

## LA LEGITTIMA TRASFORMAZIONE DI UNA SOCIETÀ PER AZIONI IN AZIENDA SPECIALE: ULTIMO ORIENTAMENTO DEL CONSIGLIO DI STATO\*.

di Guido Saltelli\*\*

**Sommario.** 1. La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3946 del 27 giugno 2018: breve trama della controversia ed individuazione della problematica di rilievo. 2. I servizi pubblici locali nelle intenzioni del legislatore: art. 112 e seguenti: forme di gestione con particolare riguardo all'azienda speciale. 3. La trasformazione regressiva: dal privato al pubblico; la trasformazione della S.p.a. in azienda speciale. 3.1. L'esperienza napoletana: il primo caso di trasformazione di una S.p.a. in azienda speciale. 3.2. La particolare operazione posta in essere dalla Provincia di Benevento 3.3. Compatibilità della trasformazione con le norme civilistiche 3.4. Compatibilità della trasformazione con le norme pubblicistiche 4. Considerazioni conclusive: una ipotesi particolare di *sussidiarietà orizzontale*? Servizi pubblici e beni comuni?

184

### 1. La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3946 del 27 giugno 2018: breve trama della controversia ed individuazione della problematica di rilievo.

La recente sentenza n. 3946 del 27 giugno 2018 della V Sezione del Consiglio di Stato fornisce un significativo spunto di riflessione su una serie di questioni che involgono le modalità di gestione dei servizi pubblici ed in particolare quello specifico della trasformazione (diretta) di una società per azioni in azienda speciale.

La controversia è nata dal ricorso proposto innanzi al giudice amministrativo (TAR per la Campania) dal Presidente del Consiglio di amministrazione dell'Agenzia Sannita per l'Energia e l'Ambiente (ASEA S.p.A.) per l'annullamento del provvedimento di decadenza dalla sua carica di presidente e da quella di direttore facente funzioni della stessa agenzia, emesso in data 19 luglio 2016 dal Segretario Generale della Provincia di Benevento.

In sintesi l'interessato era stato nominato dal Presidente del Consiglio di amministrazione dell'Agenzia Sannita per l'Energia e l'Ambiente (ASEA) in data 6 marzo 2013, con decreto del presidente della Provincia di Benevento, dopo essersi dimesso dalla carica di consigliere provinciale; successivamente, con la deliberazione del commissario

---

\* *Sottoposto a referaggio.*

\*\* Dottorando di ricerca in Diritti umani. Storia, teoria e prassi, Università di Napoli Federico II.

straordinario (con i poteri del Consiglio provinciale) n. 17 del 30 giugno 2014, l'ASEA S.p.A. veniva trasformata in azienda speciale (Agenzia Sannita Energia e Ambiente), trasformazione realizzata poi con atto notarile (rep. n. 43407 del 29 luglio 2014).

Indipendentemente dalle pur delicate questioni trattate dal Giudice amministrativo (che in particolare hanno riguardato la sussistenza o meno in capo al ricorrente della causa di incompatibilità di cui all'art. 7, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 39 dell'8 aprile 2013, entrato in vigore il 4 maggio 2013, per il mancato decorso di due anni dalla cessazione della carica di consigliere provinciale; l'appartenenza o meno di una simile controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>463</sup>) la decisione offre uno spaccato privilegiato sulle concrete modalità di gestione dei servizi pubblici.

## **2. I servizi pubblici locali nelle intenzioni del legislatore: art. 112 e seguenti: forme di gestione con particolare riguardo all'azienda speciale.**

La dottrina definisce il servizio pubblico come la complessa relazione che si instaura tra il soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di gestione, rendendola doverosa, ed i cittadini<sup>464</sup>.

Tale relazione ha ad oggetto le prestazioni di cui l'amministrazione, predefinendone i caratteri attraverso la individuazione del programma di servizio, garantisce, direttamente o indirettamente, l'erogazione al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento, in capo alla quale sorge una aspettativa giuridicamente rilevante<sup>465</sup>.

Il servizio è pubblico in quanto reso al pubblico e per la soddisfazione dei bisogni della collettività, e lo è inoltre per il fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso.

In primo momento, il servizio pubblico si caratterizzava secondo una concezione soggettiva: infatti era considerato tale il servizio erogato dallo Stato o da un altro ente pubblico a cui veniva imputata tale attività.

---

<sup>463</sup> Per quanto interessa la ricordata sentenza del Consiglio di Stato ha respinto l'appello della Provincia di Benevento confermato la decisione di primo grado (TAR Campania, Sez. V, n. 1836 del 2017), che aveva annullato l'impugnato provvedimento di decadenza, ritenendo sussistente nel caso di specie la giurisdizione del Giudice amministrativo ed escludendo che ricorresse la situazione di incompatibilità posta dall'amministrazione provinciale alla base del provvedimento impugnato.

<sup>464</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 631 ss.

<sup>465</sup> U. Pototsching, *I servizi pubblici*, Padova 1964, p. 138 ss.

Tale impostazione è stata ritenuta troppo restrittiva e ad essa se ne affianca un'altra di carattere oggettivo, la quale prescinde dal soggetto che eroga il servizio, ma valorizza l'aspetto funzionale del perseguimento dei pubblici interessi della collettività<sup>466</sup>.

D'altro canto la stessa Costituzione, all'art. 43, prevede l'astratta possibilità di una riserva di un servizio pubblico essenziale per fini di utilità sociale, ma allo stesso tempo ammette la possibilità della gestione di un servizio anche ad un soggetto diverso dallo Stato o da un ente pubblico.

A conferma di ciò, si deve fare riferimento all'art. 41, comma 3 della Costituzione il quale afferma che la legge può indirizzare sia l'attività pubblica, sia l'attività privata al perseguimento di fini generali e sociali, prevendo opportuni programmi e controlli.

Nel quadro generale dei servizi pubblici così come brevemente delineati occorre soffermarsi sui servizi pubblici locali.

Essi sono espressamente disciplinati dall'art. 112 del TU sugli Enti locali (d.lgs 267/200), e consistono in quei servizi a cui provvedono direttamente gli enti locali e che hanno ad oggetto la produzione di beni e di attività che mirano a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Essi sono regolati da una molteplicità di principi, che anche per l'effetto dell'influenza del diritto comunitario, possono essere così schematizzati: da un lato si rinvergono i principi che regolano la distribuzione delle competenze<sup>467</sup> – sussidiarietà, adeguatezza, leale collaborazione –; dall'altro quei principi che possono essere considerati sostanziali<sup>468</sup> – concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, universalità ed accessibilità dei servizi ed adeguati livelli di tutela<sup>469</sup>.

Tra detti principi la dialettica più rilevante è data sicuramente dalla contrapposizione tra concorrenza – mercato – liberalizzazione, la quale incide da un lato sul rapporto accessibilità ed universalità dei servizi e dall'altro sul tema dell'efficienza della gestione del servizio<sup>470</sup>.

<sup>466</sup> F. Figorilli, *I servizi pubblici*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 512 ss.

<sup>467</sup> Principi che potrebbero essere considerati di carattere statico-descrittivo.

<sup>468</sup> Principi che potrebbero essere considerati di carattere dinamico-funzionale.

<sup>469</sup> E. Scotti, *I principi informatori dei servizi pubblici locali*, in H. Bonura e M. Cassano (a cura di) *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. 4 ss.

<sup>470</sup> A. Lucarelli, *Commento all'art 43 della Costituzione*, in R.Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p 833 ss.

Le forme di gestione dei servizi pubblici sono da considerarsi tipiche, in omaggio al principio di legalità dell'azione amministrativa (ex art. 97 Cost.) nel senso che sono quelle espressamente tipizzate dal legislatore: in alcuni casi l'amministrazione li garantisce e li eroga attraverso la propria organizzazione, in altri casi vi anche affidandoli all'esterno.

In particolare, per quanto riguarda i servizi pubblici locali, l'art. 112 e seguenti del TU degli enti locali distinguono tra servizi a rilevanza economica e servizi primi di rilevanza economica.

Per quanto riguarda i servizi a rilevanza economica la loro erogazione avviene secondo le modalità individuate dalla disciplina di settore e dalla normativa Europea, con conferimento della titolarità del servizio tramite: società di capitale, società a capitale misto pubblico privato e società a capitale interamente pubblico.

A queste modalità si aggiunge l'affidamento del servizio *in house* ovvero l'affidamento diretto del servizio ad una società che appare una *longa manus* del soggetto pubblico<sup>471</sup>.

I servizi pubblici priva di rilevanza economica sono gestiti ai sensi dell'art. 113 *bis* del TUEL, invece, tramite affidamenti diretti a favore di determinati soggetti, quali Istituzioni, le Aziende speciali o le società a capitale interamente pubblico.

Il comma secondo della ricordata norma individua poi un'ulteriore modalità di gestione, ovvero la gestione in economia, consentita in casi di servizi di modeste dimensioni o per particolari caratteristiche.

Le Aziende Speciali, come stabilito dal Testo Unico per l'Ordinamento degli Enti locali, sono enti strumentali dell'ente locale, dotati di personalità giuridica, di autonomia gestionale e di proprio statuto<sup>472</sup> (Art. 114, d.lgs. n. 267/00).

La strumentalità dell'azienda speciale individua l'esistenza di un collegamento inscindibile tra l'azienda e il l'ente locale di riferimento.

Il principio di strumentalità dell'attività di gestione deve essere inteso come identificazione dello scopo sociale nella cura degli interessi della comunità locale, perseguibili attraverso

---

<sup>471</sup> Art. 16 d.lgs. 175/2016: «*Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*».

<sup>472</sup> L. Longhi, *La disciplina dei servizi pubblici locali in Italia*, in AA.VV, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, p. 151.

l'attività di gestione funzionalmente svolta dall'azienda nei settori dei servizi pubblici per i quali la stessa è stata costituita<sup>473</sup>.

L'ente locale utilizza l'azienda speciale per lo svolgimento di un servizio e, quindi, per soddisfare un'esigenza della collettività<sup>474</sup>.

In quest'ottica spetta all'Ente locale esclusivamente la fase *politica* della determinazione degli obiettivi e della vigilanza sul perseguimento e raggiungimento di questi.

La strumentalità dell'azienda speciale, e il relativo regime normativo vigente in materia, pretendono, in definitiva, un collegamento molto saldo, seppur di natura *funzionale*, tra l'attività dell'azienda e le esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'ente che l'ha costituita. I vincoli che legano l'azienda speciale al Comune sono pertanto molto stretti sia sul piano della formazione degli organi che su quella degli indirizzi, dei controlli e della vigilanza, così da farla ritenere "elemento del sistema amministrativo facente capo allo stesso Ente territoriale"<sup>475</sup>.

L'attribuzione della personalità giuridica, ai sensi del citato art. 114 del TUEL, rende l'azienda speciale un soggetto a sé stante rispetto all'Ente locale di riferimento che l'ha costituita: l'azienda speciale dunque non è un organo dell'Ente locale a legittimazione separata, come era l'azienda municipalizzata prevista dal R.D. n. 2578/1925<sup>476</sup>.

Non muta però la natura pubblica e non è un soggetto privato, ma è piuttosto un nuovo centro di imputazione di situazioni e rapporti giuridici, distinto dall'ente, con una propria autonomia decisionale.

A tale riconoscimento consegue che l'azienda debba poter effettuare autonome scelte di tipo imprenditoriale e organizzative, connesse ai fattori della produzione, secondo modelli propri dell'impresa privata, compatibilmente però con i fini sociali dell'ente titolare, per il conseguimento di un maggiore grado di efficacia, efficienza e economicità del servizio<sup>477</sup>.

Con il riconoscimento dell'autonomia gestionale il legislatore ha voluto evidenziare che l'azienda non deve essere vista come un organo di esecuzione delle determinazioni dell'Ente locale, ma come un'impresa alla quale si applica, salvo eccezioni, la disciplina del codice civile.

---

<sup>473</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Riv. Corte Conti*, n. 5/2001, p. 258.

<sup>474</sup> F. Figorilli, *I servizi pubblici*, cit., p. 512 ss.

<sup>475</sup> Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 28.

<sup>476</sup> L. Longhi, *La disciplina dei servizi pubblici locali in Italia*, cit., p. 151 ss.

<sup>477</sup> F. Caponi e R. Camporesi, *L'azienda speciale e la gestione dei servizi comunali*, Rimini, 2013, p. 5 ss.

L'azienda speciale, anche nella sua nuova configurazione, resta un soggetto pubblico, la sua azione è regolata dal diritto pubblico e si esprime con atti amministrativi autoritativi. Per l'azienda speciale, come per tutti i soggetti pubblici, anche la negoziazione privatistica è regolata da procedure di diritto pubblico, da atti amministrativi e deliberazioni, attraverso i quali si concretizza in forma procedimentale la volontà dell'ente che precede la conclusione del negozio<sup>478</sup>.

Il patrimonio delle aziende speciali è sottoposto al regime della proprietà privata e il rapporto di lavoro con i dipendenti rientra nella contrattazione collettiva di diritto privato. L'economicità della gestione, non riconducibile a un fine di lucro, pretende come per tutti gli enti economici la copertura dei costi corrispondenti alla remunerazione dei fattori della produzione impiegati. L'autonomia imprenditoriale esclude che gli Enti locali possano sostituirsi alle aziende nelle scelte di espletamento dei servizi loro affidati, fatta eccezione per i poteri di indirizzo, controllo e vigilanza riconosciuti all'ente di appartenenza, che ne approva il bilancio e tutti gli atti fondamentali.

### **3. La trasformazione regressiva: dal privato al pubblico; la trasformazione della S.p.a. in azienda speciale.**

L'art. 115 del TUEL (d.lgs. n. 267/2000) disciplina la trasformazione delle aziende speciale in società per azioni; si tratta dell'operazione che normalmente determina la privatizzazione del servizio, per l'impossibilità di una gestione efficiente da parte dell'ente pubblico.

Emerge dall'esame della norma il *favor* del legislatore per l'utilizzo dello strumento di una società per azioni per la gestione del servizio, in quanto il modello societario garantisce astrattamente una migliore cura del servizio secondo la logica imprenditoriale e del mercato in quanto accompagnato dal ritorno economico dell'imprenditore privato, nonché un risparmio di spesa per l'ente pubblico che non ha più il compito di gestire quel servizio direttamente con denaro pubblico.

La norma sembra ispirarsi altresì all'idea, propria degli interventi legislativi degli anni

---

<sup>478</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 19 settembre 2000, n. 4850 in *Foro it.*, n. 3/2001, p. 426; Sez. V, 15 maggio 2000, n. 2735, in *Riv. giur. edilizia*, n. 1/2000, p. 895.

novanta, della c.d. privatizzazione<sup>479</sup>.

In tale contesto si inseriva il legislatore, a conferma della tesi necessaria struttura societaria per la gestione dei servizi pubblici, con l'art. 35 comma 8 della l. n. 448/2001 che sembrava obbligare la trasformazione delle aziende speciali in S.p.a.

---

<sup>479</sup> Le privatizzazioni realizzano la trasformazione di soggetti da pubblici a privati, determinando la modifica della forma che passava da statale a societaria. In particolare, gli interventi legislativi più importanti sul tema sono i seguenti:

- sulla base delle disposizioni dettate in materia di trasformazione degli enti pubblici economici contenute nell'art. 1 del D.L. 5 dicembre 1991 n. 386, convertito nella legge 29 gennaio 1992 n. 35, (trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica) gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali, possono essere trasformati in società per azioni (art. 1, 1° co, d. l. 5.12.1991, n. 386); con il decreto n. 386/1991 il Governo ha stabilito, per la disciplina degli enti trasformati in società per azioni (enti di gestione delle partecipazioni statali e altri enti pubblici economici, nonché aziende autonome statali), un rinvio di disciplina alla fonte codicistica, fatta eccezione per la revisione del bilancio di esercizio;
- il decreto del 1992 n° 333 ha trasformato in SpA le aziende di Stato IRI, ENI, INA ed ENEL;
- l'Ente Ferrovie dello Stato (già ente pubblico economico istituito con la legge 17 maggio 1985 n. 210) è stato trasformato in società per azioni in forza della deliberazione C.I.P.E. del 12 agosto 1992, adottata a norma dell'art. 18 del D.L. 11 luglio 1992 n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992 n. 359;
- con deliberazioni in data 18 febbraio 1993 e 2 aprile 1993, il C.I.P.E. ha stabilito i criteri per la trasformazione in S.p.A. dell'Azienda autonoma dei monopoli di Stato ed i criteri generali di riassetto del settore delle telecomunicazioni;
- in data 30.12.1993 ha trovato conferma con delibera del Consiglio dei ministri, la dismissione totale della quota detenuta dell'Iri nel Credito Italiano e di quella detenuta dall'Eni nel Nuovo Pignone. Ulteriore delibera del Consiglio dei Ministri ha disposto la dismissione da parte dell'Eni delle società controllate Agip e Snam, previa quotazione in borsa delle stesse;
- con direttiva del 30.6.1993 il Presidente del Consiglio dei ministri Carlo Azeglio Ciampi ha proceduto alla dismissione delle partecipazioni detenute dal tesoro in Banca Commerciale Italiana, Credito italiano, Enel, Imi, STET, Ina ed Agip;
- il D.l. n. 332 del 31.5.1994, conv. in l. n. 474 del 30.7.1994, ha unificato la normativa in tema di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni;
- la legge 8.8.2002, n. 178, ha disposto, all'art. 7, la trasformazione dell'Ente nazionale per le strade ANAS in società per azioni;
- il decreto legislativo 18 novembre 1997, n. 426 ha proceduto alla trasformazione dell'ente pubblico "Centro sperimentale di cinematografia" nella fondazione "Scuola nazionale di cinema";
- il D.lgs. 29 gennaio 1998, n. 19 ha disposto la trasformazione dell'ente pubblico "La Biennale di Venezia" in persona giuridica privata denominata "Società di cultura La Biennale di Venezia", a norma dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della L. 15 marzo 1997, n. 59;
- il D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 419, art. 2 co. 1 tab. all. A, ha autorizzato la privatizzazione dell'intero sistema degli enti pubblici seguenti: Giunta centrale per gli studi storici, Deputazioni e società di storia patria, Istituto italiano di numismatica, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, Istituto italiano per la storia antica, Istituto per la storia del Risorgimento italiano, Ente per le ville vesuviane, Fondazione "Il Vittoriale degli Italiani", Ente "Casa di Oriani", Centro nazionale di studi leopardiani, Istituto di studi filosofici "Enrico Castelli", Istituto italiano per la storia della musica, Istituto italiano di studi germanici (Roma), Istituto nazionale di studi verdiani (Parma), Centro nazionale di studi manzoniani (Milano), Ente "Casa Buonarroti", (Firenze), Ente "Domus Galileana" (Pisa), Istituto "Domus mazziniana" (Pisa), Centro nazionale di studi alfieriani (Asti), Istituto nazionale di studi sul rinascimento (Firenze), Istituto nazionale per la storia del movimento di liberazione in Italia (Milano), Istituto nazionale di archeologia e storia dell'arte (Roma), Centro internazionale di studi di architettura "Andrea Palladio" (Vicenza), Istituto internazionale di studi giuridici (Roma), Centro italiano di studi sull'alto medioevo (Spoleto), Erbario tropicale di Firenze, Ente nazionale della cinofilia italiana.

Nel quadro delineato mancava logicamente una disciplina del fenomeno inverso della c.d. Ri-pubblicizzazione del servizio pubblico e cioè il fatto che l'amministrazione decida, dopo averlo dato all'esterno, di gestire nuovamente e direttamente in proprio il servizio pubblico. Il che sembra coerente con la con la logica dominante di quel periodo, in cui si riteneva che lo Stato non era più in grado di garantire una gestione efficiente dei servizi pubblici, sia per una questione economica, sia per il passaggio da un sistema di Stato *interventore* ad uno Stato *regolatore*.

In questo nuovo scenario, di erosione della sovranità statale e di naturale contrapposizione tra sovranità popolare e sovranità legislativa, occorre un modello di comunità che contribuisca ad informare una diversa dimensione del diritto pubblico, nel quale oltre agli istituti classici dei contropoteri e dei *checks and balances* (partecipazione, sussidiarietà, conflitto) il potere sovrano non deve avere la forza di fare ciò che non deve fare<sup>480</sup>.

C'è da chiedersi allora se un tale percorso all'indietro sia ammissibile e quali siano gli strumenti utilizzabili perché ciò avvenga.

### **3.1. L'esperienza napoletana: il primo caso di trasformazione di una S.p.a. in azienda speciale.**

Il primo fenomeno in tal senso è stato quello posto in essere dal Comune di Napoli.

Sulla scia dell'esito referendario del giugno del 2011 che ha abrogato l'art. 23 *bis* della legge n. 133/2009, il Comune si è attivato per attuare la volontà popolare e dare nuovamente carattere pubblicistico alla gestione del servizio idrico.

In sostanza il Comune di Napoli ha concluso un processo di ri-pubblicazione<sup>481</sup> del servizio idrico sfruttando le potenzialità espresse dai nuovi scenari soprattutto attraverso una rilevante attività interpretativa in grado di innovare il diritto positivo vigente.

Il dato di partenza che ha ispirato tale operazione è l'idea del Comune come spazio di godimento dei diritti fondamentali: esso è infatti il luogo naturale di gestione dei servizi pubblici ed è elemento fondamentale di coesione di sociale in relazione al territorio che

---

<sup>480</sup>A. Lucarelli, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa* in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna on line*, n.1/2015, pp. 1-11.

<sup>481</sup> Delibera di Giunta 11 giugno 2011 n. 740 e delibera di Consiglio Comunale 26 ottobre 2011, n. 32.

rappresenta<sup>482</sup>.

Questa osservazione permette di ricostruire il diritto acqua pubblica come un bene comune<sup>483</sup>.

Si tratta di un bene che non può essere qualificato come un mero bene pubblico, ma come un bene insuscettibile di una dimensione egoistica e singola e che quindi si configura come un bene che rispecchia interessi di carattere generale e sociale, di cui tutti devono fruirne<sup>484</sup>. Entrando nello specifico dell'operazione, il Comune di Napoli ha trasformato una società *in house* (Arin S.p.a.) in un'azienda speciale ABC (Acqua Bene Comune).

Muovendosi in un campo privo di riferimento legislativi espressi, l'attività di interpretazione ha permesso di individuare le ragioni a sostegno della tesi della legittimità di tale operazione.

In primo luogo si è evidenziato l'inesistenza di una norma nel codice civile che impediva tale operazione<sup>485</sup>.

In secondo luogo la normativa comunitaria, in particolare gli artt. 345 e 106 par. 2 TFUE, dalla quale emerge la non assolubilità della applicazione della normativa sulla concorrenza in tema di servizi pubblici, essendo dunque possibile una gestione diretta quando questa rappresenta lo strumento migliore per la cura di interessi generali<sup>486</sup>.

Ne è derivato dunque una legittimità dell'operazione posta in essere, confermata poi dall'evoluzione dottrinarie e giurisprudenziale sviluppatasi in seguito.

### 3.2. La particolare operazione posta in essere dalla Provincia di Benevento.

Nel caso preso in esame dalla sentenza del Consiglio di Stato<sup>487</sup>, è stata realizzata una trasformazione eterogenea regressiva, cioè si è passati da una società per azione ad un'azienda speciale.

L'operazione posta in essere è stata particolare.

---

<sup>482</sup> L. Longhi, *La disciplina dei servizi pubblici locali in Italia*, cit., p. 185 ss.

<sup>483</sup> Per una definizione di bene comune vedi A. Lucarelli, *Note minimo per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *costituzionalismo.it*, n. 3/2014, p. 1 ss.

<sup>484</sup> A. Lucarelli, *Ibidem*, p. 1 ss.

<sup>485</sup> Sulla legittimità della trasformazione di Arin spa in ABC vedi tra gli altri A. Pisani Massamormile, *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1-3/2008, p. 65 ss.; G. Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Rivista del Notariato*, 2003, p. 594;

<sup>486</sup> A. Lucarelli, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, Giuffrè. 2011, p. 253.

<sup>487</sup> Consiglio di Stato, 27 giugno 2018, Sez. V, n. 3946.

Infatti, invece di procedere con lo scioglimento e la liquidazione della società per azione ai sensi dell'art. 2484 e ss. c.c. e successivamente ad istituire *ex novo* l'azienda speciale mediante conferimento di capitale di dotazione, è stata realizzata una trasformazione eterogenea regressiva.

Grazie a questa particolare operazione, l'azienda speciale non è un soggetto giuridico istituito *ex novo* a seguito di una duplice vicenda estintiva – costitutiva, ma un diverso modello organizzativo del soggetto imprenditoriale che faceva e continua a fare capo all'ente pubblico territoriale per la gestione dei servizi pubblici locali<sup>488</sup>.

Come già si è evidenziato tale passaggio regressivo, non è espressamente disciplinato dal legislatore, per cui è necessario individuarne il fondamento.

### 3.3. Compatibilità della trasformazione con le norme civilistiche.

Il punto di partenza di questa analisi è dato da due pronunce della Corte dei Conti del 2013 e 2014<sup>489</sup> attraverso le quali il giudice contabile contesta la trasformabilità di una S.p.a. pubblica, gestita secondo il modello dell'*in house providing*, in azienda speciale; la ragione della contestazione si fonderebbe sulla vigenza attuale dell'art. 35, c. 8 della l. n. 448/2001 (legge finanziaria 2002).

In primo luogo va sottolineato che successivamente alla norma citata è intervenuto il legislatore con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 di riforma del diritto societario, che ha introdotto per la prima volta la particolare ed innovativa figura della trasformazione eterogenea, che incide di riflesso anche sulla azienda speciale nella parte in cui evidenzia un cambio di rotta rispetto alla precedente idea di dover privatizzare tutte le aziende speciali, essendo di fatto mutato il contesto politico-economico<sup>490</sup>.

Dal punto di vista civilistico la normativa in tema di trasformazione, prima dell'intervento legislativo del 2003, contemplava esclusivamente la trasformazione omogenea.

Questa forma di trasformazione comporta il cambiamento del tipo sociale nell'ambito dello schema causale delle società e quindi nel passaggio da uno schema sociale ad un altro

<sup>488</sup> Tra le altre, Cass. Sez. I, 14 dicembre 2006, n. 26826; nonché Cass. SS.UU., 31 ottobre 2007, n. 23019.

<sup>489</sup> Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per il Piemonte, 23 ottobre 2013 n. 365; Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

<sup>490</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, in *Foro Amministrativo* (II), n. 1/ 2014, pp. 345.

schema sociale che si caratterizza per una omogeneità causale dei soggetti interessati alla trasformazione, in riferimento alla causa del contratto di società originariamente stipulato dai soci<sup>491</sup>.

Si realizza dunque un'operazione duplice: la cessazione dell'attività della vecchia società e la creazione *ex novo* di un soggetto giuridico diverso, accumulati dalla causa del contratto stipulato a monte.

La nuova figura della trasformazione eterogenea, invece, consente il passaggio da una società ad un ente non societario, ovvero un nuovo soggetto che non è un autonomo centro di imputazione e non gode di alcuna forma di soggettività giuridica, e viceversa.

Si deve aggiungere, però, che tale trasformazione assume un significato più ampio in quanto non si limita a comprendere soltanto il mutamento da un tipo sociale ad un altro, ma riguarda anche il cambiamento del modello organizzativo dell'impresa attraverso la modificazione dell'atto costitutivo dell'ente, che può addirittura sconfinare nel mutamento dello scopo<sup>492</sup>.

La trasformazione costituisce, infatti, una vicenda evolutiva o regressiva della vita dell'ente: in particolare, con la trasformazione eterogenea si determina il passaggio da un ente societario ad un altro soggetto, senza determinare la cessazione della vecchia attività, ma continuando con una veste *diversa* la medesima attività.

A sostegno della tesi della legittimità dell'operazione della trasformazione eterogenea regressiva si aggiungono poi, da un lato la non tassatività delle fattispecie di trasformazione previste dall'art. 2500 *septies* c.c., e dall'altro la compatibilità con le disposizioni pubblicistiche, che tendono a uniformare il regime delle società *in house* e delle aziende speciale in tema di vincoli di finanza pubblica e di controllo da parte della Pubblica amministrazione di riferimento.

La Corte dei Conti<sup>493</sup> sottolinea come non sussiste alcun divieto legale per le operazioni che pongono in essere trasformazioni atipiche.

Fondamentale in questa analisi è sicuramente il principio di continuità dei rapporti giuridici, disciplinato dall'art. 2498 cc, che testualmente recita: «[...] *Ente trasformato*

---

<sup>491</sup> A. Fusaro, *Trasformazione, fusione, scissione degli enti del primo libro e degli ets*, in *Rivista del Notariato*, n. 1/2018, p. 7 ss.

<sup>492</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunce della Corte dei Conti*, cit., p. 345.

<sup>493</sup> Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

*conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'Ente che ha effettuato la trasformazione».*

Ad avviso della Corte dei Conti tale il principio, «[...] *che è in stretta correlazione con lo stesso significato dell'operazione trasformativa, assume, a seguito della riforma [del diritto societario], un significato polivalente. La continuità, infatti, solo all'apparenza può essere circoscritta con riferimento all'ente trasformato (come ancora sembra indurre la lettera dell'art. 2498 C.c.), posto che nella disciplina 'speciale' delle trasformazioni eterogenee si prevede la trasformabilità in altri diversi soggetti giuridici. Si può ritenere allora che l'elemento di continuità debba essere identificato nell'Azienda, quale complesso di beni funzionalmente orientato allo svolgimento di un'attività di impresa e che la trasformazione trovi, quindi, la sua giustificazione sistematica nell'esigenza di salvaguardare la continuità dell'organismo produttivo e di evitare la disgregazione del patrimonio aziendale. In questa prospettiva potrebbe anche ritenersi che le fattispecie previste [nell'art. 2500-septies] non siano tassative e che anzi, tenendo conto del principio di economia dei mezzi giuridici, si possano configurare fattispecie trasformative ulteriori»<sup>494</sup>.*

Ne deriva che l'operazione di trasformazione eterogenea regressiva è ammissibile anche nel caso in cui l'operazione posta in essere è unica come nel caso della sentenza oggetto di analisi.

Infatti, non si vede alcun motivo per cui due operazioni di per se lecite se considerate autonomamente (ovvero la cessazione dell'attività di una società in un'altra con liquidazione della prima e creazione della seconda) non possano essere considerato lecite se poste in essere contemporaneamente<sup>495</sup>.

Infatti, per la Sezione Autonomie della Corte dei Conti, l'operazione risulta essere legittima alla luce dell'interpretazione sistematica delle disposizioni di cui all'art. 2500 *septies* c.c. e, in particolare, del principio di continuità (art. 2498 c.c.) applicabile a tutte le ipotesi di trasformazione societaria, tenuto conto della natura degli organismi oggetto di trasformazione<sup>496</sup>.

<sup>494</sup> Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

<sup>495</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, cit., p. 345.

<sup>496</sup> G. Carraro, *Trasformazione eterogenea regressiva di società a capitale pubblico*, in *Giur. comm.*, n. 5/2015, p. 925.

Inoltre l'operazione non sembra essere avversa ai principi sanciti dall'ordinamento neanche quando la trasformazione è azienda speciale.

### 3.4. Compatibilità della trasformazione con le norme pubblicistiche.

In merito al rapporto con le norme pubblicistiche, fondamento della legittimità si deve ricercare all'interno del diritto comunitario, o in quello che è meglio definito diritto pubblico europeo dell'economia<sup>497</sup>.

Viene in gioco, infatti, una trasformazione eterogenea di una società a totale partecipazione pubblica, che gestisce la produzione e l'erogazione di servizi, in un'azienda speciale consortile di diritto pubblico.

Tale operazione sembra essere non consentita a causa della (presumibile) vigenza dell'art. 35, c. 8, l.n. 448/01, la quale imporrebbe un obbligo per gli enti locali di trasformazione delle Aziende speciali che svolgono attività nell'ambito dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica* in società di capitali.

La norma confermerebbe una preclusione alla trasformazione in aziende speciali delle società di capitali che gestiscono *[Spl]*, quali il Servizio idrico integrato<sup>498</sup>.

La Corte dei Conti, dubita della vigenza dell'art. 35, c. 8 citato, qualora si inquadri la norma contenuta nel predetto comma in un contesto logico-sistematico che abbracci, sia il lungo e tortuoso percorso legislativo che porta all'attuale disciplina dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica*, sia le disposizioni, in ultimo quelle contenute nella l. n. 147/13 (*Legge di stabilità 2014*), che assoggettano proprio le Aziende speciali ad una serie di obblighi tesi ad evitare che gli stessi Organismi possano essere utilizzati per eludere i vincoli di finanza pubblica<sup>499</sup>.

Riguardo al primo aspetto, rileva la circostanza che il ridetto comma 8 è stato emanato in un contesto in cui – in materia di svolgimento dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica* – non veniva più consentita, a differenza di quanto inizialmente previsto nell'art. 113 d.lgs. n. 267/00, né la gestione in proprio da parte dell'ente locale, né la

<sup>497</sup> A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, n. 6/2010, p. 4645 ss.

<sup>498</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, cit., p. 345.

<sup>499</sup> A. Santuari, *Sulla trasformazione di una spa in azienda speciale consortile*, in *www.personeedanno.it*, 2014.

gestione tramite Azienda speciale.

Nello specifico lo Stato italiano, nell'ambito della sfera di discrezionalità prevista dalla disciplina comunitaria, aveva sancito, con le previsioni contenute negli artt. 35, l. n. 448/01 e 14 del d.l. n. 269/03, convertito con modificazioni dalla l.n. 326/03, un principio generale che vietava all'Autorità pubblica di gestire direttamente, mediante Aziende speciali o in economia, i servizi in questione.

Da qui il corrispondente obbligo, da esercitarsi entro un termine stabilito e nelle modalità prescritte, di trasformazione delle Aziende speciali gerenti i predetti servizi.

A quanto sopra occorre aggiungere che, per lo specifico settore del *Servizio idrico*, il *Codice dell'ambiente* (d.lgs. n. 152/06) aveva previsto gli stessi modelli di gestione dell'art. 113, c. 5, TUEL – che per l'appunto escludevano l'esercizio dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica* tramite l'Azienda speciale – «[...] *stabilendo però una graduazione fra la modalità principale (la gara) e quelle alternative*».

Il divieto della gestione diretta da parte dell'Ente pubblico, in economia o tramite Azienda speciale, è stato poi rinnovato dall'art. 23-*bis* d.l. n. 112/08, convertito con modificazioni dalla l.n. 133/08, che «*ha previsto che gli Enti Locali potessero scegliere, per la gestione di tutti i 'servizi pubblici a rilevanza economica', incluso il Servizio idrico, tra due modelli di affidamento: a) a soggetti terzi individuati con gara; b) a Società miste costituite con gara c.d. 'a doppio oggetto'. L'affidamento a Società 'in house' [restava] previsto soltanto come ipotesi eccezionale (in presenza di particolari esigenze territoriali e sociali e previo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato)*»<sup>500</sup>.

L'evoluzione normativa così confermava la preclusione alla trasformazione in Aziende speciali delle Società di capitali gerenti *servizi pubblici locali*.

Senonché, a seguito del *referendum* tenutosi nel mese di giugno 2011 e a far data dal 21 luglio 2011 (giorno successivo alla pubblicazione sulla G.U. della Repubblica italiana del D.P.R. n. 113/11), l'intero art. 23-*bis* menzionato è stato abrogato. In conseguenza dell'approvazione della proposta abrogativa sono derivate due importanti conseguenze: non si è avuta alcuna reviviscenza delle norme abrogate dal ridetto art. 23-*bis*<sup>1</sup>; nell'ordinamento italiano è derivata l'applicazione immediata della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica

---

<sup>500</sup> Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

per l'affidamento della gestione di *servizi pubblici di rilevanza economica*<sup>501</sup>.

Ciò ha spinto la Sezione delle Autonomie a ritenere che «[...] è lecito dubitare della perdurante vigenza dell'art. 35, comma 8, Legge n. 448/01, dal momento che [con la cennata normativa comunitaria] è venuto meno ogni divieto assoluto alla gestione diretta, o mediante Azienda speciale, dei servizi pubblici locali. La predetta disposizione [ossia quella contenuta nel ridetto comma 8], pur non avendo formato oggetto di quesito referendario, potrebbe considerarsi implicitamente abrogata, essendo frutto della stessa concezione sottesa all'abrogato art. 23-bis, Dl. n. 112/08. Peraltro, va sottolineato il carattere transitorio della disposizione di cui all'art. 35, comma 8, Legge n. 448/01, la cui operatività è stata originariamente fissata al 31 dicembre 2002. Tale termine è stato prorogato al 30 giugno 2003 per effetto dell'art. 1, comma 7-ter, Dl. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla Legge 8 agosto 2002, n. 178. In mancanza di ulteriori proroghe, sembrerebbe confermata la tesi dell'abrogazione implicita, considerando le successive norme che, contemplando le aziende speciali, presuppongono la loro piena operatività»<sup>502</sup>.

E' intervenuta poi la Corte costituzionale che come è noto, in quell'occasione ha evidenziato che l'abrogazione della norma suddetta non avrebbe comportato una *vacatio* legislativa in quanto sarebbe risultata applicabile la normativa e i principi europei idonei a garantire la regolazione della materia ed il rispetto del principio della concorrenza<sup>503</sup>.

Peraltro, con l'art 4, d.l. n. 138/2011, convertito in l.n. 148/2011 è stata nuovamente affrontata la tematica dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica*, ed è stato reintrodotta l'abrogato art 23 bis nella sua quasi totalità il Regolamento di attuazione, contenuto nel d.P.R. n. 168/10.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 199/12 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il ricordato art. 4, d.l. n. 138/11 citato, in quanto adottato in violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare<sup>504</sup>.

Da tale articolato complesso normativo sembra emergere in definitiva l'inesistenza di ostacoli ad un'operazione di trasformazione eterogenea di una Società a totale

<sup>501</sup> A. Pierobon, *La trasformazione dalla S.p.a. pubblica all'azienda speciale del servizio idrico integrato*, in *Azienda Italia*, n. 4/2014, p. 29 ss.

<sup>502</sup> Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

<sup>503</sup> Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24, con nota di A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 247.

<sup>504</sup> A. Lucarelli, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *federalismi.it*, n. 18/2012, pp. 1-8.

partecipazione pubblica, che gestisce un *servizi pubblici locali*, in un'Azienda speciale consortile di diritto pubblico, come evidenziato dai Giudici contabili secondo cui «[...] *la tesi dell'abrogazione implicita* (del comma 8 dell'art. 35 della Legge n. 448/01) è avvalorata dalla previsione di specifiche disposizioni, da cui si evince che il Legislatore ha inteso 'conservare' l'istituto dell'Azienda speciale», tanto più che si scorge «[...] *nella 'Legge di stabilità 2014' un maggior rigore nella disciplina delle Aziende speciali e delle Istituzioni, che va oltre la tendenziale omogeneità di trattamento degli Organismi partecipati [...]* Ciò vale a dire che non ha ragione di esistere la preoccupazione del possibile impiego dell'istituto dell'Azienda speciale a scopi elusivi dei vincoli di finanza pubblica poiché, si ripete, la relativa normativa prevede misure più severe di quelle riferite alle società di capitali che gestiscono 'servizi pubblici locali'. In ogni caso, l'operazione di trasformazione dovrebbe essere corredata da un'attività di revisione economica-patrimoniale (c.d. *due diligence*) della società trasformanda, a garanzia dei terzi e dell'ente che istituisce l'Azienda speciale»<sup>505</sup>.

Dunque anche la Corte dei Conti riconosce all'ente locale il potere di ripubblicizzare la società di capitali *in house* mediante trasformazione eterogenea diretta individuandone il fondamento costituzionale immediatamente all'art. 43 Cost., norma che risolve la vicenda non già in termini di trasferimento alla mano pubblica di beni o complessi di beni (siano reti o aziende), bensì letteralmente in termini di trasferimento di *imprese*, ossia di *attività*: che è, esattamente, quanto si registra nella trasformazione eterogenea divisata dalla Corte dei Conti, la quale lascia inalterato il regime proprietario del compendio aziendale (ed, *a fortiori*, delle reti), pur conseguendo l'effetto di riattribuire all'ente locale territoriale il monopolio pubblico dell'*attività* e così del servizio in cui questa si sostanzia.

Del resto, anche con riferimento ai principi del diritto comunitario, una simile conclusione è coerente: ancora di recente, la Corte di Giustizia, ha ribadito che l'art. 345 TFUE esprime un vero e proprio principio di neutralità dei Trattati rispetto al regime proprietario dei beni (quand'anche produttivi) nei singoli Stati membri<sup>506</sup>; l'ordinamento comunitario, insomma, contrariamente a quel che si potrebbe credere, rimane da sempre indifferente tanto alla nazionalizzazione delle imprese quanto alla loro privatizzazione<sup>507</sup>.

<sup>505</sup> A. Santuari, *Sulla trasformazione di una spa in azienda speciale consortile*, cit.

<sup>506</sup> R. Mastroianni e A. Arena, *I servizi pubblici nel Gats e nel Tfu: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1/2010, p. 27.

<sup>507</sup> A. Lucarelli, *Commento all'art 43 della Costituzione*, cit., p. 833 ss.

Risulta pertanto a tutt'oggi comunitariamente legittimo, per gli Stati membri che lo vogliano, perseguire l'obiettivo di mantenere, o anche d'istituire *ex novo*, un regime di titolarità pubblica per una od altra impresa o categoria d'impresе.

Il Consiglio di Stato, quindi, sulla base delle argomentazioni, originariamente elaborate dalla Corte dei Conti, Sezione Autonomie richiamata, definisce egregiamente la vicenda della trasformazione della società *in house* in azienda speciale come un processo di «*ripubblicizzazione dell'organismo deputato alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, riconducibile ad una trasformazione eterogenea regressiva che non dà luogo ad una vicenda estintiva-costitutiva, bensì al mutamento della forma organizzativa dello stesso soggetto imprenditoriale*». In definitiva l'autorevolezza della posizione del Consiglio di Stato assume particolare rilevanza intervenendo in un contesto legislativo in cui le società partecipate sottostanno ad una disciplina organica all'interno del d.lgs. n. 175/2016 tesa a perseguire, nell'ambito di una delle direttrici della riforma introdotta dalla legge delega n. 124/2015 da cui il decreto promana, da un lato la razionalizzazione delle partecipazioni e dall'altra una loro efficienza gestionale. Risultati questi perseguiti anche attraverso un loro rigido assoggettamento basato, nel caso di controllo pubblico e quindi pure nell'*in house*, a norme speciali pubblicistiche derogatorie c.c. sempre più stringenti<sup>508</sup>.

Si deve evidenziare che rispetto al 2014, mentre vi sono state profonde innovazioni per le società a partecipazione pubblica, per le Aziende speciali di fatto la disciplina è rimasta immutata, e in mancanza di un chiarimento autorevole quale quello del Consiglio di Stato vi sarebbero stati ancora più dubbi, peraltro legittimi, sull'attualità dell'apertura manifestata dalla Corte dei conti verso tale strumento.

L'ammissibilità della trasformazione regressiva, ancorché legittima e sostanzialmente non contraria in astratto con i principi comunitari, pone una serie di problemi con l'altro principio della concorrenza, specie di derivazione comunitaria, cui devono essere improntati i servizi pubblici.

In passato, la concorrenza nei servizi pubblici si caratterizzava in modo da realizzare la contendibilità dei mercati, supponendo che il regime del monopolio fosse una caratteristica

---

<sup>508</sup> E. Rivola, *L'azienda speciale per la governance dei servizi pubblici alla luce della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Azienda Italia* n. 10/2018, p. 1276 ss.

naturale del settore<sup>509</sup>.

Successivamente la c.d. liberalizzazione ha modificato l'idea di concorrenza: la concorrenza è vista oggi come un principio che si scontra con il concetto di monopolio, e lo porta ai margini della struttura economica. Si parla infatti di concorrenza nel mercato, intesa come garanzia di partecipazione di più soggetti, in grado di competere nel mercato a secondo dei costi e dei servizi offerti.

Apparentemente ciò sembra mettere in contrasto l'operazione di trasformazione posta in essere con l'applicazione in concreto di tali principi.

Se la regola è la concorrenza, questa verrebbe messa in crisi da un intervento di un ente di diritto pubblico, come l'azienda speciale.

Bisogna però evidenziare che il tale principio può essere derogato.

Si può sostenere che nel caso in cui il pubblico servizio non sia in grado di raggiungere spontaneamente, e all'interno del libero mercato, gli obiettivi che la costituzione pone alla base di questa attività, ci si troverà di fronte ad un fallimento del mercato che potrebbe legittimare l'assunzione del servizio da parte di un'amministrazione pubblica in regime di monopolio, per concedere la gestione ai privati, in regime di concessione o prestare direttamente i corrispondenti servizi.

Ma esiste un limite invalicabile affinché possa derogarsi alla concorrenza: il perseguimento di interessi generali.

Infatti, nell'ottica di applicazione di un principio di proporzionalità, la deroga di un principio regolatore dei servizi pubblici può essere giustificato solo in presenza del perseguimento di interessi di natura superiore: insomma un principio rilevante, ma che cede il passo di fronte agli interessi della collettività.

Anche la Corte di Giustizia<sup>510</sup>, nella sentenza n. 113/2014, ha affermato che *«gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che [...] prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola*

---

<sup>509</sup> E. Scotti, *I principi informatori dei servizi pubblici locali*, in H. Bonura e M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, cit., p. 4 ss

<sup>510</sup> Corte di Giustizia, Causa C113/13 Corte di giustizia, Sez. V, 11 dicembre 2014.

*contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata».*

In sostanza, il giudice europeo valorizza, come presupposti della deroga alla concorrenza, l'efficacia delle prestazioni per i fini di interesse pubblico, l'equilibrio di bilancio e, soprattutto, la realizzazione del valore della solidarietà (sempre secondo il principio di proporzionalità delle misure legislative nazionali)<sup>511</sup>.

In questa prospettiva deve essere calato anche il problema della migliore modalità di gestione dei servizi pubblici.

Infatti, dall'analisi normativa data dell'art. 43 Cost. e degli artt. 114 e 115 TUEL, emerge un'indifferenza del legislatore per la miglior forma di gestione.

Esistono, infatti, gestioni di servizi affidate direttamente all'ente locale, o gestioni esterne dei servizi in cui un soggetto privato eserciti il servizio per conto dell'ente.

Se infatti in passato, sulla scia delle privatizzazioni si era ritenuto che il soggetto privato, nelle forme e nei modi stabiliti dalla legge, potesse garantire uno *standard* di servizi di gran lunga superiore rispetto alla gestione pubblici, anche a causa delle crescenti problematiche in tema di debito pubblico, oggi sono vari i casi in cui si sceglie la via completamente pubblica per la gestione del servizio<sup>512</sup>.

In tema di SIEG, poi, occorre richiamare l'art. 106, par. 2 TFUE, ai sensi del quale *«le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità».*

La norma riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politico-sociale ed economica, oltre che organizzativo-gestionale, di affidare il servizio al di fuori dalle regole del mercato e della concorrenza. Il limite alla regola della concorrenza, di cui all'art. 106, c. 2 TFUE, riferito alla specifica missione alla quale devono tendere i servizi di interesse economico generale, da una lettura armonica con l'art. 14

<sup>511</sup> F. Midiri, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *Federalismi.it*, n. 6/2017, p. 14 ss.

<sup>512</sup> A. Lucarelli, *Il Servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*. cit., p. 288.

TFUE e con l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, viene potenziato sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo dall'imprescindibile rispetto e perseguimento dei valori sociali dell'Unione europea<sup>513</sup>.

Si tratta di una norma che fissa la non assolutezza dell'applicazione delle regole di concorrenza in materia di SIEG e, dunque, indirettamente, la possibilità in talune ipotesi di un ricorso a modelli di gestione diretta.

#### 4. Considerazioni conclusive: una ipotesi particolare di sussidiarietà orizzontale? Servizi pubblici e beni comuni?

Nel quadro sin qui delineato si innesta quella parte di dottrina che sostiene il necessario statuto pubblico di determinati beni.

I beni comuni sono beni né escludibili, né sottraibili, in quanto, in una logica di coesione economico-sociale, sono orientati al soddisfacimento di diritti fondamentali<sup>514</sup>.

Tali teorie sono fondate sul principio della collaborazione e partecipazione della comunità di riferimento, hanno dimostrato che in molti casi i diretti utilizzatori delle risorse sono autonomamente in grado di elaborare istituzioni di gestione efficienti in grado di garantire la sostenibilità d'uso nel tempo<sup>515</sup>.

L'importanza dei servizi nonché la necessaria fruibilità di tutti i consociati di tali servizi sono tali da poterli farli rientrare nell'accezione di bene comune: ciò giustifica e rende coerente la ripubblicizzazione di tali servizi in un'ottica pienamente coerente con quanto dispone l'art 43 della costituzione.

Le istituzioni pubbliche gestiscono, attraverso il pieno coinvolgimento delle comunità, i beni comuni, in quanto tutori di interessi generali, non in quanto proprietari e sono titolari di un potere dispositivo limitato sul bene che, anche sulla base, come si è visto, di norme di ordine costituzionale e di rango primario, non consentirebbe di orientarlo al mercato, attraverso gestioni di natura privatistica.

Potrebbe al più immaginarsi, nell'ottica del principio di solidarietà che deroga alla

---

<sup>513</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunziamenti della Corte dei Conti*, cit., p. 345.

<sup>514</sup> A. Lucarelli, *Beni Comuni, contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 5 ss.

<sup>515</sup> A. Lucarelli, J. Mercier, T. Perroud e E. Bottini *Biens communs. Contribution à une théorie juridique* in di H. Dumont, M. El Berhoumi, E. Nègrier, V. Simoulin (a cura di), *Droit et Société*, n. 1/2018, p. 141 ss.

concorrenza, una gestione del servizio attraverso l'utilizzo del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>516</sup>.

Si tratta, in particolare, delle forme di partecipazione all'erogazione delle prestazioni ad opera di soggetti privati diverse da quelle nelle quali gli intendimenti *sociali* degli operatori, da soli, non sono in grado di neutralizzare le logiche di mercato in senso oggettivo, chiudendo ad altri operatori.

Il che può verificarsi nei casi in cui l'operatore privato realizza una prestazione non suscettibile di essere assorbita da logiche di mercato, perché la specificità/identità soggettiva del soggetto ad un interesse personale dell'utente o, in altri termini, ad una caratteristica essenziale per la garanzia dell'efficacia promozionale concreta della attività.

**Abstract:** Il presente articolo analizza l'ipotesi dell'introduzione del ruolo dell'avvocato in Costituzione, anche alla luce delle attuali metamorfosi del diritto e dei nuovi scenari del diritto globale.

**Abstract:** This paper analyzes the hypothesis of the introduction of the role of the lawyer in the Italian Constitution, also considering the current metamorphosis of law and the new scenarios of global law.

**Parole chiave:** Giurisdizione – avvocato – diritto globale.

**Key words:** Jurisdiction – lawyer – global law.

---

<sup>516</sup> Il principio di sussidiarietà è disciplinato dall'118 della Costituzione. La sussidiarietà verticale riguarda la distribuzione delle competenze amministrative all'autorità più vicine ai cittadini, in quanto maggiormente in grado di soddisfarne le aspettative. La sussidiarietà orizzontale riguarda invece la distribuzione di competenze tra le amministrazioni pubbliche ed i cittadini.