestito. Il testo approvato, prevede inoltre un termine ultimo, il 31 Dicembre 2010, entro il quale tutti gli affidamenti devono avvenire tramite procedure competitive. Si assicura la disponibilità dei beni essenziali per la gestione del servizio in favore dei soggetti titolari della gestione. Oggetto di specifica trattazione era il rapporto tra enti locali e società di erogazione, attraverso la analitica indicazione del contenuto del contratto di servizio, allegato al capitolato di gara e stipulato al momento dell'affidamento. Si disciplinavano inoltre i criteri per il calcolo delle tariffe dei pubblici servizi ed il contenuto della carta dei servizi. Infine, si abrogavano espressamente gli articoli 112, 113, 113-bis, 114 e 117 del Testo Unico Enti Locali.

cui lo ritenesse (ed in tal caso i costi notevoli graverebbero sulla comunità senza un effettivo vantaggio). Si poteva prevedere, invece, l'attribuzione di una nuova competenza all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di individuazione delle aree nelle quali il ricorso al mercato non risulti essere utile. Determinando l'affidamento diretto una chiusura verso il mercato ed una limitazione della concorrenza, l'organismo preposto alla tutela del mercato e della concorrenza avrebbe potuto avere un ruolo più importante, giustificato dalla specifica competenza e particolare funzione dallo stesso rivestita.

Il rischio è quello di un uso eccessivo della deroga, non essendo predisposti strumenti di controllo esterni effettivi sulla scelta operata dall'amministrazione. Non si può far altro che affidarsi alla diligenza degli organi decisionali delle amministrazioni, i quali dovranno limitare il più possibile l'intervento eccezionale con l'affidamento diretto.

In ultima analisi, la gestione dei servizi pubblici locali, per effetto delle novità introdotte nel 2008, in ossequio al principio di tutela della concorrenza, vede una apertura limitata al mercato. Manca, per l'affermazione di una compiuta riforma generale del settore, la stabilità del principio posto alla base della nuova disciplina. La previsione derogatoria, senza potere inibitorio di un organismo

terzo ed esterno, riduce l'ipotesi eccezionale a mera possibilità alternativa, non diversamente che nel passato. Non vi è, in altri termini, una forma ordinaria ed una forma straordinaria di gestione, utilizzabile solo in determinati casi, ma due forme alternative, la cui scelta è rimessa discrezionalmente all'amministrazione. Soltanto che, ove decida per la strada dell'affidamento in deroga, l'amministrazione è tenuta ad una motivazione rafforzata nei presupposti, in quanto supportata da una analisi del contesto di riferimento.

10. Gli interventi legislativi del 2009. La “rinascita” della società mista

Il legislatore è nuovamente intervenuto nella regolamentazione dei servizi pubblici locali nel 2009. In particolare, con l'art. 15 del Decreto Legge n. 135 del 25 Settembre 2009 (“Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee”, in G.U. n. 223 del 25 Settembre 2009), convertito in Legge n. 166 del 20 Novembre 2009.

La nuova disciplina modifica il testo dell'art. 23-*bis* del Decreto Legge

n. 112 del 25 Giugno 2008, convertito, con modificazioni, in Legge n. 133 del 6 Agosto 2008.

Vengono riscritti i commi 2, 3 e 4, relativi alle modalità del conferimento. Ai sensi del secondo comma, il conferimento avviene in via ordinaria in favore di “imprenditori o società in qualunque forma costituite”, selezionati mediante procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato dell'Unione Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in modo particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. La prima forma “ordinaria” di conferimento, caratterizzata da un'effettiva apertura al mercato, ripropone il precedente testo dell'art. 23-*bis*. La novità è costituita dall'aggiunta di una nuova forma sempre “ordinaria” di conferimento. Se, nella precedente norma, la modalità normale di conferimento era costituita soltanto dall'apertura alle imprese private attraverso procedure selettive ad evidenza pubblica, il legislatore del 2009 compie un passo indietro nella direzione della liberalizzazione del settore. Alla modalità ordinaria precedente se ne aggiunge un'altra. Ai sensi della lettera b) del secondo comma, il conferimento avviene, sempre in via ordinaria, in favore di società a partecipazione mista pubblica e

privata, a condizione che la selezione del socio avvenga a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi sopra enunciati, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

La modalità ordinaria di conferimento viene estesa ad un'ipotesi ulteriore. Siamo innanzi ad una rinascita della società mista, che diviene oggi forma ordinaria di conferimento. La legge prevede presupposti determinati per l'affidamento diretto. Innanzitutto, la scelta del socio privato deve avvenire secondo modalità competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi fissati dalla legge stessa. In secondo luogo, viene in rilievo l'oggetto delle procedure competitive, nel senso che le stesse devono riguardare sia l'attribuzione della qualità di socio, sia l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Oggetto della gara sarà, pertanto, la scelta dei soggetti privati che entreranno nel capitale della società, attraverso il conferimento, e l'attribuzione direttamente dei compiti operativi in loro favore. Inoltre, ulteriore condizione per l'affidamento diretto è rappresentata da una partecipazione minima al capitale da parte dei privati. Le azioni o quote della società mista pubblico-privato devono essere possedute

almeno per il 40 per cento da soggetti privati. Si è passati dalla prima forma di disciplina delle società miste, nell'art. 22 della Legge 142 del 1990, ove era prevista, prima della successiva modifica, la necessaria partecipazione pubblica maggioritaria, alla disciplina attuale, la quale richiede una partecipazione minima del 40 per cento dei privati. La nuova norma non fa riferimento al controllo societario, nel senso che non prevede la necessaria partecipazione maggioritaria dei soci privati, ma una partecipazione minima del 40 per cento che può anche non essere di controllo. L'intento del legislatore appare orientato, più che a regolamentare la maggioranza del capitale come è avvenuto in passato, all'apertura al mercato con una percentuale minima di partecipazione. Nella forma di partenariato pubblico-privato, costituita dalla società mista, il legislatore ha inteso regolare la misura della partecipazione all'organizzazione in comune, favorendo la posizione dei soggetti privati. La norma deve considerarsi inderogabile e non si distingue tra situazioni differenti. La *ratio* della norma deve essere individuata nella limitazione dell'affidamento diretto, a vantaggio dell'affidamento a mezzo di procedure competitive. L'ipotesi normale resta quella della gara per la scelta dei soggetti gestori. A tale ipotesi se ne affianca, oggi, una ulteriore, costituente sempre forma ordinaria di conferimento, rappresentata dalla società mista, ma nel rispetto delle suddette

condizioni. Il legislatore ha inteso, mediante l'inserimento condizionato della società mista nella forma ordinaria di conferimento, per un verso, garantire la parità degli operatori economici privati, prevedendo la gara per la scelta del socio privato e, per altro verso, non limitare l'apertura al mercato, prescrivendo la partecipazione minima del 40 per cento. In altri termini, la tendenza degli ultimi anni alla liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali appare confermata. La regola nell'affidamento è il conferimento in favore di imprese private, selezionate a mezzo di gara. Rinascono le società miste, ma il legislatore si preoccupa, anche in tal caso, di garantire la liberalizzazione del settore, imponendo la partecipazione minima del privato. Si può affermare, pertanto, che con la nuova società mista si ha una liberalizzazione minima del 40 per cento.

Oltre alle modalità ordinarie di affidamento, la legge prevede una modalità straordinaria e derogatoria.

In situazioni nelle quali, a causa di particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del territorio, non risulti utile ed efficace ricorrere al mercato, l'affidamento può restare interno all'ente locale. Viene riproposta nella novella del 2009, la modalità straordinaria di conferimento del servizio, in deroga alle norme dettate dal suddetto comma 2, in situazioni peculiari riferite al

contesto territoriale dell'ente locale nel quale deve erogarsi il servizio. La differenza, rispetto alla norma del 2008, consiste nella specificazione di cosa debba intendersi per principi della disciplina comunitaria. Mentre la precedente norma faceva semplicemente riferimento alla necessità, nel caso di affidamento interno in deroga, del rispetto dei principi comunitari, la nuova disciplina del 2009 specifica che l'affidamento, in tali casi, può avvenire “in favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “*in house*” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”. La nuova norma puntualizza cosa debba intendersi per rinvio ai principi della disciplina comunitaria, facendo riferimento espresso nella norma all'affidamento “*in house*” e richiamandone i tre presupposti, costituiti dal capitale pubblico totalitario, dal controllo analogo e dalla prevalenza dell'attività. Si rileva, inoltre, come il legislatore abbia voluto specificare nella nuova norma che il capitale deve essere interamente pubblico e, comunque, partecipato dall'ente locale. Specificazione questa, non presente nella precedente disciplina, la quale afferma il principio secondo il quale, da

una parte, il capitale deve essere totalmente pubblico, e, pertanto, composto da soggetti di natura pubblica anche diversi dall'ente locale titolare del servizio, ma, dall'altra parte, si afferma la necessità che in ogni caso la società deve essere partecipata dall'ente locale di riferimento, anche se non è indicata una partecipazione minima necessaria da parte dello stesso.

Si ribadisce che nel caso di affidamento del servizio in deroga alle modalità ordinarie, prima rappresentata dall'apertura ai privati scelti mediante procedure ad evidenza pubblica, ora anche a società miste, occorre dare una motivazione della scelta dell'affidamento straordinario, adeguatamente pubblicizzata, sulla base di un'analisi di mercato e trasmettere una relazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per l'espressione del parere entro sessanta giorni. Il Decreto del 2009 aggiunge che il parere deve essere “preventivo” e che decorso il termine di sessanta giorni, se non viene reso il parere, questo si intende espresso in senso favorevole. Si attribuisce, pertanto, il valore di silenzio significativo alla mancata espressione del parere nei termini. Sulla natura non vincolante di tale parere si veda quanto argomentato in precedenza.

Si inserisce, inoltre, ad adoperarsi del D. L. n. 135/09, il comma 4-*bis*, ove si specifica che L'Autorità, in forza dell'autonomia

organizzativa e funzionale attribuita dalla legge 10 Ottobre 1990 n. 287, e successive modificazioni, individua con propria delibera le soglie oltre le quali gli affidamenti rivestono importanza ai fini dell'espressione del parere.

L'affidamento in deroga può assumere, quindi, un valore diverso. Il primo caso, è rappresentato dagli affidamenti sopra soglia, per i quali è prescritta la procedura suddetta, con l'espressione del parere da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il secondo caso riguarda gli affidamenti sotto la detta soglia, per i quali non è richiesto il parere ma, si ritiene, debbano essere osservate le altre prescrizioni contenute nel quarto comma. In particolare, anche per gli affidamenti sotto soglia, la scelta dell'affidamento *in house* deve essere motivata in base ad un'analisi di mercato e deve darsi adeguata pubblicità. Non è, all'evidenza, necessario redigere la relazione la quale è funzionale al parere da parte dell'autorità, che in tal caso non deve essere reso.

Si è prevista la fissazione delle soglie oltre le quali diviene rilevante il parere dell'Autorità, allo scopo di alleggerire e semplificare il procedimento per gli affidamenti che, per dimensioni modeste, non producono effetti sul mercato e sulla concorrenza. L'intervento dell'Authority viene così limitato ai casi in cui l'attività oggetto di

conferimento possa determinare delle conseguenze nel mercato.

In sede di conversione del D. L. 25 Settembre 2009 n. 15, la Legge 20 Novembre 2009 n. 166, ha apportato delle modifiche al decreto. In particolare, in ordine alle società miste si prevede l'attribuzione non “dei compiti” operativi , in generale, in favore del socio privato, ma solo di “specifici compiti operativi” connessi alla gestione del servizio. Inoltre, in riferimento all'art. 4-*bis*, la definizione delle soglie oltre le quali deve essere espresso il parere dell'Authority, non è più affidata a quest'ultima, ma a regolamenti governativi, ai sensi del comma 10.

L'art.15 del D. L. n. 135 del 2009 modifica, inoltre, il comma 9 dell'art. 23-*bis* del D.L. n. 112 del 2008, relativo ai divieti per i soggetti affidatari diretti. Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche se non appartenenti a stati dell'Unione Europea, le quali, nel territorio nazionale o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali, in forza di un affidamento diretto, di procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2 lett. b) sopra citato, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, ove separata dall'erogazione, non possono acquisire la gestione di servizi

ulteriori o in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi od attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere in tutto lo Stato alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente per oggetto i servizi da essi forniti.

11. Il regime transitorio

La nuova regolamentazione prevede un articolato regime transitorio per gli affidamenti non conformi alle nuove prescrizioni. In particolare, nei commi 8 e 9, si individuano le differenti situazioni e si regola la cessazione degli affidamenti in essere.

Quanto agli affidamenti *in house*, che in passato costituivano una forma di affidamento non derogatoria rispetto al regime ordinario e non richiedevano un procedimento particolare, come invece oggi si

impone, si prevede la cessazione automatica al 31 Dicembre 2011. La norma fa riferimento alle gestioni in essere al 22 Agosto 2008. La cessazione avviene senza bisogno di delibera da parte dell'ente affidante. Vi è la possibilità, però, che gli stessi affidamenti si protraggano sino alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che entro la data del 31 Dicembre 2011, le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale con le modalità previste ora per l'affidamento ordinario alle società miste.

Cessano ugualmente alla data del 31 Dicembre 2011 le gestioni affidate direttamente a società miste, nelle quali la scelta del socio privato sia avvenuta con procedure selettive, ma la procedura stessa non abbia avuto, altresì, ad oggetto l'attribuzione di specifici compiti operativi. Si rileva, in questa norma particolare, una mancanza di coordinamento con quanto modificato successivamente in sede di conversione del decreto legge. Mentre in riferimento al comma 2 lett. b), si è proceduto ad una modifica, nel senso di sostituire la locuzione “dei compiti operativi” in “specifici compiti operativi”, nella norma transitoria in esame si è ommesso di coordinare il testo con la modifica apportata.

Nel caso in cui, invece, le procedure abbiano avuto ad oggetto sia l'attribuzione della qualità di socio che “specifici compiti operativi”, gli

affidamenti cessano alla data di scadenza fissata nel contratto.

Una norma transitoria particolare è fissata per le società quotate in borsa. Gli affidamenti diretti assentiti al 1° Ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica quotate in borsa a tale data e loro controllate, cessano alla scadenza prevista nel contratto. Per la prosecuzione sino alla naturale scadenza contrattuale si pone la condizione della riduzione della partecipazione pubblica ,anche progressivamente, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 Giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro 31 Dicembre 2015. La riduzione avviene mediante procedure ad evidenza pubblica, forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali. In mancanza dell'avveramento delle condizioni suddette gli affidamenti cessano improrogabilmente rispettivamente il 30 Giugno 2013 o il 31 dicembre 2015.

Per i casi predetti gli affidamenti cessano secondo le modalità descritte. La regolamentazione transitoria contiene poi una norma di chiusura residuale, comprendente le ipotesi diverse, prevedendosi la cessazione entro e non oltre il 31 Dicembre 2010.

Capitolo III

DISCIPLINA CODICISTICA DELLE SOCIETA' PUBBLICHE

1. Le società pubbliche tra diritto privato e pubblico

Tracciare esattamente i confini delle società pubbliche è compito assai complesso, in quanto ci si trova spesso innanzi ad una disciplina singolare di difficile collocazione, derivante dalla commistione tra norme privatistiche e deroghe pubblicistiche. E' stato giustamente osservato che questo è un *“territorio dai contorni incerti e male illuminati, a cavallo tra diritto privato (commerciale) e diritto pubblico (amministrativo), nel quale nessuno si sente mai del tutto a casa propria e nel quale rischia di rimanere frustrata la naturale aspirazione del giurista a muoversi in un mondo di concetti ben delineati”*⁶³. Il tentativo di fornire una definizione giuridica delle società pubbliche, non ha solo valore teorico, ma risulta determinante per individuare la disciplina applicabile. Si è affermato che si assiste ad un fenomeno di sostanziale “perdita della fattispecie”, nel quale non

⁶³ In questi termini: R. Rordorf, *Le società “pubbliche” nel codice civile*, in *Le società*, n. 4, 2005, p. 423.

può parlarsi di “disciplina”, ma di “discipline” delle società pubbliche. Una tendenza questa di “perdita” o “svuotamento” della fattispecie, che si ripete con frequenza sempre maggiore nella legislazione recente. Le tipologie giuridiche vengono utilizzate non più come schemi generali e predeterminati, nei quali far rientrare necessariamente le specifiche realtà, ma come formule “su misura”, modellate a seconda delle esigenze dei casi concreti. Sotto quest'aspetto può parlarsi di crisi del “tipo” legale, in specie nel campo dell'impresa ove è richiesta una sempre maggiore utilizzazione di modelli che possano consentire una gestione efficiente. Oggi prevalgono l'efficienza economica, il pragmatismo, l'interesse della singola impresa, trascurando la rigidità dei concetti e la sistematicità dell'ordinamento giuridico. Viene meno quel procedimento – cardine del nostro impianto giuridico – di “astrazione e tipizzazione”, mediante il quale si individuano i caratteri comuni e ricorrenti di una serie di situazioni. La fattispecie astratta (che dovrebbe essere sempre uguale) si distingue sempre meno dalla fattispecie concreta. La perdita del carattere di generalità della norma, l'interesse crescente alla regolamentazione di casi concreti, comportano il rischio di creare discipline il cui inquadramento all'interno dell'ordinamento giuridico risulta assai complesso e si rischia, inoltre, di determinare diseguaglianze di trattamento tra situazioni comuni.

La disciplina generale delle società partecipate da soggetti pubblici (Stato o altri enti pubblici) si rinviene, all'interno del codice civile, oggi nel solo art. 2449 c.c., che prevede prerogative speciali per il socio pubblico, relative alla facoltà di nomina e revoca di amministratori e membri di controllo. Alla norma generale si affiancano le leggi speciali istitutrici delle società pubbliche, che prevedono specifiche prerogative per il socio pubblico.

2. Società di diritto comune e partecipazione di un soggetto pubblico

Le società partecipate dallo Stato o da enti pubblici chiudono la disciplina delle società per azioni, trovandosi regolamentate nella penultima sezione (prima delle “Società di interesse nazionale”) del Capo V del codice civile, relativo alle “Società per azioni”. Erano disciplinate, prima della riforma del diritto societario, in tre articoli del codice civile: art. 2458 (“Società con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici”), art. 2459 (“Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici”) e art. 2460 (“Presidenza del collegio sindacale”). In

particolare, l'art. 2458 c.c. stabiliva che nel caso di partecipazione al capitale di una s.p.a. da parte di un ente pubblico o dello Stato, nell'atto costitutivo poteva prevedersi la facoltà di nomina pubblica di uno o più amministratori o sindaci, i quali avevano stessi obblighi e diritti dei membri di nomina comune e potevano essere revocati solo dal soggetto pubblico che li aveva nominati. L'art. 2459 estendeva, salvo diversa disposizione di legge, le regole poste dall'art. 2458 al caso in cui lo Stato o gli enti pubblici potessero nominare, in forza della legge o dell'atto costitutivo, uno o più amministratori o sindaci, anche in mancanza di partecipazione azionaria. Infine, l'art. 2460 stabiliva che nel caso in cui uno o più sindaci fossero stati nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale dovesse essere scelto tra questi.

La disciplina è poi confluita, a seguito della riforma operata col D. Lgs. 17 Gennaio 2003 n. 6 e successivi correttivi, negli articoli 2449 e 2450 c.c.. La collocazione nel codice resta la stessa, nel Capo V del Libro V, dedicato alla società per azioni. Recentemente si è proceduto alla modifica dell'art. 2449 ed all'abrogazione dell'art. 2450, come si vedrà meglio in seguito.

Un primo cenno critico deve farsi riguardo alla sistemazione della disciplina nel Capo relativo alla società per azioni. La possibilità per lo Stato e gli enti pubblici di partecipare al capitale di una società

non è limitata al solo tipo della società per azioni, ma riguarda tutte le tipologie di società di capitali. E' pur vero che in passato il potere pubblico quando ha utilizzato il modello societario, ha fatto ricorso alla società per azioni nella maggior parte dei casi, mentre solo in isolate occasioni alla società a responsabilità limitata. La prospettiva futura appare però alquanto differente ed il modello della s.r.l. presenta tratti caratteristici idonei alla partecipazione pubblica, come si argomenterà meglio in seguito. Sarebbe stata più logica una sistemazione della disciplina relativa in un Capo di generale applicazione alle società di capitali. Poteva includersi in un Capo di disciplina generale, oppure creare un Capo apposito dedicato alle società partecipate dallo Stato o da enti pubblici.

Passiamo ora all'analisi di detti articoli.

A norma dell'art. 2449 c.c., lo statuto di una società per azioni partecipata da enti pubblici può prevedere il potere di nomina pubblica di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza. Si tratta di un potere eccezionale di nomina attribuito ai soci della società, senza che nella norma *de qua* vi sia alcun riferimento al capitale sociale rappresentato dalla parte pubblica. Tale potere deriva, dunque, dalla natura pubblica dei soci e non da un collegamento con la partecipazione al capitale sociale del socio

pubblico. Con una disposizione di carattere evidentemente pubblicistico⁶⁴, è stabilito, al secondo comma, che la revoca di detti soggetti è possibile solo ad opera degli organi che li hanno nominati. Anche questa previsione ha carattere eccezionale e derogatorio rispetto alla disciplina comune su amministratori, sindaci e membri del consiglio di sorveglianza. I soggetti nominati dal socio pubblico non hanno diritti ed obblighi particolari ma, salvo leggi speciali, si trovano nella medesima posizione dei membri di nomina assembleare. A rigore della norma citata, la particolarità della nomina pubblica di tali soggetti si esaurirebbe nel momento della nomina, dato che, una volta nominati, hanno pari obblighi e diritti dei membri di nomina comune. La norma sul punto innova, in certo senso, rispetto al passato, in quanto stabilisce all'ultimo capoverso dell'ultimo comma dell'art. 2449 c.c., che la parificazione tra membri di nomina pubblica e comune viene meno nel caso in cui una fonte legislativa speciale disponga diversamente. In realtà, la precisazione che una norma speciale in materia abbia capacità derogatoria rispetto alla normativa codicistica, appare superflua perché il carattere derogatorio di una legge speciale non deriva certo dalla previsione in tal senso inserita nella norma

⁶⁴Potere di revoca pubblicistico spettante allo stesso organo che ha proceduto alla nomina. Altra parte della dottrina ritiene che la facoltà di nomina degli amministratori e loro revoca abbia natura privatistica.

generale, ma dal suo carattere di norma eccezionale. Non vi è dubbio che la fonte debba essere legislativa. Secondo alcuni, la specificazione introdotta dalla riforma potrebbe avere un significato diverso. Tale previsione vorrebbe precisare che solo con legge si può determinare una modificazione dei compiti degli amministratori, orientandoli verso gli interessi e le finalità del socio pubblico piuttosto che verso gli interessi e le finalità proprie della società. In tal modo, si chiarisce che anche gli amministratori di nomina pubblica debbono svolgere i loro compiti nell'interesse esclusivo della società e che la funzione propria degli amministratori non viene modificata dalla presenza pubblica nel capitale della società. Solo una legge potrebbe, quindi, prevedere in modo diverso ed alterare la funzione naturale dell'amministrazione della società. In questo senso, la norma affermerebbe l'esigenza di rispetto della causa lucrativa anche nelle società partecipate da enti pubblici.⁶⁵ In realtà, seppure questa lettura della nuova previsione ha il merito di sottolineare il carattere proprio della società per azioni e la finalità lucrativa della stessa, non pare tuttavia che l'intento del legislatore si sia spinto così oltre, ma si tratta probabilmente di una mera specificazione, peraltro superflua, della derogabilità della norma

⁶⁵ Cfr. C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2005, p. 4; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, p. 117 e ss..

da parte di una fonte legislativa speciale. L'introduzione di tale specificazione è piuttosto da leggersi come precisazione che gli amministratori di nomina pubblica possono perseguire scopi diversi da quelli della società, anche se è necessario che ciò sia previsto con legge. Di certo, la finalità lucrativa è una delle questioni principali delle società partecipate da enti pubblici.

Mentre il potere di nomina e quello corrispondente di revoca, spettante allo stesso soggetto che ha proceduto alla nomina, sono sottoposti al regime dell'ente pubblico, il rapporto di amministrazione (tra amministratore e società) è sottoposto alla disciplina codicistica delle società.

In caso di società per azioni strutturata secondo il modello tradizionale, il potere di nomina del socio pubblico potrà riguardare uno o più amministratori del consiglio di amministrazione (combinato disposto artt. 2383, 1° comma e 2449, 1° comma c.c.). Ove non vi sia un consiglio di amministrazione ma un amministratore unico, non pare vi siano ostacoli a che la nomina dello stesso sia fatta dal socio pubblico. Il socio pubblico potrà anche nominare uno o più membri del collegio sindacale (combinato disposto artt. 2400, 1° comma e 2449, 1° comma c.c.).

Nel caso in cui la società adotti il sistema dualistico, basato su

un consiglio di gestione e un consiglio di sorveglianza, lo statuto sociale potrà prevedere la facoltà di nomina di uno o più membri del consiglio di gestione da parte del socio pubblico (combinato disposto artt. 2409-*novies*, 3° comma e 2449, 1° comma). Potrà, inoltre, prevedere la nomina di uno o più componenti del consiglio di sorveglianza (artt. 2409-*duodecies*, 2° comma e 2449, 1° comma c.c.).

Nella società per azioni che adotti il modello monistico, fondato su un consiglio di amministrazione ed un comitato di controllo interno, lo statuto potrà prevedere la nomina per parte pubblica di uno o più membri del consiglio di amministrazione (artt. 2409-*noviesdecies*, 2383, 1° comma e 2449, 1° comma c.c.).

La riforma non ha portato, dunque, sostanziali cambiamenti alla disciplina previgente, salvo la specificazione della derogabilità ad opera di leggi speciali delle norme sui compiti degli amministratori e l'adeguamento ai nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni, mediante l'inserimento negli articoli 2449 e 2450 c.c. del riferimento ai "componenti del consiglio di sorveglianza" nel caso la società adotti il sistema dualistico (art. 2409-*octies*).⁶⁶ La Relazione al decreto di riforma del diritto societario, inoltre, non tratta in alcuna sua parte delle società partecipate da enti pubblici.

⁶⁶ Cfr. C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2005, in nota 8, p. 4.

L'art. 2450 c.c. prevedeva l'estensione delle disposizioni di cui all'art. 2449 c.c. al caso in cui la legge o lo statuto attribuissero allo Stato o agli enti pubblici la facoltà, anche in mancanza di una partecipazione azionaria, di nomina di uno o più amministratori o sindaci o membri del consiglio di sorveglianza, salvo diversa disposizione di legge. Veniva, inoltre, riaffermato il principio secondo il quale nel caso di presenza di sindaci nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale dovesse essere scelto tra questi. La norma faceva riferimento esclusivamente ai sindaci nominati dallo Stato e non a quelli nominati da altri enti pubblici. La norma, inoltre, non risultava coordinata con l'art. 2449 c.c., adeguato ai nuovi sistemi di amministrazione e controllo; mancava il riferimento al caso in cui, invece del collegio sindacale, vi fosse un consiglio di sorveglianza, il cui presidente doveva essere scelto tra i membri di nomina statale.

Con la disposizione di cui all'art. 2450 c.c. si attribuivano, pertanto, all'ente pubblico o allo Stato poteri speciali di nomina di membri di controllo o di amministrazione, senza che fosse necessario un rapporto proprietario tra soggetto pubblico e società. A differenza che nell'ipotesi contemplata dall'art. 2449, nella quale si presuppone comunque una partecipazione alla società, nella fattispecie di cui all'art. 2450 si prescindeva da qualsiasi rapporto proprietario. Mentre

con la previsione dell'art. 2449, l'ente pubblico o lo Stato possono nominare amministratori o membri di controllo, in deroga alle regole ordinarie ed in forza di un potere eccezionale, ma sul presupposto della partecipazione al capitale della società e, quindi, della qualità di socio dell'ente pubblico o dello Stato, nell'ipotesi prevista dall'art. 2450 a tali soggetti veniva attribuito un potere eccezionale di nomina che prescindeva dalla partecipazione al capitale sociale. Ad un soggetto "terzo" rispetto alla società si attribuiva il diritto di nominare membri di amministrazione o di controllo. Se, pertanto, con l'art. 2449 si conferisce un potere eccezionale in quanto non proporzionale alla partecipazione, con l'art. 2450 il potere speciale non solo non è proporzionale alla partecipazione, ma prescinde da questa. Nel primo caso si hanno dei poteri maggiori attribuiti ad un socio, nel secondo dei poteri speciali attribuiti ad un non socio. Queste prerogative derivavano non dal consenso dei soci, ma direttamente dalla legge.

3. Il rapporto di amministrazione tra amministratore di nomina pubblica e società. Il rapporto tra ente pubblico ed amministratore

Deve essere posta l'attenzione ora sul rapporto di amministrazione nella società e sul rapporto intercorrente tra ente pubblico nominante ed amministratore.

Appare opportuno, innanzitutto, chiarire quale sia la forma di amministrazione della società per azioni e quali siano i principi posti alla base dell'assetto organizzativo di tale tipo sociale.

Nella società per azioni, sin dal 1942, la funzione amministrativa è separata dall'organo rappresentativo della proprietà, al quale è solo consentito di impartire le direttive generali e di decidere sulle operazioni maggiormente rilevanti. Nel corso degli anni, agli amministratori è stata attribuita sempre maggiore autonomia, più ampie competenze e, al tempo stesso, minori ingerenze da parte dell'assemblea nella loro attività, sì da farli divenire titolari esclusivi della gestione societaria. Questo processo di graduale distacco tra proprietà ed amministrazione e di ampliamento dell'indipendenza dell'organo amministrativo, giunge a compimento con la riforma del

diritto societario del 2003. Oggi, l'art. 2380-*bis*, 1° comma, c.c., prevede espressamente la competenza “esclusiva” degli amministratori per la gestione della società, specificando che gli stessi compiono le attività necessarie al conseguimento dell'oggetto sociale. Si tratta di una competenza generale nel governo della società, comprendente ogni materia che la legge non riservi alla cognizione dell'assemblea, le cui competenze sono tassative.⁶⁷

La “esclusività” comporta la mancanza di poteri diretti nella gestione da parte dell'assemblea, la quale, oltre alle materie alla stessa riservate dalla legge, può solo “autorizzare” atti particolari dell'organo amministrativo, ove previsto dallo statuto della società (art. 2364 n.5) o dalla legge (art. 2357). In tali casi, resta comunque ferma la responsabilità degli amministratori, i quali potranno anche non compiere gli atti autorizzati dall'assemblea (artt. 2364 e 2364-*bis*). Si tratta di un'attività non di gestione diretta, ma di verifica e di autorizzazione di un atto di gestione, che resta, comunque, di competenza degli amministratori. Ed infatti, se così non fosse, gli amministratori dovrebbero essere sollevati dalla responsabilità relativa a quel dato atto.

⁶⁷Cfr. M. Sandulli, in *La riforma delle società, Commentario del D. Lgs. 17/1/2003 n.6*, a cura di Sandulli – Santoro, p. 400.

Circa il rapporto che lega gli amministratori alla società (dal punto di vista interno), sotto il vigore della disciplina previgente, l'art. 2392 c.c. specificava che gli amministratori dovessero svolgere i loro compiti con la diligenza del mandatario (art. 1710). L'interpretazione letterale faceva propendere per una assimilazione al contratto di mandato (disciplinato dagli artt. 1703 e ss.), ma già allora la dottrina si mostrava contraria all'identificazione di tale rapporto nello schema del mandato. Mettendo in discussione la stessa natura contrattuale, la dottrina, ricostruiva piuttosto il rapporto come atto unilaterale.⁶⁸La nomina da parte dell'assemblea costituirebbe un atto unilaterale, mentre l'accettazione, una condizione di efficacia della nomina.⁶⁹I poteri degli amministratori avrebbero carattere originario, derivanti direttamente dal contratto sociale.⁷⁰Secondo la giurisprudenza ed altra dottrina, invece, il rapporto avrebbe natura obbligatoria.⁷¹Si è individuata, da parte dei sostenitori della natura contrattuale, la proposta nella nomina da parte dell'assemblea e la accettazione, il più

⁶⁸Frè, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja – Branca, p. 404. Contra: Cass. 23/10/1963 n. 2802 e 28/9/1973 n. 2434.

⁶⁹G.F. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, UTET, 2003, p. 112; F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, p. 253.

⁷⁰Cfr. Campobasso, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 325; Galgano, *Il nuovo diritto societario*, p. 253.

⁷¹Cass. Sez. Un., 14/12/1994 n. 10680, in *Dir. Lav.*, 1995, II, p. 349.

delle volte tacita, consistente nella richiesta di iscrizione della nomina, da parte dell'amministratore, nel Registro delle Imprese.⁷²I sostenitori della natura contrattuale negano, comunque, che si tratti di un rapporto di lavoro subordinato, in quanto l'organo amministrativo è parte essenziale dell'apparato societario, non subordinato all'assemblea. Secondo un orientamento della giurisprudenza, si tratterebbe di un rapporto di lavoro parasubordinato, in quanto l'attività viene svolta in modo coordinato, continuativo e prevalentemente personale.⁷³Secondo altra corrente giurisprudenziale, il rapporto sarebbe inquadrabile nel lavoro professionale autonomo.⁷⁴

Altre volte, la dottrina ha fatto ricorso alla figura del contratto d'opera⁷⁵, al rapporto di lavoro in senso ampio⁷⁶oppure ha affermato la sussistenza di un contratto *sui generis*, con elementi sia di autonomia che di subordinazione,⁷⁷ con conseguente applicabilità delle norme sul

⁷²Di Sabato, *Diritto delle Società*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 275; Toffoletto, *Amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 209.

⁷³La tesi seguita prevalentemente dalla giurisprudenza di legittimità: Cass. 14/1/2000 n. 1662; Cass. Sez. Un., 14/12/1994 n. 10680. Contra: Trib. Roma, 3/6/1996, *Società*, 1996, 1193; Trib. Milano, 21/11/1996, *Società*, 1997, 221.

⁷⁴Cass. 19/9/1991 n. 9788, in *Foro It.*, 1992, I, p. 978; Cass. 26/2/2002 n.2861, in *Foro It.*, 2003, I, p. 273.

⁷⁵Di Sabato, *Diritto delle Società*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 276.

⁷⁶Cass. Sez. Un., 14/12/1994 n. 10680, in *Dir. Lav.*, 1995, II.

⁷⁷G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 71. Tesi seguita di recente anche da: Quattraro, *Bilancio di esercizio*, p. 414; Jaeger – Denozza, *Appunti*,

contratto di mandato o d'opera, solo nel caso di lacune della disciplina legale.⁷⁸

I poteri degli amministratori non derivano da un contratto con i soci, ma sono originari perché hanno fonte legale o statutaria; per l'autonomia di cui godono, l'ampiezza dei compiti agli stessi riservata e la responsabilità cui sono soggetti, possono considerarsi dei funzionari privati.⁷⁹

Il rapporto di amministrazione risulta completamente differente nel caso di nomina da parte del socio pubblico. La natura giuridica della nomina, in tal caso, assume connotazioni differenti. Il potere attribuito al socio pubblico, nel caso di partecipazione in una società (art. 2449), di nominare uno o più amministratori, comporta un'alterazione della normale regola, che vede nella assemblea il solo organo capace di conferire l'investitura.⁸⁰

La natura giuridica del potere di nomina da parte del socio

379; Toffoletto, in *Diritto delle società, Manuale breve*, 2004, p. 215.

⁷⁸Santoro – Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, 1985, p. 98; Trib. Milano, 21/11/1996, in *Società*, 1997, p. 221. Propendono per questa tesi anche: Ferrucci – Ferrentino, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, Giuffrè, 2005, Tomo I, p. 605.

⁷⁹ Cfr. F. Corsi, in *Nuove società di capitali*, p. 64.

⁸⁰ Cfr. A. Salafia, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti*, in *Le società*, 2001, p. 773.

pubblico è oggetto di discussione. In particolare, è discusso se si tratti di un potere pubblicistico, riconosciuto all'ente in quanto diretto alla soddisfazione di un interesse pubblico, oppure privatistico, espressione di autonomia contrattuale.

La facoltà di nomina rappresenterebbe, secondo alcuni, un privilegio di cui godono lo Stato e gli enti pubblici, in ossequio agli interessi generali dei quali sono portatori, ma al quale sarebbe estranea ogni connotazione autoritativa. L'atto di nomina, come quello corrispondente di revoca, avrebbero, dunque, natura essenzialmente negoziale e l'ente partecipante alla società agirebbe *iure privatorum*.⁸¹

Anche la giurisprudenza è orientata a ritenere il potere *de quo* di natura privatistica.⁸²

Si osserva che la natura privatistica della nomina deriverebbe dalla mancanza di una significativa alterazione rispetto alla disciplina comune della società per azioni. L'ente pubblico socio ha solo un potere di influenza determinato, se del caso, dalla maggioranza azionaria, utilizzando poteri non pubblicistici, che non gli spettano, ma comuni, il

⁸¹Così: R. Rordorf, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Le Società*, n. 4, 2005, p. 427.

⁸²Cons. Stato, sez. V, 13/6/2003, n. 3346 e 11/2/2003 n. 708; Cass. Civ., S.U., 15/4/2005 n. 7799.

cui esercizio avviene per il tramite dei membri di sua nomina.⁸³

Altre volte, si è considerata la disposizione in esame come norma di diritto pubblico, attributiva di un potere pubblicistico, esercitato mediante atti amministrativi discrezionali.⁸⁴

La nomina ai sensi dell'art. 2449 c.c. determina la nascita anche di un diverso rapporto tra ente pubblico o Stato ed amministratore di sua nomina. Tale rapporto viene configurato, da parte della dottrina, come di "soggezione o dipendenza". Secondo altra corrente di pensiero, preferibile, si tratterebbe di un rapporto di "fiducia".

4. La limitazione dei "poteri speciali" del socio pubblico attraverso la modifica dell'art. 2449 e l'abrogazione dell'art. 2450 del codice civile

L'art. 2450 c.c. è stato abrogato ad opera dell'art. 3 del Decreto Legge n. 10 del 15 Febbraio 2007 (convertito in Legge n. 46 del 6 Aprile

⁸³In tal senso, Cass. Civ., sez. II, 15/4/2005, n. 7799, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 759.

⁸⁴Cfr. F. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli articoli 2458 e ss. del codice civile)*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1968, p. 258 e ss..

2007).

La Legge n. 34 del 25 Febbraio 2008 (“Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee Legge comunitaria per il 2007”) ha, inoltre, modificato l'art. 2449 c.c., prevedendo, innanzitutto, che la facoltà di nomina da parte di soggetti pubblici di amministratori e sindaci sia “proporzionale” alla loro partecipazione al capitale sociale.⁸⁵Rispetto al

⁸⁵ Il nuovo testo dell'art. 2449 c.c., come modificato dall'art. 13 della L. n. 34 del 2008, Legge Comunitaria per il 2007, è il seguente: “ Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. - *Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.*

Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica.

Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine e' in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti”.

2. Il consiglio di amministrazione, nelle società che ricorrono al capitale di rischio e nelle quali sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, adegua lo statuto entro otto mesi da tale data, prevedendo che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, ai sensi dell'articolo 2346, sesto comma, del codice civile. Scaduto il predetto termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'articolo 2449, come sostituito dal comma I.”

testo previgente, il diritto di nomina viene ora collegato alla partecipazione al capitale. Si ribadisce che il potere di revoca spetta agli stessi soggetti pubblici che hanno proceduto alla nomina. Si è previsto, inoltre, che gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. I sindaci ed i componenti del consiglio di sorveglianza restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica. Per quanto riguarda le società che fanno ricorso al capitale di rischio, si applica la disciplina del sesto comma dell'art. 2346 c.c.. Il consiglio di amministrazione può proporre all'assemblea, la quale delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti. Si prevede, inoltre, al secondo comma del succitato art. 13 della Legge comunitaria per il 2007, una norma transitoria per l'adeguamento degli statuti delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Tali società, nelle quali lo

statuto contempli la facoltà di nomina ex art. 2449 c.c. secondo le norme previgenti, devono procedere alla modifica dello statuto sociale al fine di adeguarlo alle nuove disposizioni entro otto mesi dalla data di entrata in vigore della nuova legge. Decorso il termine, ove non sia intervenuto l'adeguamento, le norme dello statuto difformi alle nuove prescrizioni perdono di efficacia. In particolare, negli statuti si deve prevedere che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari intrasferibili e condizionati alla permanenza nel capitale dello Stato o dell'ente pubblico, a norma dell'art. 2346 c.c., comma 6°.

L'abrogazione dell'art. 2450 e la modifica dell'art. 2449 c.c. sono indice della tendenza a ridimensionare i poteri speciali degli enti pubblici e dello Stato sulle società.⁸⁶In un primo momento, si è proceduto, come detto, all'abrogazione dell'art. 2450 c.c. che consentiva la facoltà di nomina anche in mancanza di partecipazione. Successivamente, anche nell'ipotesi normale della partecipazione al capitale della società, delineata dall'art. 2449 c.c., si è inserito il criterio della proporzionalità tra capacità di nomina e partecipazione al capitale.

Gli interventi legislativi, tesi a ridurre il potere dei soci pubblici,

⁸⁶Cfr. E. Puglielli e A. Ruotolo, *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*, *Studi d'Impresa*, S. n. 150-2008/I, approvato dalla *Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato*, il 30 Ottobre 2008.

sono stati determinati dalle prescrizioni provenienti dalla Commissione europea e dalla Corte di Giustizia.

In particolare, a seguito della procedura d'infrazione n. 2006/2104 in riferimento all'art. 226 del Trattato, il legislatore ha proceduto all'abrogazione dell'art. 2450 c.c.. Inoltre, la Corte di Giustizia, nei procedimenti riuniti ex art. 234 CE, nn. C-463/04 e C-464/04, sentenza del 6 Dicembre 2007, Sezione I, ha analizzato la compatibilità dell'art. 2449 c.c. con l'art. 56 n. 1 del Trattato, il quale tutela i movimenti di capitali. I poteri speciali del soggetto pubblico, non in rapporto diretto col capitale posseduto, non erano compatibili con la prescrizione del Trattato. Si imponeva il rispetto del criterio della proporzionalità tra partecipazione al capitale e potere di nomina degli amministratori e sindaci. La norma contenuta nell'art. 2449 c.c. configurava un'ipotesi di disparità di trattamento tra soci pubblici e privati, ponendo i primi in una posizione di evidente privilegio. Per tale motivo, gli imprenditori privati, sia nazionali che stranieri, sarebbero stati disincentivati ad investire in organismi societari a partecipazione mista pubblico-privato, nei quali il socio pubblico fosse titolare di poteri non rapportati alla partecipazione al capitale sociale. In particolare, secondo la sentenza succitata della Corte di Giustizia, la disciplina sui "poteri speciali" avrebbe dovuto contenere limiti al numero degli

amministratori nominabili dal socio pubblico e la possibilità di ricorrere a tali nomine, in deroga al regime ordinario, solo in presenza di “motivi imperativi di interesse generale”. Nella disciplina posta dall'art. 2449 c.c., infatti, non solo non vi era alcun limite al numero degli amministratori nominabili dal socio pubblico, ma le stesse nomine erano incondizionate. Secondo la Corte, inoltre, il potere esercitato dal socio pubblico era reso ancora più penetrante dalla possibilità, ai sensi dell'art. 4 del D. L. 31 Maggio 1994 n. 332, dello Stato o degli enti pubblici di partecipare all'elezione mediante “voto di lista” degli amministratori che non fossero stati nominati direttamente da loro. Tali facoltà, di nomina diretta ex art. 2449 c.c. e di partecipazione al voto di lista, determinavano un potere complessivo di controllo sulla società molto intenso. L'ampiezza del potere non era fondata sulla partecipazione e ciò determinava una non proporzione tra potere di fatto esercitato dai soci pubblici e la parte di capitale detenuta.

La Corte di Giustizia aveva già in precedenza chiarito che i poteri speciali devono essere applicati in modo non discriminatorio e devono essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale. Inoltre, deve esservi un collegamento tra l'obiettivo perseguito ed i poteri attribuiti, nel senso che questi devono essere idonei al

raggiungimento dell'obiettivo e non devono essere superflui rispetto a tale funzione.

Si inserisce, in sostanza, un principio di proporzionalità tra poteri conferiti e funzione alla quale sono diretti.⁸⁷

Il legislatore italiano ha proceduto, in seguito alla fissazione dei principi posti dalla Corte, a limitare i poteri speciali dei soggetti pubblici ai soli casi in cui potesse esservi un pregiudizio di “interessi vitali dello Stato”. In particolare, il legislatore è intervenuto dapprima con l'art. 4 commi 227-231 della Legge 24 Dicembre 2003 n. 350 ed in seguito con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 Giugno 2004. Tali interventi, da parte del legislatore italiano, sono stati ritenuti inadeguati dalla Commissione. Quest'ultima, con la procedura d'infrazione n. 859 del 2006, ha deferito l'Italia alla Corte di Giustizia, giudicando estremamente generico il riferimento agli interessi “vitali” dello Stato e ritenendo di dover limitare i poteri speciali ai soli casi nei quali esistessero ragioni di ordine pubblico, sicurezza, difesa e salute.

Secondo la Commissione europea, la presenza nell'azionariato di un socio di natura pubblica non può comportare un'alterazione sostanziale degli equilibri predeterminati per il governo ed il controllo

⁸⁷Corte di Giustizia, Sentenza 23 Maggio 2000, Causa C-58/99.

della società. Non è ammissibile una disparità di trattamento tra soci pubblici e privati all'interno di un organismo societario fondato sulla partecipazione al capitale sociale. I poteri speciali pubblici sono possibili solo nel caso in cui vi sia un interesse pubblico di particolare importanza da tutelare e devono, pertanto, considerarsi come ipotesi eccezionali. Solo in presenza di un interesse qualificato in questi termini possono nascere tali poteri maggiori del socio pubblico. Gli stessi devono, altresì, essere proporzionati agli obiettivi pubblici da raggiungere, nel senso che non devono estendersi oltre quanto necessari per la loro realizzazione.

5. La nuova forma dei “poteri speciali” nell'art. 2449 c.c.

La modifica apportata dalla Legge comunitaria per il 2007 alla disciplina delle società partecipate dallo Stato o da enti pubblici distingue, innovando rispetto al passato, tra società che non fanno ricorso al capitale di rischio e società che vi fanno ricorso.

Quanto alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, la novella ha eliminato il potere eccezionale prima riconosciuto al socio pubblico di nominare membri di amministrazione a prescindere

da qualsiasi rapporto con la partecipazione al capitale. Secondo la nuova norma, lo statuto può conferire allo Stato o agli enti pubblici soci la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, o componenti del consiglio di sorveglianza, “proporzionale” alla partecipazione. Pertanto, oggi tali poteri non sono più svincolati dalla quantità di azioni o quote possedute dal socio pubblico, ma sono attribuiti in proporzione alla partecipazione.

La capacità di nomina “in proporzione” alla partecipazione al capitale sociale richiede approfondimento.

Nelle ipotesi normali, gli amministratori della società per azioni sono nominati la prima volta nell’atto costitutivo. Successivamente, la nomina spetta all'assemblea, ai sensi dell'art. 2383 c.c., 1° comma. Nello stesso primo comma è precisato che sono fatte salve le ipotesi contemplate dagli articoli 2351, 2449 e 2450 (quest'ultimo oggi abrogato). La nomina degli amministratori è, per regola generale, di competenza dell'assemblea la quale, ai sensi dell'art. 2368 c.c., è regolarmente costituita con l'intervento di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta, salvo che lo statuto preveda norme particolari. Il primo comma dell'art. 2368 c.c., relativo alla costituzione dell'assemblea ed alla validità delle delibere, affermato il principio di carattere generale delle deliberazioni

a maggioranza assoluta, ammette la possibilità che lo statuto richieda una maggioranza più elevata e che, in ordine alla nomina di cariche sociali, lo statuto preveda norme particolari.

Come visto, lo stesso art. 2383 c.c. individua una forma alternativa di nomina degli amministrativa extra assembleare, costituita dall'ipotesi di cui all'art. 2449 c.c..

Per stabilire se il socio pubblico abbia in concreto bisogno dei poteri maggiori attribuiti dall'art. 2449 c.c. occorre, innanzitutto, guardare allo statuto della società. Infatti, nel caso in cui il socio pubblico detenga la maggioranza assoluta del capitale, ove lo statuto ex art. 2368 c.c. non preveda norme particolari per la nomina degli amministratori, lo stesso socio pubblico in assemblea può liberamente deliberare la nomina. In tal caso, in forza del suo potere di diritto comune e non speciale, il socio pubblico può nominare gli amministratori. La nomina non è in tal caso extra assembleare e, quindi, non deroga al regime ordinario. Lo stesso vale per la nomina dei membri di controllo. Nelle ipotesi diverse, con partecipazione non maggioritaria al capitale della società, occorre guardare in concreto alle modalità di voto e all'esistenza di eventuale voto di lista regolato nello statuto, per comprendere come si possa manifestare il potere di nomina del socio pubblico.

Ricorrere al potere ex art. 2449 nuovo testo, determina la facoltà di nomina per parte pubblica in “proporzione” al capitale posseduto. In ipotesi di un consiglio di amministrazione o di un collegio sindacale (o consiglio di sorveglianza) composto da 15 membri, il socio pubblico titolare di azioni corrispondenti al quaranta per cento del capitale sociale potrà procedere alla nomina diretta extra assembleare di 6 membri. Il potere di revoca dei membri di nomina pubblica compete, in ogni caso, ai soggetti che hanno proceduto alla nomina.

La disciplina di nomina diverge dalle regole suddette nel caso si tratti di società che ricorra al mercato del capitale di rischio. A tali società si estende il disposto dell'art. 2346 c.c., ultimo comma. La società può emettere strumenti finanziari, forniti di diritti patrimoniali od amministrativi, a seguito dell'apporto da parte di soci o di terzi anche di opera o servizi. Resta escluso dai diritti amministrativi, quello di voto nell'assemblea generale degli azionisti. Le modalità, le condizioni per l'emissione, i diritti attribuiti, le norme per la circolazione, ove ammessa, e le sanzioni per il caso di inadempimento delle prestazioni promesse, sono regolate dallo statuto.

Il consiglio di amministrazione può, inoltre, proporre all'assemblea che i diritti amministrativi in favore dello Stato o degli enti pubblici siano, previo consenso di questi ultimi, rappresentati da una particolare

categoria di azioni. Nella norma transitoria, contenuta nel 2° comma dell'art. 13 della L. 34/2008, si precisa, altresì, che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla permanenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico. La norma transitoria richiede, entro otto mesi dalla data di entrata in vigore della legge, l'adeguamento, da parte del consiglio di amministrazione, dello statuto ove si preveda la nomina ai sensi della precedente normativa; scaduto il termine, le disposizioni difformi alle nuove regole perdono di efficacia. Sembrerebbe che, la nuova normativa sulle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, colleghi al possesso degli strumenti partecipativi da parte del socio pubblico la facoltà di nomina diretta degli amministratori in alternativa alla creazione di speciali categorie di azioni. Il ricorso agli strumenti partecipativi appare, comunque, di difficile giustificazione.⁸⁸

⁸⁸Per un'analisi articolata della nuova normativa di cui all'art. 2449 c.c., si rinvia a: E. Puglielli e A. Ruotolo, *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*, *Studi d'Impresa*, S. n. 150-2008/I, approvato dalla *Commissione studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato*, il 30 Ottobre 2008.

6. I rinvii contenuti nelle normative di settore a seguito della riforma del diritto societario. Gli adempimenti del socio unico pubblico

La disciplina applicabile alle società partecipate dallo Stato o da enti pubblici è la risultante della combinazione tra regolamentazione speciale e generale. In particolare, la disciplina di carattere generale, contenuta nel codice civile, sarà applicata nel caso di mancata previsione della fattispecie o di rinvio espresso da parte della norma speciale. Le norme del codice civile si applicano in quanto compatibili con la disciplina speciale. Nelle leggi speciali si rinvencono spesso rinvii a norme del codice civile, i quali, a seguito delle modificazioni intervenute con la riforma del 2003, non corrispondono, in alcuni casi, alle precedenti previsioni. Occorre, dunque, chiarire quale sia il quadro di riferimento della normativa speciale dopo la riforma e quali rinvii sopravvivano.

La normativa speciale prevale sulle norme del codice civile novellate dalla riforma, anche se posteriori (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*). La questione da analizzare riguarda i rinvii, contenuti in norme speciali, al vecchio testo degli articoli del codice

civile.

La previsione della non applicabilità della disciplina sulla responsabilità illimitata del socio unico, era presente in diverse leggi speciali. Ad esempio, era presente nell'art. 8, comma 1, della legge⁸⁹ 15/6/2002 n. 112, il quale escludeva per la società l'applicazione dell'art. 2362 c.c. (che stabiliva, nella vecchia formulazione, la responsabilità illimitata del socio unico). A seguito della riforma del 2003, l'unico socio della società per azioni non perde il beneficio della responsabilità limitata, a condizione che vengano rispettati alcuni adempimenti. Deve chiarirsi se tali adempimenti siano richiesti anche per il socio pubblico, oppure se, ritenendo ancora in vigore la deroga di cui all'art. 8 della legge n. 112/02, il socio pubblico sia incondizionatamente beneficiario della responsabilità limitata.

Oggi, il socio unico non perde il beneficio della responsabilità limitata, a condizione che l'organo amministrativo depositi, entro 30 giorni dall'iscrizione nel libro dei soci, una dichiarazione dalla quale risultino le generalità del socio unico (cognome e nome, o denominazione, data e luogo di nascita o di costituzione, domicilio o sede, cittadinanza). Questa dichiarazione, che può essere fatta anche

⁸⁹ Legge istitutiva della società denominata "Infrastrutture S.p.a."

dal socio unico, è prevista allo scopo di tutelare i creditori con una speciale forma di pubblicità, in esecuzione di quanto stabilito dalla legge delega per la riforma del diritto societario, che richiedeva per la s.p.a. unipersonale l'adozione di “adeguate garanzie” (art. 4 lett. C, L. 3/10/2000, n. 366). Oltre al regime pubblicitario speciale suindicato, una disciplina particolare è poi prevista in ordine ai conferimenti. Per la costituzione di una s.p.a. unipersonale è richiesto il versamento presso una banca dell'intero ammontare dei conferimenti in denaro. Nel caso, invece, la pluralità dei soci venga meno successivamente, i versamenti devono essere effettuati entro 90 giorni.

Il rispetto delle prescrizioni suddette, riguardo alla pubblicità (art. 2362) ed ai conferimenti (art. 2342), è necessario per evitare che, in caso di insolvenza della società, il socio unico sia responsabile per le obbligazioni sorte nel periodo in cui mancava la pluralità dei soci (art. 2325, 2° comma). Questa forma di responsabilità illimitata rappresenta una deroga a quanto previsto in generale per la s.p.a., nella quale per le obbligazioni sociali risponde “soltanto la società con il suo patrimonio” (art. 2325, 1° comma).

E' previsto, inoltre, un obbligo d'informazione a carico della società, consistente nella necessaria indicazione, negli atti e nella corrispondenza, che la società ha un unico socio. La norma, inserita

nella disciplina generale sulle società (art. 2250) - aggiunta dall'art. 2 d. lgs. 3/3/1993 n. 88 e successivamente modificata dall'art. 6 d.lgs. 6/2/2004 n. 37 – non prevede, invece, l'indicazione dell'identità del socio unico. Chi intendesse, pertanto, conoscere l'identità dell'unico socio dovrà verificarla attraverso una visura presso il Registro Imprese, per poter conoscere, altresì, se siano stati rispettati gli adempimenti prescritti per il beneficio della responsabilità limitata.

Occorre chiedersi, in questo mutato quadro normativo generale di riferimento, quale funzione abbia la prescrizione della non applicabilità dell'art. 2362 c.c. (prevista dall'art. 8 L. 112/2002) alla società Infrastrutture s.p.a.. Prima della riforma, la non applicabilità dell'art. 2362 c.c., significava che al socio unico pubblico Infrastrutture S.p.a., era concesso il beneficio della responsabilità limitata, a differenza degli altri soci unici privati. Oggi, invece, il beneficio della responsabilità limitata, è concesso a tutti i soci unici, pubblici e privati, che rispettino le prescrizioni sui conferimenti e la pubblicità. Occorre chiarire se tali prescrizioni siano operanti anche per la società Infrastrutture s.p.a., oppure se la stessa sia beneficiaria di diritto, senza bisogno di alcun adempimento particolare, della responsabilità limitata. Innanzitutto, la prevista non applicabilità dell'art. 2362, come stabilito nella legge 112/2002, avrebbe una funzione limitata, dato che

oggi la disciplina sul socio unico non è più contenuta nel solo art. 2362, che come detto regola la pubblicità cui è soggetta la società unipersonale, ma anche nell'art. 2342 (conferimenti) e in generale nell'art. 2325, 2° comma. La previsione oggi, nel mutato quadro generale normativo, della non applicabilità dell'art. 2362, non ha un significato compiuto, perché riguarderebbe solo l'aspetto pubblicitario, tralasciando quello relativo ai conferimenti. La disciplina sul socio unico prevede, invece, il necessario concorso dei due presupposti (pubblicità e conferimenti) per il beneficio della responsabilità limitata (art. 2325, 2° comma). Per ritenere oggi operante l'esclusione di diritto della responsabilità illimitata per la società Infrastrutture S.p.a., si dovrebbe attribuire al predetto art. 8, comma 1, della l. 112/2002, un significato non letterale, ma sostanziale e, conseguentemente, ritenere incondizionato il beneficio. In altri termini, si dovrebbe ritenere ancora in vita il vecchio testo dell'art. 2362 e la vecchia disciplina, per considerare derogatoria la disciplina di questa società particolare rispetto al precedente quadro normativo.

Secondo alcuni, la legge in discussione avrebbe previsto l'esonero certo e incondizionato dalla responsabilità illimitata e, conseguentemente, condizionare oggi tale beneficio al rispetto delle nuove prescrizioni contrasterebbe con questa volontà. Si afferma,

quindi, che il socio pubblico gode in ogni caso della responsabilità limitata. Viene proposta, inoltre, una distinzione tra beneficio della responsabilità limitata e rispetto delle prescrizioni sulla società unipersonale. Si afferma che la società sia comunque tenuta al rispetto degli adempimenti previsti per le società con unico socio, ma non per vedersi riconosciuto il beneficio della responsabilità limitata, il quale rimarrebbe incondizionato. In altri termini, si ritiene disapplicata non l'intera disciplina sull'unipersonalità, ma solo la “sanzione” della responsabilità illimitata. Sarebbero, pertanto, responsabili gli amministratori nel caso di omessa esecuzione del deposito della dichiarazione nel Registro delle Imprese, ai sensi dell'art. 2630 c.c..⁹⁰

Questa distinzione tra l'applicabilità della disciplina sull'unipersonalità ed il beneficio della responsabilità limitata non può essere condivisa. Ci si chiede quale senso avrebbe ritenere applicabile la normativa se dall'applicazione medesima non derivasse il beneficio della responsabilità limitata. Se si ritiene operante di diritto il beneficio della responsabilità limitata, si deve considerare inapplicabile tutta la disciplina sulla società unipersonale.

Ritenere oggi operante, in ogni caso, il beneficio della

⁹⁰Cfr. C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2005, p. 21.

responsabilità limitata in favore della società Infrastrutture s.p.a., seppur condivisibile sulla base della *ratio legis*, comporta il rischio di una possibile assunzione della responsabilità per le obbligazioni sociali. Appare preferibile, pertanto, a fini prudenziali, procedere agli adempimenti richiesti dalla nuova disciplina per avere la certezza del beneficio della responsabilità limitata.

In conclusione, si può affermare che nel caso di rinvii operati dalla normativa speciale a norme del codice civile, i quali, a seguito della riforma societaria non corrispondono più alle precedenti disposizioni, occorre analizzare la volontà della legge speciale, la quale prevale sulla *lex posterior generalis*, e ritenere, pertanto, operante il rinvio alla precedente disposizione generale. Nel caso in cui la nuova disciplina generale ricollegli all'adempimento di alcuni obblighi, diritti o responsabilità particolari, è opportuno, comunque, rispettare le nuove prescrizioni, soprattutto quando si tratti dell'introduzione di una disciplina del tutto nuova della quale la normativa precedente speciale non poteva tenere conto.

7. L'utilizzazione dello schema tipico s.r.l. per finalità pubbliche

Quando la Pubblica Amministrazione decideva in passato di non svolgere direttamente al suo interno determinate attività, ma di ricorrere alle società di diritto comune, utilizzava il modello della società per azioni. Solo in ipotesi isolate veniva utilizzata la formula della società a responsabilità limitata. Ciò avveniva perché la società per azioni presentava una struttura più adeguata all'intervento nel capitale di un socio pubblico. Era lo schema fondamentale delle società di capitali, quello più articolato e disciplinato, del quale la s.r.l. non costituiva altro che una "riproduzione" in forma ridotta. La s.p.a. si presentava come modello completo di società di capitali ed idoneo alla partecipazione pubblica. Oggi, la raggiunta autonomia funzionale e organizzativa della s.r.l. consente un recupero della utilizzabilità di questo tipo per le società partecipate da enti pubblici.⁹¹

La scarsa utilizzazione del tipo della s.r.l. derivava soprattutto da previsioni normative, specie in materia di servizi pubblici locali, le quali indicavano quale forma organizzativa la sola società per azioni.⁹² Queste disposizioni, anche se ritenute non insuperabili,⁹³ sono

⁹¹ Si consenta di rinviare, per un'analisi della nuova forma della s.r.l. post riforma, a: R. Guarino, *I finanziamenti sei soci*, in *Vita Notarile*, n. 2, 2006, p. 948 e ss.; R. Guarino, *La nuova s.r.l. – Principi fondamentali*, in *Il Notaro*, nn. 9- 10- 11, 2006, p. 54 e ss.

⁹² In particolare, art. 17, comma 51, L. n. 127/1997; art. 12, L. n. 498/1992 e art. 22, lett. e,

state in seguito modificate.

Il tipo societario della società a responsabilità limitata ha subito con la riforma societaria del 2003 delle profonde modificazioni, sì da farne assumere una connotazione del tutto differente dalla società per azioni. In passato, la s.r.l. poteva considerarsi in sostanza “la sorella minore” della società per azioni, avendo una funzione analoga ed applicandosi in larga misura la disciplina di quest’ultima. La riforma del diritto societario del 2003, ha dotato la s.r.l. di una connotazione, una disciplina, una struttura ed una funzione distinte dalla società per azioni.

Si presenta oggi come un ente societario che si pone tra le società di persone e la società per azioni, attraverso una ritrovata rilevanza delle persone dei soci, ferma restando la responsabilità patrimoniale limitata. Ruolo fondamentale assume oggi in questa società – tutta da costruire – lo statuto, atto regolamentare che per definizione caratterizza l’autonomia di un ente. E’ oggi possibile, attraverso lo statuto, “ritagliare su misura” la propria società a responsabilità limitata, attraverso la previsione di un modello societario proprio che si adatti alle esigenze della impresa singola. Così, sarà possibile creare

L. n. 142/1990.

⁹³ Cfr. C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Rivista di diritto Privato*, 1999.

una struttura organizzativa particolarmente snella, con la previsione statutaria di regole simili a quelle delle società di persone. Così come, al contrario, sarà possibile dotare la società di uno schema organizzativo più rigido, vicino alla impostazione della società per azioni. Il tutto nell'ottica, voluta dal legislatore, di dotare questo tipo sociale di una nuova e più ampia autonomia.

A seguito della riforma, lo schema della s.r.l. può essere, pertanto, adoperato per regolare il potere pubblico all'interno della compagine societaria. In particolare, il potere di controllo e di ingerenza nell'amministrazione da parte del socio pubblico può essere attuato mediante diversi strumenti.

Si pongono dei problemi interpretativi sulla possibile estensione della disciplina della s.p.a., in quanto manca una norma "di chiusura" che rinvii in modo espresso alla s.p.a.. Ed invero, se l'intento principale del legislatore è stato quello di consentire un definitivo distacco di questo tipo dalla società per azioni, dovrebbe ritenersi non applicabile la disciplina della s.p.a.. Ciò comporta dei conseguenti dubbi di applicabilità di discipline generali contenute nella parte del codice dedicata alla s.p.a.. Il riferimento diretto, per quanto di interesse in questa sede, è alla disciplina delle società partecipate da enti pubblici, collocata, come detto, nel Capo relativo alla società per azioni.

L'art. 2449 c.c., nonostante la sua collocazione nella disciplina della società per azioni, deve ritenersi applicabile anche alla società a responsabilità limitata. Come si è rilevato, la raggiunta autonomia della s.r.l. con la riforma del diritto societario determina la non automatica applicazione della disciplina della s.p.a. nei casi di mancanza di disciplina espressa. Di volta in volta, per colmare le lacune della disciplina della s.r.l. si deve guardare, a seconda della connotazione specifica della singola società, alla disciplina delle società di persone oppure a quella della s.p.a.. Nelle ipotesi normali, sarebbe auspicabile una norma di chiusura, inserita nello statuto, la quale disponga il rinvio alle norme degli altri tipi sociali. Non ritenendosi più automatico il rinvio alle norme sulla s.p.a., occorre chiedersi se, in tal caso, sia applicabile il disposto dell'art. 2449 c.c.. La presenza nel capitale del socio pubblico richiede, all'evidenza, una struttura complessa ed atta a gestire attività di notevoli dimensioni. Una s.r.l. mista pubblico-privato presenta tendenzialmente caratteristiche che la fanno avvicinare al modello della s.p.a. piuttosto che a quello delle società di persone. Ritenere non applicabile alla s.r.l. il disposto dell'art. 2449 c.c., significherebbe andare contro la *ratio* sottesa alla disposizione. La disciplina è collocata nella parte del codice relativa alla s.p.a. in quanto, al tempo in cui fu emanato il codice civile, la

società per azioni era l'unica specie di società alla quale poteva partecipare un socio pubblico. Oggi, gli enti pubblici possono utilizzare anche il diverso tipo della s.r.l. e, per tale ragione, la normativa deve ritenersi applicabile. La norma continua a riferirsi, anche negli ultimi interventi di modifica, al caso in cui lo Stato o gli enti pubblici hanno “partecipazioni in una società per azioni”, non includendo anche l'ipotesi alternativa della possibilità del possesso di quote di società a responsabilità limitata. La norma continua a fare riferimento solo all'ipotesi della società per azioni in ragione del fatto che si trova ancora disciplinata nel Capo relativo alla società per azioni. Gli ultimi interventi legislativi potevano essere l'occasione per introdurre la disciplina sulle società pubbliche, oggi racchiusa nel solo art. 2449 c.c., in un Capo generale. In ogni caso, per quanto si detto, la norma deve ritenersi applicabile anche alla s.r.l.⁹⁴

⁹⁴ In generale, sull'applicabilità della disciplina della s.p.a., si consenta di rinviare a: R. Guarino, *La nuova s.r.l. cit.*, p.55.

8. Conferimenti, statuto, diritti particolari ed amministrazione della s.r.l.. La regolazione del “potere” pubblico. La centralità dello statuto

Accertata la idoneità in linea di principio della nuova s.r.l. ad essere utilizzata quale forma societaria dagli enti pubblici, considerata la struttura particolarmente snella e modulabile, occorre analizzarne in concreto la disciplina e l'idoneità a tale scopo. Si considereranno, al riguardo, solo alcuni aspetti della nuova disciplina di tale specie societaria, con la precisazione che l'analisi richiede un approfondimento maggiore.

La riforma ha notevolmente ampliato la possibilità di elementi conferibili nella s.r.l.. Secondo l'art. 2464 c.c. possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica. Sono oggi ammessi il conferimento di opere e servizi, del nome commerciale, della responsabilità, del know how, ecc. In passato si discuteva della conferibilità di tali elementi nella s.r.l..

A differenza che nella società per azioni, nella quale anche a seguito della riforma è rimasto il divieto di conferire opere e servizi (art.2342, ultimo comma, c.c.), ma solo prestazioni accessorie (art. 2345 c.c.), la possibilità per la s.r.l. di conferire tali elementi può costituire

un elemento di favore per la sua utilizzabilità come società partecipata da enti pubblici.

Come si è detto, una delle ragioni delle “esternalizzazioni” da parte dell’amministrazione è costituita dall’opportunità di sfruttare le esperienze e le novità tecniche maturate dai privati. Il socio pubblico potrebbe così conferire la struttura o il capitale, mentre il socio privato potrebbe apportare alla compagine sociale le proprie esperienze acquisite sul campo (*know-how*).

L’ampia autonomia statutaria riconosciuta alla s.r.l. può essere utilizzata, nelle società partecipate da soggetti di natura pubblica, per organizzare la struttura societaria in modo da garantire da parte dell’ente il controllo sulla compagine societaria.

Quanto alla possibilità di nomina di membri del consiglio di amministrazione, di sindaci o di membri del consiglio di sorveglianza, la previsione relativa deve essere contenuta nello statuto, sia per le società per azioni sia per le società a responsabilità limitata (art. 2449 c.c.). Nella società a responsabilità limitata, in particolare, la previsione potrà essere contenuta nell’atto costitutivo ove non si faccia luogo alla redazione di un documento separato per lo statuto. Nella s.p.a., invece, la previsione deve farsi nello statuto sociale.

Nello statuto della s.r.l. devono ricercarsi i tratti della specialità

dell'organizzazione societaria con partecipazione pubblica. Al suo interno vanno individuati gli elementi derogatori rispetto alla naturale organizzazione societaria e verificato quanto di pubblico vi sia nella società e quanto di privato nella gestione di un'attività pubblica. Lo statuto rappresenta, dunque, l'anima delle società partecipate dal pubblico. In particolare, per le società *in house*, ai fini della valutazione della ricorrenza del presupposto del controllo analogo, occorrerà indagare le norme statutarie per verificare i poteri in concreto esercitati dall'ente pubblico.

Secondo un principio di carattere generale, ciascun socio ha diritto all'assegnazione di un numero di azioni o quote proporzionale alla sottoscrizione. La riforma del diritto societario ha introdotto la possibilità di derogare a tale regola, con previsione nello statuto della società.⁹⁵

In materia di s.p.a., l'art. 2346, 4° comma, c.c., stabilisce, dopo aver affermato la regola generale, che “lo statuto può prevedere una diversa assegnazione”.

In materia di s.r.l., l'art. 2468, 2° comma, c.c., prevede che le partecipazioni dei soci sono proporzionali ai conferimenti “se l'atto

⁹⁵ Art. 2346, 4° comma, c.c., come modificato dall'art. 7, D. Lgs. 28/12/2004 n. 310.

costitutivo non prevede diversamente”.⁹⁶Il riferimento all’atto costitutivo nella s.r.l. è dovuto alla mancanza della previsione dello statuto nella disciplina relativa post-riforma. Si ritiene, comunque, che nonostante la non previsione espressa, lo statuto possa continuare ad essere redatto in un documento distinto.

L’attribuzione non proporzionale di quote o azioni si presta ad un utilizzo nelle società di cui si discorre, con la possibilità di graduare il potere di controllo all’interno della struttura societaria in ragione non solo dei conferimenti, ma anche di elementi esterni non valutabili in termini di mero apporto diretto. Un socio può avere nella compagine sociale un peso di particolare rilevanza che prescinde dal suo “contributo” in termini di conferimento al capitale della società. Così il socio pubblico ed il socio privato possono diversamente graduare l’incidenza sul controllo societario per mezzo dell’attribuzione non proporzionale, a seconda dell’intensità che si vuole imprimere al potere pubblico nell’organismo societario. L’attribuzione non proporzionale non è esclusiva, come detto, della s.r.l. ma ricorre anche nella disciplina della s.p.a..

Di particolare rilievo è la possibilità per la s.r.l. di riservare,

⁹⁶ Il riferimento all’atto costitutivo nella s.r.l. è dovuto alla mancanza della previsione dello statuto nella disciplina relativa post-riforma. La dottrina maggioritaria ritiene, comunque, che nonostante la non previsione espressa, lo statuto possa continuare ad essere redatto in un documento distinto.

nell'atto costitutivo, "diritti particolari" a singoli soci riguardanti l'amministrazione o gli utili (art. 2468, 3° comma, c.c.). Così potrebbe prevedersi una maggiore partecipazione agli utili dei soci privati ed una più ampia ingerenza nell'amministrazione o nel controllo del socio pubblico. Questa disposizione si presta, in modo particolare, a divenire uno degli strumenti di adeguamento dell'ente societario alla partecipazione pubblica. Questa capacità derogatoria del modello tipico permette l'ingresso nell'organizzazione societaria di particolari facoltà in capo al socio pubblico, giustificate dalla sua natura peculiare.

Il socio pubblico potrebbe avere "particolari diritti" soprattutto sull'amministrazione della società (cosa che più interessa all'ente pubblico) e non sulla ripartizione degli utili sociali, posto che la finalità del socio pubblico non è lucrativa, a differenza del socio privato. I "particolari diritti sull'amministrazione" potrebbero consistere, innanzitutto, nella facoltà di nomina di uno o più amministratori, a prescindere dalla previsione codicistica attributiva di tale potere agli enti pubblici. Così come potrebbero consistere nel diritto di approvare specificamente alcune operazioni di particolare rilevanza per la società o per il perseguimento dell'interesse pubblico; nel diritto di informazione preventiva a carico degli amministratori per altre operazioni, comunque ritenute influenti sul pubblico interesse. Si

potrebbe anche prevedere un consiglio di amministrazione, composto dalla maggioranza di soci pubblici e da un consigliere privato cui delegare la gestione dell'impresa, salvo le decisioni di maggiore rilevanza.⁹⁷

La normativa generale sui diritti particolari, attribuiti ex art. 2468 3° comma, deve essere raffrontata con il principio della proporzionalità dei poteri conferiti ai sensi del nuovo art. 2449 c.c., e con il principio della limitazione dei maggiori poteri del socio pubblico ai soli casi in cui siano indispensabili per il raggiungimento di obiettivi di interesse generale, non espandendo detti poteri oltre il necessario. In altri termini, occorre verificare se il principio di proporzionalità espresso dall'art. 2449 c.c. novellato ed il principio generale della limitazione dei poteri "speciali" dell'ente pubblico trovino applicazione in ogni caso, anche al di fuori dell'ipotesi tipica dell'art. 2449 c.c.

Se si ritenessero i principi suddetti di carattere generale e comprendenti anche l'ipotesi comune disciplinata dall'art. 2468, 3° comma, il socio pubblico verrebbe a trovarsi in una situazione di svantaggio rispetto al socio privato. Le prescrizioni provenienti dalla Commissione europea e dalla Corte di Giustizia, che hanno portato, come visto, all'abrogazione dell'art. 2450 ed alla modifica dell'art. 2449,

⁹⁷ Cfr. C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2005, p. 13.

andavano nella direzione della eliminazione della posizione di privilegio del socio pubblico e lo ponevano sullo stesso piano dei privati. Il principio emergente dall'Unione europea, cui il nostro legislatore ha dovuto uniformarsi, è quello della parità nella società tra soci pubblici e privati. L'art. 2449 c.c., nuovo testo, prevede ancora poteri speciali in favore del socio pubblico, ma tali poteri risultano essere meno incisivi rispetto al passato e proporzionali alla partecipazione posseduta. Occorre tenere presente che i poteri di cui all'art. 2449 c.c. restano, ancora oggi, eccezionali e riferiti al solo socio pubblico. Non vi è, difatti, nella normativa comune una norma che conferisca il potere ad un socio di nominare uno o più amministratori o sindaci in proporzione alla parte di capitale posseduta. Tali nomine sono, normalmente, di competenza dell'assemblea. Non si può fondatamente ritenere che il principio di proporzionalità e quello della limitazione ai poteri necessari per il perseguimento dei fini pubblici siano di generale applicazione. Si deve correttamente distinguere tra attribuzione dei poteri *ex lege* e attribuzione di diritti particolari sulla base dell'autonomia contrattuale. Se al socio pubblico di una s.r.l. si conferiscono poteri particolari, ex art. 2468, 3° comma, di nomina di amministratori della società, tali poteri non incontrano il limite della proporzionalità alla partecipazione. In caso contrario, si giungerebbe

alla singolare conclusione di porre i soci pubblici in una posizione di svantaggio rispetto ai soci privati. Si tratterebbe di una limitazione che non pare si possa dedurre dai principi generali. I limiti suddetti operano solo nel caso in cui vi sia un potere eccezionale esercitato ricorrendo al disposto dell'art. 2449 c.c.. Nel caso in cui l'ente pubblico o lo Stato non decidessero di ricorrere all'art. 2449 c.c. possono, come ogni soggetto privato, sulla base dell'autonomia riconosciuta ex art. 2468, 3° comma, decidere con gli altri soci in ordine ai diritti patrimoniali ed amministrativi. Del resto, parte della dottrina, muovendo dalla disciplina sui diritti particolari, si è mostrata critica nei confronti degli interventi legislativi che hanno limitato i poteri “speciali” del socio pubblico. Si ritiene che le due ipotesi debbano essere tenute distinte in quanto fondate su presupposti diversi. I poteri attribuiti dall'art. 2449 c.c. hanno fonte legale, anche se devono essere previsti nello statuto della società. I poteri ex art. 2468, 3° comma, invece, non hanno fonte legale, ma sono frutto della autonoma volontà dei soci. Pertanto, se i poteri conferiti per legge devono essere limitati al rispetto dei suddetti principi, altrimenti il socio privato sarebbe sopraffatto dal socio pubblico, che con i poteri maggiori finirebbe per dominare la società e ciò costituirebbe un disincentivo per i privati ad investire in società miste, i poteri particolari frutto dell'autonomia

privata non incontrano tali limiti, in quanto non previsti dalla legge ma creati in forza dell'autonomia privata.

Si deve, quindi, concludere affermando che il modello della s.r.l. offre la possibilità di graduare il potere del socio pubblico attraverso l'autonomia prevista dalla disciplina di tale tipo societario. La disciplina di cui all'art. 2449 c.c. opera solo nel caso in cui si proceda alla nomina di amministratori o membri di controllo ai sensi di tale norma e, quindi, in deroga alla disciplina generale.

Dall'applicazione della norma generale di cui all'art. 2468, 3° comma, non utilizzando i poteri speciali di cui all'art. 2449, discende che la disciplina di quest'ultima norma non si applica per intero. Conseguentemente, il potere di revoca previsto in favore dello stesso socio pubblico nominante si deve ritenere non spettante automaticamente. Per essere attribuito al socio pubblico deve essere oggetto di specifica previsione in tal senso nello statuto, quale espressione di un particolare diritto amministrativo ai sensi dell'art. 2468, 3° comma.

A parte i diritti particolari, il ricorso ai quali consente, come visto, la regolazione del potere del socio pubblico, l'amministrazione della s.r.l. prevede poteri particolari in capo all'assemblea. Il funzionamento della società a responsabilità limitata è disciplinato

nell'atto costitutivo, il quale deve altresì contenere le norme relative all'amministrazione ed alla rappresentanza (art. 2463, 2° comma, n. 7, c.c.).

L'amministrazione può essere affidata ad un amministratore unico oppure ad un consiglio di amministrazione (art. 2475 c.c.). A differenza della società per azioni, i soci della società a responsabilità limitata hanno poteri maggiori di controllo e d'informazione. A norma dell'art. 2476, 2° comma, c.c., i soci non amministratori possono avere dall'organo amministrativo informazioni sugli affari della società e possono consultare libri e documenti relativi all'amministrazione. Questi poteri maggiori si adattano in modo particolare alla posizione del socio pubblico. L'ente può conoscere, in forza dei poteri ex art. 2476, 2° comma, c.c., ogni operazione della società, in special modo quelle incidenti sulla finalità pubblica, può chiedere agli amministratori notizie, consultare i documenti relativi. Poteri questi (che ben si conciliano e) che possono definirsi prodromici all'esercizio dei diritti amministrativi di cui all'art. 2468 c.c..⁹⁸In altri termini, il socio titolare di particolari diritti, per poterli esercitare, deve conoscere le attività sociali.

Occorre porre l'attenzione su una questione che ha animato la

⁹⁸ Anche se la stessa attribuzione dei particolari diritti sull'amministrazione dovrebbe presupporre il potere di conoscenza degli affari sociali e di consultazione dei documenti.

dottrina e che può riassumersi nei termini seguenti. Differente risulta la forma di amministrazione nei due tipi sociali. L'amministrazione della s.r.l. è "affidata", "salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo" (o dello statuto)⁹⁹, ad uno o più soci (art. 2475 c.c.). L'amministrazione della s.p.a. spetta "esclusivamente" agli amministratori (art. 2380-*bis* c.c.).

Nelle società partecipate da enti pubblici vi può essere interesse a concentrare nelle mani del privato la gestione della società, salvo il potere di controllo dell'ente pubblico socio. Si dubita della legittimità di una clausola, inserita nell'atto costitutivo di una s.r.l. nella parte relativa alle norme di funzionamento, che renda "esclusiva" la gestione da parte degli amministratori (riproducendo in sostanza quanto stabilito per la s.p.a., dall'art. 2380-*bis* c.c.). Il problema si pone a seguito delle modifiche introdotte dalla riforma societaria, mentre in passato non vi erano dubbi sulla legittimità di tale clausola.

La gestione sociale nella s.r.l. è affidata agli amministratori, ma permane in capo ai soci la competenza a decidere su:

- a) le attività loro riservate dall'atto costitutivo;
- b) le attività che nei casi concreti uno o più amministratori (o soci rappresentanti almeno il terzo del capitale sociale) decidano di affidare

⁹⁹ Ove si ritenga ancora possibile una redazione separata dello statuto.

alla loro cognizione.

Sono previste due forme di competenza dei soci a decidere su date materie: una generale e predeterminata, l'altra speciale e successiva. Nella prima forma, è l'atto costitutivo, in specie la parte relativa alle norme di funzionamento, a stabilire i casi e le modalità dell'esercizio da parte dei soci del diritto di decidere su certe materie. Nella seconda forma, anche soltanto uno degli amministratori del consiglio di amministrazione (non essendo richiesto che la volontà provenga dall'organo esecutivo nel suo complesso), in casi particolari nei quali risulti evidentemente opportuno ricorrere all'intervento della proprietà, può sottoporre ai soci la decisione su specifiche materie. Anche una maggioranza qualificata di soci (almeno un terzo) può sottoporre una determinata attività alla decisione dei soci. Questa seconda forma differisce dalla prima per essere quindi eventuale, non inserita nel titolo costitutivo e rimessa all'arbitrio di un solo amministratore o di soci (anche solo un socio in ipotesi) che detengano almeno un terzo del capitale sociale. Si osserva allora che, di fatto, la maggioranza (o anche solo il socio oltre il terzo) può gestire senza gli amministratori la società. Nel caso di socio di maggioranza, poi, sarà non solo egli stesso ad attribuirsi la competenza, ma anche a decidere. Si potrebbe, quindi, affermare che l'amministrazione spetta agli

amministratori salvo che la maggioranza decida di svolgerla in proprio. Non vi è un limite, infatti, all'attrattività nella propria competenza, salvo il disposto dell'art. 2475 u.c.. La competenza così attribuita non incontra per il resto altra limitazione, potendosi affidare ai soci decisioni in ordine anche ad aspetti gestionali.

Di particolare rilievo in questa sede è approfondire il valore vincolante, o meno, per l'organo amministrativo delle decisioni così assunte. Il rischio della vincolatività è stato sopra evidenziato: la maggioranza potrebbe annettersi la gestione della società o quantomeno, i soci rappresentanti almeno il terzo potrebbero sottrarla agli amministratori. Altro dubbio sorge sulla possibilità di un definitivo spostamento di competenza in capo ai soci (e ciò si verifica anche con la previsione della competenza nell'atto costitutivo). Ci si chiede cioè se lo spostamento di competenza possa essere continuo e se permanga la funzione amministrativa in capo agli amministratori. Ciò detto, risulta chiaro che la risposta a questi interrogativi ha ripercussioni di non poco rilievo sulla capacità del socio pubblico di indirizzare la gestione societaria e di controllare le attività, soprattutto in riferimento alle attività che direttamente o indirettamente possono interferire con l'interesse pubblico, del quale comunque il socio pubblico deve tenere conto. La risposta, ad avviso dello scrivente, discende dalla

considerazione che non avrebbe senso la riserva o l'attribuzione successiva della competenza a decidere su alcune materie, se tali decisioni non fossero vincolanti per l'organo amministrativo. L'art. 2479 stabilisce che "i soci decidono sulle materie" loro sottoposte, non afferma che i soci su tali materie debbano esprimere un parere non vincolante per gli amministratori. Se i soci "decidono", evidentemente si sostituiscono agli amministratori.

Da ciò discende:

a)che la competenza degli amministratori non è generale, ma è limitata, dall'atto costitutivo (o da una sua modifica successiva), oppure *durante societate* da un amministratore o da soci rappresentanti almeno un terzo del capitale;

b)che la competenza all'amministrazione della s.r.l. è composita e non semplice, in quanto si ha una ripartizione tra amministratori e soci;

c)che la ripartizione della competenza, salvo la previsione dell'ultimo comma dell'art. 2475, non è legalmente stabilita, ma è rimessa alla volontà dei soci;

d)che non vi sono limiti qualitativi (per determinate materie), quantitativi e temporali alla attribuzione della competenza in capo ai soci.

Queste conclusioni sembrano avvalorate dallo spirito della riforma

stessa, la quale attribuisce (si rinvia a quanto previsto nella legge delega ed a quanto precisato nella Relazione al decreto di riforma) nella s.r.l. una particolare importanza ai soci.

Sulla base di queste osservazioni, tornando al socio pubblico, si può dire che il modello della s.r.l., con questa lettura dell'art. 2479, offre la possibilità che i poteri stabiliti nell'atto costitutivo o successivamente attribuiti, siano immediati, diretti e certi.

Sotto un diverso aspetto, le norme particolari suddette in tema di amministrazione e di attribuzione della competenza a decidere su talune materie ai soci pubblici, possono determinare una responsabilità sulla gestione, senza che tale evenienza sia stata contemplata in sede di decisione in ordine alla costituzione della società.

Si pone un problema di responsabilità del socio pubblico. L'art. 2476, 7° comma, c.c., prevede la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che hanno “intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”. Per inciso, la norma *de qua* è oggetto di discussione in ordine alla riferibilità dell'elemento dell'intenzionalità alla decisione, oppure al danno prodotto.¹⁰⁰Tale responsabilità si ritiene sussistente in ogni caso

¹⁰⁰ Cfr. M. Rescigno, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in An. Giur. Ec., 2003, p. 300 e ss.; G.C.M. Rivolta, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca Borsa*, 2003, I, p. 696 e ss.; S. Ambrosini, in *Società di capitali – Commentario*, p. 1603 e ss.; G. Zanarone, in V. Allegri e altri, *Diritto Commerciale*, Bologna, 2004, p.

di influenza dei soci in una attività gestoria. Il socio pubblico, dunque, ove chiamato a decidere o ad autorizzare un atto di amministrazione, sarà soggetto alla relativa responsabilità, con le conseguenze da ciò derivanti.

Secondo un primo orientamento, la disposizione di cui all'art. 2479 c.c., sarebbe inderogabile e le ragioni vengono tratte sia dal tenore letterale della norma sia dal principio ispiratore della riforma, che attribuisce rilevanza centrale alla persona del socio. Contro questo orientamento è stato rilevato che altri principi della riforma portano alla derogabilità della norma, tra cui l'ampia autonomia statutaria riconosciuta e la libertà delle forme organizzative (si vedano l'art. 3, comma 1°, lett. *a* e *b*; l'art. 2, lett. *d*; l'art. 3, comma 1°, lett. *b* e comma 2, lett. *e*, L. 3/10/2001 n 366).¹⁰¹ Espressione dell'autonomia statutaria sarebbe, dunque, l'esclusiva competenza dell'organo amministrativo a gestire l'impresa senza interferenze dell'assemblea.¹⁰²

La rilevanza centrale del socio non può determinare il rischio di dover

316; M. Rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 335; R. Lener e A. Tucci, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *An. Giur. Ec.*, 2003, p. 288 e ss.; S. Rossi, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, I, p. 1063 e ss. e 1074 e ss..

¹⁰¹ Cfr. C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., p. 16.

¹⁰² Cfr. G. Zanarone, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Rivista delle società*, 2005, p. 85.

prendere decisioni in ordine all'amministrazione, con la possibilità di incorrere nella responsabilità ex art. 2479 c.c..

Diversamente, se si dovesse considerare inderogabile il disposto dell'art. 2479 c.c. e ritenere, conseguentemente, illegittima la clausola statutaria attributiva della competenza "esclusiva" agli amministratori, lo schema della s.r.l., per questo solo motivo, non sarebbe utilizzabile nelle società partecipate da enti pubblici.¹⁰³

Se è vero che la flessibilità del modello della s.r.l. post riforma consente "correzioni" della struttura tipica, attraverso l'autonomia statutaria, deve ritenersi possibile una clausola attributiva della gestione esclusiva in capo agli amministratori. L'autonomia statutaria può portare alla costruzione di un modello societario particolarmente snello dal punto di vista organizzativo, vicino alle società di persone oppure, al contrario, può accentuare il carattere capitalistico della organizzazione societaria. Percorrendo quest'ultima strada, con la predisposizione di un modulo che esalti il capitale piuttosto che le persone dei singoli soci, si potrà inserire una clausola nello statuto che escluda i soci da ogni ingerenza nell'attività gestoria, che resta di competenza esclusiva dell'organo di amministrazione.¹⁰⁴

¹⁰³ Cfr. C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., p. 15.

¹⁰⁴ Cfr. C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., p. 15, il quale

Come è stato giustamente rilevato, del resto, la centralità del socio non può significare la necessaria attribuzione in capo agli stessi di diritti di amministrazione, ma deve intendersi nel senso che i soci sono liberi di decidere come organizzare l'amministrazione della società. Espressione di tale libertà è anche la possibilità che la gestione sia affidata solo agli amministratori, senza competenze dei soci e senza il rischio di incorrere nella responsabilità relativa. Nelle società di persone i soci possono stabilire, nei patti della società, di affidare la gestione agli amministratori soci, sottraendo ogni competenza agli altri soci. Non si vede allora perchè, a maggior ragione, la gestione esclusiva non dovrebbe essere possibile nella s.r.l.¹⁰⁵

La mancata previsione espressa della derogabilità dell'art. 2479 c.c., nel testo della norma, non può significare la sua inderogabilità. Il dato letterale, piuttosto, potrebbe essere interpretato anche in senso contrario ed a favore della derogabilità; nel senso che, non essendo prevista espressamente l'inderogabilità, si deve ritenere la norma

riprende, in nota 41 e 42, G. Zanmarone, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Rivista delle società*, 2005, p. 85 e ss. e *La tutela dei soci di minoranza nella nuova s.r.l.*, in *Le grandi opzioni*, p. 348 e ss.; P. Spada, in *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni*, p. 42, nota 17; sembra propendere per questa tesi anche N. Abriani, in N. A. e altri, *Diritto delle società - Manuale breve*, Milano, 2004, p. 290 e ss. e 301 e ss..

¹⁰⁵ Sostiene la tesi dell' ammissibilità della clausola attributiva della competenza esclusiva agli amministratori, con varie argomentazioni, C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2005, pp. da 113 a 119.

derogabile.

Decisivo, infine, appare il testo della Relazione di accompagnamento al decreto di riforma, il quale afferma che “spetta al contratto sociale distribuire le competenze tra soci ed amministratori. Si sono soltanto individuate con il secondo comma dell'art. 2479 alcune materie che data la loro particolare rilevanza non possono essere statutariamente sottratte alla competenza dei soci”. Da questo passo della Relazione sembra potersi dedurre:

a)l'atto costitutivo (o lo statuto) della società definisce la competenza alla gestione;

b)l'aver precisato che si sono “soltanto” individuate delle materie di competenza necessaria dei soci, deve far ritenere che per tutte le altre materie vi sia assoluta libertà di determinazione della competenza, ivi compresa la possibilità di attribuzione esclusiva in capo agli amministratori;

c)la competenza necessaria dei soci non è un principio cardine della nuova disciplina.

In conclusione, si può affermare che la derogabilità della norma consente di attribuire l'amministrazione esclusivamente agli amministratori ed esclude una possibile responsabilità del socio pubblico per atti di gestione.

Capitolo IV

LA CAUSA PUBBLICA NEL CONTRATTO DI SOCIETA'

1. Società di diritto comune ed efficienza dell'amministrazione

Da decenni è dibattuta, sia in dottrina che in giurisprudenza, la questione circa l'utilizzazione di schemi privatistici per la realizzazione di finalità di pubblico interesse. Si cercherà di offrire una lettura sistematica e nuova, rispetto a quelle finora proposte, dello scopo di lucro nelle società pubbliche, distinguendo tra lucro soggettivo ed oggettivo, ripercorrendo lo sviluppo delle tesi proposte, partendo dall'inquadramento civilistico del contratto sociale, dalla natura giuridica di questo, dalla sua struttura e dai suoi elementi essenziali, per giungere all'analisi della compatibilità della causa del contratto sociale con il fine pubblico.

La pubblica amministrazione nello svolgimento di alcune sue attività non agisce secondo i canoni tradizionali dell'agire amministrativo, ma utilizza schemi di diritto privato ritenuti maggiormente adeguati ad una gestione più snella ed efficiente.

E' noto che l'azione dell'amministrazione si presenta spesso assai

complessa, appesantita dal rispetto delle regole che caratterizzano l'attività pubblica, da regole procedurali e da garanzie di carattere pubblico. Con la conseguenza che l'amministrazione riesce con fatica a perseguire i propri risultati, con notevoli ritardi e con uno svantaggioso rapporto costi-benefici. Da ciò nasce l'esigenza di "esternalizzare" alcune attività, ponendole al di fuori dell'apparato burocratico. Una forma di esternalizzazione può essere la costituzione di società di capitali. In tal modo, vengono utilizzati moduli organizzativi non pubblici, ma di diritto comune, naturalmente preposti all'efficienza dell'impresa più che al rispetto di regole di garanzia. Si può dire che l'amministrazione si affacci al mondo del privato per coglierne i caratteri dell'efficienza e fa proprie le forme di organizzazione societaria. Questa tendenza non è certo nuova. Nella Relazione al Codice Civile del 1942, si legge, in riferimento alle società pubbliche che lo Stato "*si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici.*"¹⁰⁶

L'amministrazione ricerca, dunque, attraverso il modulo privatistico una maggiore snellezza della sua azione, troppo spesso appesantita dal rispetto di regole di garanzia e procedurali. Inoltre,

¹⁰⁶ Relazione al Codice Civile, n. 998. Artt. 2458 e ss. C.c., testo previgente.

si ricercano nuove possibilità realizzatrici, con una visione più ampia del compito dell'amministrazione, che vada oltre i settori tradizionali di intervento per affacciarsi a nuove forme di azione nel mercato. La adozione di modelli civilistici, sin dal momento della emanazione del codice civile del 1942, vuole significare, innanzitutto, la consapevolezza che l'efficienza assume un valore di grande significato nell'azione dell'amministrazione; non solo regole, controlli, garanzie, ma azione efficiente. Il legislatore si preoccupa, dunque, di allargare la disciplina civilistica delle società di capitali all'attività degli enti pubblici, offrendo agli stessi la possibilità di adottare tali forme per la gestione di alcune sue attività. Emerge, sin dal 1942, la necessità che l'azione dell'amministrazione guardi al risultato e sia efficiente, con una rilevante considerazione del principio dell'efficienza, che diverrà poi principio cardine dell'agire dell'amministrazione.

Il fenomeno rientra in quello più generale, trattato nel capitolo primo, indicato col termine "esternalizzazione", attraverso cui l'amministrazione colloca al di fuori del proprio apparato le attività che possono essere gestite all'esterno della struttura amministrativa in senso stretto. Le ragioni sono la realizzazione di una amministrazione più leggera, organizzata con modalità più moderne, con razionalità, massimizzazione del rapporto costi-benefici, con l'utilizzo di moduli

adoperati dalle aziende nel mercato, naturalmente preposti al raggiungimento di tali obiettivi. L'amministrazione si fa, dunque, privato imprenditore per rimuovere gli ostacoli che negli anni hanno impedito la crescita ed il miglioramento della sua azione ed hanno bloccato il percorso dell'amministrazione efficiente. Questo fenomeno non è solo italiano ma comune a molti altri Stati, sia europei che extraeuropei.¹⁰⁷ Negli anni si è avuta una espansione crescente delle esternalizzazioni, ma occorre chiedersi se un uso indistinto di tale tecnica di realizzazione del pubblico fine porti sempre a risultati positivi. Attraverso le esternalizzazioni non si possono risolvere tutti i problemi ¹⁰⁸dell'amministrazione ed una sua applicazione diffusa può anche risultare non proficua in settori che necessitano di una gestione interna.

¹⁰⁷ Per un'analisi comparatistica: S. Cassese, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, 2001, p. 79 e ss.; D. De Pretis, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili comparati*, in *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, a cura di V. Domenichelli e G. Sala, 2007, p. 1 e ss. In merito al Regno Unito. : *Modernizzare l'amministrazione pubblica. Il libro bianco del Regno Unito*, Seminari Spisa, Bologna, Clueb, 2000. K. Robbie e M. Wright, *L'obbligo di affidamento attraverso procedure concorsuali di servizi: l'esperienza dei "buy-out"*, in *Prob. Amm. Pubbl.*, 1997, p. 131 e ss., P. Birkinshaw e T. Prosser, in *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 169 e ss.. In merito agli Stati Uniti: rapporto *Creare una pubblica amministrazione che lavori meglio e costi meno. Per una riforma della pubblica amministrazione degli Stati Uniti d'America*, a cura della Regione Toscana, Rimini, Maggioli Editore, 1998. In ordine all'ordinamento tedesco: R. Arnold, *Le riforme amministrative italiane: un confronto europeo*, in AA. VV., Seminari Spisa, Bologna, Clueb, 2000, p. 73 e ss.. In ordine all'esperienza francese: J. D. Dreyfus, *L'externalisation, éléments de droit public*, in *Ajda*, 2002, p. 1214 e ss.

¹⁰⁸ Cfr. R. Salamone e M. Tiraboschi, *Enti locali, dismissioni di attività pubbliche e rapporti di lavoro*, in *Lav. nelle P.A.*, 2000, p. 1038.

2. Società pubbliche ed a partecipazione pubblica

Nell'approccio alla disciplina delle società pubbliche è opportuno, in via preliminare, distinguere tra società pubbliche e società a partecipazione pubblica. Le società pubbliche sono quelle con una vocazione pubblicistica particolarmente intensa, risultando nella sostanza veri e propri organi dell'ente, controllate come si trattasse di uffici o organi facenti parte dell'apparato amministrativo. La adozione del tipo societario comune, in questo caso, ha un valore solo formale, in quanto il rapporto tra ente pubblico e società può essere definito di tipo organico, senza distinzione tra controllo sugli organi interni e sulla società esterna. Non si può parlare di vere e proprie società di diritto comune, difettando, in primo luogo, la finalità lucrativa, oltre alla particolare disciplina dell'amministrazione e dei controlli.

La seconda categoria è quella delle società partecipate da enti pubblici. Tali organismi, seppur siano partecipati da soci pubblici, sono delle vere e proprie società, in quanto a differenza della prima categoria sopra enunciata, sono rette dalle stesse regole che disciplinano le società di diritto comune, salve le deroghe di volta in volta previste dalla legge. La base regolamentare resta quella ordinaria, alla quale si affiancano norme pubblicistiche che vanno ad

incidere sulla disciplina di singoli aspetti della struttura dell'ente. La risultante è la presenza di una società la cui disciplina è in parte comune e, in parte, speciale. Sono definite, infatti, società di diritto singolare e sono, inoltre, caratterizzate dall'essere l'una diversa dall'altra, in quanto le deroghe al regime ordinario sono stabilite, di volta in volta, dalle leggi specifiche per quella data società e non sono uguali per ogni società partecipata da enti pubblici. La specialità della disciplina derogatoria è data dalle esigenze che la singola società richiede e proprio per tale ragione la disciplina è differente da una società all'altra.

3. Natura giuridica e costituzione delle società pubbliche

Quando un ente pubblico decide di gestire in forma societaria alcune sue attività, si pone il problema di inquadrare tale forma di gestione nello schema ordinario di diritto comune oppure, data la specialità sotto vari aspetti della presenza del socio pubblico, riconoscere all'organismo, nato dall'esternalizzazione, carattere pubblico. In altri termini, ci si chiede se le società con presenza nel proprio azionariato di un socio pubblico, di minoranza, di maggioranza

o totalitario, abbiano natura privatistica o pubblicistica. Si tratta di individuare gli elementi della struttura, dell'organizzazione, della funzione che si presentano come speciali rispetto alla base ordinaria privatistica e chiarire se tali elementi caratterizzanti il socio pubblico siano di rilevanza tale da stravolgere la natura dell'ente societario, sì da farne perdere il carattere originario privato per farne assumere quello pubblico. La questione non è certo nuova, essendosi presentata all'attenzione di dottrina e giurisprudenza sin dalle prime forme di partecipazione pubblica in società privatistiche.

Sintomo evidente della difficoltà di collocare le società pubbliche nel campo del diritto pubblico o del diritto privato, riconoscendovi natura pubblica o privata, è l'interesse che la giurisprudenza ha da sempre avuto in riguardo a tale questione. Diversa è stata da subito l'impostazione della giustizia amministrativa e quella della Cassazione. Si risale, infatti, sin al 1938, ad una sentenza del Consiglio di Stato, il quale, in merito alla qualificazione giuridica dell'AGIP, chiariva che l'utilizzo della forma di società per azioni non potesse significare la deviazione da parte dello Stato dal perseguimento di interessi generali, sicchè "l'esteriorità" di forma societaria non muta la finalità eminentemente pubblica dell'ente. La Cassazione, a distanza di circa due anni, annulla la sentenza del Consiglio di Stato, ritenendo

che la presenza nel capitale del socio pubblico non modifichi la natura privata della società, a meno che non emergano nel caso specifico elementi che influiscano in modo sostanziale sulla natura dell'ente societario.¹⁰⁹

Le società pubbliche o a partecipazione pubblica hanno molti elementi di specialità rispetto alle società ordinarie di diritto comune.¹¹⁰ Un primo elemento di specialità deve essere individuato nel momento genetico. Se il contratto di società nasce dalla comune volontà delle parti - accordo ex art. 1321 c.c. - di conferire beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili (art. 2247 c.c.), la società pubblica può anche non nascere dalla volontà dei soci. La costituzione può essere obbligata, in quanto disposta con legge oppure può essere facoltativa ed in tal caso si distingue a seconda che sia preventivamente intervenuto un atto autorizzatorio a costituire. Nel primo caso suddetto, le società sono dette anche “legali”, essendo la loro fonte diretta la legge istitutrice.¹¹¹

¹⁰⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, 19/1/1938 n. 33, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 235. Cassazione Civ., Sez. Un., 7/3/1940 n. 1337, in *Foro italiano*, 1940, p. 199.

¹¹⁰ Cfr. V. Domenichelli- G. Sala, a cura di, *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, Padova, 2007.

¹¹¹ Cfr. D. Lgs. 9/1/1999 n. 1, istitutivo della “Sviluppo Italia s.p.a.”. Art. 7 del D. L. 15/4/2002 n. 63, convertito dalla L. 15/6/2002, n. 112, istitutivo della “Patrimonio dello Stato S.p.a.”. Cfr. A. Mari, *La Patrimonio dello Stato s.p.a.*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2002, pp. 820 e ss; G. Oppo, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2002, p. 491.; P. Pizza, *Patrimonio dello stato s.p.a.: profili*

Nel secondo caso, invece, la legge si limita ad autorizzare la costituzione, la quale avverrà in seguito in base alla procedura ordinaria (per atto pubblico di notaio). Tali società sono anche dette “facoltative”, stante la discrezionalità sottesa alla scelta della costituzione una volta ottenuta la autorizzazione presupposta. In questo caso, la legge non istituisce essa stessa la società, ma conferisce alla amministrazione un potere consistente nella capacità di costituire una società di capitali, ovvero, secondo una diversa ricostruzione, rimuove un ostacolo alla costituzione di società per l'ente pubblico. Di tale autorizzazione deve darsi conto nell'atto pubblico costitutivo della società.

In specie, nel caso di costituzione diretta da parte della legge si ha una alterazione del normale *iter* costitutivo delle società di capitali.

di organizzazione e funzionamento, in www.aedon.it, 1, 2003; G. Napolitano, *La Patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in www.aipda.it. Art. 8 del D.L. 8/7/2002 n. 138, convertito dalla L. 8/8/2002, n. 178, istitutivo della Coni Servizi s.p.a.. Cfr C. Franchini, *Il riordino del Coni*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2003, p. 1209 e ss.

In altri casi la legge non ha provveduto direttamente alla costituzione, o “istituzione”, ma ha imposto l'obbligo di costituire. Così nel caso di: Gestore della rete di trasmissione nazionale s.p.a. (art. 3, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79); Gestore del Mercato s.p.a. (art. 5, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79); Acquirente Unico s.p.a. (art. 4, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79) , Sogin s.p.a. (art. 13, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79).

In altri casi, ancora, la legge ha provveduto direttamente alla trasformazione, oppure ha obbligato alla trasformazione. Così per l'Ente Autonomo Esposizione Universale di Roma (D. Lgs. 17/8/1999 n. 304); l'Ente autonomo Acquedotto Pugliese (D. Lgs. 11/5/1999 n. 141); la Cassa Depositi e Prestiti (art. 5 D.L. 30/9/2003 n. 269, convertito in L. 24/11/2003, n. 326); l'Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero Sace (art. 6 D. L. 30/9/2003, n. 269, convertito in L. 24/11/2003, n. 326); l'Ente Nazionale per le Strade (art. 7 D.L. 8/7/2002 n. 138, convertito in L. 8/8/2002 n. 178).

Manca, innanzitutto, la forma *ad substantiam* dell'atto pubblico, come prescritto dagli articoli 2328 c.c. per la società per azioni, art. 2463 c.c. per la società a responsabilità limitata e artt. 2454 e 2328 c.c. per la società in accomandita per azioni.¹¹² Non è previsto, inoltre, nella maggior parte dei casi, il deposito per l'iscrizione presso il Registro delle Imprese dell'atto costitutivo (come prescritto dall'art. 2330 c.c. per la s.p.a., artt. 2463 e 2330 per la s.r.l. e 2454 e 2330 per la s.a.p.a.), essendo sostituito il deposito stesso dalla pubblicazione della legge costitutiva. Dunque, la costituzione della società pubblica non passa attraverso la normale fattispecie a formazione progressiva, che si conclude con l'iscrizione dell'atto costitutivo nel Registro delle Imprese, mediante la quale iscrizione la società acquista la personalità giuridica (art. 2331 c.c.) e diviene soggetto giuridico autonomo, ma l'intero procedimento è riunito nella legge, dalla pubblicazione della quale discende altresì, si deve ritenere, l'acquisto della personalità giuridica.

¹¹² Lo schema della società in accomandita per azioni non viene utilizzato dall'Amministrazione, stante la presenza di una categoria di soci che assumono la responsabilità illimitata, che mal si concilia con le finalità proprie dell'ente pubblico che decide di avvalersi del modello societario. La P.A. ha quasi sempre utilizzato il modello della s.p.a., anche se oggi la nuova struttura della s.r.l., dotata di grande flessibilità nella scelta dei modelli di organizzazione, controllo, amministrazione e diritti particolari, si presta ad un possibile allargamento del suo utilizzo per fini pubblici, con la presenza nel proprio capitale di soci pubblici.

4. Lo scopo delle società partecipate da soggetti pubblici

Altro elemento di forte caratterizzazione delle società pubbliche è la finalità cui le stesse tendono: se lucrativa o non lucrativa (pubblica). Occorre chiedersi se una società sia tale se manchi in tutto lo scopo lucrativo.

Partiamo dall'inquadramento dell'atto costitutivo della società.

La dottrina quasi unanime colloca l'atto costitutivo tra i contratti, come del resto afferma la stessa lettera della legge all'art. 2247 c.c., in particolare tra i contratti plurilaterali con comunione di scopo. Questa categoria si rinviene dall'art. 1420 c.c. (rubricato “Nullità del contratto plurilaterale”) , nel quale è dato individuare gli elementi caratterizzanti, che sono la presenza di più parti, la comunione di scopo e la non necessità della partecipazione di tutte le parti. La recente legislazione, la quale consente la costituzione di società unipersonali, mette in dubbio la natura del contratto di società quale contratto necessariamente plurilaterale.¹¹³ E' stato affermato, in proposito, che la natura plurilaterale non viene meno ove il contratto sia aperto alla

¹¹³ Con l'art. 2447 c.c., nel testo vigente, possono considerarsi superate le tesi emerse in passato, le quali negavano natura negoziale all'atto costitutivo di società (Gierke; Mossa, *Soc. comm. Pers.* ,p. 201) o che sostenevano la natura di atto complesso o collettivo, in considerazione della mancanza di interessi opposti, ma appunto comuni(tesi proposta da F. Messineo, *Studi di diritto delle società*, p. 17).

adesione di altre parti, senza necessità di un nuovo contratto. La natura plurilaterale discenderebbe allora dalla capacità del contratto di divenire tale, anche se in concreto non divenga mai a più parti. E', inoltre, secondo la dottrina prevalente, un contratto a prestazioni corrispettive.¹¹⁴ Anche se il concetto di corrispettività trova la sua naturale manifestazione nei contratti di scambio, non deve escludersi che nei contratti con comunione di scopo vi possa essere corrispettività. Non è pacifico, invece, a cosa vada riferita la corrispettività. Da parte del socio, certamente, il conferimento rappresenta la prestazione in luogo della quale lo stesso ottiene la controprestazione, il cui oggetto è discusso. Secondo alcuni, vi è corrispettività tra conferimento e conseguimento dello scopo comune¹¹⁵; secondo altri, tra conferimento e acquisizione dello *status* di socio¹¹⁶; infine, la tesi maggiormente seguita, ricostruisce la corrispettività tra conferimento e partecipazione agli utili.¹¹⁷ Di certo, la corrispettività, da quanto emerge da tutte le

¹¹⁴ Contra: T. Ascarelli, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 210 e ss.; P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 216 e ss.; P. Abbadessa, *Le disposizioni generali sulle società*, p. 6 e ss.; A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli 1962, p. 31; G. F. Campobasso, *Diritto delle società*, p. 3 e ss.; Cass. 4/5/1993 n. 5180 e 4/12/1995 n. 12487.

¹¹⁵ A. Graziani, *Diritto delle società*, pp. 34 e ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2000, p. 1367; Ferri, *Delle società*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, p. 34.

¹¹⁶ F. Di Sabato, *Manuale delle società*, p. 53 e ss..

¹¹⁷ G. Marasà, *Le società in generale*, in *Trattato G. Iudica- P. Zatti*, Milano, p. 9 e ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 265, nota 23; L. Cariota

tesi suesposte, non va individuata nel rapporto tra i singoli conferimenti dei soci, ma tra conferimento ed ente che nasce per il perseguimento dello scopo comune.

Il contratto di società è, ancora, consensuale e non reale, in quanto la società è costituita col contratto, attraverso il quale i soci si obbligano al conferimento e non con l'effettiva prestazione del conferimento. Il credito da conferimento rappresenta, infatti, un attivo della società, un valore cioè già esistente nel patrimonio, che deve ancora essere riscosso. Ciò significa che non occorre la esecuzione della prestazione costituente il conferimento per la nascita della società. Il carattere consensuale non viene meno nelle società di capitali, ove i versamenti prescritti si configurano come adempimento e non come elemento di perfezionamento del contratto.¹¹⁸ Si tratta di un contratto aperto, secondo quanto previsto dall'art. 1332 c.c. e, normalmente, di durata.¹¹⁹

I requisiti essenziali del contratto di società, quali ricavabili dall'art. 2247 c.c., sono i conferimenti, la gestione in comune, l'esercizio di attività economica e la divisione degli utili. Per conferimento deve

Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 1948, p. 223 nota 10; A. Palumbo, *Le società in generale e le società di persone, Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2004, p. 50.

¹¹⁸ Di Sabato, *Manuale delle società*, p. 33.

¹¹⁹ Art. 1332 c.c.: “*Se ad un contratto possono aderire altre parti e non sono determinate le modalità dell'adesione, questa deve essere diretta all'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari.*”

intendersi la assunzione dell'obbligo di compiere una prestazione diretta al conseguimento del fine sociale, non l'esecuzione della prestazione medesima.¹²⁰ La disciplina dei conferimenti risulta differente a seconda dei vari tipi di società. La gestione in comune significa che i soci sono tutti coinvolti nell'attività e tutti assumono i rischi derivanti dalla stessa. Se non vi è gestione non vi è società, ancorché vi siano mezzi in comune e ripartizione di utili.¹²¹ Inoltre, l'attività svolta deve essere economica, cioè avente uno scopo produttivo. La norma in commento non menziona la necessità che, oltre alla partecipazione agli utili, il socio partecipi anche alle perdite. Dottrina e giurisprudenza ritengono necessaria anche la partecipazione alle perdite da parte del socio, ancorché ciò non sia espressamente previsto nell'art. 2247 c.c.. Salvo il divieto del patto leonino (art. 2265 c.c.), che prevede la sanzione della nullità del patto a mezzo del quale uno o più soci sono estromessi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite, i soci possono stabilire norme particolari per la ripartizione di utili e perdite, anche in modo non proporzionale ai conferimenti. Secondo la giurisprudenza si ha patto leonino quando sia prevista la esclusione totale e costante del socio dalla partecipazione al

¹²⁰ Ferri, *Delle società*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, p. 44 e ss.

¹²¹ Non si ha società, infatti, nell'associazione in partecipazione (art. 2549 c.c.) e nell'impresa familiare (art. 230- bis c.c.).

rischio d'impresa o agli utili oppure ad entrambi. Pertanto, non impingono nel divieto del patto leonino quelle clausole che prevedano la partecipazione a utili e perdite in modo non proporzionale ai conferimenti “sia che si esprimano in una misura difforme da quella inerente ai poteri amministrativi (situazione di rischio attenuato), sia che condizionino in alternativa la partecipazione o la non partecipazione agli utili o alle perdite al verificarsi di determinati eventi giuridicamente rilevanti”.¹²²

Quanto allo scopo di divisione tra i soci dei risultati della gestione, parte della dottrina ha affermato che lo schema astratto di società può anche assolvere a funzioni diverse dalla distribuzione degli utili. Sarebbe, dunque, ammissibile la presenza di una società senza scopo di lucro, come nel caso di società con scopo mutualistico o consortile.¹²³ Occorre distinguere, per una corretta analisi dello scopo delle società, tra lucro oggettivo e lucro soggettivo. Lo scopo di lucro oggettivo indica la finalità di produzione di un utile da parte della società. Lo scopo di lucro soggettivo indica, invece, la finalità di divisione dell'utile tra i soci. Secondo parte della dottrina sono elementi essenziali della causa del contratto di società sia il lucro oggettivo che

¹²² Cass. Civ., Sez. II, 21/1/2000 n. 642; Cass. Civ., n. 8927/1994.

¹²³ F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 29 e ss..

quello soggettivo.¹²⁴ Si possono avere società lucrative in senso stretto, nelle quali l'utile è realizzato dalla società e poi attribuito ai soci oppure realizzato direttamente dai soci tramite la società, anche attraverso un risparmio di spesa.¹²⁵ Afferma parte della giurisprudenza che non ricorre la figura di società se è prevista, nello statuto, la destinazione a scopi benefici dell'intero utile prodotto. Non si può parlare di ente societario, secondo questa giurisprudenza, in quanto manca lo scopo di lucro soggettivo.¹²⁶

5. Lo scopo di lucro nei diversi tipi di società del codice civile

Altra questione riguarda la possibilità di ricomprendere nello scopo di lucro il risparmio di spesa. La adesione alla tesi negativa comporta la conseguenza dell'impossibilità di ricomprendere le cooperative nel novero delle società.¹²⁷ La dottrina prevalente ritiene,

¹²⁴ Marasà, *La società senza scopo di lucro*, p. 83.

¹²⁵ F. Ferrara-F. Corsi, Milano, p. 233.

¹²⁶ Cass. Civ., n. 3251/1959.

¹²⁷ Ascarelli, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 327, il quale afferma che le cooperative non rientrerebbero nello schema delle società, ma sarebbero delle associazioni.

comunque, che sia le società consortili sia le cooperative rientrino nello schema societario e tale circostanza permette di far considerare non essenziale lo scopo di lucro nelle società.

La mancanza dello scopo di lucro non rientra tra le cause di nullità della società previste dall'art. 2332 c.c.; inoltre, non risulta essere comminata alcuna sanzione diversa per quelle società che perseguano uno scopo diverso da quello lucrativo¹²⁸. Parte della giurisprudenza tende, comunque, ad estendere il contenuto dell'utile ai sensi dell'art. 2247 c.c., facendovi rientrare qualsiasi utilità economica e, quindi, anche il risparmio di spesa.¹²⁹

Le cooperative e le società consortili sono tipi sociali dichiaratamente senza scopo di lucro, cui si affiancano società che di fatto non hanno scopo di lucro, anche se rientranti in uno schema concepito dal legislatore come normalmente ordinato alla finalità lucrativa. Per le società dichiaratamente senza scopo di lucro, si è affermato il loro carattere speciale rispetto allo schema ordinario delineato dall'art. 2247 c.c.. Lo scopo di lucro, pertanto, sarebbe sempre necessario perché previsto nell'art. 2247 c.c., salva la possibilità derogatoria di norme speciali quali quelle relative alle cooperative ed

¹²⁸ Così Di Sabato, *Manuale delle società*, p. 17.

¹²⁹ Cass. Civ., n. 4558/79.

alle società consortili.¹³⁰

Esiste una corrente di pensiero la quale ritiene che lo scopo non rientri nella struttura della società, con la conseguenza che lo stesso sarebbe libero e non vincolato ex art. 2247 c.c. alla lucratività.¹³¹ Sarebbe, dunque, possibile riempire la struttura societaria di volta in volta con una finalità concreta, non necessariamente lucrativa. La neutralità della struttura sarebbe, poi, confermata dal fatto che, al contrario, le associazioni perseguono a volte fini economici lucrativi o mutualistici, propri delle società e estranei alla struttura ed alla funzione associativa. Si afferma cioè la esistenza di una sorta di generale neutralità del modulo organizzativo: l'associazione può avere finalità lucrative o mutualistiche; la società può avere finalità non lucrative o non mutualistiche. Non si spiega però per quale ragione non vengano utilizzati gli schemi preordinati a quella data finalità invece di modificare sino allo stravolgimento della propria natura i modelli tipici. E non si chiarisce se questo uso singolare del modello sia lecito, soprattutto quando è il mezzo per la limitazione della responsabilità patrimoniale dei soci, anche in riferimento ai principi generali sulla responsabilità patrimoniale. Viene affermato, altresì, che lo scopo

¹³⁰ Marasà, in *Rivista delle società*, 1982, p. 523.

¹³¹ G.Santini, in *Rivista di diritto civile*, 1973, p. 151 e ss., secondo il quale la struttura societaria sarebbe neutra rispetto allo scopo perseguito.

lucrativo debba comunque risultare dall'atto costitutivo ai fini dell'ottenimento dell'omologazione da parte del Tribunale, oggi sostituita dal controllo notarile. Tale previsione potrebbe essere però solo formale, una cosiddetta "clausola di stile", trasformandosi nella mera possibilità della produzione di utili e di ciò sarebbe conferma la mancata previsione di una sanzione per il caso in cui lo scopo dichiarato in atto, in concreto, non venga perseguito.

6. Neutralità della causa e nullità della società

La neutralità della causa sarebbe confermata dalla mancanza del riferimento alla stessa nel testo novellato dell'art. 2332 c.c.¹³², il quale, mentre considera l'oggetto, non si occupa della causa; indice questo di una differente considerazione del legislatore dei due elementi. Non essendo contemplata la causa nell'art. 2332 c.c., la cui elencazione deve considerarsi tassativa,¹³³ si dovrebbe ritenere valido

¹³² Novella introdotta con D.P.R. 29/12/1969, n. 1127.

¹³³ In ordine alla tassatività della previsione di cui all'art. 2332 c.c. si veda: Ragusa-Maggiore, in *Diritto Fallimentare*, 1970, I, p. 141; Simonetto, in *Rivista di Diritto Civile*, 1970, II, p. 151; Brunetti ed altri, in *Rivista del notariato*, 1970, p. 595; Maccarone, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1971, I, p. 108; in questi termini anche la Relazione alla Riforma.

un atto costitutivo di società quando lo scopo dichiarato sia diverso da quello previsto dall'art. 2247 c.c..

In merito all'art. 2332 c.c., occorre osservare che nel corso degli anni, dall'emanazione del codice civile nel 1942, la norma è stata più volte modificata sulla scorta delle Direttive Comunitarie, le quali, in un'ottica di *favor societatis*, tendono al mantenimento in vita della società una volta eseguita la iscrizione al Registro Imprese. In particolare, la riforma del diritto societario riduce le cause di nullità, che originariamente erano otto, modificate con la soppressione del numero 3) ad opera della legge 24/11/2000 n. 340. Il diritto comunitario prevede una elencazione tassativa delle cause di nullità, imponendo l'obbligo agli Stati di non introdurne altre. Si stabilisce un numero massimo di ipotesi di nullità, ben potendo la legislazione interna contemprarne solo alcune, come si è fatto in Italia ove si è limitata la rilevanza dei vizi della fase costituiva a quelli soltanto che assumono un senso alla luce della sua disciplina, escludendo ipotesi di difficile, se non impossibile, realizzazione e che “avevano creato rilevanti dubbi interpretativi di sistema e con essi la possibilità di orientamenti interpretativi che potrebbero porre in pericolo il principio di tassatività delle cause di nullità alla base della norma”.¹³⁴ Prima delle novelle

¹³⁴ Così nella Relazione alla riforma del diritto societario del 2003.

introdotte nel corso degli anni, mancava nell'art. 2332 c.c. una specifica disciplina delle cause di nullità, sicché per analogia si applicava la disciplina generale dettata in tema di nullità del contratto. Lo spirito informatore della limitazione dei casi in cui può dichiararsi la nullità della società è quello, come detto sopra, di un *favor societatis*, che tende alla non eliminazione dal mercato di imprese che, essendo comunque già costituite, si ritengono operanti sul mercato.

Inoltre, avvenuta l'iscrizione l'organismo societario deve ritenersi attivo e capace di operare con i terzi; per tale ragione sussiste l'esigenza di garantire la certezza dei traffici giuridici che significa certezza dei rapporti tra società, ormai nata, ed i terzi, anche se ciò comporti un sacrificio dell'interesse generale alla legalità o quello particolare dei soci.¹³⁵

Sembrerebbe, dunque, che, nel corso degli anni, la causa del contratto di società abbia assunto nel nostro ordinamento, anche sulla scia di altri ordinamenti europei, un ruolo sempre meno rilevante o quantomeno si è fortemente ridimensionata la rigidità del suo concetto tradizionale.¹³⁶

¹³⁵ Cfr. Associazione Preite, *Nuovo diritto delle società*, p. 34.

¹³⁶ In specie, l'ordinamento tedesco.

7. Società senza scopo di lucro in concreto

Oltre alle società dichiaratamente senza scopo di lucro, vi sono anche, nella pratica, società le quali, pur avendo oggetto sociale consistente in un'attività economica, gestita in comune al fine di trarne un profitto, risultino di fatto essere costituite al solo scopo di godimento dei beni sociali, difettando, dunque, lo scopo di lucro oggettivo. E' questo il caso ad esempio delle cosiddette società immobiliari, nelle quali non vi è una attività economica vera e propria, ma solo una limitata attività diretta al mantenimento ed alla gestione del patrimonio immobiliare; in questi casi manca non solo lo scopo di lucro soggettivo, ma anche quello oggettivo, in quanto la società stessa non è preordinata alla produzione di utili ma solo, come detto, alla gestione degli immobili costituenti il patrimonio sociale; spesso, infatti, il patrimonio di queste società è costituito esclusivamente da beni immobili in proprietà. Si possono avere, inoltre, società in concreto senza scopo di lucro, nelle quali pur esistendo uno scopo oggettivo di lucro, diretto all'interesse della società, manchi l'interesse dei soci, cioè lo scopo di lucro soggettivo, come nel caso in cui i proventi dell'attività sociale vengano destinati a scopi benefici. I soci non traggono dalla società una utilità diretta, anche se non può negarsi che gli stessi

possano avere un interesse indiretto dalla destinazione a beneficenza degli utili prodotti, ma l'utilità indiretta non pare possa rientrare nel concetto di divisione degli utili di cui all'art. 2247 c.c., che deve essere interpretato in modo restrittivo e comprendere non ogni utilità, altrimenti si dovrebbe ammettere anche la possibilità di un vantaggio non economico per il socio. Questa interpretazione non può essere data alla norma, la quale richiede l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di divisione degli utili, intendendo questi ultimi quelli risultanti dal bilancio di esercizio, attribuiti mediante distribuzione diretta o con accantonamento, andando ad accrescere il patrimonio sociale e distribuibili in epoca successiva. La norma si riferisce, insomma, agli utili economici derivanti dalla gestione dell'attività sociale e non può essere letta in chiave soggettiva, nel senso di ricomprendervi ciò che in concreto risulti utile per il socio anche se non abbia un valore economico oggettivo.

Verificata l'esistenza di società dichiaratamente senza scopo di lucro, senza scopo di lucro in concreto, senza scopo di lucro oggettivo o soggettivo, occorre chiarire quali siano le conseguenze derivanti dalla mancanza dello scopo di lucro. Una prima tesi, radicale, ritiene che in tal caso il contratto sociale sia nullo.¹³⁷ Questa soluzione discende dalla

¹³⁷ Cottino, *Diritto commerciale, Le società*, p.3.

considerazione dello scopo di lucro quale elemento essenziale del contratto di società, anche se non è chiaro come possa essere comminata la nullità in mancanza di una espressa previsione della fattispecie nell'art. 2332 c.c. Tale norma dispone, infatti, che, iscritta la società nel Registro Imprese ai sensi dell'art. 2330 c.c. e per gli effetti di cui all'art. 2331 c.c., la nullità può essere pronunciata solo nei casi di mancanza dell'atto costitutivo nella forma pubblica richiesta *ad substantiam*, illiceità dell'oggetto, mancanza di ogni indicazione circa la denominazione, i conferimenti, l'oggetto o il capitale.

Secondo altra opinione, difettando lo scopo di lucro, i creditori personali del socio potrebbero esperire l'azione di simulazione del contratto di società.¹³⁸ Non si tratterebbe di un contratto di società, che apparirebbe solo quale forma esteriore, celando in realtà un rapporto differente, semmai inquadrabile nell'associazione, utilizzato allo scopo di limitare la responsabilità patrimoniale delle parti. Infatti, in merito alla responsabilità patrimoniale delle parti, tradizionalmente si distinguono modelli associativi con autonomia patrimoniale perfetta ed imperfetta. Nei primi, si verifica una separazione, più o meno marcata a seconda dei vari modelli, tra patrimonio dell'ente e patrimonio dei partecipanti. Nei secondi, (è il caso delle associazioni non riconosciute)

¹³⁸ Marasà, *La società senza scopo di lucro*, p. 629.

non vi è separazione patrimoniale, tant'è che per le obbligazioni dell'ente rispondono personalmente e solidalmente anche coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (art. 38 c.c.).

Infine, l'opinione prevalente in letteratura, ritiene che la mancanza dello scopo lucrativo sia giuridicamente irrilevante e non comporti alcuna conseguenza.¹³⁹

La non espressa previsione di una sanzione non può però significare la completa irrilevanza del dato normativo testuale, il quale costruisce la fattispecie societaria indicando tra gli elementi lo scopo di divisione degli utili. L'attenzione deve essere rivolta piuttosto verso la qualificazione in concreto del concetto di divisione degli utili e non verso una dequotazione assoluta della finalità del contratto societario. E' in concreto che va svolta l'analisi della funzione dello strumento, non in astratto, individuando come finalità unica quella della ripartizione degli utili tra i soci. La causa non può essere relegata ad elemento eventuale del contratto, come tale non essenziale e addirittura neutro rispetto alla struttura, ma si tratta di rivalutare in termini di individualità la funzione svolta in concreto dal contratto, in termini economico-individuali, unica via possibile per sancire la liceità dell'utilizzazione di un modello al di fuori del suo naturale ambito di

¹³⁹ F. Ferrara-F. Corsi, *Imprenditori e società*, Milano, p. 224.

applicazione. La strada da percorrere è quella della funzione economico-individuale della causa considerata in concreto in rapporto alla quale verificare, di volta in volta, la liceità della stessa.

8. La causa pubblica nel contratto di società. La causa quale funzione economico -individuale

La società per azioni e la società a responsabilità limitata possono utilizzare numerosi strumenti giuridici per la realizzazione dei propri fini. A tali strumenti hanno fatto ricorso sia coloro i quali intendevano, attraverso la società-mezzo, realizzare un'attività economica, gestita in comune con lo scopo di ripartirne gli eventuali utili, sia coloro che, in difformità al modello e alle finalità, volevano sfruttare la limitazione della responsabilità e la personalità giuridica, senza alcun interesse alla produzione di utili. Si pensi alle società di godimento immobiliari, create per limitare la responsabilità patrimoniale ai conferimenti e per ragioni fiscali, alle quali sfugge ogni intento economico-produttivo. Si pensi, inoltre, alle società sportive nelle quali l'art. 10 della legge 23 Marzo 1981, n.91 (ora modificato dalla l. 586/1996) stabiliva che gli utili dovessero essere interamente

reinvestiti nella società per il perseguimento dell'attività sportiva.

Questa progressiva decolorazione dello scopo sociale, già avvertita dalla dottrina nel secondo dopoguerra, e la pretesa fungibilità dello schema societario per fini mutualistici e consortili e, successivamente, anche ego-altruistici, ha determinato un fenomeno di “evaporazione” del concetto di società.¹⁴⁰ La causa del contratto di società ne risulta frustrata, attraverso un fenomeno di “*fading*”, di appassimento della causa lucrativa, in quanto è stata possibile una sua sostituzione in concreto con una causa (finalità) diversa. Si è assimilata la causa del contratto di società al fenomeno cambiario, nel quale si ha l'astrazione causale. Si ipotizza una assimilazione tra il contratto sociale ed il negozio cambiario o, quantomeno, con quei negozi con causa variabile.¹⁴¹ La conseguenza di questo percorso argomentativo è la affermazione di una sostanziale neutralità della struttura societaria, la quale struttura può essere sorretta da una causa, ma ciò non è essenziale, essendo sufficiente un elemento formale. Basterebbe la

¹⁴⁰ Così G. Santini, in *Tramonto dello scopo di lucrativo nelle società di capitali*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1973, p. 155.

¹⁴¹ Si afferma, in particolare, che così come, nella cambiale, la clausola di valuta è divenuta nel corso degli anni una sostanziale clausola “di stile”, così, allo stesso modo per le società, la clausola che prevede il fine lucrativo è destinata ad una progressiva svalutazione fino all'abbandono di fatto e alla sua giuridica irrilevanza. Il parallelo con la cambiale è utile per dimostrare come le società di capitali siano divenute, nel corso degli anni, pura struttura, destinate a servire scopi diversi a seconda delle situazioni, non solo dirette alla finalità tipica lucrativa, che ne rappresenta l'origine storica. (in questi termini: G. Santini, in *Tramonto dello scopo di lucrativo nelle società di capitali*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1973, p. 161).

mera previsione statutaria della finalità lucrativa, anche se nella sostanza non si persegua alcuno scopo di lucro, svilendo la previsione a mera “clausola di stile”, destinata, appunto, ad avere solo valore per la forma, ma nessuno per la sostanza. Sulla stessa scia si colloca quell'orientamento che già individuava la *causa societatis* non nello scopo di lucro, ma nello svolgimento in comune di un'attività.¹⁴² Il concetto di indifferenza della finalità lucrativa alla struttura, viene poi in parte richiamato, in forma attenuata e probabilmente più corretta, da altra parte, sostenendosi una “relativa neutralità” della causa nelle società pubbliche.¹⁴³

La società pubblica, o a partecipazione pubblica, è comunque impresa-ente e non impresa-organo, in quanto l'attività, che esprime la finalità della società, rimane esercizio d'impresa. L'esercizio dell'impresa deve essere oggettivamente economico (lucrativo), ma può anche non essere soggettivamente economico; può non avere, cioè, finalità lucrativa per i singoli soci. La finalità oggettiva, invece, riguarda direttamente la causa del contratto di società, sicché deve essere necessariamente lucrativa. Se la causa è differente, l'ente non può essere ricondotto nel novero delle società; dovrebbe forse ricercarsi

¹⁴² Cfr. Falzea, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1947, IV, p. 996.

¹⁴³ Cfr. Galgano, in *Pol. Del dir.*, 1972, pp. 705 e ss.. Si veda anche: M.S.Giannini, in *La impresa pubblica*, I, *Studia albornotiana*, X, Bologna, 1970, p. 113 e ss..

un altro nome per identificare una forma organizzativa che ha una causa in parte corrispondente a quella della società ed in parte non corrispondente. Nelle società, infatti, la lucratività è elemento informatore del tipo, sia pure intesa come produzione e acquisizione dell'utile, quale che ne sia l'entità e la eventuale devoluzione successiva; devoluzione che è poi decisa da ciascun socio.¹⁴⁴ L'idea della neutralità del modello societario viene respinta, dalla dottrina prevalente, affermando che il contratto sociale nasce per disciplinare una forma organizzativa compiuta e ben delineata nei suoi aspetti fondamentali. Ove, con diverse disposizioni si proceda a deroghe del modello tipico è ben possibile che venga disegnato un modello diverso, ma anch'esso non potrebbe essere riconosciuto come neutrale, non potrebbe che trattarsi di modelli singoli e singolarmente caratterizzati.¹⁴⁵ L'utilizzazione del modello societario per finalità pubbliche finisce per snaturare il tipo sociale e dimostra la incapacità del legislatore di creare organismi nuovi, idonei allo scopo e dotati di una loro disciplina compiuta, dal punto di vista organizzativo e funzionale.¹⁴⁶

¹⁴⁴ In questi termini, G. Oppo, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2005, p. 157 e ss..

¹⁴⁵ In questi termini F.G.Scoca, in *Il punto sulle c.d. Società pubbliche*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2, 2005, p.239 e ss..

¹⁴⁶ Così F.G.Scoca, in *Il punto sulle c.d. Società pubbliche*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2, 2005, p.261.

La finalità pubblica dovrebbe essere perseguita, secondo questa teoria, attraverso un modello di organizzazione creato *ad hoc* dal legislatore, che tenga conto, da una parte dell'esigenza di perseguire un risultato in termini di efficienza e, dall'altra parte, del particolare scopo pubblico. Un organismo, dunque, nuovo alla nostra legislazione, il quale assuma in parte i caratteri societari tipici, che garantiscono una gestione snella ed improntata a criteri di economicità ed in parte assuma la forma dell'organo dell'amministrazione, di guisa che quest'ultima possa esercitare sull'ente il controllo e la direzione. Usando una terminologia esemplificativa, si potrebbe dire che il nuovo organismo dovrebbe essere un organo-società, con una disciplina speciale che tragga dalla norma societaria parte degli elementi della propria struttura e tragga dalla norma pubblica la specialità della funzione che deve svolgere e che giustifica i poteri particolari dell'ente pubblico di riferimento.

Se oggi è discussa la natura pubblica o privata delle società pubbliche, si può affermare che il nuovo organismo avrebbe natura certamente pubblica, in quanto nato per svolgere una funzione tipica pubblica. E non sarebbero certo determinanti gli elementi privatistici mutuati dalla disciplina societaria, per farne perdere il carattere eminentemente pubblico.

La causa, sotto il vigore del codice civile del 1865, sulla scia del codice napoleonico, veniva riferita all'obbligazione sottostante il rapporto contrattuale. Il contratto era ritenuto esclusivamente fonte dell'obbligazione, sicché non poteva distinguersi tra causa dell'obbligazione e causa del contratto. La causa del contratto si identificava con lo scopo perseguito da ciascuno dei contraenti e, quindi, aveva un valore soggettivo, inteso quale utilità ricercata da ciascuna parte e non oggettivo, nel senso della funzione svolta dal contratto stesso. Il contratto, in questa impostazione, non è considerato in rapporto alla funzione sociale che lo stesso può svolgere, ma esclusivamente come mezzo giuridico attraverso il quale i contraenti perseguono un'utilità soggettiva. Si avevano, pertanto, nella specie dei contratti di scambio, due distinte cause ciascuna relativa ad una parte; il contratto altro non era se non uno strumento a mezzo del quale le parti realizzavano un interesse individuale, senza considerare la funzione propria dello strumento stesso, distinta dai motivi delle parti.

Successivamente, si sostituì al concetto di obbligazione nascente dal rapporto contrattuale, quello, di origine tedesca, di prestazione cui le parti erano tenute in conseguenza del rapporto tra le stesse sorto a seguito della conclusione del contratto. Dunque, il contratto non era solo fonte di obbligazioni, ma dallo stesso nasceva l'obbligo di effettuare

delle prestazioni, direttamente collegate alla struttura del contratto. Questo processo di progressivo distacco del contratto dall'obbligazione portò anche ad un allontanamento dalla concezione soggettiva della causa ed il contratto cominciava ad essere visto nella sua unitarietà. Si passò gradualmente ad esaltare il ruolo svolto dal contratto, inteso unitariamente, nella società; dalla funzione meramente (e limitatamente) soggettiva alla funzione oggettiva. La causa diveniva così la ragione economico-sociale del contratto.

La affermazione della causa quale ragione sociale ed economica svolta dal contratto porta ad una sua diretta assimilazione al differente concetto di tipicità, sino ad una sostanziale sovrapposizione della causa così intesa sul tipo. Nel nostro codice civile la causa viene identificata e sovrapposta al concetto di tipo, senza che alla stessa si possa riconoscere un valore autonomo e distaccato sia dal tipo che dall'oggetto.¹⁴⁷

Per recuperare il concetto di causa e restituire alla stessa il valore di elemento distinto del contratto, occorre innanzitutto evitare di confonderla con il tipo o con l'oggetto ed individuarne la funzione su presupposti diversi. Non basarsi sulla asserita funzione economico-

¹⁴⁷ La dottrina del dopoguerra, in particolare, muovendo dalla intervenuta scarsa rilevanza della causa, è stata portata a ridimensionarne il valore, sino a negarne l'esistenza quale elemento distinto della struttura contrattuale.

sociale, nel senso del ruolo svolto dal contratto inteso in senso unitario nella società, altrimenti l'identificazione col tipo diviene evidente. Individuare piuttosto l'essenza della causa in termini soggettivi, non con l'identificazione tra causa e motivi soggettivi, ma quale ragione dell'affare, concreto atteggiarsi degli interessi nel caso specifico e non in astratto. La causa diviene così da funzione economico-sociale a funzione economico-individuale.¹⁴⁸ Si passa, in tal modo, dalla rilevanza economica nella società del contratto, alla considerazione degli interessi soggettivi delle parti in rapporto alla società sulla base dei quali interessi ed al loro concreto atteggiarsi, fondare il giudizio di meritevolezza. Se la causa dovesse identificarsi con la ragione economico-sociale e quindi, sostanzialmente, confondersi con la tipicità, non si potrebbe avere una causa illecita in presenza di un contratto tipico. In quanto tipico il contratto sarebbe di per sé lecito, ma in tal modo si confonde la funzione con la tipicità. Recuperando, invece, la causa in termini individuali e concreti è possibile una analisi del contratto in termini di liceità anche in presenza di contratti tipizzati. Non sono pochi i casi, infatti, nei quali la tipicità nasconde un intento

¹⁴⁸ Per una ricostruzione della causa in questi termini, da parte di dottrina e giurisprudenza, cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 808. L'Autore, in particolare, sottolinea come, piuttosto che negare valore autonomo alla causa, come fatto dalla dottrina soprattutto del dopoguerra, risulta più fondato il tentativo di ricostruire il concetto di causa in termini economico-individuali.

illecito delle parti. Si pensi ad esempio al divieto del patto commissorio e alla vendita con patto di riscatto. Quest'ultima specie di compravendita è tipica perché prevista dalla legge (artt. 1500 e ss c.c.) ma se utilizzata al fine di eludere il divieto del patto commissorio (art. 2744 c.c.), dunque in danno ai creditori, è illecita. La tipicità non è allora necessariamente indice di liceità. L'analisi del tipo porta ad una comparazione tra lo schema concreto realizzato dalle parti e quello astratto, attraverso un procedimento statico, in quanto il punto di riferimento resta la norma nella sua tipicità, quale fattispecie astratta costruita dal legislatore. L'analisi della causa riguarda, invece, non un problema di compatibilità tra schema astratto e schema specifico, bensì la questione sulla meritevolezza degli scopi voluti dalle parti. In quanto tale, l'indagine è sempre concreta e dinamica, in quanto si valuta sulla base degli interessi protetti dall'ordinamento la meritevolezza degli interessi perseguiti.¹⁴⁹

Risulta, quindi, determinate recuperare in termini di concretezza il ruolo della causa e la sua autonomia, al fine di distinguere correttamente tra liceità della funzione e compatibilità della fattispecie concreta con lo schema tipico.

Impostata in questi termini la questione circa la funzione del

¹⁴⁹ Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 811.

contratto, è ora possibile spostare l'attenzione sul contratto di società. Si è detto che la struttura del contratto di società è costituita, secondo il dettato dell'art. 2247 c.c., dai conferimenti effettuati dai soci per la gestione in comune di un'attività economica allo scopo di divisione degli utili. La causa del contratto di società nell'ipotesi normale è la produzione di utili (scopo oggettivo di lucro) e la successiva distribuzione tra i soci (scopo soggettivo di lucro). Non si può però affermare che le società cooperative e consortili siano illecite perché perseguono uno scopo diverso; è lo stesso legislatore che dopo aver espresso il principio base contenuto nell'art. 2247 c.c., disciplina le società cooperative e consortili. Sono queste, come detto, società dichiaratamente senza scopo di lucro, le quali sono senza dubbio lecite in quanto previste dalla legge. Un problema di verifica della liceità si pone, invece, per le società senza scopo di lucro in concreto, cioè per quelle società che, pur rivestendo la forma di uno schema societario normalmente ordinato alla produzione di utili, risulti in realtà perseguire fini diversi da quello lucrativo. In ordine a tali società deve porsi una questione di liceità, attraverso una analisi degli interessi concreti voluti dalle parti, cioè una analisi della funzione economico-individuale della società. Se per ipotesi lo scopo perseguito fosse quello di eludere l'imposizione fiscale, la funzione, cioè la causa sarebbe

illecita. Ecco che un modello tipico, la società lucrativa in una delle varie forme previste, può essere in concreto non meritevole di tutela perché illecita la finalità voluta dai soci. La tipicità in questo caso non si accompagna alla liceità. È la causa, intesa quale concreta manifestazione degli interessi delle parti, che non merita, sulla base del raffronto con gli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico, un giudizio di meritevolezza.

Per le cooperative e le società consortili non si pone, invece, una questione di legittimità della funzione perché lo scopo è tipico. Il legislatore ha previsto espressamente che questi tipi di società perseguano una finalità diversa da quella sancita dall'art. 2247 c.c.. Lo scopo mutualistico è lecito non perché tale in concreto, attraverso un giudizio sulla meritevolezza della singola società, bensì è tale in quanto previsto dall'ordinamento.

Nelle società pubbliche, allo stesso modo, la espressa previsione degli artt. 2449 e 2450 c.c. legittima la presenza nel capitale delle società di un socio pubblico e legittima, indirettamente, la finalità non lucrativa ma pubblica dell'ente societario. Non si pone per le società pubbliche un problema di analisi della liceità dell'adozione del modello societario, in quanto è il legislatore stesso che in modo espresso lo prevede.

Proprio la disciplina della partecipazione alla società di un socio pubblico, unitamente a quella sulle società consortili e cooperative, porta ad una diversa considerazione della causa del contratto di società. La quale non è unica, ma è alternativamente lucrativa, mutualistica, consortile o pubblica. La società può avere cioè anche causa pubblica. Non si tratta di dequotare la causa del contratto, attribuendo alla stessa valore giuridico nullo. Non si tratta di snaturare il contratto di società sino al punto di sostenere una sostanziale neutralità della causa rispetto alla struttura. Neanche il riferimento alla mancanza della causa tra le cause di nullità della società, ai sensi dell'art. 2332 c.c., e, quindi, l'assenza di conseguenze giuridiche rilevanti, deve portare all'affermazione della neutralità della causa. La causa del contratto di società non è neutra, ma è elemento caratterizzante della struttura ed è espressamente disciplinata in quattro distinte ipotesi. La prima, quella lucrativa, va riferita alla società semplice, in nome collettivo, in accomandita semplice, a responsabilità limitata, per azioni e in accomandita per azioni. Poi vi sono le ipotesi delle cooperative e delle società consortili. Infine, lo scopo delle società può essere pubblico. La tipicità espressa dall'art. 2247 c.c. è parziale perché riguarda le sole società lucrative. In altri termini, l'art. 2247 c.c., va letto nel senso che col contratto di società

due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, salvo quanto previsto per le società cooperative, consortili e pubbliche.

Nelle società pubbliche è proprio la mancanza dello scopo di lucro che caratterizza l'attività del modello organizzativo. L'ente pubblico di riferimento non può e non deve inseguire un fine di lucro, ma proprio l'irrilevanza dello scopo lucrativo caratterizza la finalità pubblica. Essendo l'interesse pubblico il riferimento ed il punto di arrivo della gestione della cosa pubblica, il fatto che la società non persegua uno scopo di lucro significa che la stessa produce un utile diverso, orientato all'interesse pubblico. Indirettamente, la mancanza di scopo di lucro produce una utilità in termini di servizio reso alla collettività.

Volendo trarre delle conclusioni, il contratto di società non può avere qualunque funzione ma deve necessariamente avere, in via alternativa, causa lucrativa, pubblica, mutualistica o consortile. Al di fuori di queste quattro ipotesi, la causa, intesa quale funzione economico-individuale, deve essere oggetto di analisi di meritevolezza in concreto. In altri termini, se una società persegue uno di questi quattro scopi, sia nella previsione statutaria sia concretamente, non vi è dubbio che la società sia lecita. E non vi è motivo di parlare, nella

fattispecie delle società pubbliche, di perdita dello schema societario, in quanto è la norma stessa (art. 2449 c.c.) che prevede indirettamente la finalità pubblica. Nelle ipotesi diverse, in assenza di una delle quattro finalità suddette, come nel caso di società immobiliari, sportive, o che perseguono scopi altruistici, eventualmente destinando a beneficenza gli utili prodotti, deve compiersi l'analisi sulla meritevolezza dello scopo. L'analisi cioè sulla liceità dell'operazione in termini concreti, sulla valutazione della funzione economico-individuale.

Alla luce delle considerazioni svolte e delle conclusioni che si sono date, è agevole superare le critiche mosse in letteratura alla utilizzazione del modello societario per finalità pubbliche, affermando una sostanziale perdita della fattispecie societaria. Non è così. E' la fattispecie societaria che si presenta a volte orientata allo scopo lucrativo, altre volte orientata diversamente. E' la norma che ci offre la diversità della funzione societaria e conferisce valore legale assoluto alla causa pubblica.

BIBLIOGRAFIA GENERALE

- AA. VV., *La S.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, 1996
- AA. VV., *La concessione dei servizi pubblici locali*, Roma, 1998
- Abbadessa P., *Le disposizioni generali sulle società*, p. 6 e ss.
- Abriani N., *Diritto delle società - Manuale breve*, Milano, 2004
- Alpa G.- Capponi M. C., *S.p.a. a prevalente capitale pubblico locale e gestione dei servizi pubblici (art. 22, comma 3, lett. 3, l. 142/90)*, in *Reg. gov. Loc.*, 1992, p. 173 e ss.
- Ambrosini S., in *Società di capitali – Commentario*, p. 1603 e ss.
- Andreani A., *Le istituzioni per l'esercizio dei servizi sociali degli enti locali. Una prospettiva d'insieme*, in *Riv. Trim di Dir. Pubbl.*, 1992, p. 613 e ss.
- Arnold R., *Le riforme amministrative italiane: un confronto europeo*, in AA. VV., *Seminari Spisa*, Bologna, 2000, p. 73 e ss.
- Ascarelli T., *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 210 e ss.
- Ascarelli T., in *Riv. trim. di dir. e proc. civi.*, p. 327
- Associazione Disiano Preite, *Diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti e F. Vella, Bologna, 2006
- Bianca C. M., *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1994

- Birkinshaw P. e Prosser T., in *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003, p. 169 e ss.
- Bozzi G., *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. del Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 363 e ss.
- Brunetti ed altri , in *Rivista del notariato*, 1970, p. 595
- Buonocore V., *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, p. 5 e ss.
- Caia G., *I servizi pubblici locali. Evoluzioni e prospettive*, Rimini, 1995
- Caia G., *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, p. 12 e ss.
- Caia G., *I modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali: quadro generale e comparativo*, in AA.VV., *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1995, p. 56 e ss.
- Caia G., *Le prospettive di riforma dei servizi pubblici locali e i principi in materia di servizi pubblici*, in *Nuova rass.*, 1997
- Caia G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004
- Caia G., *Le aziende speciali: carattere imprenditoriale e novità legislative*, in *I servizi pubblici locali. Evoluzioni e prospettive*, a cura

- di G. Caia, Rimini, 1995, p. 53 e ss.
- Cammelli M., *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. degli app.*, 2003, p. 513 e ss.
- Cammelli M.- Zioldi A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999
- Campobasso G. F., *La costituzione delle società miste per i servizi locali*, in *Le società miste per i servizi locali*, Atti del convegno di Messina, 22-23 Novembre 1996, Milano, 1999, p. 73 e ss.
- Campobasso G. F., *Diritto delle società*, II, Torino, 2006
- Campobasso G. F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003
- Campobasso G. F., *Diritto Commerciale*, II, *Diritto delle società*, Torino, 2002
- Caranta R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004
- Cariota Ferrara L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 223, nota 10
- Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, Milano, 1992
- Cassese S., *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. di Dir. Pubbl.*, 2001, p. 79 e ss.
- Cassese S., *L'esercizio notarile di funzioni statali*, in *Foro Ital.*, 1996, V

- Cavallo Perin R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998
- Cavallo Perin R., *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993
- Cavazzuti F., *Forme societarie, intervento pubblico locale e "privatizzazione" dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. Ital.*, 1991, IV, p. 248 e ss.
- Clarich M., atti convegno *Meccanismi di mercato nei servizi offerti dalle Amministrazioni Pubbliche*, in *Atti del Forum P. A.*, 1999
- Cottino G., *Diritto commerciale, Le società*, Padova, 1999
- Corsi F., *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003
- De Leonardis F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p. 19 e ss
- De Minico G., *La società a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22 lett. e) l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro amm.*, 1994, p. 1666 e ss.
- Di Gaspare G., *Le attività amministrative fuori dall'ente*, in *G. e. l.*, 25/2005, p. 14
- Di Pace R., *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro amm. Tar*, 2004, p. 3898 e ss.
- Di Sabato F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 29 ss.

- Di Sabato F., *Diritto delle Società*, Milano, 2003, p. 276
- Domenichelli V., *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del nuovo art. 113 del T.U.E.L.)*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 317
- Domenichelli V.- Sala G., a cura di, *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, Padova, 2007
- Dreyfus J. D., *L'externalisation, éléments de droit public*, in *Ajda*, 2002, p. 1214 e ss.
- Dugato M., *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Gior. di Dir. Amm.*, 2002, p. 218 e ss.
- Dugato M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Gior. di Dir. Amm.*, 2004, p. 121 e ss.
- Ferrara F.- Corsi F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006
- Ferri G., *Delle società*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja-Branca, p. 34 e 44 e ss.
- Ferro Luzzi P., *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 216 e ss.
- Ferrucci A. – Ferrentino C., *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, 2005, Tomo I, p. 605
- Franchini C., *Il riordino del Coni*, in *Gior. di Dir. Amm.*, 2003, p. 1209 e ss.
- Frè G., *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di

- Scialoja– Branca, p. 404
- Galgano F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, p. 253
- Gallucci G., voce *Servizi Pubblici Locali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1999, p. 1
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 1367
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 808
- Giannini M. S., in *La impresa pubblica*, I, *Studia albornotiana*, X, Bologna, 1970, p. 113 e ss.
- Giannini M. S., *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Milano, 1966
- Giannini M. S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1983, p. 17 e ss
- Giulietti W., *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, p. 83 e ss.
- Graziani A., *Diritto delle società*, Napoli 1962, p. 31
- Guarino R., *I finanziamenti dei soci*, in *Vita Notarile*, n. 2, 2006, p. 948 e ss.
- Guarino R., *La nuova s.r.l. – Principi fondamentali*, in *Il Notaro*, nn. 9-10- 11, 2006, p. 54 e ss.

- Ibba C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. delle soc.*, 2005, p. 4, in nota 8
- Ibba C., *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. di dir. priv.*, 1999
- Lener R. e Tucci A., *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *An. Giur. Ec.*, 2003, p. 288 e ss.
- Liguori F., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007
- Lucciardello S., voce *Servizi pubblici locali*, in *Annuario delle autonomie locali*, diretto da S. Cassese, 1991, p. 545
- Luciani F., *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 275
- Maccarone S., in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1971, I, p. 108
- Maltoni A., *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici*, Bologna, 2002, p. 231 ss.
- Mameli B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998
- Mangiameli S., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008
- Marasà G., *Le società in generale*, in *Trattato G. Iudica- P. Zatti*, Milano, p. 9 e ss.
- Marasà G., in *Rivista delle società*, 1982, p. 523
- Marasà G., *La società senza scopo di lucro*, Milano, 1984

- Marenghi E. M., *L'autonomia locale tra decentramento e federalismo*, Salerno, 2002, p. 13
- Marenghi E. M., *Sottosistema dei servizi e sistema delle autonomie locali nel quadro della riforma*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Vol. II, Milano, 1993, p. 981 ss.
- Mari A., *La Patrimonio dello Stato s.p.a.*, in *Gior. di Dir. Amm.*, 2002, p. 820 e ss.
- Mazzarelli M., *Società miste per i servizi pubblici*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1995, p. 180 e ss.
- Mele E., *"Global service": la responsabilità e i controlli dell'ente pubblico committente*, in *N. rass.*, 2001, p. 907
- Messineo F., *Studi di diritto delle società*, Milano, 1949, p. 17
- Merusi F., *Servizio pubblico*, in *Nss D.I.*, Torino, 1970, p. 220 e ss.
- Minervini G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 71
- Napolitano G., *La Patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in www.aipda.it
- Oppo G., *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. di Dir. Civ.*, II, 2002, p. 491
- Oppo G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. di Dir. Civ.*, II, 2005, p. 157 e ss.

- Orrei C., *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali tra regole di mercato e affidamenti in house*, Università di Salerno, Sezione di Diritto Pubblico, Quaderni, n. 11, 2007, p. 24
- Palumbo A., *Le società in generale e le società di persone. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2004, p. 50
- Panassidi G., *Il nuovo modello organizzativo per la gestione dei servizi sociali di competenza dei Comuni e delle Province*, in *T.a.r.*, 1992, II, p. 407 e ss.
- Pastori G., *La pubblica amministrazione e l'impresa nella normazione e nella produzione di beni e servizi*, Relazione al congresso "Il mercato unico europeo pubblico e privato nell'Europa degli anni 90", Milano, 1990
- Perfetti L. R., *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, p. 575 e ss. e p. 633
- Pintus E., *Il management dei processi d'acquisto. Le scelte di innovazione sui servizi integrati*, in *I quaderni dell'innovazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze*, Roma, 2001
- Piperata G., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, 4/2005, p. 963 e ss.
- Piperata G., *Sponsorizzazioni e appalti pubblici degli enti locali*, in *Riv.*

- trim. app.*, 2002, p. 67 e ss.
- Piperata G., *Sponsorizzazione ed interventi di restauro sui beni culturali*,
in *Aedon*, 2005, n. 1
- Pizza P., *Patrimonio dello stato s.p.a.: profili di organizzazione e
funzionamento*, in www.aedon.it, 1, 2003
- Police A., *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *I servizi Pubblici
Locali*, a cura di Stelio Mangiameli, p. 65 e ss e p. 74
- Pototschnig U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964
- Puglielli E. e Ruotolo A., *Nomina e revoca degli amministratori nelle
società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*,
Studi d'Impresa, S. n. 150-2008/I, approvato dalla Commissione Studi
d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato, il 30 Ottobre 2008
- Ragusa Maggiore G., in *Diritto Fallimentare*, 1970, I, p. 141
- Rescigno M., *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *An. Giur. Ec.*,
2003, p. 300 e ss.
- Rescigno M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra
aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 335
- Rivolta G., *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità
limitata*, in *Banca Borsa*, 2003, I, p. 696 e ss.
- Romagnoli G., *Regolamento nelle società miste per lo svolgimento di
servizi pubblici*, in *Società*, 1997, p. 93 e ss.

- Robbie K. e Wright M., *L'obbligo di affidamento attraverso procedure concorsuali di servizi: l'esperienza dei "buy-out"*, in *Prob. Amm. Pubbl.*, 1997, p. 131 e ss.
- Rordorf R., *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Le Società*, n. 4, 2005, pp. 423-430
- Rossi S., *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 1063 e ss. e 1074 e ss.
- Rosso A. G., *I servizi in economia*, Roma, 1972
- Roversi Monaco F., *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli articoli 2458 e ss. del codice civile)*, in *Riv. di Dir. Civ.*, I, 1968, p. 258 e ss.
- Salafia A., *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti*, in *Le società*, 2001, p. 773
- Salamone R e Tiraboschi M., *Enti locali, dismissioni di attività pubbliche e rapporti di lavoro*, in *Lav. nelle p.a.*, 2000, p. 1038
- Sandulli M., in *La riforma delle società, Commentario del D. Lgs. 17/1/2003 n. 6*, a cura di Sandulli – Santoro, p. 400
- Santini G., *Tramonto dello scopo di lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. di Dir. Civ.*, 1973, p. 151 e 153 e ss.
- Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1985, p. 98

- Schiavello L., *Le aziende municipalizzate, nuovi problemi*, Napoli, 1977
- Scoca F. G., *Il punto sulle c.d. Società pubbliche*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2, 2005, p.239 e ss.
- Scoca F. G., *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano, 2002, p. 110 e ss.
- Scoca F. G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, p. 32 e ss.
- Simonetto E., in *Rivista di Diritto Civile*, 1970, II, p. 151
- Spada P., *Classi e tipi di società dopo la riforma organica(guardando alla “nuova” società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni*, p. 42, nota 17
- Tessarolo C., *La disciplina delle aziende speciali*, Roma, 1998
- Toffoletto A., *Amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, pp. 209 e 215
- Troccoli A., *Le aziende municipalizzate*, Firenze, 1963
- Vandelli L., *Ordinamento delle autonomie locali, commento alla Legge 8 giugno 1990 n. 142*, Rimini, 1990, p. 127
- Zanarone G., *Diritto Commerciale*, V. Allegri e altri, Bologna, 2004, p. 316
- Zanarone G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. delle soc.*, 2005, p. 85 e ss.
- Zanarone G., *La tutela dei soci di minoranza nella nuova s.r.l.*, in *Le*

grandi opzioni, p. 348 e ss.

Zioldi A., *Il “Global service” nella disciplina degli appalti misti*, in *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Padova, 2001, p. 286 e ss.