



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE TULLIO ASCARELLI
SEZIONE DIRITTO AMMINISTRATIVO
XXV CICLO

**Le forme di gestione senza scopo di lucro
dei servizi pubblici locali di rilevanza economica**

Relatore:
Chiar.mo Prof. Giulio Napolitano

Tesi di dottorato di:
Dott.ssa Alessandra Miraglia

INDICE

CAPITOLO PRIMO

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA E LE “PROMESSE” DI UNA GESTIONE SENZA SCOPO DI LUCRO

1. La rilevanza collettiva dei servizi e il coinvolgimento dei cittadini/utenti	4
2. La “indifferenza” del nuovo contesto normativo alle forme di gestione	8
3. La gestione pubblica e le forme senza scopo di lucro di diritto privato «allo specchio»: analogie e differenze (<i>rinvio</i>).....	15

CAPITOLO SECONDO

LA GESTIONE PUBBLICA: UNIFORMITÀ E GARANZIE NELL’EROGAZIONE

1. La gestione in economia	18
1.1. Le trasformazioni del modello dalla «legge Giolitti» al d.lgs. n. 267 del 2000.	19
1.2. Sull’ammissibilità della gestione in economia	21
2. Le aziende speciali.....	25
2.1. Il modello «azienda speciale» come sintesi di molteplici «anime»: considerazioni generali	25
2.1.1. Autonomia e strumentalità	25
2.1.2. Scopi sociali ed efficienza finanziaria.....	27
2.2. Il cammino verso la «simil-alterità»: breve <i>excursus</i> storico	31
2.3. L’applicazione del modello nell’attuale quadro normativo	36
2.3.1. Il contesto normativo europeo in relazione alla gestione diretta... ..	36
2.3.2...e quello nazionale, con particolare riferimento alle aziende speciali	39
2.3.3. La trasformazione delle società pubbliche in aziende speciali.....	45
3. L’ <i>in house</i> : una s.p.a. senza scopo di lucro?.....	48
3.1. Sull’evoluzione della disciplina.....	48
3.2. Il lucro oggettivo e soggettivo	56
3.3. Le «insidie» dello strumento societario	59
3.4. Società <i>in house</i> e azienda speciale: sintesi delle principali differenze.....	63
4. Considerazioni finali.....	66

CAPITOLO TERZO

LA GESTIONE COOPERATIVA: IL COINVOLGIMENTO DEI CITTADINI E DEGLI UTENTI

1. Brevi cenni sulla cooperazione di utenza in Europa e oltreoceano.....	69
2. Servizi pubblici, comunità di lavoratori o utenti e cooperazione: l’«intreccio» costituzionale	73
3. I tratti tipici dell’istituto in relazione ai servizi pubblici locali: considerazioni generali	77
3.1. Scopo mutualistico, funzione sociale e caratteristiche gestionali	78

3.2. Assenza di fini di speculazione privata, ripartizione degli utili o avanzi di gestione	84
4. La gestione dei servizi pubblici locali da parte di società cooperative	88
4.1. La versatilità del modello	89
4.2. Il caso dell' autoproduzione.....	93
4.3. La <i>species</i> delle cooperative sociali e il possibile «precedente»	94
5. Considerazioni finali.....	98

CAPITOLO QUARTO

LA GESTIONE TRAMITE FONDAZIONI: IL PATRIMONIO VINCOLATO AD UNO SCOPO

1. Il contenuto precettivo minimo: brevi cenni per un inquadramento generale	104
1.1. I caratteri strutturali	105
1.2. Lo scopo.....	109
2. Le fondazioni ed i servizi pubblici locali: il complesso binomio	112
2.1. Le fondazioni di diritto comune.....	114
2.2. Le varianti statutarie delle fondazioni di «partecipazione»	119
2.3. Le fondazioni di origine pubblica e di diritto speciale.....	128
2.4. Il caso dei servizi culturali e del tempo libero (<i>cenni</i>).....	133
3. Considerazioni finali.....	137

CAPITOLO QUINTO

CONCLUSIONI

1. Sulla discrezionalità degli enti affidanti	142
2. Il potenziale molteplice ruolo delle forme di gestione senza scopo di lucro	145

<i>Bibliografia</i>	153
---------------------------	-----

CAPITOLO PRIMO

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA E LE “PROMESSE” DI UNA GESTIONE SENZA SCOPO DI LUCRO

SOMMARIO: 1. La rilevanza collettiva dei servizi e il coinvolgimento dei cittadini/utenti. – 2. La “indifferenza” del nuovo contesto normativo alle forme di gestione. – 3. La gestione pubblica e le forme senza scopo di lucro di diritto privato «allo specchio»: analogie e differenze (*rinvio*).

1. La rilevanza collettiva dei servizi e il coinvolgimento dei cittadini/utenti

La consultazione referendaria del giugno 2011, che ha condotto all’abrogazione della disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nell’art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008 e di alcune disposizioni normative riguardanti, nello specifico, il settore idrico¹, ha riportato al centro del dibattito pubblico e giuridico due questioni: la dimensione sociale e non solo economica dei servizi e la richiesta di partecipazione, declinata in varie forme, da parte dei cittadini/utenti.

Il tema della rilevanza sociale dei servizi pubblici locali, spesso sollevato attraverso l’evocativa formula dei c.d. «beni comuni», – senza voler qui esprimere giudizi di valore – è stato ribadito e in un certo senso «fatto proprio» dai

¹ Per un approfondimento della disciplina di cui all’art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e s.m.i., si rinvia a R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in «Urbanistica e appalti», 2008, n. 10, pp. 1109 ss.; F. Merusi, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in «Nuove autonomie», 2009, n. 2/3, pp. 307 ss.; M. Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in «Rivista trimestrale degli appalti», 2010, n. 1, pp. 41 ss.; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 240 ss.; A. Lucarelli, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in «Analisi giuridica dell’economia», 2010, n.1, pp. 127 ss.; M. Giovanelli, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica tra universalismo, efficienza e mercato*, in «Iustitia», 2010, n. 2, pp. 135 ss.; D. Agus, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2010, n. 5, pp. 464 ss.; C. De Vincenti, A. Vigneri, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Rimini, Maggioli, 2011. Per un’analisi, invece, degli effetti del referendum abrogativo sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, si rinvia a I. Rizzo, *Brevi considerazioni a seguito dell’abrogazione dell’art. 23-bis l. 133/2008*, in «Urbanistica e appalti», 2011, n. 8, pp. 899 ss.; L. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell’autonomia locale*, in «Urbanistica e appalti», 2011, n. 8, pp. 906 ss.; T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall’“instabilità” nazionale alla “deriva” europea*, in «Munus», 2012, n. 2, pp. 417 ss.

promotori del referendum², anche se, in realtà, non è mai stato messo in discussione dagli interventi normativi in materia, che si sono succeduti dal 1903³ in poi. Tuttavia, il fatto che, in occasione della campagna referendaria, si sia sentita l'esigenza di ribadire la questione, è indicativo di una istanza di garanzie e tutele, nell'erogazione di tali servizi, maggiori rispetto a quelle già previste nell'ordinamento vigente, in caso di gestione da parte di soggetti privati, dal quadro regolatorio e dal contratto di servizio.

Mentre per alcuni, tale richiesta sembra, tuttavia, coincidere con la volontà di rendere più «agevole» il ricorso alla gestione pubblica⁴, per altri, sembra porre in rilievo l'opportunità di modelli gestori alternativi alle imprese che perseguono il fine di lucro⁵. In relazione al primo punto, rileva, da una parte, la maggior tutela e uniformità nell'erogazione che solitamente si associa alla gestione pubblica; dall'altra, invece, la propensione, da parte degli enti locali, a mantenere in auge i tradizionali modelli di intervento pubblico diretto; quest'ultima resa possibile dal fatto che, nel settore dei servizi pubblici locali, la regolazione assolve ancora una «funzione ancillare»⁶. In relazione al secondo punto, invece, si evidenzia, da un lato, il pregiudizio di una parte dell'opinione pubblica secondo cui, ai soggetti *for profit*, sono ascrivibili comportamenti tendenzialmente egoistici, che, in quanto basati essenzialmente su considerazioni di natura economica, potrebbero andare a discapito della qualità del servizio. Dall'altro, la capacità di coniugare

² Cfr. A. Azzariti, G. Ferrara, A. Lucarelli, U. Mattei, L. Nivarra, S. Rodotà, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, 5 febbraio 2010, in www.acquabenecomune.org.

³ Cfr. la legge sulla municipalizzazione 29 marzo 1903, n. 103.

⁴ Cfr. l'analisi di G. Caia, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in «Foro amministrativo/TAR», 2012, n. 2, pp. 666-667. Si ricorda che nel quadro regolatorio definito dall'abrogato art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito dalla legge n. 133 del 2008, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite o a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica; in deroga alle suddette modalità di affidamento, per situazioni eccezionali 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 a 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*.

⁵ Cfr. C. Iaione, *L'alba del giorno dopo nei servizi pubblici locali*, in «Labsus», giugno 2011.

⁶ Sull'assenza di un adeguato assetto regolatorio nei servizi pubblici locali, v. G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 82-84.

economicità e obiettivi di utilità sociale che viene riconosciuta, invece, alle forme gestorie che non perseguono la logica del profitto. Quest'ultime, infatti, – la cui presenza si registra, finora, soprattutto nel settore socio-sanitario – non solo costituiscono un'alternativa rispetto allo Stato e al mercato, ma rappresentano anche una possibile risposta ai loro fallimenti⁷.

La seconda questione, ossia la richiesta di partecipazione proveniente da parte dei cittadini/utenti, è strettamente riconducibile alla prima, e rinvia ai principi di cooperazione e coproduzione contenuti, rispettivamente, negli artt. 45 e 43 C. e, più in generale, al principio di sussidiarietà orizzontale, inteso come pietra miliare di un «diritto fondato su un nuovo paradigma pluralista e paritario» tra amministrazione e cittadini⁸. Il coinvolgimento, a vario titolo, degli utenti nella produzione di servizi pubblici potrebbe produrre delle conseguenze positive in termini di creazione di valore aggiunto, di efficienza produttiva e innalzamento del livello di qualità⁹. Tale partecipazione, si può realizzare in diversi modi, da forme di rappresentanza in seno agli organi di governo delle imprese, alla proprietà di infrastrutture, fino alla costituzione di vere e proprie comunità di cittadini autorganizzati. Essa finora è stata sperimentata soprattutto nei servizi alla persona o in attività di supporto al governo del territorio¹⁰. Simili soluzioni possono essere riproposte, con i dovuti distinguo, anche nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

⁷ M. Musella, *Organizzazioni non profit tra fallimento dello Stato e del mercato*, in «1989: rivista di diritto pubblico e scienze sociali», 2001, n. 1, pp. 66 ss.

⁸ G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, Relazione al convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma 7-8 febbraio 2003, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, p. 189, e in www.astrid.eu, in quest'ultima edizione a p. 14.

⁹ Cfr. H. Hansmann, *La proprietà dell'impresa*, ed. it. a cura di A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 189 ss.

¹⁰ Gli studi in materia di *co-governance*, *co-management* e *co-production*, sono innumerevoli. Per citarne alcuni, AA.VV., *Consumers as Coproducers of Public Services: Some Economic and Institutional Considerations*, in «Policy Studies Journal», Vol. 9, Issue 7, 1981, pp. 1001-1011; E. Ostrom, *Unlocking Public Entrepreneurship and Public Economies*, EGDI and UNU-WIDER, Discussion Paper No. 2005/01, January 2005; Governance International, *If you want to go fast, walk alone. If you want to go far, walk together: citizens and the co-production of public services*, report for the Ministry of Budget, Public Finance and Public Services, Paris, 2008, in www.govint.org; A. Barker, *Co-Production of Local Public Services*, LARCI commissioned report, January 2010, in www.larci.org.uk.

Per queste ragioni, con il presente studio, da una parte, si intende indagare la gestione pubblica – sia diretta (gestione in economia e azienda speciale) che quasi-diretta (*in house*) –, presunta «custode per eccellenza» dell’interesse generale, pur con tutte le problematiche giuridiche, gestionali e finanziarie che essa presenta; dall’altra, due particolari forme organizzative di diritto privato, le cooperative e le fondazioni, che possono rappresentare possibili espressioni del principio di sussidiarietà¹¹.

Tutti i modelli di gestione sopra elencati, che “promettono” in modo differente e attraverso strumenti diversi di soddisfare particolari bisogni della collettività, hanno un comune denominatore, che, apparentemente, sembra porsi in dissonanza con il settore dei servizi pubblici locali caratterizzati da rilevanza economica: l’assenza del fine di lucro soggettivo. Ed è proprio questo il filo conduttore che lega formule gestorie così diverse e non interscambiabili.

Si ricorda che il lucro soggettivo, espressione con cui si designa il momento finale della divisione degli utili, rappresenta un profilo ulteriore e diverso rispetto all’attività economica¹² e alla produzione stessa di utili (lucro oggettivo). Ne deriva che i soggetti che non perseguono lo scopo di lucro, possono produrre degli utili, ma non distribuirli. Il divieto si estende, infatti, solo all’appropriazione individuale.

Data l’assenza di una definizione univoca di *no profit organizations*, rappresentando quest’ultime, nel nostro ordinamento, una categoria «dogmatica», convenzionale e non normativa¹³, si assume qui la nozione estensiva – che abbraccia sia figure privatistiche che di diritto pubblico – secondo cui sono tali le organizzazioni che, senza finalità di lucro soggettivo, perseguono un interesse socialmente rilevante¹⁴.

¹¹ Si ricorda che, in generale, non esistono soggetti «sussidiari» per definizione, cfr. G. Arena, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 130 ss.

¹² V. art. 2247 c.c.

¹³ P. Schlesinger, *Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organizations*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova, Cedam, 1994, pp. 271 ss.

¹⁴ G. Rossi, *Le non profit organizations nel diritto pubblico italiano*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti "non profit" in Italia*, cit., p. 223. Per una concezione restrittiva della categoria, che escluda i soggetti pubblici e che assuma come tratto distintivo il solo divieto di distribuzione degli utili, cfr. P. Schlesinger, *Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organizations*, cit., pp. 275, 280.

Lo scopo *no profit* così inteso, quindi, assume un significato diverso in relazione all'ente pubblico e al soggetto privato. Per il primo costituisce una logica conseguenza della preminente finalità di interesse pubblico perseguita e comporta un obbligo di reinvestimento degli utili nella gestione del servizio. Nel secondo, invece, presume il conseguimento di uno scopo diverso dalla diretta remunerazione del capitale. Tale scopo potrebbe consistere nella produzione, in generale, di effettivi positivi per la comunità locale di appartenenza, ad esempio, in termini occupazionali, di valorizzazione delle risorse o di accrescimento del benessere complessivo, oppure in un ritorno di immagine da parte dei soggetti a vario titolo coinvolti nell'attività. Ma potrebbe, come, per esempio, nel caso di alcune società cooperative, consistere anche nell'erogazione di beni e servizi al costo o sottocosto.

Si precisa che, nella presente ricerca, non si ha la pretesa di esaurire l'analisi complessiva dei suddetti modelli di gestione, essendo ben consapevoli del fatto che ciascuno di essi meriterebbe un lavoro esclusivamente dedicato.

Si evidenzia, infine, che non si terrà conto, se non in via indiretta, di altre due formule gestorie che avrebbero potuto essere prese in considerazione, seppur per diverse ragioni: le associazioni e le società miste pubblico-privato. Le prime, pur essendo caratterizzate dall'assenza dello scopo di lucro, non sono state indagate poiché poco diffuse, sebbene nulla impedisca un loro possibile impiego nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Le seconde, di cui, invece, si registra un ampio ricorso nel settore, non sono state analizzate in quanto, prevalentemente, società per azioni con scopo di lucro.

2. La "indifferenza" del nuovo contesto normativo alle forme di gestione

La disciplina generale relativa ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, dopo più di un decennio, caratterizzato dal susseguirsi di numerosi interventi normativi¹⁵, sembra aver raggiunto una sorta di equilibrio.

¹⁵ Si ricorda, in breve, che la disciplina generale sugli affidamenti di servizi pubblici locali, contenuta nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (Tuel), è stata prima modificata dall'art. 35 della l. n. 448 del 2001 (Legge Finanziaria 2002) e, in seguito, dall'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003 (c.d. «decreto Buttiglione»), come convertito dalla l. n. 326 del 2003. Con l'art. 23-bis del d.l. n. 112

Il quadro normativo vigente, infatti, rappresenta una sintesi di esigenze di matrice diversa. Da una parte, soddisfa la necessità di intervenire per garantire la certezza delle regole, in particolare, per quanto attiene agli affidamenti già in essere. A seguito, infatti, della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina contenuta nell'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138¹⁶, per sostanziale riproposizione, fatta eccezione per il settore idrico, della precedente normativa abrogata¹⁷, si era ripresentata, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, la stessa situazione, «non di vuoto normativo» – dal momento che, in quei settori in cui sono assenti normative specifiche, si opera un rinvio alla disciplina e alla giurisprudenza comunitaria¹⁸ – ma di non certezza giuridica, che si era determinata a seguito della consultazione popolare¹⁹. Dall'altra, invece, risponde all'esigenza di salvaguardare la volontà referendaria espressa nel giugno 2011. Per non incorrere nuovamente in pronunce avverse da parte del Giudice delle leggi, ma, al contempo, per non vanificare il tentativo di costruire un

del 2008 (c.d. «decreto Fitto»), convertito dalla l. n. 133 del 2008), venne introdotta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che prevaleva, per le parti con essa incompatibili, sulle relative discipline di settore. Successivamente integrata dall'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009 (c.d. «decreto Ronchi»), convertito dalla l. n. 166 del 2009, e dal regolamento attuativo di cui al D.P.R. n. 168 del 2010, venne poi abrogata dal D.P.R. n. 133 del 2011, in esito al referendum del 12 e 13 giugno 2011. Venne, quindi, adottato l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (c.d. «decreto di Ferragosto»), convertito dalla l. n. 148 del 2011, successivamente integrato dall'art. 9 della l. n. 183 del 2011 (Legge di stabilità 2012), dall'art. 25 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 («Decreto Cresci Italia») e dall'art. 53 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 («Decreto crescita») e poi dichiarato illegittimo dalla sentenza della Corte costituzionale sentenza 20 luglio 2012, n. 199.

¹⁶ Come convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e s.m.i.

¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 199 del 2012. Per un commento cfr. M. Della Morte, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 26 settembre 2012; J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2013, n. 2, pp. 155 ss. Per un commento, invece, sulla disciplina contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, come convertito dalla legge n. 148 del 2011, si rinvia a C. Volpe, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in «Forum amministrativo: Consiglio di Stato», 2011, n. 11, pp. 354 ss.; A. Lucarelli, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in «Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», 2011, n. 3; G. Piperata, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2012, n. 1, in particolare pp. 24-26. Per un'analisi, invece, delle novelle apportate alla suddetta disciplina dall'art. 25 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27, cfr. C. Vivani, *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: si definisce il quadro della riforma del governo Monti*, in «Urbanistica e appalti», 2012, n. 5, pp. 501 ss.

¹⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 26 gennaio 2011, n. 24.

¹⁹ Cfr. B. Spadoni, *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011*, in «Astrid Rassegna», 2012, n. 17.

mercato concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica²⁰, faticosamente intrapreso dal 2001 in poi²¹ e solo in parte realizzato a causa della «guerra del diritto contro l'economia»²², il legislatore è nuovamente intervenuto in materia, con una disciplina che, tuttavia, risulta “indifferente” alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'art. 34, c. 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, come convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, infatti, non contiene alcuno specifico riferimento ad esse. Prevede unicamente che «al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione [...] che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta».

²⁰ Si allude qui alle disposizioni contenute nell'art. 34 del d.l. n. 179 del 2012, come convertito dalla l. n. 221 del 2012, relative agli obblighi di trasparenza (comma 20); alla fissazione, ove non prevista, della data di scadenza per gli affidamenti diretti, anche di società a partecipazione pubblica già quotate (commi 21 e 22); alle procedure per il conferimento dei servizi pubblici locali a rete, da effettuarsi unicamente tramite ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei (comma 23). Si segnala, in senso critico, invece, l'assenza, nella nuova disciplina, di qualsiasi riferimento al divieto di partecipazione alle gare per le imprese già titolari di affidamenti diretti. La mancanza di una tale indicazione specifica, infatti, ha ricadute considerevoli sulla tutela della concorrenza, perché conferisce, indirettamente, a suddette imprese un indubitabile vantaggio competitivo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6399).

²¹ Sulle difficoltà di apertura alla concorrenza nei servizi pubblici locali, v. F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 76-80; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., pp. 77 ss.; L. Ammannati, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in C. De Vincenti, A. Vigneri, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Quaderni di Astrid, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 374 ss.; G. Napolitano, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in «Economia dei servizi», 2010, n. 3, pp. 437 ss.; F. Tomassi, *I servizi pubblici locali*, in L. Pennacchi (a cura di), *Pubblico, privato, comune. Lezioni dalla crisi globale*, Roma, Ediesse, 2010, pp. 550 ss.; M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp.127 ss.

²² Per una ricostruzione del tentativo di realizzare, nei servizi pubblici locali di rilevanza economica, una concorrenza per il mercato, si rinvia a F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 104 ss.; G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in «Munus», 2011, n. 1, p. 33; C. Volpe, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 17 ottobre 2011.

L'effetto più evidente della nuova disciplina generale²³ – in linea, tra l'altro, con la volontà espressa nel referendum del 2011 – è il «riespandersi» delle competenze regionali e della discrezionalità degli enti locali²⁴. Il precedente assetto, infatti, al fine di incentivare l'apertura dei mercati, dapprima, ha consentito il ricorso all'*in house providing* come eccezione rispetto alla regola della gara o all'affidamento diretto a società miste²⁵. Poi, lo ha reso ancora più remoto. Esso, infatti, non solo venne limitato alle ipotesi in cui (nell'ordine) né la libera iniziativa economica né il regime di esclusiva risultassero idonei, operando, tra l'altro, un sovvertimento della tradizionale gerarchia tra concorrenza *per* il mercato e concorrenza *nel* mercato²⁶. Ma venne ancorato, inoltre, ad una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale determinava automaticamente l'esclusione del ricorso all'*in house*²⁷.

Nella vigente disciplina, non essendo previsti, infatti, ai fini dell'elaborazione della relazione, «gravosi oneri» – se non l'indicazione delle

²³ Si ricorda che tale disciplina non si applica al servizio di distribuzione di gas naturale, al servizio di distribuzione di energia elettrica, nonché alla gestione delle farmacie comunali (cfr. art. 34, c. 25, del d.l. n. 179 del 2012, come convertito dalla l. n. 221 del 2012). Si ricorda, inoltre, che la disciplina in esame (c. 26), al fine di aumentare la concorrenza nell'ambito delle procedure di affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva, ha previsto anche per tale settore l'applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti (in particolare art. 30 e, qualora ne ricorrano le condizioni, art. 125).

²⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 199 del 2012. Si precisa che la disciplina relativa alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali rientra nella materia «tutela della concorrenza» di competenza esclusiva statale (Corte costituzionale, sentenze 27 luglio 2004, n. 272 e 17 novembre 2010, n. 325; Consiglio di Stato, Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3216), e tale ripartizione non viene comunque intaccata. La riespansione della potestà legislativa regionale, quindi, sta ad indicare che, venuta meno la norma statale nell'ambito di una complessiva materia di competenza residuale regionale, ciascuna Regione potrebbe adottare, fermi restando il rispetto dei livelli minimi di concorrenza prescritti dall'ordinamento comunitario e il divieto di ripristino di una normativa abrogata, una «propria» disciplina, ma questa avrebbe, comunque, un carattere recessivo, in caso di un nuovo intervento normativo statale, e non potrebbe, in ogni caso, alterare l'uniformità di regolazione che deve essere garantita sull'intero territorio nazionale. Per un approfondimento della questione, si rinvia a J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum*, cit., pp. 164-166.

²⁵ Art. 23-bis, c. 3, l. n. 133 del 2008: «In deroga alle modalità di affidamento ordinario [...], per situazioni eccezionali 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 [...]».

²⁶ Per un approfondimento della questione si rinvia a C. Vivani, R. Secondo, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, in «Urbanistica e appalti», 2012, n. 1, pp. 39 ss. Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. consultiva per gli atti normativi, parere n. 2805 del 2012.

²⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 199 del 2012, in riferimento all'art. 4, commi 1 e 13, del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011 e s.m.i.

ragioni della scelta, degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, le eventuali compensazioni economiche e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto europeo –, o specifici ed obbligati percorsi di valutazione finalizzati all'individuazione della forma gestoria più idonea, e, venuto meno, tra l'altro, anche il parere preventivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato²⁸, gli «spazi di manovra» degli enti affidanti sembrano essersi ampliati.

È nuovamente rimessa, quindi, all'ente di riferimento – in virtù di una «ritrovata» maggiore autonomia di indirizzo politico amministrativo – la scelta della formula organizzativa, nel rispetto dei principi comunitari. Quest'ultima, dovendo basarsi «sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali», «è sindacabile se appaia priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale»²⁹.

L'attuale quadro normativo, tuttavia, pone non poche questioni giuridiche, ma sembra anche, sulla scia di una «riconquistata socialità»³⁰ sancita dal referendum, aprire, seppur in diverso modo, sia a soluzioni «antiche», ma sempre attuali, sia a modelli di gestione «alternativi», entrambi riconducibili, tra l'altro, al *fil rouge* del presente lavoro, l'assenza dello scopo di lucro, inteso in senso soggettivo.

Il nuovo assetto, oltre ad aver rimosso i limiti più stringenti, rispetto alla disciplina comunitaria, precedentemente previsti per il ricorso all'*in house providing*, getta anche le basi per una sorta di «ritorno», ove sussistano le condizioni, per la gestione diretta in economia e tramite aziende speciali? E quali sono le opportunità che il contesto normativo offre, nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per i soggetti privati che non perseguono lo scopo di lucro?

²⁸ Resta impregiudicato, in ogni caso, ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di impugnare i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica adottati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

²⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 11 febbraio 2013, n. 762, punto 9.3.

³⁰ Cfr. F. Caffè, *Per una riconquistata socialità*, Relazione alla terza Conferenza economica nazionale CISPEL, *I servizi pubblici locali nella società e nell'economia*, Firenze, 24-26 novembre 1986, di cui sono pubblicati degli stralci in www.dirittodeiservizipubblici.it, nei quali si analizza, tra l'altro, il ruolo delle società municipalizzate nei confronti del concetto stesso di democrazia.

Il primo quesito non è di immediata soluzione, e per la sua trattazione si rinvia al capitolo ad esso dedicato. Si anticipa solo che il ricorso alla gestione pubblica diretta – la cui ammissibilità non è del tutto pacifica – e alla gestione quasi-diretta (*in house*), al di là di qualsiasi considerazione dal punto di vista giuridico, incontra limiti soprattutto di natura economico-finanziaria³¹. Il patto di stabilità interno, nonché le disposizioni previste dal decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95³², noto come «*spending review*», impongono misure di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica che influiscono sulla capacità di investimento nei servizi e nelle infrastrutture³³.

In relazione al secondo quesito, invece, la risposta sembra apparentemente più semplice dal punto di vista giuridico, ma non è detto che ad essa corrisponda un'altrettanto agevole attuazione.

Come noto, il principio di tipicità dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali, seppure, ad oggi, tendenzialmente superato³⁴ o, comunque, inteso nella sua accezione fortemente «mitigata» dalla coesistenza con i principi di concorrenza e sussidiarietà, prevede che, una volta assunta un'attività come servizio pubblico locale, questa possa essere organizzata, a seconda delle circostanze, in uno dei modi previsti dal legislatore³⁵. Esclusi, quindi, il caso dell'autoproduzione e le ipotesi in cui un settore sia effettivamente caratterizzato dalla concorrenza nel mercato, l'ente affidante si trova sostanzialmente a scegliere tra tre alternative, di cui solo le ultime due si possono intendere ancora come modelli propriamente «tipici»: l'affidamento del servizio a terzi, a seguito di gara; l'affidamento diretto

³¹ Sul punto cfr. F. Bassanini, *La riforma dei servizi pubblici locali dopo la crisi*, in «Astrid Rassegna», 2011, n. 19, pp. 4 ss.

³² Come convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

³³ Per un'analisi, articolata per settori, delle problematiche relative alla scarsa dotazione infrastrutturale e al finanziamento, si rinvia a C. De Vincenti (a cura di), *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, Rimini, Maggioli, 2012.

³⁴ Cfr. M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, III, Milano, Giuffrè, 2003, 2^a ed., p. 2602; G. Piperata, *Tipologie "chiuse" e forme aperte nella gestione dei servizi pubblici locali*, in «Rivista trimestrale degli appalti», 2003, n. 4, pp. 859 ss.

³⁵ Per un approfondimento si rinvia a G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, in particolare, pp. 105-124, 164, 213-220, 355-381 e bibliografia *ivi* citata. Per un'opinione contraria alla tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, cfr. G. Rossi, *I servizi pubblici locali (tipologia delle formule organizzative e analisi delle problematiche)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998, pp. 500-504. Sul principio di tipicità cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 10 marzo 1997, n. 243.

a società mista, il cui socio privato sia scelto previo confronto competitivo³⁶; la gestione pubblica diretta o quasi-diretta. Si rende necessaria, a questo punto, una precisazione. Come affermato precedentemente, la disciplina contenuta nell'art. 34, c. 20, del decreto-legge n. 179 del 2012, come convertito dalla legge n. 221 del 2012, non menziona in alcun modo le modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, probabilmente per non dover fissare, tra esse, un ordine gerarchico che non fosse in qualche modo già desumibile dall'esplicito richiamo al rispetto della disciplina europea e ai principi di parità, economicità e trasparenza. Tali modalità di gestione, tuttavia, in base al principio di legalità, si «ricavano» proprio dalle stesse norme e dai principi dell'ordinamento europeo e nazionale. Il principio di tipicità, d'altronde, trova «la principale giustificazione nella sua valenza di garanzia rispetto alla realizzazione degli interessi pubblici sottesi all'attività in questione»³⁷.

Tralasciando, in questa sede, la trattazione «diretta» del caso della società mista, e rinviando – come già segnalato – quella della gestione pubblica al successivo capitolo, occorre, invece, accennare all'ipotesi dell'affidamento a terzi, previa gara. Come noto, per l'ordinamento europeo, la forma giuridica dell'impresa è indifferente³⁸. Anche l'abrogato art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, prevedendo, in via ordinaria, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a favore di *imprenditori* o di società *in qualunque forma costituite*, faceva proprio tale principio di indifferenza, aprendo, così, la strada anche a forme

³⁶ Si ricorda che l'affidamento a società miste, a determinate condizioni, è stato posto sullo stesso piano della gara per l'esternalizzazione del servizio. Cfr. Corte di Giustizia, 15 ottobre 2009, causa C-196/08. Cfr. anche, Consiglio di Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214; Adunanza plenaria, 3 marzo 2008, n. 1, con nota di G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2008, n. 11, p. 1126; S. Colombari, *Le società a partecipazione pubblica e la loro appartenenza a modelli e regimi giuridici diversificati. Nota critica a Consiglio di Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080*, in www.ildirittodeiservizipubblici.it, 16 settembre 2008; U. Patroni Griffi, I. Rizzo, *Note a margine del nuovo assetto regolamentare dei servizi pubblici locali e strumentali*, in «Diritto e processo amministrativo», 2010, n. 2, p. 493.

³⁷ G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., p. 113.

³⁸ Cfr. art. 345 del Tfu; Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, causa C-222/04 e 1° luglio 2008, causa C-49/07. In dottrina, cfr. A. Massari, *L'indifferenza della forma giuridica del prestatore nella recente giurisprudenza comunitaria...e la certezza del diritto degli appalti*, in «Urbanistica e appalti», 2008, n. 5, pp. 2 ss.

imprenditoriali *no profit*³⁹. Dal momento che non ci sono, nel quadro normativo attuale, elementi tali da non far presumere la piena valenza del suddetto principio, si deduce che nulla impedisce, a forme giuridiche private che non perseguono lo scopo di lucro, tradizionalmente presenti nel settore socio-sanitario, di gestire in modo efficiente anche servizi di rilevanza economica.

Tuttavia, come si avrà modo di approfondire, i modelli privatistici di gestione senza scopo di lucro presi in esame nel presente lavoro, le cooperative e le fondazioni, non sempre costituiscono delle soluzioni ottimali di gestione. Le peculiarità dei suddetti istituti e, al tempo stesso, la capacità riconosciuta ad essi, in forza dell'autonomia statutaria, di discostarsi dal modello «base» delineato dal codice civile, uniti al contesto territoriale di riferimento e alle caratteristiche del singolo servizio e del relativo settore, impongono, inevitabilmente, una valutazione caso per caso in merito alla loro opportunità.

3. La gestione pubblica e le forme senza scopo di lucro di diritto privato «allo specchio»: analogie e differenze (rinvio)

Prima di analizzare, nello specifico, i tratti giuridicamente caratterizzanti i vantaggi ed i limiti connessi alle singole forme – pubbliche e private – di gestione senza scopo di lucro nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, appare utile individuare, in maniera schematica, le poche analogie e le molteplici differenze tra i rispettivi modelli, anche mediante un rapido confronto con le soluzioni che rispondono alla logica del profitto.

Si evidenzia che, mentre le analogie si possono cogliere, soprattutto, da un punto di vista «meta-giuridico», in quanto attinenti le finalità perseguite, le differenze, invece, costituiscono proprio il riflesso del diverso assetto giuridico, gestionale ed economico, che caratterizza i diversi modelli presi in esame dal presente studio.

Le forme di gestione senza scopo di lucro di diritto pubblico e di diritto privato, pur nella loro diversità, presentano alcuni caratteri simili, che

³⁹ Cfr. A. Santuari, *Nella riforma c'è spazio per organizzazioni no profit e imprese sociali*, 22 luglio 2008, in www.ilsussidiario.net.

corrispondono, tra l'altro, ai loro principali punti di forza nel confronto con le imprese *for profit*. Essendo ispirata, la propria attività, da motivazioni diverse da quelle attinenti la remunerazione del capitale, entrambe perseguono, come *mission*, seppure con intensità ontologicamente diversa, uno scopo di utilità sociale. Ciò, tra l'altro, spesso ha consentito, in particolare ai soggetti privati *no profit*, di operare in quei settori in cui assume una notevole importanza anche la scelta ideologica che presiede alla modalità produttiva⁴⁰. Ferma restando una corretta gestione economico-finanziaria, che dovrebbe essere assicurata a prescindere dalla forma giuridica pubblica o privata, il fatto di operare al di fuori della logica del profitto, consente, alle forme non lucrative, di non assumere comportamenti opportunistici a svantaggio dei cittadini/utenti, in presenza, ad esempio, di elevati costi nella erogazione del servizio, a cui non corrispondono altrettanti incrementi nei ricavi – situazione in cui, tendenzialmente, le imprese *for profit* sono portate a sottoinvestire –, oppure in tutti quei casi in cui le scelte di razionalizzazione dei costi possono migliorare la profittabilità a discapito della qualità del servizio⁴¹.

L'assenza dello scopo di lucro, inoltre, ha importanti ricadute, anche sui prezzi dei servizi: questi, infatti, o sono tendenzialmente più bassi in quanto «politici», come nel caso della gestione pubblica, oppure, nel caso delle forme *no profit* private, quand'anche più elevati, sono comunque «socialmente» più accettati, poiché il vincolo di non distribuzione degli utili, ne fa meglio intravedere la finalità di utilità sociale.

Le principali differenze tra le forme pubbliche e private senza scopo di lucro, possono cogliersi soprattutto in relazione a tre aspetti: l'autonomia gestionale, il legame con la comunità locale di riferimento e l'attenzione per la qualità del servizio erogato.

Mentre i soggetti *no profit* di diritto privato si caratterizzano per una spiccata autonomia decisionale e per la flessibilità nella struttura, le forme di

⁴⁰ Cfr. A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, Jovene, 1995, p. 36.

⁴¹ Cfr. A. Sciumè, *Non profit e gestione dei servizi pubblici locali*, in P. Garrone, P. Nardi (a cura di), *Al servizio del cittadino e della città. Libertà ed efficacia nei servizi pubblici locali*, Milano, Edizioni Angelo Guerini e Associati SpA, 2010, p. 154.

gestione pubblica, sebbene tra loro si distinguano per una diversa gradazione di autonomia gestionale, sono inevitabilmente più soggette ad influenze di tipo politico. Presentano, inoltre, una elevata complessità del processo decisionale, dovuta, soprattutto, alla presenza di vincoli burocratici.

Le forme privatistiche di gestione senza scopo di lucro si distinguono per il legame con il territorio di riferimento e per l'approccio *multi-stakeholders*. Ciò consente a tali operatori, rispetto al soggetto pubblico, di comprendere meglio e, di conseguenza, di reagire più prontamente al dinamismo dei bisogni della collettività. Tale caratteristica incide, anche, sulle asimmetrie informative, da almeno due punti di vista: da una parte, queste tendenzialmente si riducono, in virtù del coinvolgimento, seppur in diverse forme e gradazioni, degli utenti nella *governance* dell'impresa. Dall'altra, quand'anche presenti, non incidono, in linea teorica, sulla qualità delle prestazioni, in quanto, a differenza di un soggetto con fini di lucro, quello che non persegue la logica del profitto, non dovrebbe avere interesse ad una riduzione di quest'ultima, né ai fini del contenimento dei costi, né ai fini di un incremento degli utili⁴².

Laddove, inoltre, i soggetti pubblici, a causa degli obblighi di finanza generale, sono meno propensi ad investire, sia nella manutenzione che nell'ammodernamento delle infrastrutture, con ricadute, anche, sulla qualità del servizio, i soggetti privati *no profit*, in virtù dei vincoli patrimoniali ad uno scopo e delle clausole di reinvestimento degli utili, hanno maggiori possibilità di riuscirvi, anche rispetto alle imprese *for profit* che, invece, per massimizzare l'efficienza, tendono a contenere i costi, piuttosto che ad incrementare la qualità⁴³.

⁴² Cfr. C. Bassu, *Sussidiarietà versus servizi pubblici: la distinzione tra esternalizzazioni e fenomeni sussidiari*, in «Rivista giuridica del Mezzogiorno», 2009, n. 4, p. 1293.

⁴³ P. Garrone, *Il principio di sussidiarietà nei servizi di pubblica utilità*, in G. Vittadini (a cura di), *Che cosa è la sussidiarietà*, Milano, Guerini e Associati, 2007, pp. 190-193.

CAPITOLO SECONDO

LA GESTIONE PUBBLICA: UNIFORMITÀ E GARANZIE NELL'EROGAZIONE

SOMMARIO: 1. La gestione in economia. – 1.1. Le trasformazioni del modello dalla «legge Giolitti» al d.lgs. n. 267 del 2000. – 1.2. Sull'ammissibilità della gestione in economia. – 2. Le aziende speciali. – 2.1. Il modello «azienda speciale» come sintesi di molteplici «anime»: considerazioni generali. – 2.1.1. Autonomia e strumentalità. – 2.1.2. Scopi sociali ed efficienza finanziaria. – 2.2. Il cammino verso la «simil-alterità»: breve *excursus* storico. – 2.3. L'applicazione del modello nell'attuale quadro normativo. – 2.3.1. Il contesto normativo europeo in relazione alla gestione diretta... – 2.3.2...e quello nazionale, con particolare riferimento alle aziende speciali. – 2.3.3. La trasformazione delle società pubbliche in aziende speciali. – 3. L'*in house*: una s.p.a. senza scopo di lucro? – 3.1. Sull'evoluzione della disciplina. – 3.2. Il lucro oggettivo e soggettivo. – 3.3. Le «insidie» dello strumento societario. – 3.4. Società *in house* e azienda speciale: sintesi delle principali differenze. – 4. Considerazioni finali.

1. La gestione in economia

Con l'espressione «gestione in economia» – secondo Massimo Severo Giannini – si indica un'attività, circoscritta per tempo e per materie, che di regola dovrebbe essere «disimpegnata da soggetti esterni all'amministrazione, ma che questa organizza e svolge direttamente per mezzo di propri uffici»⁴⁴. La gestione in economia si caratterizza, quindi, per essere «incorporata» nella struttura organizzativa del Comune (o della Provincia): stessi uffici, stessi dipendenti, stessi dirigenti, stessa contabilità⁴⁵. L'esercizio dell'attività sembra quasi scomparire «a mo' di una "municipalizzazione occulta"»⁴⁶ nella complessiva amministrazione dell'ente locale, da cui non ha maniera di distinguersi. A seconda del tipo e della dimensione del servizio, tuttavia, può essere riconosciuta alla stessa una maggiore autonomia tecnica e organizzativa⁴⁷.

⁴⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, vol. II, 3^a ed., 1993, p. 411.

⁴⁵ Si tratta, infatti, di una contabilità «interna», che pur costituendo «un conto a sé» rientra comunque nella contabilità generale dell'ente locale. Cfr. G. Pischel, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi e domani*, Roma, Confederazione della Municipalizzazione, 1965, p. 128; G. Nicoletti, *I servizi pubblici locali gestiti in economia*, cit., p. 71-72.

⁴⁶ G. Pischel, *L'azienda municipalizzata*, Roma, Cispel, 2^a ed., 1972, p. 56.

⁴⁷ Cfr. G. Nicoletti, *I servizi pubblici locali gestiti in economia*, in «Regione e governo locale», 1992, n.1/2, p. 70; Id., *Servizi pubblici locali: le gestioni in economia*, in «Azienditalia», 1994, n. 1, p. 40.

1.1. Le trasformazioni del modello dalla «legge Giolitti» al d.lgs. n. 267 del 2000

La gestione in economia, così come l'azienda speciale, per molto tempo è stata annoverata tra le formule gestorie tipiche di organizzazione dei servizi pubblici locali⁴⁸. Entrambi i modelli, infatti, erano previsti sin dalla legge sulla municipalizzazione del 29 marzo 1903, n. 103, nota come «legge Giolitti», che autorizzava e disciplinava l'attuazione in via diretta dei servizi pubblici da parte di Comuni e Province. La «legge Giolitti» prevedeva che, di norma, i servizi pubblici locali fossero gestiti mediante aziende speciali. Il criterio per l'assunzione in economia, invece, doveva ricercarsi nella lieve importanza del servizio e nella sua irrilevante portata finanziaria⁴⁹.

L'impianto della legge del 1903 venne sostanzialmente trasfuso, con poche varianti, nel Testo unico approvato con r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578. Quest'ultimo, all'art. 15, dopo aver elencato i servizi che di regola vengono esercitati in economia⁵⁰, lasciando un indefinito margine alla discrezionalità del Comune, aggiungeva che sono altresì gestiti in economia «tutti gli altri servizi per la cui tenue importanza in rapporto a quella del comune, o perché non aventi carattere prevalentemente industriale, non sia il caso di farne assumere l'esercizio nelle forme e col procedimento stabilito per la costituzione dell'azienda speciale». Tale norma autorizzava, quindi, «un giudizio assai sfumato “caso per caso”, ancorché non si possa propriamente giungere a parlare di una “libera scelta” tra i due sistemi»⁵¹. La gestione ordinaria del servizio pubblico, pertanto, proprio come nel precedente quadro normativo, era quella mediante azienda speciale, mentre la gestione in economia era riservata ai servizi di modesta dimensione e a quelli che non rivestissero carattere imprenditoriale⁵². Tale forma veniva utilizzata, prevalentemente, per i servizi a carattere generale e istituzionale⁵³. L'assunzione del servizio in economia doveva essere deliberata secondo il procedimento

⁴⁸ Cfr. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., p. 107-108.

⁴⁹ Art. 16, l. n. 103/1903; art. 115, r.d. 10 marzo 1904, n. 108.

⁵⁰ Si fa riferimento ai servizi di cui ai numeri 1, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 14 e 19 (acquedotto, fognatura, nettezza pubblica, trasporti funebri, stabilimenti di macellazione, mercati pubblici, bagni e lavatoi pubblici, asili notturni, semenzai e vivai di piante e viti) dell'elenco di 19 servizi che possono essere gestiti dagli enti locali ai sensi dell'art. 1 del medesimo Testo unico.

⁵¹ G. Pischel, *L'azienda municipalizzata*, Roma, Cispel, 2ª ed., 1972, p. 126.

⁵² Cfr. G. Nicoletti, *Servizi pubblici locali: le gestioni in economia*, cit., p. 38.

⁵³ *Ivi*, pp. 39-40.

stabilito per la gestione mediante azienda speciale⁵⁴. La deliberazione doveva indicare, mediante apposito progetto di massima tecnico e finanziario, i mezzi con cui s'intendeva far fronte alle spese per l'impianto e per la gestione del servizio che si voleva assumere.

Il D.P.R 4 ottobre 1986, n. 902, che sostituì il r.d. 10 marzo 1904, n. 108, lasciò sostanzialmente immutati i principi che ispirarono la municipalizzazione. Fino al 1990, infatti, è prevalsa una concezione di servizio pubblico locale «in chiave di utilità sociale», con ridotta considerazione, quindi, per la sua natura di attività economica, che si è tradotta in modelli di gestione esclusivamente di natura amministrativa: gestione diretta in economia, a mezzo di azienda municipalizzata e a mezzo di concessione ai privati⁵⁵. Tali tradizionali strumenti di gestione vennero riformati a partire dall'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142. La gestione in economia, infatti, nel rinnovato quadro normativo di disciplina generale dei servizi pubblici locali, diventa una opzione residuale⁵⁶. Si può ricorrere ad essa solo quando, per le «modeste dimensioni» o per le «caratteristiche del servizio», non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda⁵⁷. Come osservato in dottrina⁵⁸, dal momento che i due requisiti non devono coesistere, il ricorso alla gestione in economia è possibile sia per i servizi di modesta dimensione, intendendo quest'ultima in termini assoluti e non più solo in riferimento alla dimensione comunale, sia per quelli in cui la gestione economica non sia rilevante, essendo il servizio privo o con insignificanti ricavi e non operante in concorrenza con i privati. I due requisiti sopra citati sono stati interpretati anche con un significato differente: le «modeste dimensioni», in relazione alla natura puramente economica del servizio; le «caratteristiche del

⁵⁴ Art. 10, Testo unico n. 2578/1925.

⁵⁵ Cfr. M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, III, Milano, Giuffrè, 2003, 2^a ed., p. 2585 e bibliografia *ivi* citata.

⁵⁶ Di opinione contraria al carattere di residualità della gestione in economia è M. Cammelli, in *Quadro di riferimento normativo in ordine alle modalità di gestione dei servizi pubblici: la legge 142/90 ad un anno dall'emanazione*, in Atti del Convegno *La legge 142 e le forme di gestione dei servizi pubblici*, Reggio Emilia, 9 dicembre 1991.

⁵⁷ Art. 22, c. 3 a), l. n. 142/1990.

⁵⁸ G. Nicoletti, *I servizi pubblici locali gestiti in economia*, cit., p. 73.

servizio», come la «non opportunità giuridica di pervenire alla scissione dell'erogazione del servizio dall'esercizio delle funzioni»⁵⁹ dell'ente territoriale.

Nel nuovo contesto normativo, determinato dall'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267⁶⁰ recante la disciplina generale delle modalità di gestione ed erogazione dei servizi pubblici locali, la gestione in economia dei servizi di rilevanza economica non è più esplicitamente prevista, tranne nell'ipotesi eccezionale, rilevata in dottrina, della gara per l'affidamento andata deserta⁶¹.

1.2. Sull'ammissibilità della gestione in economia

Le numerose vicende normative degli ultimi anni⁶², che hanno contribuito a mantenere la disciplina generale dei servizi pubblici locali «instabile»⁶³ e «costantemente sospes[a] tra una concorrenza proclamata e una traduzione in interventi che finiscono per risultare protezionistici»⁶⁴, non hanno mai ripristinato la gestione in economia dei servizi di rilevanza economica. Quest'ultima, d'altronde, ha rivelato nel tempo alcune criticità. Da una parte, infatti, i numerosi vincoli di natura burocratica, previsti a garanzia di un corretto uso del denaro pubblico, hanno pregiudicato, in alcuni casi, l'efficienza della gestione e la capacità dell'ente locale di rispondere a necessità in continua evoluzione⁶⁵. Dall'altra, tale forma di gestione, ha consolidato «un paradigma di *governance* fondato sulla commistione dei ruoli in base alla quale l'ente locale governa il servizio, lo regola, lo finanzia, lo controlla e insieme lo produce e lo gestisce»⁶⁶. È

⁵⁹ R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993, p. 153.

⁶⁰ Nella versione risultante a seguito delle modifiche apportate dal comma 1 dell'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, dal comma 234 dell'art. 4, l. 24 dicembre 2003, n. 350 e dall'art. 15, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, come modificato dalla relativa legge di conversione.

⁶¹ Cfr. M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., pp. 2602-2603, 2608; cfr. anche G.V. Mattioli, *Il ritorno della gestione in economia nei servizi pubblici locali tra conservatorismi (nuovi) e mediazioni (antiche)*, in «L'amministrazione italiana», 2007, n. 7/8, pp. 1047-1048.

⁶² Cfr. capitolo I, par. 2.

⁶³ Si riprende qui la nota formula di Fabio Merusi, in *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990.

⁶⁴ N. Rangone, *Servizi pubblici*, (Voce), in «Enciclopedia giuridica Treccani.it», Istituto della Enciclopedia Italiana Giovanni Treccani, 2012, punto 3.

⁶⁵ Cfr. G. Nicoletti, *I servizi pubblici locali gestiti in economia*, cit., pp. 72, 80.

⁶⁶ G.V. Mattioli, *Il ritorno della gestione in economia nei servizi pubblici locali tra conservatorismi (nuovi) e mediazioni (antiche)*, cit., p. 1049. Sulla concentrazione di tutti i poteri

stato osservato, inoltre, che la suddetta soluzione organizzativa, secondo alcuni non conforme al diritto comunitario, sia in virtù della «confusione» di ruoli, sia perché non consente in alcun caso un confronto concorrenziale, potrebbe, tuttavia, rivelarsi l'unica forma gestoria praticabile dai Comuni di piccole dimensioni, e si potrebbe sostenere la sua legittimità, nei casi in cui l'ente si organizzi per fornire il servizio unicamente ai cittadini esclusi dall'offerta di mercato⁶⁷.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 26 gennaio 2011, n. 552, ricordando la distinzione tra gestione diretta e affidamento diretto, ha affermato che la prima è «sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario», e che appartiene «alla dimensione dell'inverosimile» immaginare che esso non possa ricorrervi, dal momento che di fatto non esiste un obbligo di esternalizzazione. Attraverso un'interpretazione «armonicamente inquadrabile pure in una prospettiva comunitaria», i giudici di Palazzo Spada hanno superato l'ostacolo del silenzio del legislatore sulla gestione in economia, affermando che non «si vede per quali motivi un ente locale debba rintracciare un'esplicita norma positiva per poter fornire direttamente ai propri cittadini un servizio tipicamente appartenente al novero di quelli per cui esso viene istituito». Sebbene, come rilevato in dottrina, la suddetta sentenza offra delle «aperture» alle gestioni in economia di servizi di rilevanza economica, restano irrisolti alcuni problemi: dalla definizione delle dimensioni comunali oltre le quali non sia più consentita tale soluzione organizzativa, all'entità dell'impegno finanziario ammissibile, fino alla linea più apertamente «concorrenziale» che può essere accolta dagli Stati membri⁶⁸.

L'esistenza di un principio implicito nel nostro ordinamento, che consenta la gestione in economia di servizi di cui i Comuni sono da lungo tempo politicamente responsabili, potrebbe trovare un fondamento nel diritto comunitario, ma anche nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali.

in capo ai funzionari v. M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in «Rivista delle società», 1958, n. 2, ora in Id., *Scritti*, vol. IV (1955-1962), Milano, Giuffrè, 2004, p. 383.

⁶⁷ Cfr. A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 432.

⁶⁸ Cfr. G. Nicoletti, *Inverosimile l'obbligo di esternalizzare i servizi pubblici locali (a rilevanza economica)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 21 marzo 2011

L'art. 106 del Tfu, come eccezione rispetto alla regola, ammette che gli Stati membri possano ricorrere alla gestione diretta, quando l'applicazione delle regole della concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico⁶⁹. Il Trattato, quindi, consente agli Stati di scegliere di fornire direttamente i servizi, ma ciò, come rilevato da una parte della dottrina, non introduce negli ordinamenti interni una disciplina immediatamente applicabile⁷⁰, a meno che non ci siano «condizioni» normative tali da consentirlo.

Considerando le singole discipline di settore, ed escludendo a priori i servizi a rete che come tali richiedono forme organizzative più complesse e sovra comunali, le gestioni in economia, al momento, sembrano possibili, sempre come eccezione rispetto alla regola della concorrenza, nel settore del trasporto passeggeri su strada e ferrovia, nel servizio di illuminazione votiva e per la gestione delle farmacie comunali. Ma in quest'ultimo caso, la previsione normativa è esplicita⁷¹.

Il Regolamento CE n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007, che disciplina i trasporti collettivi di passeggeri, si applica direttamente nei singoli Stati membri, alla condizione che il diritto interno non disponga diversamente⁷². Non essendoci, al momento, alcuna norma che impedisca l'applicazione dell'art. 5 del suddetto Regolamento, si deduce che è consentita anche la gestione in economia.

In relazione al servizio di illuminazione votiva, si ricorda che ai sensi dell'art. 34, c. 26, del d.l. n. 179 del 2012, come convertito, ad esso si applicano le disposizioni di cui al Codice dei contratti pubblici, e in particolare l'art. 30 e, qualora ne ricorrano le condizioni, l'art. 125. Ne deriva che entro gli stretti limiti

⁶⁹ Cfr. sentenze della Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, punti 48 e 49, e 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea s.r.l.* Per un approfondimento della questione, v. *infra*.

⁷⁰ Cfr. C. De Vincenti, A. Vigneri, *Il punto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica dopo il referendum del giugno del 2011 e i successivi interventi legislativi*, Paper di Astrid, aprile 2012, in www.astrid.eu, pp. 11-13.

⁷¹ Cfr. art. 9, c. 1, lettera a), legge 2 aprile 1968, n. 475, *Norme concernenti il servizio farmaceutico*.

⁷² Cfr. art. 5, c. 2, del citato Regolamento. Sul punto cfr., tra l'altro, L. Bertonazzi, *La disciplina del trasporto pubblico locale*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 435-439.

di cui alle citate disposizioni e «a condizione di ottenere conseguenti economie»⁷³, la gestione in economia può ritenersi ammissibile⁷⁴.

Per quanto riguarda, invece, i servizi pubblici locali che non sono regolati da specifiche normative di settore, e a cui si applica, quindi, la disciplina generale in materia, si rinvia alle considerazioni generali che verranno svolte in relazione alle aziende speciali, essendo quest'ultime, insieme alla gestione in economia, le forme tipiche in cui si estrinseca la gestione diretta dell'ente locale di riferimento⁷⁵.

⁷³ Cfr. art. 6-*bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

⁷⁴ Cfr. da ultimo, TAR Lazio, Sez. Latina, 28 febbraio 2013, n. 207.

⁷⁵ Cfr. *infra*, paragrafo n. 2.3.2. Si assume qui, che la gestione *in house*, come disciplinata nel nostro ordinamento prima della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, realizzi, in ragione della sua veste giuridica, una gestione «quasi-diretta».

2. Le aziende speciali

2.1. Il modello «azienda speciale» come sintesi di molteplici «anime»: considerazioni generali

2.1.1. Autonomia e strumentalità

L'azienda speciale, ai sensi dell'art. 114, comma 1, del d.lgs. n. 267 del 2000, è «ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale e provinciale».

Volendo parafrasare la lettera normativa, si tratta di un soggetto che svolge la sua attività nell'esclusivo interesse dell'ente locale⁷⁶. Ne deriva, quindi, che la sua attività è predeterminata nel «contenuto», essendo il suo «oggetto sociale limitato»⁷⁷. La strumentalità, quindi, non deve considerarsi necessariamente in contrapposizione alla personalità, potendo intendersi anche come «delimitazione del campo di esistenza e di operatività di una data organizzazione in relazione alle attribuzioni e finalità istituzionali dell'ente di pertinenza»⁷⁸.

La costituzione di un'azienda speciale presuppone, a monte, l'«assunzione» da parte del consiglio comunale e/o provinciale di un servizio pubblico locale e l'individuazione da parte dell'ente, a seguito di una valutazione discrezionale, di tale forma di gestione come la più adeguata in relazione al servizio⁷⁹. La costituzione di un'azienda speciale può avvenire anche a seguito della trasformazione della gestione in economia di servizi precedentemente assunti dall'ente locale.

Il carattere strumentale dell'azienda speciale, che si estrinseca in un rapporto di agenzia in parte simile a quello che si instaura tra ente locale e

⁷⁶ Cfr. G. Rossi, *Gli enti pubblici*, in «Trattato di diritto amministrativo» diretto da S. Santaniello, vol. VIII, Padova, Cedam, 1990, p. 38.

⁷⁷ R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., p. 176.

⁷⁸ D. Sorace, C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in «Diritto amministrativo», 1996, n. 4, pp. 641-642. Per i significati della nozione di strumentalità, si rinvia a V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959, pp. 22 ss.

⁷⁹ Cfr. G. Caia, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 223.

soggetto concessionario del servizio, ha il vantaggio di garantire la tutela dell'interesse generale, in virtù delle ridotte possibilità di deviazione dell'«agente» (azienda speciale) dalla delega del «principale» (ente locale)⁸⁰.

Di contro alla opinione secondo la quale le gestioni dirette realizzano una commistione di ruoli in capo all'ente locale⁸¹, una parte della dottrina, sostiene che proprio il carattere strumentale dell'azienda speciale, potrebbe far propendere verso una distinzione tra controllo ed esercizio⁸². Tesi che, per certi aspetti, viene avvalorata dalla considerazione secondo cui la strumentalità dell'attività trova un contrappeso nel riconoscimento dell'autonomia imprenditoriale dell'azienda e nella delimitazione dei poteri di ingerenza e controllo dell'ente locale⁸³.

Il riconoscimento della personalità giuridica, avvenuto solo con la legge n. 142 del 1990, indica, innanzitutto l'alterità dell'azienda rispetto all'ente⁸⁴. È immediato il confronto con la gestione in economia: pur essendo entrambe le forme ricomprese nella c.d. gestione diretta, l'azienda speciale formalmente è distinta rispetto all'ente ed è dotata di una propria struttura organizzativa; la gestione in economia – come sopra ricordato – è «dentro» l'amministrazione.

Strettamente connessi al riconoscimento della personalità giuridica sono, poi, l'autonomia imprenditoriale e statutaria.

La prima, oltre ad evocare, formalmente, il carattere non burocratico dell'azienda, dovrebbe indicare che le scelte concrete relative all'espletamento dei servizi competono a questa e non agli enti locali. L'autonomia imprenditoriale, inoltre, rileva ai fini della qualificazione dell'azienda speciale come ente pubblico economico⁸⁵.

⁸⁰ Sui rapporti di agenzia e, in particolare, sul c.d. «gioco della delega», si rinvia a G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 203-234.

⁸¹ Cfr. A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 433; M. Bianco, P. Sestito, *Le questioni irrisolte*, in Id. (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 300-303.

⁸² Cfr. R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., p. 176.

⁸³ Cfr. C. Tessarolo, *La disciplina delle aziende speciali*, Roma, D'Anselmi, 1998, p. 29.

⁸⁴ *Ivi*, p. 28. Sulla «contraddizione» tra riconoscimento della personalità e strumentalità dell'azienda speciale, v. C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, Giuffrè, 1997, p. 72.

⁸⁵ Cfr. G. Caia, *Le aziende speciali: carattere imprenditoriale e novità legislative*, in G. Caia (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Rimini, Maggioli, 1995, pp. 62-63.

La seconda, invece, ossia l'autonomia statutaria, determina che spetta all'azienda la definizione della propria organizzazione, vale a dire delle regole relative al proprio assetto strutturale. L'approvazione dello statuto da parte del consiglio comunale e provinciale prevista dalla legge, rientra, invece, nella categoria dei poteri di vigilanza spettanti all'ente locale, ossia di quei poteri tipici, stante la natura di ente strumentale dell'azienda speciale⁸⁶.

Gli organi dell'azienda speciale sono il consiglio di amministrazione, in cui si concentrano i poteri di direzione, il presidente e il direttore generale, al quale compete la responsabilità gestionale⁸⁷. Le modalità di nomina e di revoca degli amministratori sono stabilite dallo statuto dell'ente locale. Tale configurazione ripropone il tema del rapporto fra politica e amministrazione, e, di conseguenza, fra autonomia e strumentalità⁸⁸. All'ente locale, infatti, spetta il potere di indirizzo, ossia la definizione delle politiche del servizio pubblico in funzione del quale viene istituita l'azienda stessa; al consiglio di amministrazione le politiche aziendali; al direttore, infine, i poteri gestionali. La strumentalità dell'azienda speciale, quindi, dovrebbe tradursi in una «soggezione organizzativa», tale per cui all'ente locale spettano solo i poteri decisionali in merito all'individuazione e valutazione degli interessi pubblici da perseguire⁸⁹. Tale schema di ripartizione dei ruoli, tuttavia, potrebbe facilmente alterarsi a causa di eventuali rapporti fiduciari tra amministratori ed ente locale⁹⁰.

2.1.2. Scopi sociali ed efficienza finanziaria

La municipalizzazione, «punta di diamante» delle collettivizzazioni di cui all'art. 43 C.⁹¹, aveva principalmente lo scopo di consentire ai cittadini l'accesso a

⁸⁶ Cfr. R. Morea, *Il volto riformato dell'azienda municipalizzata locale*, in «I tribunali amministrativi regionali», 2000, fascicolo 7/8, pp. 337-338; M. Damiani, *I criteri di economicità nella gestione delle aziende speciali*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», 2000, n. 2/3, pp. 362-363. Di opinione diversa V. Cerulli Irelli, in *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 350-351, che definisce lo statuto dell'azienda speciale come eteronomo, in quanto deliberato dall'ente territoriale.

⁸⁷ Per un approfondimento sulla responsabilità gestionale del direttore, si rinvia a G. Caia, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 226-238.

⁸⁸ Cfr. D. Sorace, C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p. 661.

⁸⁹ M. Damiani, *I criteri di economicità nella gestione delle aziende speciali*, cit., p. 346.

⁹⁰ Cfr. D. Sorace, C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p. 663.

⁹¹ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 154.

determinati servizi di qualità, a prezzi contenuti⁹². L'interesse pubblico alla costituzione di un'azienda speciale, deve essere ricercato, quindi, nei poteri di direzione e di controllo dell'ente locale: quest'ultimo, infatti, attraverso l'azienda, è in grado, da una parte, di assicurare un servizio pubblico a condizioni diverse rispetto ad un soggetto privato, e, dall'altra, di indirizzare l'attività a fini di interesse generale⁹³. Tale modello organizzativo venne concepito, sin dall'inizio, come strumento di gestione in grado conciliare scopi sociali ed efficienza finanziaria⁹⁴. Nei primi anni del ventesimo secolo, infatti, la gestione tramite azienda speciale costituiva un meccanismo «ad equilibrio sistemico virtuoso»⁹⁵.

L'azienda speciale, come recita il comma 4 dell'art. 114 Tuel, informa la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità e ha l'obbligo del pareggio di bilancio⁹⁶ da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti. Appartenendo alla categoria degli enti pubblici economici⁹⁷, infatti, l'azienda speciale svolge attività di impresa, secondo la definizione di cui all'art. 2082 c.c.⁹⁸. Ciò comporta che venga innanzitutto soddisfatto il principio di economicità e che venga sopportato il rischio conseguente alla permanenza sul mercato. Un ente pubblico economico, tuttavia, svolge tale attività di impresa per finalità pubbliche, nell'interesse della collettività e non esclusivamente a scopo di lucro, intendendo quest'ultimo come il perseguimento del massimo guadagno⁹⁹. Affinché si realizzi attività di impresa, infatti, non è condizione indispensabile che venga perseguito uno scopo di

⁹² G. Caia, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, (Voce), in «Enciclopedia giuridica», vol. XX, Roma, Treccani, 1990, pp. 2 ss.

⁹³ Cfr. M. Damiani, *I criteri di economicità nella gestione delle aziende speciali*, cit., p. 401.

⁹⁴ R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., p. 163.

⁹⁵ G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, Cedam, 2010, pp. 19-20. Secondo l'Autore tale meccanismo virtuoso si fondava su un conflitto di interessi «positivo» tra Comuni responsabili della gestione del servizio e cittadini, che garantiva l'efficienza.

⁹⁶ Tale obbligo fu introdotto con l'art. 10, l. 21 dicembre 1978, n. 843.

⁹⁷ Tale appartenenza è stata riconosciuta dal Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 641. Cfr. anche Cassazione, Sez. Unite, 11 luglio 2006, n. 15661; 20 giugno 2006, n. 14101; 17 dicembre 2002, n. 18015 e 9 agosto 2001, n. 10968.

⁹⁸ Cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 11913 del 1992. Su questa tesi, tuttavia, non concorda parte della giurisprudenza costituzionale e amministrativa e della dottrina. Vedi *infra*.

⁹⁹ Cfr. V. Ottaviano, *Ente pubblico*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», XIV, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 969-970.

lucro¹⁰⁰, ma è necessario che l'attività espletata abbia natura economica ed imprenditoriale e che sia tendenzialmente in grado di remunerare i fattori produttivi¹⁰¹.

L'attribuzione all'azienda speciale della qualifica di impresa, tuttavia, non è del tutto pacifica. Sebbene l'una abbia gli elementi organizzativi tipici dell'altra, l'elemento rischio, nonostante gli accorgimenti introdotti nella disciplina, risulta comunque essere «alterato», sia a causa dello stretto rapporto con l'ente locale, sia in virtù del particolare tipo di responsabilità patrimoniale a cui l'azienda speciale è soggetta.

Rispetto alla precedente logica ripianatrice delle perdite¹⁰², il nuovo principio di rimborso presuppone il calcolo economico dei costi e dei ricavi e la determinazione *ex ante* del fabbisogno finanziario necessario affinché l'azienda realizzi le sue specifiche finalità sociali. L'ente locale, in coerenza con il principio di economicità che dovrebbe improntare l'attività dell'azienda, è tenuto, quindi, a coprire solo i «costi sociali» del servizio, ossia quelli dovuti a fattori esterni al mercato, ma non è necessariamente obbligato ad assumersi anche gli eventuali disavanzi. Quest'ultima resta, dunque, un'ipotesi che necessita di una valutazione caso per caso da parte dell'ente locale, dovendosi escludere una sostanziale automaticità¹⁰³. Ma non si può comunque affermare che un siffatto meccanismo non comporti una riduzione, in capo all'azienda speciale, della fattore rischio, rispetto a qualsiasi altro operatore privato.

Nonostante il carattere secondario ma non eludibile del profitto, la convenienza economica e finanziaria deve comunque rivestire un ruolo centrale nella scelta, da parte dell'ente locale, di assumere il servizio mediante un'azienda speciale. Tale scelta, infatti, deve essere preceduta da una fase di analisi riguardante le infrastrutture occorrenti, il loro costo presunto ed i relativi mezzi di finanziamento, la previsione dei costi e dei ricavi d'esercizio per almeno un

¹⁰⁰ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 14 luglio 1965, n. 1508.

¹⁰¹ Cfr. M. Damiani, *I criteri di economicità nella gestione delle aziende speciali*, cit., pp. 375-377.

¹⁰² Cfr. art. 2, c. 6, T.U. del 1925.

¹⁰³ Per un approfondimento cfr. D. Sorace, C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., pp. 642-650.

triennio ed il conseguente attendibile risultato economico, le linee generali dell'ordinamento tecnico ed amministrativo del servizio¹⁰⁴.

Nell'attuale quadro normativo, l'azienda speciale è, inoltre, assoggettata al patto di stabilità interno¹⁰⁵ e si applicano ad essa le disposizioni del codice di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché le disposizioni che stabiliscono, a carico degli enti locali, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenza anche degli amministratori, obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali¹⁰⁶.

Nell'azienda speciale, quindi, coesistono due «anime» distinte. L'una, legata necessariamente alla natura di attività di impresa da essa esercitata, che dovrebbe spingere al conseguimento del miglior risultato economico possibile. L'altra, riflesso dell'imprescindibile rapporto di agenzia con l'ente locale e con la sua collettività di riferimento, che, se da una parte pone come obiettivo principale il perseguimento dell'interesse generale, dall'altra risente dei vincoli della finanza pubblica e dei condizionamenti «mediati» derivanti dal corpo elettorale. Tale coesistenza potrebbe tramutarsi, quindi, in conflitto¹⁰⁷, qualora, ad esempio, non ci sia una perfetta corrispondenza di interessi tra l'ente locale, titolare del potere di indirizzo, che potrebbe decidere per un costo politico del servizio a vantaggio dell'utenza, e l'azienda stessa, che potrebbe optare per una gestione orientata al profitto¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cfr. art. 2, D.P.R. n. 902 del 1986.

¹⁰⁵ A decorrere dall'anno 2013.

¹⁰⁶ Cfr. art. 114, c. 5-*bis* del Tuel. Comma aggiunto dalla lettera *a*) del c. 2 dell'art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, come modificato dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27. Per una valutazione del contenuto della norma, cfr. C. De Vincenti, A. Vigneri, *Il punto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica dopo il referendum del giugno del 2011 e i successivi interventi legislativi*, cit., p. 52-54. Sulla presunta illegittimità di tale disposizione, per invalidità derivata, riproponendo la lettera *a*) del c. 2 dell'art. 25, l. n. 27 del 2012 parte del contenuto dell'art. 4 della l. n. 138 del 2012 abrogato, cfr. A. Lucarelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, 26 settembre 2012, p. 7, in www.federalismi.it.

¹⁰⁷ Sulla previsione di un conflitto tra gli organi dirigenti dell'azienda speciale e gli organi dirigenti dell'ente locale, e, in generale, sul rischio di turbative politiche nella gestione aziendale, cfr. M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 380.

¹⁰⁸ Cfr. R. Morea, *Il volto riformato dell'azienda municipalizzata locale*, cit., p. 341.

In realtà, il potenziale conflitto dovrebbe naturalmente comporsi in virtù del principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, che impone che questa – nel caso di specie il termine si riferisce sia all'ente locale che all'azienda speciale – conformi la propria azione alla regola dell'economicità, intesa come razionale e oculato impiego delle risorse pubbliche¹⁰⁹.

2.2. Il cammino verso la «simil-alterità»: breve excursus storico

L'azienda speciale, dagli inizi del secolo scorso ad oggi, ha subito un'importante evoluzione che ha contribuito, progressivamente, a renderla sempre più un soggetto «altro» rispetto all'ente locale¹¹⁰. La necessità di rimarcare la differenziazione dei due soggetti scaturisce, da una parte, da considerazioni di natura economica e, dall'altra, dal diritto comunitario.

Concepita, inizialmente, come «un organo *sui generis* dell'ente territoriale»¹¹¹, l'azienda municipalizzata, antenata dell'azienda speciale, era una realtà distinta dall'amministrazione del Comune, ma non del tutto autonoma, poiché a quest'ultimo spettava «l'indirizzo politico economico generale»¹¹². Aveva una struttura molto più snella, con una gestione finanziaria quasi completamente separata, ma era priva di personalità giuridica¹¹³. Dal mancato riconoscimento di quest'ultima sono scaturiti alcuni inconvenienti pratici, in relazione, soprattutto, al finanziamento¹¹⁴. L'assenza di un patrimonio proprio,

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 342. Cfr. anche G. Vesperini, *Aspettando le privatizzazioni*, in «Corriere giuridico», 1992, n. 9, p. 950.

¹¹⁰ D. Sorace, C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p. 671; C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., pp. 100-101.

¹¹¹ G. Caia, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 231. Sulla nozione di organi imprese, cfr. anche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 251-255.

¹¹² M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 380.

¹¹³ Per una ricostruzione delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali sulla natura giuridica dell'azienda municipalizzata prima del riconoscimento della personalità giuridica, cfr. F. Bassi, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 125-174; cfr. anche R. Torrigiani, *Le aziende autonome pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 151-157. Per una ricostruzione storica, cfr. A. Piras, *La municipalizzazione*, in M.S. Giannini (a cura di), *I Comuni*, Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi di unificazione, Vicenza, Neri Pozza, 1967, pp. 357-382.

¹¹⁴ Cfr. G. Pischel, *L'azienda municipalizzata*, cit., p. 134.

inoltre, rimarcava la forte connessione con l'ente locale: quest'ultimo forniva il capitale, faceva suoi gli utili e rispondeva delle perdite¹¹⁵.

L'autonomia dell'azienda municipalizzata venne parzialmente ampliata a seguito dalla riforma operata con il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047, attraverso il riconoscimento della capacità negoziale, anche se limitatamente ai fini sociali, e di poteri deliberativi in relazione ai bilanci annuali e alle spese fuori bilancio¹¹⁶. All'ente locale venivano riconosciuti soprattutto poteri di vigilanza e controllo, oltre alla possibilità di scioglimento dell'azienda, mediante atto motivato approvato dalla Giunta.

Con l'adozione del T.U. del 1925, la disciplina dell'azienda speciale non subì cambiamenti di rilievo. Permasero, quindi, in capo a tale forma organizzativa, quei limiti e vincoli derivanti dallo stretto legame con l'ente locale, che impedivano prestazioni realmente efficaci di servizi. L'attività aziendale, pesantemente strutturata, mancava di prontezza, duttilità e decisione¹¹⁷. Sul piano operativo, infatti, la soggezione dell'azienda alla legislazione amministrativa, e, in particolare, alle norme di contabilità pubblica, costituiva la principale «debolezza»¹¹⁸. La «duplicazione amministrativistica» della gestione imprenditoriale da essa derivante, inoltre, «richiedeva un'ingente spendita di attività, ritenuta largamente superflua»¹¹⁹.

Le mutevoli caratteristiche economiche del tempo e l'evoluzione della società, imponevano, quindi, che l'azienda avesse una maggiore «capacità di reazione». Ciò che appariva sempre più necessario era una precisa delimitazione dei ruoli dell'ente locale e dell'azienda, «un linea certa di demarcazione tra scelte politiche e gestionali»¹²⁰. All'azienda speciale, inoltre, proprio in virtù del legame con l'ente locale e, di riflesso, con il suo territorio, era preclusa la determinazione dell'area ottimale di prestazione, con la conseguente impossibilità di realizzare

¹¹⁵ Cfr. M. Damiani, *I criteri di economicità nella gestione delle aziende speciali*, cit., p. 341.

¹¹⁶ Cfr. G. Carpani, *Le aziende degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 10-15.

¹¹⁷ Cfr. G. Pischel, *L'azienda municipalizzata*, cit., p. 53.

¹¹⁸ M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 382-383.

¹¹⁹ G. Napolitano, *Le società "pubbliche" tra vecchie e nuove tipologie*, in «Rivista delle società», 2006, n. 5-6, p. 1012. L'Autore riprende, in questo passo, il pensiero di M.S. Giannini elaborato nell'opera di cui alla nota precedente.

¹²⁰ G. Carpani, *Le aziende degli enti locali*, cit., p. 20.

economie di scala o di fornire servizi che andavano oltre la dimensione comunale¹²¹. L'azienda speciale costituiva, quindi, una «soluzione locale»¹²².

Il D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902, che sostituì il regolamento del 1904, introdusse alcune novità: consentì alle aziende speciali di prestare i propri servizi anche al di fuori del territorio dell'ente locale di riferimento¹²³, fissò l'obbligo della tenuta di alcune scritture contabili e diede organicità a molti interventi legislativi non sistematici riguardanti la gestione aziendale, succedutisi nei primi anni Ottanta¹²⁴.

I cambiamenti più incisivi della disciplina furono determinati, invece, dalla legge n. 142 del 1990, che consentì, con l'attribuzione della personalità giuridica all'azienda speciale¹²⁵, la trasformazione di quest'ultima da organo dell'ente locale ad ente pubblico economico. Non tutta la giurisprudenza e la dottrina, tuttavia, fu concorde nel riconoscere tale cambiamento come sostanziale e non solamente formale, ravvisando nella strumentalità dell'attività dell'azienda, l'esistenza di una continuità con la figura dell'azienda organo¹²⁶. La Corte costituzionale, in particolare, ha affermato che l'azienda speciale «pur essendo entità giuridicamente distinta dall'ente territoriale di riferimento, è con esso collegata [...] da vincoli così stretti, sul piano della formazione degli organi, del rispetto degli indirizzi, del controllo e della vigilanza, da dover essere considerata elemento del sistema di amministrazione che fa capo all'ente territoriale»¹²⁷. Il

¹²¹ A prescindere dall'ipotesi prevista di istituire aziende consorziali tra più comuni (art. 21 e ss., T.U. 1925). Cfr. A. Cavaliere, *I servizi pubblici locali: riforme, regolamentazione, concorrenza*, in F. Pammolli, C. Cambini e A. Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 234.

¹²² G. Pischel, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi e domani*, cit., p. 15.

¹²³ Cfr. art. 5, che consente che si possa stipulare una convenzione fra gli enti che legittima le aziende a gestire il servizio per l'altro ente. Per un approfondimento, anche in relazione alla possibilità che un'azienda speciale partecipi ad una gara indetta da altro ente, cfr. G. Vesperini, *L'attività dell'azienda locale fuori dal territorio comunale*, in «Giornale di diritto amministrativo», 1996, n. 3, pp. 241 e ss. Cfr. anche C. Alberti, *Aziende municipalizzate ed extraterritorialità. Problematica dai confini incerti fra riforme interne e disciplina comunitaria*, in «Rivista trimestrale degli appalti», 2001, n. 2, pp. 344 e ss.

¹²⁴ Cfr. G. Carpani, *Le aziende degli enti locali*, cit., pp. 27-28.

¹²⁵ Il momento certo dell'acquisto di tale personalità era determinato dall'iscrizione dell'azienda speciale nel registro delle imprese (art. 4, c. 3, d.l. 31 gennaio 1995, n. 26, convertito in l. 29 marzo 1995, n. 95).

¹²⁶ Cfr. R. Manservigi, *Le aziende speciali tra vocazione imprenditoriale e strumentalità*, in «Giustizia Civile», 2000, n. 7/8, pp. 2142 e ss.

¹²⁷ Corte costituzionale, sentenza 12 febbraio 1996, n. 28, punto 5.

Consiglio di Stato, seguendo un orientamento consolidato, non solo ha rimarcato la natura di azienda organo e il carattere strumentale dell'attività dell'azienda, ma ha ricondotto quest'ultima nel novero delle forme di autoproduzione dell'ente locale, ossia di un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato¹²⁸. Di opinione opposta, invece, una parte della dottrina, secondo cui le innovazioni apportate dal nuovo quadro normativo, furono tali da far persino dubitare che si potesse ancora parlare, in riferimento ad esse, di gestione diretta dei servizi pubblici locali¹²⁹.

La nuova disciplina apportò importanti modifiche anche al sistema dei controlli comunali. Fermo restando il potere di vigilanza e verifica, infatti, il nuovo contesto normativo attenuò il potere di controllo dell'ente locale, esercitabile «solo» sugli atti fondamentali dell'azienda¹³⁰. I rapporti tra comune e azienda, vennero poi disciplinati, quasi ponendo i due soggetti su un piano paritetico, dal contratto di servizio, ossia da uno strumento di regolazione dalle finalità esecutive, di contenuto analogo a quello degli atti con cui si regolano i rapporti tra amministrazione concedente e concessionario¹³¹.

In coerenza con un indirizzo politico, iniziato negli anni Novanta, volto dapprima ad incentivare un processo di privatizzazione e di graduale apertura del settore alla concorrenza, e poi a razionalizzare l'apparato pubblico, l'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127, c.d. legge Bassanini-*bis*, introdusse delle agevolazioni fiscali per incentivare la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni.

Nel sistema normativo definito dagli artt. 112 e ss. del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, nella sua versione originaria, che riproduceva quanto stabilito in precedenza dalla legge n. 142 del 1990, l'azienda speciale continuò ad essere uno

¹²⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23 aprile 1998, n. 477; della medesima Sez., cfr. anche sentenza 13 febbraio 1996, n. 147. Sul punto v. anche A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, cit., pp. 428-429, nota n. 65.

¹²⁹ Cfr. R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., pp. 163 e ss. e bibliografia *ivi* citata.

¹³⁰ Art. 23, c. 1, l. n. 142 del 1990. Gli atti fondamentali sono: il piano-programma, i bilanci economici di previsione annuale e pluriennale e il bilancio di esercizio (art. 4, c. 5, d.l. n. 26 del 1995 convertito).

¹³¹ Per un approfondimento si rinvia a C. Tessarolo, *La disciplina delle aziende speciali*, cit., pp. 143-147; D. Sorace, C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., pp. 650-653.

dei cinque modelli tipici di gestione dei servizi pubblici locali. Fu solo con la riforma determinata dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001 (legge finanziaria 2002), che introdusse un generale meccanismo di concorrenza per il mercato, che il modello dell'azienda speciale scomparve come formula gestoria tipica dei servizi di rilievo industriale (poi economico)¹³². Il comma 8 del suddetto articolo, inoltre, prescrisse la trasformazione in società di capitali delle aziende speciali non incaricate di funzioni amministrative o di servizi sociali¹³³.

Si ricorda, infine, il tentativo di riforma della disciplina dei servizi pubblici locali, proposto nel corso della XV legislatura e con essa interrotto. Il disegno di legge delega A.S. 772, noto come «d.d.l. Lanzillotta»¹³⁴, infatti, pur proponendosi, tra l'altro, di rafforzare il quadro di regole funzionali all'apertura della concorrenza, reintroduceva, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, «la possibilità per gli enti locali di gestire i servizi in economia ovvero mediante aziende speciali»¹³⁵, quasi a voler rimarcare la compatibilità della gestione diretta con l'obiettivo di apertura dei mercati, in quanto operanti su piani diversi. L'iter legislativo di tale proposta di riforma, tuttavia, come sopra accennato, non trovò una naturale conclusione.

Sembra, così, definitivamente interrompersi il cammino che, progressivamente, attraverso la previsione di disposizioni innovative o di correttivi alla disciplina esistente, aveva portato l'azienda speciale ad assumere,

¹³² L'azienda speciale, tuttavia, rimane un modello tipico di gestione dei servizi privi di rilievo industriale (poi economico).

¹³³ La suddetta disposizione normativa si inserisce, tra l'altro, nel disegno complessivo di trasformazione degli enti pubblici, ben descritto da G. Napolitano, in *Gli enti pubblici: disegni di riforma e nuove epifanie*, relazione al convegno su *La riforma dell'amministrazione centrale*, Università degli studi della Tuscia, 2 dicembre 2004.

¹³⁴ Per un commento al disegno di legge si rimanda, ad esempio a R. Occhilupo, *La regolazione del settore dei servizi pubblici locali*, in «Mercato concorrenza regole», 2007, n. 3, pp. 453-484; F. Morfini, *I requisiti che legittimano l'affidamento in house nei servizi pubblici locali: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in «Giurisprudenza di merito», 2007, n. 12, pp. 3359-3384; G. V. Mattioli, *Il ritorno della gestione in economia nei servizi pubblici locali tra conservatorismi (nuovi) e mediazioni (antiche)*, cit., pp. 1046-1049; G. M. Salerno, *Una "piccola-grande" questione: il ddl delega sul riordino dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it, 4 aprile 2007; L. Ceffalo, *Ddl Lanzillotta: liberalizzazioni, il minimo sindacale*, Istituto Bruno Leoni, Position paper n. 9, 5 ottobre 2007.

¹³⁵ Art. 2, c. 1, lett. a), A.S. 772 nel testo proposto dalla 1ª Commissione permanente il 31 maggio 2007, a seguito dell'acquisizione dei pareri delle Commissioni 5ª, 8ª, 10ª e della Commissione parlamentare per le questioni regionali e a seguito dello svolgimento di un'apposita indagine conoscitiva.

almeno per certi aspetti, delle caratteristiche che la rendevano simile agli «altri» (operatori privati), pur preservandone, in una contraddizione solo apparente, quei connotati tipici che, in virtù dell'indissolubile legame con l'ente locale, la rendevano «speciale».

2.3. L'applicazione del modello nell'attuale quadro normativo

2.3.1. Il contesto normativo europeo in relazione alla gestione pubblica diretta...

L'ordinamento europeo contiene diverse disposizioni che, a determinate condizioni, consentono all'ente locale di riferimento di provvedere direttamente alla gestione del servizio. Tali disposizioni, sono contenute negli artt. 14, 106 e 345 del Tfeue, nel Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al Tfeue e al Tfeue, oltre che nel Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 e nella Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale.

L'art. 14, in riferimento ai servizi di interesse economico generale¹³⁶, afferma che è «fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi». Il Protocollo n. 26 prevede che i «valori comuni dell'Unione» comprendono «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti»¹³⁷. Le suddette norme, quindi, pur salvaguardando le disposizioni contenute nell'art. 106 del Trattato, riconoscono agli Stati membri la libertà di fornire direttamente tali servizi, in virtù della loro competenza.

Un principio analogo era già stato espresso nel Libro verde, laddove si afferma che «gli Stati membri sono liberi di stabilire le modalità di gestione,

¹³⁶ La nozione di servizi di interesse economico generale (Sieg), definita dal Protocollo allegato al Trattato di Lisbona (COM(2007) 725), ove limitata all'ambito locale, ha un contenuto omologo alla nozione di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 272 del 2004 e 325 del 2010. Per un'interpretazione diversa rispetto all'omogeneità, cfr. A. Lucarelli, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 245-247.

¹³⁷ Art. 1 del Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale.

sempre nel rispetto delle norme comunitarie» e che «spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)»¹³⁸. Il Parlamento europeo, similmente, nella Risoluzione sul Libro bianco «sottolinea che rientra nella discrezionalità dell'autorità competente decidere se gestire direttamente un SIG attraverso una sua unità o se affidarlo a fornitori esterni, con o senza scopo di lucro, esercitando un controllo analogo a quello esercitato sui servizi direttamente erogati»¹³⁹, operando, così, una distinzione all'interno della stessa gestione diretta. Evidenzia, inoltre, che «dovrebbe essere rispettato il principio di autonomia locale e regionale, che conferisce alle autorità competenti il diritto di scegliere le migliori modalità per la prestazione di ciascun servizio, tenendo conto dell'interesse pubblico»¹⁴⁰.

L'art. 106 prevede, come regola, che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale siano sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza; ammette, tuttavia, come eccezione, la gestione diretta¹⁴¹, quando l'applicazione di tali norme costituisca un ostacolo, in linea di diritto e di fatto, alla specifica missione dell'ente pubblico¹⁴². Secondo un'interpretazione restrittiva della norma, ciò sta ad indicare che l'eccezione della gestione diretta non è ammissibile solo in presenza della «specifica missione», ma occorre anche che tale «specifica missione» sia, in qualche modo, ostacolata dalle regole sulla concorrenza¹⁴³. Il che presuppone che venga fornita un'adeguata motivazione che evidenzi le ragioni di una siffatta scelta di gestione. Secondo un'interpretazione meno restrittiva, invece, tale norma, in coerenza con l'art. 14

¹³⁸ COM(2003) 270, punto 79.

¹³⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 27 settembre 2006 sul Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale (2006/2101(INI)), punto 24.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Il diritto dell'Unione europea, così come il nostro ordinamento, ricomprende nella gestione diretta anche la forma *in house* (che sarebbe più opportuno definire *quasi-diretta*), quando siano soddisfatti i noti requisiti *Teckal* (Corte di Giustizia, causa C-107/98).

¹⁴² Sull'applicazione di tale articolo e sui canoni che regolano il giudizio di proporzionalità tra l'esigenza di garantire la missione e le limitazioni da imporre al regime di concorrenza, cfr. *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 15 novembre 2007, causa C-162/06, *International Mail Spain*.

¹⁴³ Cfr. D. Anselmi, *Alcune brevi osservazioni sulla disciplina dei servizi pubblici dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012*, p. 5, in www.astrid.eu.

sopra menzionato, consente all'ente locale di scegliere alternativamente tra il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica e la gestione diretta.

Non vi sarebbero, quindi, nel diritto dell'Unione, né alcun obbligo di esternalizzazione né alcun divieto di autoproduzione¹⁴⁴, in quanto questi risulterebbero incompatibili con il carattere neutrale del Trattati.

In realtà, le norme comunitarie sembrano considerare sempre l'affidamento diretto un'eccezione rispetto alla regola della concorrenza. Le sfumature interpretative sopra riportate, quindi, rilevano esclusivamente ai fini del «rigore» che possa essere richiesto all'ente locale nel fornire la motivazione della propria scelta gestionale¹⁴⁵.

L'art. 345, infine, afferma la «neutralità» del regime proprietario pubblico o privato, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Trattato.

Secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, fornita nella sentenza n. 325 del 2010, l'ordinamento europeo consente, ma non impone, la gestione diretta, lasciando liberi gli Stati di decidere le modalità di organizzazione e gestione dei propri servizi, nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, parità di trattamento, proporzionalità, mutuo riconoscimento ed economicità. Rispettoso dell'ampia sfera discrezionale attribuita agli Stati membri, l'ordinamento comunitario si riserva solo di «sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un "errore manifesto"»¹⁴⁶. Il che, secondo il Giudice delle leggi, rende del tutto legittima, da parte di uno Stato, anche la scelta di vietare siffatta regola di gestione o di prevedere una disciplina più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, che costituisce solo un minimo inderogabile¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Corte di Giustizia, sentenze 10 novembre 2005, C-29/04; 11 gennaio 2005, C- 26/03; 9 giugno 2009, C-480/06.

¹⁴⁵ Si pensi, ad esempio, alla relazione sulla base della quale viene effettuato l'affidamento del servizio, ai sensi dell'art. 34, c. 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, come convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 e all'opportunità di prevedere un contenuto minimo o delle linee guida per la sua corretta elaborazione.

¹⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 325 del 2010.

¹⁴⁷ *Ivi*. In senso critico rispetto alle conclusioni della Corte costituzionale, A. Lucarelli, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010*, cit., pp. 249 ss.

2.3.2. ... e quello nazionale, con particolare riferimento alle aziende speciali

I recenti mutamenti della disciplina generale relativa ai servizi pubblici locali, determinati prima dall'abrogazione dell'art. 23-*bis* della legge n. 133 del 2008 a seguito dell'esito referendario del giugno 2011, e poi dalla dichiarazione di illegittimità dell'art. 4 della legge n. 138 del 2012 ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, invertendo una tendenza consolidata dal 2001, hanno rimosso i vincoli più stringenti, previsti dal nostro ordinamento, agli affidamenti *in house*. Hanno, inoltre, consentito, o meglio, creato i presupposti per il possibile «ritorno», seppur non pacifico, alla gestione diretta per mezzo di azienda speciale e, ove sussistano le condizioni, alle gestioni in economia.

Prima di entrare nel vivo della questione, che si presenta molto complessa e articolata, sono necessarie alcune premesse.

A seguito del referendum popolare e della dichiarazione di illegittimità sopra ricordati, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla disciplina generale dei servizi pubblici locali. Il nuovo quadro normativo – come detto in precedenza¹⁴⁸ – tacendo sulle modalità gestionali, da una parte, opera un rinvio alla disciplina e alla giurisprudenza comunitaria, dall'altra, salvaguarda le norme settoriali in vigore.

Tale indirizzo era stato già tracciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2011, in cui si affermava che, all'abrogazione dell'art. 23-*bis* della legge n. 133 del 2008, sarebbe conseguita «l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica».

Occorre, inoltre, ricordare che, come sottolineato dalla Consulta nella sentenza n. 199 del 2012, da una parte, l'applicabilità immediata della disciplina comunitaria ha l'effetto di «riespandere» le competenze regionali e degli enti affidanti nel settore dei servizi pubblici locali, dall'altra, la consultazione

¹⁴⁸ V. capitolo I, par. 2.

referendaria aveva espresso la volontà di escludere le drastiche riduzioni delle ipotesi di affidamenti diretti.

Alla luce di quanto sopra esposto si può affermare, quindi, che nel nostro ordinamento sono stati rimossi i vincoli più stringenti rispetto ad una disciplina comunitaria dei servizi pubblici di rilevanza economica meno sfavorevole alla gestione diretta.

Occorre, ora, indagare se tale disciplina consenta nel nostro ordinamento anche la gestione mediante azienda speciale.

Si ricorda che, a seguito della novella dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, determinata dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001, il modello dell'azienda speciale scomparve come formula gestoria tipica dei servizi di rilevanza economica e non vi è, ad oggi, alcuna norma esplicita nella disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che operi un rinvio a tale forma gestoria o al d.lgs. n. 267 del 2000.

Ciò pone, immediatamente, due questioni. La prima, secondo cui, per i principi di garanzia dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, non si può prescindere dal fatto che una figura soggettiva che appartiene al diritto pubblico non può essere «utilizzata al di fuori dei presupposti e per compiti differenti da quelli che la legge amministrativa per essa indica»¹⁴⁹. La seconda, per cui i principi comunitari concernenti la gestione diretta presuppongono «l'esistenza di una norma nazionale che indichi le figure soggettive da utilizzare»¹⁵⁰.

Mentre la seconda questione potrebbe trovare una più agevole soluzione, la prima presenta maggiori criticità.

Sebbene non ci siano, nel nostro ordinamento, disposizioni esplicite che indichino l'azienda speciale come possibile modello gestorio, l'art. 114 del Tuel è tuttora vigente, e il recente intervento normativo in tema di assoggettamento al patto di stabilità, di cui al c. 2, lett. a), dell'art. 25 del d.l. n. 1 del 2012 come

¹⁴⁹ G. Caia, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, cit., p. 666.

¹⁵⁰ *Ivi*, p. 665.

convertito, ha, secondo alcuni, conferito nuova vitalità all'istituto¹⁵¹. Inoltre, le disposizioni di cui al comma 5-*bis* dell'art. 114 del Tuel, non applicandosi – come recita il comma stesso – alle «aziende speciali e istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie», sembrano avallare la «provvisoria conclusione» secondo cui possano esserci aziende speciali operanti anche in altri settori¹⁵². La precisazione della Corte costituzionale¹⁵³, infine, secondo cui il carattere remunerativo della tariffa non può essere considerato «coessenziale» alla nozione di rilevanza economica, sembra rendere ammissibile, ai fini della gestione dei servizi di cui è indiscussa tale rilevanza, anche il modello dell'azienda speciale, rientrando quest'ultima tra le forme gestionali che, per legge, hanno l'obbligo del pareggio di bilancio¹⁵⁴. Si potrebbe, a questo punto, obiettare che il comma 8 dell'art. 35 della legge finanziaria 2002 ha imposto la trasformazione in società di capitali delle aziende speciali non incaricate di funzioni amministrative o di servizi sociali, ma è pur vero che tale disposizione fa riferimento alle aziende allora in essere, e non a quelle di nuova costituzione¹⁵⁵. Volendo tentare di risolvere la seconda questione attraverso un'interpretazione «benevola», si potrebbe affermare, quindi, che la figura soggettiva esiste, anche se non è direttamente individuabile.

Per quanto riguarda la prima questione, invece, non esistono delle disposizioni che disciplinino i compiti e gli oggetti dell'attività delle aziende speciale. Sarebbe opportuno, quindi, un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

A completamento del quadro sopra esposto, si ricorda che, venute meno tutte le disposizioni di diritto interno concernenti la gestione *in house*, ad essa si applicano esclusivamente le condizioni previste dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria (capitale totalmente pubblico; «controllo analogo»;

¹⁵¹ Cfr. L. Longhi, *Brevi considerazioni sulla possibilità della gestione del servizio idrico integrato attraverso aziende speciali*, 3 agosto 2012, p. 2, in www.giustamm.it.

¹⁵² M. Atelli, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante azienda speciale*, in «Diritto e Pratica Amministrativa – Il Sole 24 Ore», settembre 2012, p. 81.

¹⁵³ Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 2011.

¹⁵⁴ M. Atelli, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante azienda speciale*, cit., p. 82.

¹⁵⁵ L. Longhi, *Brevi considerazioni sulla possibilità della gestione del servizio idrico integrato attraverso aziende speciali*, cit., p. 3.

svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante), che non contengono alcun riferimento alla sua forma giuridica¹⁵⁶. Si potrebbe, quindi, sostenere che, in virtù del venir meno del requisito della forma societaria¹⁵⁷ precedentemente prevista nel nostro ordinamento e in ossequio al principio di neutralità di cui all'art. 345 del Tfu, l'azienda speciale, soddisfacendo per le sue stesse caratteristiche intrinseche i requisiti legittimanti la gestione (quasi-diretta) dell'*in house*, sia ad essa equiparabile¹⁵⁸.

Fin qui si è tentato di verificare la compatibilità della gestione diretta mediante azienda speciale nell'ambito della disciplina generale dei servizi pubblici di rilevanza economica. Occorre, a questo punto, indagare le normative di settore, per individuare eventuali norme specifiche che più agevolmente consentano tale forma di gestione.

Per il settore del trasporto passeggeri su strada e ferrovia e per la gestione delle farmacie comunali valgono le considerazioni svolte in relazione alla gestione in economia¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 325 del 2010, in cui si pone a confronto la disciplina comunitaria dell'*in house* con quella nazionale.

¹⁵⁷ Si precisa, tuttavia, che un riferimento al requisito della forma societaria si trova nell'art. 4, c. 8, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (decreto *spending review*), come convertito: «A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*». Tale norma, tuttavia, si inserisce in un contesto diverso da quello dei servizi pubblici locali, proponendosi di conseguire la privatizzazione e la messa in liquidazione delle società pubbliche. Sul punto, cfr. anche S. La Porta, *Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in «Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», 2012, n. 4, pp. 8-9.

¹⁵⁸ Sul punto v. S. Marotta, *La depubblicizzazione del servizio idrico integrato. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in «Munus», 2011, n. 1, p. 193, secondo cui è «evidente che "il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" descrive un servizio pubblico gestito in proprio, in economia o tramite azienda municipalizzata. Mentre la condizione consistente nel realizzare "la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene" è tipica delle aziende municipalizzate che per la loro stessa natura svolgono la propria attività nel territorio del Comune "proprietario" che è anche autorità concedente il servizio». Sulla rispondenza delle caratteristiche delle aziende speciali «ai rigidi e severi requisiti che sostanziano il modello *in house*», cfr. anche M. Gaddi, *L'azienda speciale. Una proposta per la gestione dei servizi pubblici locali*, in «Quale Stato», 2007, n. 1/2, p. 195.

¹⁵⁹ V. paragrafo 1.2 di questo capitolo.

Per quanto riguarda, invece, i servizi idrici, quel che resta della normativa di settore non contiene alcun riferimento esplicito alle aziende speciali, ma, per le considerazioni generali sopra esposte, non si può escludere tale forma gestoria.

Rispetto agli altri settori, quello dei servizi idrici presenta delle peculiarità che impongono maggiori cautele nell'organizzazione, come riconosciuto anche dal diritto dell'Unione europea. Il legame tra il servizio ed il bene acqua, inteso come risorsa scarsa dalla forte valenza sociale, potrebbe, infatti, giustificare la sottrazione del settore alle normali regole della concorrenza. Come affermato nella direttiva quadro 2000/60/CE, l'acqua «non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale»¹⁶⁰.

Nel Libro verde sui servizi di interesse generale, la Commissione sottolinea che alcuni servizi di interesse economico generale, tra cui l'approvvigionamento idrico, «non sono soggetti ad un regime regolamentare complessivo a livello Comunitario. In generale, la prestazione e l'organizzazione di questi servizi sono soggette alle norme che disciplinano il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato a condizione che interessino gli scambi commerciali fra gli Stati membri»¹⁶¹. Il Parlamento europeo, inoltre, nella Risoluzione sul citato Libro verde «si pronuncia nettamente contro la liberalizzazione della fornitura d'acqua»¹⁶² e nella Relazione sul quarto Forum mondiale dell'acqua, dichiara che questa «è un bene comune dell'umanità e come tale l'accesso all'acqua costituisce un diritto fondamentale della persona umana» e «insiste affinché la gestione delle risorse idriche si basi su un'impostazione partecipativa e integrata che coinvolga gli utenti e i responsabili decisionali nella definizione delle politiche in materia di acqua a livello locale e in modo democratico»¹⁶³.

Il diritto dell'Unione europea, quindi, lascia ampi «margini di manovra» nell'organizzazione dei servizi idrici, non solo in virtù del noto principio di neutralità, ma anche della necessità, fatta propria dai Trattati, di realizzare «un

¹⁶⁰ Considerando 1, Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

¹⁶¹ Punto 32 (2) del Libro verde.

¹⁶² Risoluzione del Parlamento europeo, del 13 gennaio 2004, sul Libro verde sui servizi di interesse generale [A5-0484/2003].

¹⁶³ Risoluzione del Parlamento europeo, del 15 marzo 2006, sul quarto Forum mondiale dell'acqua, punti 1 e 5.

bilanciamento tra le esigenze del mercato con quelle di tutela dei diritti sociali»¹⁶⁴. A quest'ultima necessità sarebbe riconducibile quel complesso di principi e regole che, secondo alcuni, sta contribuendo alla nascita del c.d. «diritto pubblico europeo dell'economia»¹⁶⁵.

Si ricorda che, proprio per ragioni di coerenza con la disciplina europea, il tentativo di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuto nel citato «d.d.l. Lanzillotta», escludeva, in virtù delle peculiarità del settore in argomento, il ricorso a gare, prevedendo esplicitamente «la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici»¹⁶⁶.

Tali premesse e previsioni contenute nel diritto dell'Unione, che definiscono «la matrice chiaramente giuspubblicistica del servizio idrico», e «la caratteristica oggettiva di “monopolio naturale”», sembrerebbero legittimare forme di autoproduzione, non solo mediante il ricorso all'*in house*, ma anche attraverso «una gestione diretta “interna” alla pubblica amministrazione»¹⁶⁷, quale l'azienda speciale, soprattutto in considerazione del fatto che, alla luce del nuovo contesto normativo, trovano immediata applicazione nel settore.

Si segnala, inoltre, che il Giudice delle Leggi, in occasione della pronuncia di illegittimità costituzionale della legge della Regione Puglia 20 giugno 2011, n. 11¹⁶⁸, con cui è stata disposta la costituzione di una azienda speciale per la gestione del servizio idrico e contestualmente le è stato affidato il servizio stesso, sembra aver avallato indirettamente tale ipotesi di modello gestorio. Nel ribadire le funzioni del soggetto di governo dell'ambito territoriale ottimale, infatti, la Corte ha avuto modo di riaffermare che l'attuale contesto normativo non prevede alcun obbligo di «adottare esclusivamente alcune specifiche forme di gestione». Una tale affermazione potrebbe far desumere che il ricorso all'azienda speciale

¹⁶⁴ R. Mastroianni, L. Della Corte, *Servizi idrici: alcuni profili di diritto dell'Unione europea*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2012, n. 1, p. 257.

¹⁶⁵ A. Lucarelli, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, cit., pp. 6 ss. e bibliografia *ivi* citata.

¹⁶⁶ Art. 2, c. 1, lett. a), A.S. 772. Si noti che tale previsione è contenuta sia nel testo presentato dal governo il 7 luglio 2007, sia nella versione proposta dalla 1^a Commissione permanente il 31 maggio 2007. Cfr. anche la Relazione illustrativa.

¹⁶⁷ S. Marotta, *La depubblicizzazione del servizio idrico integrato. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, cit., pp. 185, 194-195, e giurisprudenza e normativa *ivi* citata.

¹⁶⁸ Corte costituzionale, 7 marzo 2012, n. 62.

non appare illegittimo in sé, ma solo qualora costituisca una modalità obbligata di gestione¹⁶⁹.

Si ricorda, infine, che il risultato del referendum del giugno 2011 ha condotto all'abrogazione parziale del comma 1 dell'art. 154 del Codice dell'ambiente, relativamente alla previsione, in tariffa, dell'adeguata remunerazione del capitale investito, e, quindi, dell'utile del gestore. Ciò ha reso il servizio idrico un servizio, comunque di rilevanza economica – secondo i parametri della Corte costituzionale¹⁷⁰ –, ma «del tutto anomalo». La mancata previsione dell'utile di impresa, infatti, non solo rende improbabile l'interesse, da parte di gestori privati, ad essere presenti nel settore, ma rende anche incerta la configurabilità di quest'ultimo come mercato competitivo. Per alcuni, ciò sembrerebbe avvalorare la tesi sulla legittimità della gestione pubblica anche tramite azienda speciale, facendo, persino, sorgere dei dubbi sulla persistenza delle ragioni che giustificano la competenza legislativa esclusiva dello Stato nel settore¹⁷¹.

2.3.3. *La trasformazione delle società pubbliche in aziende speciali*

Dal nuovo contesto normativo, che – come si è detto – sembra aprire nuovi spazi alle c.d. forme «tipiche» di gestione pubblica diretta dei servizi locali di rilevanza economica, sono scaturite anche ulteriori questioni giuridiche, in relazione, ad esempio, alla trasformazione «diretta» delle società pubbliche in aziende speciali.

Per meglio comprendere la questione, si riporta il caso relativo alla recente decisione del Comune di Napoli di trasformare Arin S.p.a., titolare della gestione dell'acquedotto di Napoli, nell'azienda speciale Acqua Bene Comune Napoli¹⁷².

¹⁶⁹ A. Pioggia, *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*, in «Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente», 2012, n. 1-2, p. 100.

¹⁷⁰ Corte costituzionale, 12 gennaio 2011, n. 26.

¹⁷¹ A. Contieri, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell'esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, 27 settembre 2011, in www.giustamm.it.

¹⁷² La decisione è stata deliberata dalla Giunta il 23 settembre 2011 e dal Consiglio il 26 ottobre 2011 insieme all'approvazione dello schema di statuto. L'atto di trasformazione è stato poi formalizzato il 31 luglio 2012. Il processo di trasformazione si è definitivamente concluso il 20 febbraio 2013.

Si ricorda che tale decisione scaturì fondamentalmente da due considerazioni. La prima, attinente alla possibilità, da parte degli enti locali, di gestire il servizio idrico in forma diretta, possibilità derivante, secondo la giunta comunale, dal risultato della consultazione popolare del giugno 2011. La seconda, connessa alla particolare natura dell'azienda speciale, ritenuta, in virtù delle sue caratteristiche, coerente con la concezione dell'acqua intesa come «bene comune». Nel preambolo dello statuto, si legge, infatti, che l'azienda Acqua Bene Comune, che nasce dalla consapevolezza dell'emersione della categoria dei beni comuni che, in quanto tali «vanno collocati fuori commercio perché appartengono a tutti e non possono in nessun caso essere privatizzati», «vuole interpretare, attraverso una buona pratica di democrazia partecipata dal basso, il suo dovere costituzionale fondamentale di difendere i beni comuni minacciati, a cominciare dall'acqua, così come il popolo italiano ha indicato con il referendum del 12 e 13 giugno del 2011, il vero atto costituente di Acqua Bene Comune Napoli». In coerenza con la concezione secondo cui l'«acqua bene comune» è radicalmente incompatibile con l'interesse privato al profitto e alla vendita, l'art. 2 dello statuto¹⁷³, prevede che l'azienda non ha finalità di lucro, persegue il pareggio di bilancio e che gli eventuali avanzi di gestione sono finalizzati al miglioramento del servizio idrico integrato, secondo i principi e le modalità previsti dallo statuto stesso.

La questione che, nella fattispecie, ha sollevato un dibattito in dottrina, non è tanto – *rectius*, non solo – la legittimità, peraltro non da tutti riconosciuta¹⁷⁴, della scelta, alla luce del nuovo contesto normativo, dell'azienda speciale quale forma di gestione del servizio idrico, né la sua opportunità, ma, piuttosto, la possibilità stessa di procedere alla trasformazione di una società in un ente pubblico economico.

Come sopra ricordato, il nostro ordinamento, dapprima ha agevolato, con l'art. 17 della c.d. legge Bassanini-*bis*, e poi ha imposto, con il comma 8 dell'art.

¹⁷³ Per un'analisi dei tratti fondamentali dello schema di statuto dell'azienda Acqua Bene Comune Napoli, cfr. G. Nicoletti, *Il rilancio dell'azienda speciale: il "caso" di ARIN Napoli*, 5 settembre 2012, disponibile in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁷⁴ Cfr. G. Caia, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, cit., pp. 664-666.

35 della legge finanziaria 2002, la trasformazione delle aziende speciali in società di capitali. Non esiste, tuttavia, nell'attuale contesto normativo, una previsione esplicita che consenta il processo inverso. Occorre, quindi, indagare, se una trasformazione simile abbia comunque un fondamento giuridico.

Una parte della dottrina¹⁷⁵, nega che nel nostro ordinamento ci sia questa possibilità, rifacendosi alla giurisprudenza secondo cui l'art. 2500-*septies* c.c., che disciplina la trasformazione eterogenea delle società di capitali, non può essere applicato per trasformare società di capitali in figure diverse dalle tipologie di soggetti tassativamente indicati nella norma stessa. Escludendo, quindi, la trasformazione di un soggetto preesistente, sostiene la necessità di procedere dapprima alla liquidazione dell'esistente società e poi alla costituzione del nuovo soggetto, con tutte le difficoltà connesse all'esaurimento dei rapporti in corso.

Altra dottrina, invece, sostiene che l'utilizzo del termine «ente» nell'art. 2498 c.c. avvalorerebbe la tesi del catalogo aperto delle fattispecie possibili di trasformazione previste dall'art. 2500-*septies* c.c.¹⁷⁶.

Quest'ultima interpretazione, tuttavia, sebbene coincida con quella sostenuta dal Consiglio comunale, sembrerebbe contrastare, innanzitutto, con il principio di legalità, secondo cui nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non sulla base di una legge che disciplini tale evento¹⁷⁷.

Nel caso specifico, tuttavia, sono scaduti i termini di legge senza che siano stati presentati ricorsi avverso la delibera di trasformazione della società in azienda speciale.

¹⁷⁵ Si riporta, in sintesi, l'argomentazione espressa da G. Caia in *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, cit., pp. 669-670.

¹⁷⁶ L. Longhi, *Brevi considerazioni sulla possibilità della gestione del servizio idrico integrato attraverso aziende speciali*, cit., p. 3.

¹⁷⁷ Cfr. G. Caia, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, cit., pp. 669.

3. *L'in house: una s.p.a. senza scopo di lucro?*

3.1. *Sull'evoluzione della disciplina*

Con l'espressione *in house providing* si indica quella fattispecie che consiste nell'affidamento diretto di un appalto o di una concessione, a soggetti che, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, sono considerati parte della stessa amministrazione aggiudicatrice, tanto da rappresentarne una sorta di articolazione interna, di *longa manus*.

La costituzione di un rapporto *in house* presume, quindi, che non ci sia effettiva terzietà tra amministrazione aggiudicatrice ed ente aggiudicatario. Affinché ricorra la fattispecie, infatti, i soggetti in questione, pur essendo distinti sul piano giuridico-formale, non devono essere autonomi su quello decisionale¹⁷⁸.

Il rapporto così configurato non sarebbe riconducibile, quindi, ad una relazione contrattuale scaturita dell'incontro di volontà di entità diverse, bensì ad un'ipotesi di delegazione interorganica¹⁷⁹.

Le procedure ad evidenza pubblica, allora, non troverebbe applicazione, essendo l'*in house providing* espressione del potere di autorganizzazione degli enti locali¹⁸⁰. Si ricorda, infatti, che la possibilità riconosciuta alle amministrazioni pubbliche di autoprodurre determinati servizi prescinde, in base alla disciplina europea, dalla stessa definizione di concorrenza¹⁸¹.

L'identità sostanziale tra il soggetto pubblico affidante e l'ente *in house* risulta comprovata qualora siano soddisfatte le condizioni indicate dalla giurisprudenza comunitaria. Queste prevedono che il capitale del soggetto affidatario sia a totale partecipazione pubblica¹⁸², che l'amministrazione

¹⁷⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*.

¹⁷⁹ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola, 19 febbraio 1998, causa C-360/96, *Arnhem*. Cfr. anche TAR Campania, Salerno, Sez. I, sentenza 6 novembre 2003, n. 1494; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 30 giugno 2003, n. 3864.

¹⁸⁰ M. Clarich, C. Iaione, *Pubblico, privato e misto nella gestione dei servizi pubblici locali: la scelta fra autoproduzione ed esternalizzazione*, in Anci (a cura di), *Terzo rapporto sullo stato delle autonomie locali*, Roma, Formez – Area Editoriale e Documentazione, 2005, p. 238.

¹⁸¹ R. Cavallo Perin, D. Canalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in «Diritto amministrativo», 2006, n. 1, p. 65.

¹⁸² Si ricorda che la incompatibilità del «controllo analogo» con la presenza di un socio privato è stata affermata nella sentenza della Corte di giustizia 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle* e poi ribadita in successive pronunce.

aggiudicatrice eserciti sull'ente aggiudicatario un «controllo analogo» a quello da esso esercitato sui propri servizi e che il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano¹⁸³.

La «misura della necessità» di tali condizioni e, soprattutto, il significato riposto nel loro enunciato, sono stati oggetto di numerosi ripensamenti da parte del Giudice comunitario e della Commissione europea. Ancora oggi, infatti, risulta spesso difficile, con i dovuti distinguo, individuare una definizione certa ed univoca dei suddetti requisiti al fine di accertarne la sussistenza.

Il primo requisito, la totale partecipazione pubblica dell'ente *in house*, dovrebbe avere lo scopo di escludere che trovino spazio interessi economici potenzialmente contrastanti con quelli dell'amministrazione affidante. Risulta, quindi, strettamente interdipendente a quello del «controllo analogo». D'altronde, proprio sul requisito della partecipazione totalitaria è stata fondata la distinzione tra *in house* e società mista. Secondo un orientamento giurisprudenziale iniziato con la nota pronuncia della Corte di Giustizia *Stadt Halle*, infatti, «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi»¹⁸⁴. Da ciò consegue l'incompatibilità dell'affidamento *in house* con il modello della società mista¹⁸⁵.

La totale partecipazione pubblica, tuttavia, di per sé non risulta sufficiente a garantire un'effettiva ingerenza sulle scelte del soggetto *in house*, soprattutto nel caso in cui le quote di partecipazione siano detenute da una pluralità di soci¹⁸⁶. Si

¹⁸³ Cfr. Corte di giustizia: 10 novembre 1998, causa C-306/96, *Arnhem*; 9 settembre 1999, causa C-108/98, *RI.SAN*; 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*. Le suddette condizioni sono state successivamente corroborate ed integrate nelle sentenze Corte di giustizia 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*; 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Modling*; 6 aprile 2006, causa C-410/04, *A.M.T.A.B.*; 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*; 17 luglio 2008, causa C-371/05.

¹⁸⁴ Punto 49 della sentenza. V. anche Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, C-231/03, *Co.Na.Me.*

¹⁸⁵ R. Caranta, *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l'in house?*, in «Urbanistica e appalti», 2007, n. 12, pp. 1486 ss.; A. Clarizia, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in «Giustizia amministrativa», 2005, n. 1, pp. 196 ss.; Id., *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in «Giustizia amministrativa», 2005, n. 5, pp. 1063 ss.

¹⁸⁶ R. Cavallo Perin, D. Canalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., pp. 70-72.

ricorda, infatti, che il «controllo analogo» non è necessariamente un controllo «individuale», ma può essere anche esercitato congiuntamente da parte di più enti pubblici¹⁸⁷. Nella diversa ipotesi dell'amministrazione aggiudicatrice quale azionista unico della società controllata, in linea di principio, tale influenza potrebbe, invece, risultare presunta¹⁸⁸. Si segnala, tuttavia, che il requisito della partecipazione pubblica totalitaria è stato in parte messo in discussione in sede giurisprudenziale¹⁸⁹ e, precedentemente, dal Regolamento CE n. 1370/2007¹⁹⁰.

Il secondo requisito, il «controllo analogo», è un indice rivelatore dell'influenza dell'amministrazione affidante sul soggetto affidatario. Tale concetto ha subito nel tempo un'evoluzione non sempre lineare, come dimostra la «mutevole» giurisprudenza in materia¹⁹¹. Si sono alternate, infatti, pur

¹⁸⁷ Cfr. Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant* e 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Se.T.Co.*. Cfr. anche M. Giorgio, in *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, n. 12, pp. 1269 ss.

¹⁸⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, 1 marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 75.

¹⁸⁹ Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, causa C-371/05, in cui al punto 26 si afferma che «la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente [...] per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta».

¹⁹⁰ Cfr. art. 5, c. 2, lett. a), che prevede che la partecipazione totalitaria pubblica dell'«operatore interno» non sia un requisito obbligatorio.

¹⁹¹ La dottrina sul requisito del «controllo analogo» nell'affidamento *in house* è particolarmente copiosa. Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale del concetto, si segnala, tra l'altro: C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2001, n. 3-4, pp. 494 ss.; G. Galesi, *In house providing: verso una concreta definizione del «controllo analogo?»*, in «Urbanistica e appalti», 2004, n. 8, pp. 931 ss.; G. Greco, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2005, n. 1, pp. 61 ss.; A. Massera, *L'in house providing: una questione da definire*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2004, n. 8, pp. 849 ss.; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in «Diritto amministrativo», 2005, n. 1, pp. 193-206; C. Iaione, *Le società in house degli enti locali*, Roma, Anci Lazio, 2006, pp. 101-132; G. Piperata, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. Cammelli, M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 321-328; S. D'Antonio, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 169-180; G. Piperata, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2006, n. 2, pp. 133-145; F. Caringella, *Il problema dell'in house providing: un nodo non risolto dal codice*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo, procedure di affidamento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 343-354; M. Giordano, G. Montedoro, *I servizi pubblici locali fra diritto interno e comunitario*, in «Giustizia amministrativa», 2007, n. 5, pp. 1107-1125; G. Marchigiani, *La Corte di giustizia europea ignora la sua giurisprudenza in materia di organismi di diritto pubblico quando esamina casi di affidamento «quasi in house»*, in «Giustizia amministrativa»,

mantenendo comunque una coerenza di fondo, pronunce che hanno fornito interpretazioni particolarmente restrittive del requisito, ad altre che, invece, sembrano averne attenuato il carattere. Da una lettura complessiva, emerge, che il «controllo analogo», ai fini della legittimità del ricorso alla figura, debba risultare particolarmente incisivo e penetrante, e tale da privare il soggetto *in house* di una piena autonomia decisionale. Secondo la Commissione europea, inoltre, tale controllo presume un rapporto che determina in capo all'ente affidante «un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato»¹⁹². L'amministrazione concedente deve avere, quindi, la possibilità di esercitare «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni gestionali più importanti» dell'affidatario¹⁹³.

Il requisito dell'«attività prevalente», sottolinea, infine, il carattere di strumentalità dell'ente *in house*. Non essendo stata fornita alcuna indicazione per accertare in maniera univoca tale prevalenza, la dottrina ha formulato diverse soluzioni¹⁹⁴. Quella maggiormente condivisa prevede che il «rapporto ancillare» venga interpretato secondo un criterio economico-quantitativo¹⁹⁵. Al soggetto *in house*, infatti, è consentito di esercitare solo una «marginale» attività di impresa

2007, n. 2, pp. 267-279; A. Lirosi, *Affidamento in house: lo stato dell'arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo*, in «Giustizia amministrativa», 2006, n. 5, pp. 995-1006; G. Leccisi, *Ancora dubbi sul concetto di "controllo analogo" in materia di in house*, in «Giustizia amministrativa», 2006, n. 5, pp. 1044-1047; M. Nico, *Affidamenti in house: il "controllo analogo" è un requisito da accertarsi in concreto*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 23 maggio 2008.

¹⁹² Commissione europea, nota 26 giugno 2002 n. C(2002)2329, punto 35. Secondo il Consiglio di Stato, (Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316) la Commissione europea, in relazione al controllo analogo, sembra «alludere ad un fenomeno giuridico assimilabile a quello delle aziende municipalizzate [...] nel quale si istituiva un nuovo soggetto, con capacità giuridica propria e propri organi, sottoposto peraltro a penetranti poteri di vigilanza da parte dell'Amministrazione».

¹⁹³ Corte di Giustizia, causa C-458/03, *Parking Brixen*, cit., punto 65. Si segnala che, per quanto attiene il settore dei trasporti, il Regolamento CE n. 1370/2007 si spinge addirittura oltre. In riferimento al controllo analogo sul c.d. «operatore interno», prevede che l'influenza dell'ente pubblico si estenda anche «sulle singole decisioni di gestione» (art. 5, c. 2, lett. a).

¹⁹⁴ Per una disamina dei diversi orientamenti dottrinali, si rinvia a G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, cit., pp. 1135 ss. e bibliografia e giurisprudenza ivi citata.

¹⁹⁵ G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004; C. Tessarolo, *La gestione in house dei servizi pubblici*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2005.

nel libero mercato¹⁹⁶. A differenza delle altre società, quindi, quella *in house* subisce limitazioni in merito all'oggetto, ai committenti e ai destinatari dell'attività, tali da renderla, per alcuni, un'«impresa dimezzata»¹⁹⁷. Le suddette limitazioni trovano una giustificazione nella necessità di evitare che soggetti che godono di un particolare *status* derivante dall'affidamento diretto, sfruttino la propria posizione di privilegio in altri mercati¹⁹⁸.

Per la Corte di Giustizia l'affidamento *in house*, pur essendo compatibile con le regole e i principi dell'ordinamento comunitario, rappresenta comunque un'eccezione rispetto alla regola della concorrenza. Ne consegue che le condizioni che ne legittimano il ricorso debbano essere interpretate comunque in maniera restrittiva ed essere soddisfatte «permanentemente»¹⁹⁹.

I requisiti dell'*in house* elaborati in sede comunitaria, sono stati recepiti e ulteriormente sviluppati anche nella giurisprudenza nazionale, costituzionale ed amministrativa^{200 201}. Sono stati, inoltre, oggetto di molteplici atti da parte delle Autorità indipendenti, volti a sottolineare il carattere di specialità dell'istituto e a circoscriverne gli ambiti di applicazione²⁰².

¹⁹⁶ Si ricorda che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato, il requisito della «attività prevalente» risulta violato, ad esempio, anche in caso di espansione territoriale dell'impresa e di partecipazione ad altre gare, anche indette da altri enti pubblici.

¹⁹⁷ R. Cavallo Perin, D. Canalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., p. 82-83.

¹⁹⁸ Cfr., tra l'altro, Corte costituzionale, 1° agosto 2008, n. 326; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 settembre 2010, n. 7080.

¹⁹⁹ Corte di Giustizia, causa C-410/04, *A.M.T.A.B.*, cit.

²⁰⁰ *Ex multis*, nella giurisprudenza costituzionale v.: 4 maggio 2009, n. 148; 1 agosto 2008, n. 326; 23 dicembre 2008, n. 439. Nella giurisprudenza amministrativa, *ex multis*: Consiglio di Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456; Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970; 26 agosto 2009, n. 5082; nonché Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 2 aprile 2013, n. 458.

²⁰¹ Si ricorda, per completezza, che il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella sentenza 3 aprile 2007, n. 1514, sembra introdurre, ai fini della determinazione della legittimità degli affidamenti *in house*, un'ulteriore condizione, ossia l'esistenza di una disposizione nazionale di «copertura». I Giudici di Palazzo Spada sostengono, infatti, che il «controllo analogo» e «l'attività prevalente» non sono sufficienti a configurare la legittimità dell'affidamento *in house*, che, secondo il Collegio, «non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali» a prevederlo. Di qui la necessità che ci sia anche una «espressa disposizione di legge, idonea a consentirlo». Nella giurisprudenza comunitaria, tuttavia, quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, non trova un immediato riscontro. Per un commento alla sentenza, cfr. C. Lacava, *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all'in house? Il caso Zetema*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2007, n. 8, pp. 844 ss.

²⁰² Cfr., *ex multis*, Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazioni AS222 del 2001, *Disciplina dei servizi pubblici locali*; AS311 del 2003, *Modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali*; parere 13 settembre 2005, *Modalità di affidamento della gestione dei*

A livello normativo, considerata la complessità e la rilevanza della materia, il legislatore nazionale è intervenuto più volte.

Al fine di ripercorrere le principali tappe dell'evoluzione della disciplina dell'istituto, si ricorda che la figura dell'*in house* è stata codificata espressamente nel nostro ordinamento a seguito delle modifiche apportate all'art. 113 del Tuel dall'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003, come convertito. Si evidenzia che la norma in questione, fatta eccezione per la previsione della forma societaria del soggetto, riproduceva letteralmente le condizioni previste dalla giurisprudenza comunitaria (totale partecipazione pubblica del capitale, «controllo analogo» e «attività prevalente»).

L'affidamento *in house* venne previsto come uno dei modelli ordinari di gestione dei servizi pubblici locali, al pari degli affidamenti a terzi e a società miste. Il carattere derogatorio della figura, infatti, non emergeva dalla lettura della norma. La conseguenza più evidente fu che, rispetto alla precedente versione dell'art. 113 del Tuel²⁰³, che contemplava unicamente il ricorso alle gare ad evidenza pubblica per il conferimento della titolarità del servizio²⁰⁴, quella del 2003 segnava, di fatto, il «ritorno» alla gestione pubblica come modalità principale. La nuova disciplina rappresentava, quindi, un paradosso: sotto il profilo formale risultava più compatibile alla normativa comunitaria in materia²⁰⁵; dal punto di vista sostanziale, invece, era più «foriera di “chiusura al mercato”», consentendo la «rinascita delle società pubbliche e degli affidamenti diretti»²⁰⁶.

servizi pubblici locali; delibere 16 ottobre 2008, n. 18997 e 28 aprile 2011, n. 22226. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, segnalazione del 26 novembre 2008; deliberazioni 13 gennaio 2010, n. 2; 13 luglio 2010, n. 46; 2 dicembre 2010, n. 78; 26 gennaio 2011, n. 12. Per un esame delle più recenti posizioni delle rispettive Autorità, cfr. A. Ilacqua, *L'in house «puro» dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in «Foro amministrativo: Consiglio di Stato», 2012, n. 3, pp. 757-762.

²⁰³ Introdotta dall'art. 35, c. 1, legge 28 dicembre 2001, n. 448.

²⁰⁴ Si segnala, tuttavia, che la disciplina definita dalla riforma del 2001, faceva salvi, per la durata del periodo transitorio da essa previsto, gli affidamenti diretti effettuati in passato in violazione del diritto comunitario (art. 35, cc. 2 e 3). Prevedeva, inoltre, un regime derogatorio al principio della concorrenza per il mercato nel settore del servizio idrico integrato (art. 35, c. 5).

²⁰⁵ Si ricorda che la Commissione europea, con nota del 26 giugno 2002, avviò una procedura di infrazione per incompatibilità di alcune parti dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, soprattutto per quanto concerne la disciplina del periodo transitorio, con le direttive europee 92/50/CEE sugli appalti di servizi e 93/38/CEE sui cosiddetti settori esclusi.

²⁰⁶ C. Lacava, *In house providing e tutela della concorrenza*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2006, n. 8, p. 848.

Allo scopo di creare, in riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, un contesto normativo pro-concorrenziale, il legislatore nazionale, in particolare dal 2008 in poi, ha previsto ulteriori limiti e condizioni al ricorso all'*in house*, rispetto a quanto richiesto dall'ordinamento comunitario.

Con l'introduzione della nuova disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, definita dall'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008, l'affidamento *in house* venne esplicitamente previsto come una deroga alle modalità ordinarie di gestione, «per situazioni eccezionali 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'impiego di tale modalità gestoria venne condizionato, oltre che al rispetto dei requisiti e dei principi della disciplina comunitaria, anche ad un'«adeguata pubblicità» e motivazione della scelta dell'ente affidante. Quest'ultima doveva essere effettuata in base ad un'analisi di mercato, i cui esiti dovevano essere trasmessi in una relazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per l'espressione di un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante²⁰⁷.

In tal modo, è come se il legislatore avesse applicato al fenomeno *in house* un criterio di sussidiarietà. L'autoproduzione da parte dell'ente pubblico, infatti, non sembra configurarsi come un diritto, ma come una scelta legittimabile solo in caso di necessità²⁰⁸. Si segnala, inoltre, che già il Consiglio di Stato, nel parere della Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456²⁰⁹, definì l'*in house* come la «negazione del

²⁰⁷ Cfr. anche il Regolamento di attuazione dell'art. 23-bis, di cui al D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, che oltre a contenere delle specificazioni in merito alla delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta dall'ente locale, individuava anche la soglia di rilevanza dell'affidamento (200.000,00 euro annui), ai fini dell'espressione del parere obbligatorio da parte dell'Agcm ed individua, per il settore idrico, le specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione «in house» non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa (chiusura dei bilanci in utile; reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento; applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore). Per un approfondimento si rinvia a W. Troise Mangoni, *Affidamenti in house e parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 293 ss.

²⁰⁸ Cfr. M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Quaderni Cesifin n. 46, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 30-31.

²⁰⁹ Per un commento del parere, che fornisce anche interpretazioni «avanzate» in merito alle società miste e al rapporto tra pubblico e privato, si rinvia a M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in «Corriere Giuridico», 2007, n. 7, pp. 893 ss.

mercato», ravvisando in esso una soluzione gestionale non ottimale nella logica comunitaria della tutela della concorrenza²¹⁰.

Si ricorda che il suddetto quadro normativo, recante una disciplina pro-concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto previsto dall'ordinamento europeo, è stato legittimato dalla Corte costituzionale, proprio perché, a suo giudizio, non si poneva in contrasto con la normativa comunitaria, essendo quest'ultima diretta a favorire l'apertura dei mercati²¹¹.

Dopo l'abrogazione dell'art. 23-*bis* della legge n. 133 del 2008 (e, conseguentemente, del suo regolamento di attuazione), a seguito del referendum del giugno 2011, il legislatore è nuovamente intervenuto a disciplinare la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il nuovo quadro normativo, di cui all'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, come convertito, considerò l'*in house* come un'ipotesi ancora più residuale rispetto al precedente assetto. Da una parte, impose all'ente locale un articolato e periodico *iter* decisionale, sulla base del quale adottare una delibera che illustrasse le ragioni, in caso di irrealizzabilità di una gestione concorrenziale, dell'attribuzione di diritti di esclusiva e, in subordine, dell'affidamento diretto. Dall'altra, legittimò l'*in house* solo nei casi in cui il valore economico del servizio, oggetto dell'affidamento, risultasse pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui (successivamente ridotta a 200.000²¹²), vietando, al contempo, di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento.

Tale disciplina – come più volte ricordato – venne dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 199 del 2012, per sostanziale riproposizione di normativa abrogata a seguito di referendum popolare.

Venuti meno, quindi, tutti gli ulteriori limiti imposti dal legislatore nazionale allo scopo di «contenere» il fenomeno e, al contempo, di favorire la concorrenza *per* il mercato, laddove non fosse possibile quella *nel* mercato, alla disciplina dell'*in house* si applicano, nell'attuale contesto normativo, solo le

²¹⁰ Punto n. 8.2.3. del parere.

²¹¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 325 del 2010.

²¹² Art. 25, c. 1, lett. *b*), n. 5), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

condizioni «minime» previste dall'ordinamento comunitario, che prescindono, tra l'altro, dalla forma giuridica del soggetto affidatario.

3.2. Il lucro oggettivo e soggettivo

La trattazione delle società *in house* all'interno di un lavoro dedicato alle forme di gestione senza scopo di lucro dei servizi pubblici locali di rilevanza economica richiede alcune precisazioni.

La forma giuridica societaria, infatti, prevede, tra le proprie cause tipiche, lo scopo di lucro²¹³. Quest'ultimo si scompone «in due momenti funzionalmente collegati ma non inscindibili»: la produzione degli utili (lucro oggettivo) e la divisione degli stessi tra i soci (lucro soggettivo)²¹⁴. Mentre la prima può riscontrarsi anche in altri contratti associativi, la seconda diventa essenziale per la riconduzione della fattispecie al tipo società lucrativa²¹⁵.

Non si ritiene, tuttavia, che tale premessa sia di per sé sufficiente per sostenere che la società *in house* abbia una «fisiologica» vocazione allo scopo di lucro, inteso in senso soggettivo.

Sulla funzione lucrativa della società *in house*, infatti, le posizioni sono molteplici. Mentre per alcuni tale modello gestorio assolve «una funzione di mobilitazione dei capitali» proprio in ragione della veste giuridica assunta²¹⁶, per altri, invece, la sua compatibilità con la causa della ripartizione degli utili, appare piuttosto dubbia²¹⁷.

Il carattere strumentale della società *in house* rispetto all'ente affidante di riferimento, l'assenza di un'effettiva terzietà e soprattutto le finalità di interesse generale perseguite, potrebbero, infatti, (e per certi aspetti, dovrebbero) far

²¹³ Cfr. art. 2247 c.c.

²¹⁴ G. Marasà, *Le società*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2ª ed., 2000, p. 223.

²¹⁵ *Ivi*, p. 224.

²¹⁶ A. Lucarelli, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, cit., p. 136. Cfr. anche F. Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 261 ss.

²¹⁷ Cfr. A. Preto, M. Baldinato, *Il concetto di in house providing: recenti evoluzioni sul piano comunitario e prospettive nel diritto nazionale italiano*, in «Contratto e impresa. Europa», 2009, n. 1, pp. 372 ss.

presumere il perseguimento di scopi non puramente economici²¹⁸. D'altra parte, se si ammettesse il contrario e si riconoscesse il conseguimento del profitto come fine dell'attività, potrebbe non trovare giustificazione la deroga alla concorrenza. Sarebbe infatti paradossale, nonché presumibilmente contraria all'ordinamento comunitario, la sottrazione di un'attività al mercato per il conseguimento di un profitto da utilizzare per finalità estranee al servizio stesso, quali ad esempio il ripianamento del bilancio dell'ente affidante²¹⁹.

Per quanto, come sopra affermato, uno dei tratti distintivi dei soggetti societari disciplinati nel Libro V del codice civile sia proprio lo scopo del lucro soggettivo, tale caratteristica, come si avrà modo di spiegare²²⁰, non è tracciata in modo così netto. Basti pensare al caso delle società con scopo mutualistico o consortile, che assolvono funzioni diverse dalla distribuzione degli utili.

È possibile, quindi, che un soggetto, pur presentando tutti i connotati organizzativi che caratterizzano uno dei tipi societari, presenti un'anomalia in relazione ad una componente della causa del contratto, come ad esempio la divisione degli utili²²¹. La difformità tra lo scopo concreto e la causa tipica delle società può ben emergere, infatti, quando i fini perseguiti dall'azionista pubblico entrino in conflitto con la causa lucrativa²²². Di qui l'importanza di distinguere tra oggetto del contratto e scopo dello stesso, ai fini della determinazione della rilevanza dell'interesse pubblico²²³.

Le società pubbliche, quindi, pur necessariamente caratterizzate dalla lucratività oggettiva²²⁴, potrebbero, in determinati casi, perseguire uno scopo differente da quello della divisione degli utili²²⁵.

²¹⁸ Cfr. M. Giorgio, in *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, cit., p. 1277, che afferma che «la causa del contratto di società sarà permeata dall'interesse pubblico».

²¹⁹ F. Merloni, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche italiane, 2010, pp. 636-637.

²²⁰ Cfr. capitoli III e IV.

²²¹ G. Marasà, *Le società*, cit., p. 267.

²²² Ivi, p. 145.

²²³ F. Goisis, *Società a partecipazione pubblica*, (Voce), in «Dizionario di diritto pubblico», diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5604.

²²⁴ L'interesse lucrativo oggettivo, infatti, sembra essere fuori di dubbio. Cfr., tra l'altro, Corte di Cassazione, Sez. Unite, 27 febbraio 2008, n. 5083.

Mentre, infatti, il lucro soggettivo trova una giustificazione nell'ipotesi di una società pubblica che operi nel mercato sullo stesso piano di un soggetto privato, in caso di *in house* tale giustificazione risulterebbe piuttosto dubbia²²⁶.

Si segnala, tuttavia, che l'esplicita previsione normativa riguardante la distribuzione del dividendo prevista per le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione²²⁷, secondo alcuni, potrebbe valere, per estensione, come riconoscimento indiretto del carattere lucrativo, questa volta in senso soggettivo, anche delle società locali *in house*²²⁸.

L'autonomia statutaria di cui godono le società in generale e, quindi, anche le società *in house*, d'altra parte, può consentire di prevedere esplicitamente che gli utili, tolta la quota attribuita alla riserva legale, vengano reinvestiti nel servizio o che, in caso di assenza di riferimenti specifici, la decisione venga rimessa ai soci²²⁹. Accade, così, che spesso, nelle società *in house*, gli utili vengano reinvestiti, configurandosi, in tal caso, una sorta di società senza scopo di lucro *de facto*, pur non essendo previsto alcun vincolo nello statuto.

La causa del lucro soggettivo nelle società *in house*, seppur non escludibile a priori nell'attuale contesto normativo, presumibilmente è destinata a scomparire in futuro. Nella proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione ad oggi in discussione, infatti, in riferimento al «controllo analogo», è previsto esplicitamente che «la persona giuridica controllata non ricava alcun guadagno, eccezion fatta per il rimborso dei costi effettivi, dagli appalti pubblici stipulati con le amministrazioni aggiudicatrici»²³⁰. Sarebbe esclusa, così, ogni ipotesi di ripartizione degli utili.

²²⁵ Cfr. C. Lacava, *Le imprese pubbliche*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, IV, cit., p. 3907.

²²⁶ Cfr. le considerazioni, anche se di portata molto più generale rispetto al solo scopo di lucro, in merito alla distinzione tra società pubbliche operanti come “società di mercato” e società pubbliche costituite, invece, per operare come “semi-amministrazione” svolte da A. Massera, in *Le società pubbliche*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, n. 8, pp. 889 ss.

²²⁷ Art. 6, c. 11, decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, come convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

²²⁸ Cfr. F. Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 267-268.

²²⁹ Cfr. G. Marasà, *Le “società” senza scopo di lucro*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 113.

²³⁰ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, COM(2011) 897, 20 dicembre 2011, art. 15, c. 3, lett. d).

3.3. Le «insidie» dello strumento societario

La scelta della forma societaria per il soggetto *in house*, pone non pochi problemi che possono legittimare l'insorgenza di dubbi in merito alla sua coerenza rispetto ai requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario e, più in generale, in merito alla sua efficacia rispetto agli obiettivi di efficienza attesi. D'altra parte, essa rende necessaria un continuo perfezionamento della disciplina, al fine di assicurare la rispondenza del soggetto stesso ai principi e alle regole della pubblica amministrazione, di cui dovrebbe rappresentare una *longa manus*.

La scelta di tale strumento giuridico per l'*in house*, infatti, conduce per un verso a dei paradossi; per altro, all'introduzione di correttivi che ne accentuano i profili di specificità rispetto alla disciplina codicistica.

In relazione al primo problema sopra evidenziato, ossia la coerenza, la questione riguarda, in particolare, la compatibilità del diritto societario nazionale con il penetrante «controllo analogo» che dovrebbe essere esercitato dall'amministrazione affidante.

Si ricorda che, per l'ordinamento europeo, ai fini dell'accertamento del possesso del requisito del «controllo analogo», non è sufficiente che ci sia il semplice esercizio degli strumenti propri del socio, anche se totalitario, previsti dalle regole del diritto societario, ma deve sussistere un rapporto equivalente ad una relazione di subordinazione gerarchica tra la società affidataria e l'amministrazione aggiudicatrice²³¹.

²³¹ Secondo la Corte di Giustizia nella sentenza *Parking Brixen*, cit., «per configurare il controllo analogo è necessario uno strumento di carattere sociale ovvero anche parasociale - ma diverso dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercita in assemblea - che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante ossia garantire un'influenza determinante della seconda sulla prima, con riguardo sia agli obiettivi strategici che alle decisioni più importanti». Sulla necessità che, ai fini del riconoscimento del controllo analogo, sussista un controllo gestionale e finanziario stringente da parte dell'ente pubblico e che i poteri di ingerenza e di condizionamento da parte di quest'ultimo siano superiori rispetto a quelli tipici del diritto societario, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092; 11 agosto 2010, n. 5620; 8 marzo 2011, n. 1447; 7 aprile 2011, n. 2151; Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168 e, da ultimo, 11 febbraio 2013, n. 762.

Secondo una parte della dottrina²³², le norme codicistiche risultanti dalla riforma del diritto societario del 2003, non consentirebbero il riconoscimento di un potere decisionale all'azionista pubblico, salvo ricorrere a patti parasociali o ammettere, tramite apposite previsioni statutarie, la creazione di organi atipici²³³ che attribuiscono le competenze gestorie dell'impresa agli enti controllanti.

Rispetto alla formulazione precedente²³⁴, infatti, dal nuovo modulo di ripartizione delle competenze tra assemblea dei soci e consiglio di amministrazione, sembra emergere un ridimensionamento dei poteri gestionali della prima di contro ad un ampliamento di quelli del secondo²³⁵.

In quest'ottica, sembrano rilevare, anche se in maniera non completamente dirimente della questione, le differenze in merito alla scelta del tipo societario.

Nel nostro ordinamento, le società a responsabilità limitata risultano, in linea teorica, più idonee, rispetto alle società per azioni, al fine di soddisfare il requisito del controllo penetrante da parte dell'ente pubblico²³⁶. La possibilità che esse riconoscono all'ente locale di modulare lo statuto al fine di attribuire ampi poteri all'assemblea e, quindi, ai soci, sembra consentire l'influenza sulle decisioni strategiche²³⁷.

Nelle società per azioni, la questione è, invece, più complessa. La gestione dell'impresa, infatti, compete esclusivamente agli amministratori²³⁸. Le autorizzazioni da parte dell'assemblea sono limitate solo a determinati atti,

²³² Cfr., ad esempio, F. Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 258 ss.; A. Lucarelli, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, cit., p. 137 e giurisprudenza *ivi* citata; M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., pp. 45 ss.

²³³ Consiglio di Stato, Sez. V., 28 settembre 2009, n. 5808.

²³⁴ Si ricorda che la precedente versione dell'art. 2364 del c.c. prevedeva la c.d. «formula aperta», che consentiva, tramite previsioni statutarie, di attribuire maggiori competenze gestorie all'assemblea.

²³⁵ Cfr. artt. 2364 e 2380-bis, c.c. Sull'evoluzione dei rapporti tra i due organi in relazione alle società *in house*, cfr. R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., pp. 200 ss.

²³⁶ Cfr. artt. 2468, c. 3, 2476, 2479 c.c.

²³⁷ Cfr. M. Urso, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in «Urbanistica e appalti», 2006, n. 12, p. 1428. Cfr. tuttavia Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

²³⁸ Art. 2380-bis, c. 1, c.c. Sull'esclusività di tale competenza, cfr. F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, Cedam, 2003, pp. 456 ss.

previsti dallo statuto²³⁹. Il che sembra contrastare proprio con la concezione di «controllo analogo» inteso come «influenza determinante» sulle decisioni gestionali più importanti²⁴⁰. Il dubbio sulla compatibilità dello strumento non sembra comunque risolversi neanche con la scelta del c.d. sistema dualistico, che – si ricorda – prevede il consiglio di sorveglianza, organo a cui potrebbero spettare, per statuto, alcune funzioni di controllo strategico²⁴¹. La presenza di quest'ultimo, infatti, non pare incidere in ogni caso sull'attribuzione di poteri gestionali all'assemblea dei soci²⁴². Sembrerebbe, invece, risultare più coerente con il requisito del «controllo analogo» la soluzione consortile, ma solo qualora ci sia identità soggettiva tra consorziati e membri dell'organo decisionale²⁴³.

In relazione al secondo problema, ossia l'efficacia della scelta della forma societaria del soggetto *in house* rispetto alle finalità perseguite e agli obiettivi attesi, si evidenzia un possibile paradosso.

Come noto, è risalente – anche se ha conosciuto un nuovo impulso negli anni Novanta –, il fenomeno per cui, «per sfuggire alle stravaganti norme sulle municipalizzazioni», che rendevano particolarmente rigida e burocratizzata l'attività gestionale delle aziende speciali, si preferì promuovere la costituzione di società di capitali di partecipazione pubblica²⁴⁴. La “fuga nel diritto privato” aveva principalmente come scopo il conseguimento di migliori risultati gestionali attraverso l'utilizzo di modelli dal carattere tipicamente imprenditoriale. Se da una parte, tuttavia, si ricorre allo strumento societario per l'efficienza economica che si presume questo possa conseguire in virtù dei propri meccanismi decisionali e delle logiche che ne sottendono l'attività, dall'altra, proprio tale strumento, nell'ipotesi dell'*in house*, ammette un controllo, da parte dell'ente locale, molto intenso rispetto a quello esterno normalmente esercitato sui soggetti affidatari del

²³⁹ Art. 2364, c. 5, c.c.

²⁴⁰ Corte di Giustizia, causa C-458/03, *Parking Brixen*, cit., punto 65. Per un approfondimento sulla questione relativa alla compatibilità del diritto societario con il requisito del «controllo analogo», si rinvia, tra l'altro, a F. Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 258-260.

²⁴¹ Artt. 2409-*octies* e 2409-*terdecies*, lett. *f-bis*, c.c.

²⁴² F. Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., p. 260.

²⁴³ Cfr. art. 2615-*ter* c.c. Sul punto cfr. A. Clarizia, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, cit., pp. 1063-1064;

²⁴⁴ M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 405.

servizio a seguito di una gara ad evidenza pubblica. Tale controllo, come precedentemente detto, si traduce in un'influenza sulle decisioni gestionali della società. L'affidamento *in house* determina, quindi, un'obiettiva situazione di conflitto di interesse «in capo agli enti pubblici locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e a disciplinare la medesima»²⁴⁵. Sebbene i rischi connessi all'ingerenza politica da parte dell'ente locale, ampiamente riscontrati anche nel modello dell'azienda-organo, potrebbero essere attenuati tramite apposite previsioni statutarie che facciano proprio il principio della distinzione della funzione²⁴⁶, la gestione della società non sarebbe comunque avulsa da determinate logiche di consenso politico²⁴⁷.

Di qui l'origine di un possibile paradosso. Una società concepita in questi termini, infatti, potrebbe non realizzare gli obiettivi di efficienza attesi, proprio a causa dei maggiori vincoli cui è sottoposta e dei condizionamenti politici da cui non è affrancata. Lungi dal marcare una linea di rottura rispetto al modello e alle logiche delle aziende speciali, le società *in house*, da questo punto di vista, potrebbero rappresentare la continuità con il passato.

In relazione, infine, al terzo problema, ossia la rispondenza della società *in house* ai principi e alle regole della pubblica amministrazione, di cui dovrebbe rappresentare una sorta di «braccio operativo», si segnalano alcuni recenti interventi normativi, che hanno accentuato i profili di specialità di questo particolare tipo di società rispetto alla disciplina prevista dal diritto comune. Tali interventi si possono connotare per le «finalità “antielusive” dei vincoli che caratterizzano in generale l'organizzazione e l'attività degli enti pubblici»²⁴⁸. Hanno, infatti, lo scopo di evitare che si ricorra allo strumento societario

²⁴⁵ Agcm, segnalazione AS375 del 14 dicembre 2006, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house ed alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*.

²⁴⁶ Cfr. M. Urso, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, cit., p. 1428.

²⁴⁷ Sulla commistione di ruoli conseguente al difficile binomio tra affidamenti diretti e modello societario, v., tra l'altro, R. Mangani, *Affidamenti in house e modello societario tra controllo analogo e conflitto di interessi*, in «Giustizia amministrativa», 2007, n. 4, pp. 789 ss.

²⁴⁸ M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 8.

principalmente per sottrarsi a quelle regole imposte dall'ordinamento alle pubbliche amministrazioni per garantirne l'imparzialità, la correttezza e la trasparenza delle scelte. Tali previsioni normative, d'altronde, non solo costituiscono una risposta a dei possibili problemi di utilizzo strumentale della forma societaria. Ma rappresentano anche quella che dovrebbe essere una logica conseguenza dell'assenza di un'effettiva terzietà del soggetto *in house* rispetto all'azionista pubblico. Assenza che – si ricorda – l'ordinamento europeo postula ai fini della legittimazione stessa dell'affidamento diretto. Tra gli interventi legislativi dalle «finalità “antielusive”» si annoverano quelli che estendono alle società *in house* l'applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti in materia di acquisti di beni e servizi, nonché delle norme che stabiliscono, a carico degli enti locali, divieti o limitazioni in tema di personale e obblighi e limiti alla partecipazione societaria²⁴⁹. Si ricordano, infine, le disposizioni che prevedono l'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità interno²⁵⁰, nonché «alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica»²⁵¹.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, si pone un quesito. È opportuna la scelta della forma societaria se poi, senza peraltro trarne benefici evidenti rispetto ai modelli pubblicistici tipici, si è costretti ad adottare disposizioni che finiscono per alterare lo schema strutturale e funzionale del modello societario stesso?

3.4. Società in house e azienda speciale: sintesi delle principali differenze

Prima del recente mutamento del contesto normativo afferente la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il legislatore nazionale, come sopra ricordato, ha sempre previsto, per i soggetti *in house*, la forma giuridica societaria, in coerenza con un indirizzo politico, ormai consolidato, finalizzato a

²⁴⁹ Cfr. art. 18, c. 1, del d.l. n. 112 del 2008 come convertito e successivamente integrato dall'art. 19 del d.l. n. 78 del 2009, come convertito; art. 3-bis, c. 6, del d.l. n. 138 del 2011, come convertito.

²⁵⁰ Cfr. art. 3-bis, c. 5, del d.l. n. 138 del 2011, come convertito.

²⁵¹ Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale Campania, sentenza 16 marzo 2011, n. 359.

promuovere un processo di privatizzazione. La medesima *ratio* aveva ispirato anche le disposizioni contenute nella legge finanziaria 2002, che imposero la trasformazione in società di capitali delle aziende speciali²⁵².

Le società *in house*, sorte dalle ceneri di quest'ultime – ma il discorso vale anche per quelle di più recente istituzione, che non derivano da alcuna trasformazione – presentano, pur con le dovute differenze, numerose analogie con il modello stesso dell'azienda speciale. In dottrina, a proposito, si è parlato di «rinascita dell'impresa pubblica-organo», per descrivere l'«ingegnosa soluzione» volta a consentire la continuazione degli affidamenti diretti in favore delle aziende speciali, sebbene in una veste giuridica differente²⁵³.

Appare utile, dunque, tentare di riassumere le principali differenze tra i due soggetti gestori.

Mentre l'azienda speciale è, in quanto ente pubblico economico, un soggetto di diritto pubblico, la società *in house* trova la sua fonte di disciplina innanzitutto, ma non esclusivamente, nel diritto societario. Ne deriva che la prima, in virtù del carattere strumentale, che favorisce una maggiore coincidenza di scopo con l'ente locale di riferimento, «per natura» non persegue interessi puramente economici. Per la seconda, invece, in ragione della propria forma giuridica, la finalità lucrativa non è del tutto escludibile.

L'azienda speciale gode di una limitata autonomia, in quanto sottoposta al potere di indirizzo, vigilanza e controllo, in questo caso «autentico», da parte dell'ente affidante. La società *in house*, invece, in quanto riconducibile ad una dimensione privatistica, subisce in maniera mediata le ingerenze da parte dell'ente locale. Quest'ultimo, infatti, non ha la facoltà di incidere unilateralmente sull'attività della società, potendo tendenzialmente avvalersi, tramite i membri di

²⁵² Cfr., in questo capitolo, il paragrafo 2.2.

²⁵³ G. Napolitano, *Le società "pubbliche" tra vecchie e nuove tipologie*, cit., p. 1012. Sul punto v. anche S. Cassese, *Il neosocialismo municipale*, in «Corriere della Sera», 29 ottobre 2003; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., p. 209, in cui l'Autore afferma che «le vecchie municipalizzate, ora trasformate in s.p.a., continueranno a svolgere il loro servizio sotto la copertura dell'*in house providing*». Cfr. anche G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit, p. 13.

propria nomina in seno agli organi, solo degli strumenti previsti dal diritto societario²⁵⁴.

Sul piano economico, le aziende speciali risultano meno esposte, rispetto alle società *in house*, al rischio di impresa, essendo per esse contemplata, oltre la copertura dei costi sociali prevista nondimeno per il modello *in house*, anche l'ipotesi, seppur non automatica, del ripiano delle perdite. Entrambi i soggetti, tuttavia, sono indubbiamente legati alle sorti finanziarie dell'ente locale di riferimento, in ragione del capitale di dotazione da esso conferito, oltre che per i vincoli di finanza pubblica e i limiti relativi all'assunzione del personale cui sono sottoposti.

Sul piano operativo, inoltre, l'azienda speciale sconta i limiti della soggezione ad una legislazione che comporta «una “duplicazione amministrativistica” della gestione imprenditoriale». Ma anche la società *in house*, in molti casi, non si può sottrarre – come anche sopra evidenziato – alla normazione amministrativa, ad esempio in materia di accesso agli atti e procedure di evidenza pubblica²⁵⁵.

Sul piano organizzativo, infine, le società *in house* sono dotate di una struttura molto più agile e meno burocratizzata di quella delle aziende speciali, e, a differenza di quest'ultime, sono soggette ad una normativa limitativa del numero degli amministratori²⁵⁶.

Dal combinato delle differenze permanenti tra i due soggetti e delle deroghe in funzione “antielusiva” al diritto comune che caratterizzano il modello societario *in house*, sembrerebbe emergere un progressivo avvicinamento delle due fattispecie. Il solo elemento a favore della scelta del modello societario, per alcuni, parrebbe consistere nella limitazione della responsabilità del socio pubblico²⁵⁷. Le società *in house*, tuttavia, come sopra evidenziato, sembrano presentare maggiori criticità. Il presunto superiore beneficio da esse derivante in

²⁵⁴ A. Lucarelli, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, cit., p. 137 e giurisprudenza *ivi* citata.

²⁵⁵ G. Napolitano, *Le società “pubbliche” tra vecchie e nuove tipologie*, cit., pp. 1012-1013.

²⁵⁶ Art. 4, c. 5, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, come convertito.

²⁵⁷ A.R. Tassone, *Gli statuti delle società per gestione “in house” dei servizi pubblici*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 60.

termini di efficienza, non sembra compensare adeguatamente il rischio di un utilizzo strumentale di tale modalità gestoria al fine di eludere le regole pubblicistiche. Accade così, che in nome di una gestione meno burocratizzata e presumibilmente più efficiente, senza risolvere le problematiche connesse alla commistione di ruoli e al rischio di derive clientelari, si rinunci ad una maggiore trasparenza e assunzione di responsabilità.

Considerato, infine, che le deroghe al diritto comune non sono tendenzialmente auspicabili, soprattutto laddove l'effetto è una società di fatto alterata nella sua natura, sembra «facile convenire che tanto vale, allora, continuare ad utilizzare forme organizzatorie più direttamente, coerentemente e così, si può presumere, efficacemente, pubblicistiche»²⁵⁸.

4. Considerazioni finali

Il nuovo contesto normativo relativo ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, non solo ha rimosso gli ulteriori limiti e vincoli, rispetto a quanto previsto dall'ordinamento europeo, al ricorso all'affidamento *in house*, ma sembra anche aprire nuovi spazi alle forme di gestione pubblica diretta, in economia e tramite azienda speciale.

L'Unione europea, d'altronde, ha sempre mantenuto, in materia, un atteggiamento piuttosto prudente, volto a ricercare un punto di mediazione ed equilibrio tra il riconoscimento della libertà di scelta organizzativa e gestionale delle amministrazioni pubbliche locali e il corretto funzionamento del mercato.

La scelta, da parte dell'ente affidante, in favore dell'autoproduzione, che, in determinati casi, come nel settore idrico, potrebbe trovare particolari motivazioni anche connesse alla rilevanza sociale della risorsa oggetto del servizio, dovrebbe comunque rappresentare un'eccezione rispetto alla regola della concorrenza, a cui ricorrere quando non risulti possibile una migliore soluzione di mercato. Tale scelta, inoltre, non dovrebbe mai prescindere, in presenza di eventuali offerte di servizi da parte di imprese private, anche da valutazioni di convenienza economica.

²⁵⁸ F. Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., p. 279.

Le tre forme di gestione pubblica passate in esame, sono tutte accomunate oltre che dalla stessa fisiologica finalità di interesse generale, anche dalle medesime criticità. Queste, tuttavia, a seconda dei casi, si presentano con una diversa gradazione, direttamente proporzionale, per certi aspetti, al livello di integrazione nell'apparato organizzativo dell'ente locale.

Proprio le accentuate problematicità «operative» connesse alla gestione in economia e tramite azienda speciale, avevano spinto il legislatore a superare tali moduli gestori «tipici», e ad optare per uno strumento di diritto privato, quale quello societario, seppur modulato al fine di rispettare determinate condizioni che ne garantissero la riconducibilità nella sfera della pubblica amministrazione.

Dalla “fuga nel diritto privato”, tuttavia, sono scaturiti anche molteplici effetti negativi. Gli strumenti privatistici, infatti, molto spesso sono stati utilizzati non solo per rimuovere le «rigidità improprie» dei modelli pubblicistici, «ma anche i controlli, con effetti di disfunzione enfatizzati in un contesto di deterioramento nei costumi della politica»²⁵⁹. Di qui, gli interventi legislativi dalle «finalità “antielusive”» delle regole pubblicistiche e, in particolare, delle norme di contabilità pubblica. Tali interventi, tra l'altro, hanno contribuito a rendere le società *in house* sempre più simili, con le dovute differenze e solo limitatamente a certi aspetti, al modello delle aziende speciali.

I principali limiti connessi alla gestione pubblica sono la commistione di ruoli in capo all'ente locale e la presenza di vincoli di natura burocratica. Questi ultimi, in particolare, pregiudicano l'efficienza gestionale e la capacità di reagire prontamente al mutamento dei bisogni della collettività. Tali formule gestorie, inoltre, da un lato, sono potenzialmente soggette ad influenze di tipo politico, spettando il potere di indirizzo all'ente locale, tenuto a rispondere al proprio elettorato. Dall'altro, inevitabilmente risentono, dal punto di vista economico, dell'andamento della finanza pubblica locale. Ciò significa che quest'ultimo incide sulla capacità di tali soggetti imprenditoriali di realizzare investimenti infrastrutturali diretti al miglioramento della qualità del servizio erogato. Le

²⁵⁹ G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in «Munus», 2011, n. 12, e in «Astrid Rassegna», 2011, n. 12, in quest'ultima edizione a p. 4.

principali virtù sono, invece, oltre al perseguimento di uno scopo di natura sociale, di cui, tuttavia, il soggetto pubblico non ha un'esclusiva, anche la garanzia di uniformità nella prestazione del servizio, reso, in determinati contesti e settori, a prescindere dalla convenienza economica dello stesso.

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, il ricorso alla gestione pubblica rappresenta una scelta di natura politica. Così come, a parte le gestioni in economia che costituiscono, in ragione delle proprie caratteristiche, un'ipotesi residuale, rappresenta sempre una scelta essenzialmente politica, anche quella di ricorrere al modello dell'azienda speciale piuttosto che a quello della società *in house*. L'una, infatti, seppur formalmente distinta dall'ente locale, è saldamente integrata in esso²⁶⁰, ha una limitata autonomia ed è sottoposta ad un controllo «autentico». L'altra, in virtù della dimensione privatistica, ha un carattere più imprenditoriale, è comunque sottoposta ad un controllo, seppur «analogo», da parte dell'amministrazione locale e soggiace a determinati limiti e condizioni che ne esaltano il carattere di specialità.

L'introduzione di deroghe rispetto al modello societario previsto dal codice civile è, tuttavia, un fenomeno che non si dovrebbe considerare con favore. Quando il soggetto pubblico «scende sul piano del diritto comune», infatti, è opportuno che su tale piano resti²⁶¹. D'altronde, non sarebbe più opportuna nonché più trasparente una gestione diretta tramite aziende speciali, piuttosto che il ricorso a soggetti che, pur avendo forma societaria, sono nella sostanza «semi-amministrazioni»²⁶².

²⁶⁰ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27 settembre 2004, n. 6325.

²⁶¹ M. Clarich, in V. Domenichelli (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Atti del Convegno svoltosi a Padova il giorno 8 giugno 2007, Padova, Cedam 2008, p. 163.

²⁶² L'espressione «semi-amministrazioni» è utilizzata in riferimento alle società *in house* nel Rapporto Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008, p. 18.

CAPITOLO TERZO

LA GESTIONE COOPERATIVA: IL COINVOLGIMENTO DEI CITTADINI E DEGLI UTENTI

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sulla cooperazione di utenza in Europa e oltreoceano. – 2. Servizi pubblici, comunità di lavoratori o utenti e cooperazione: l'«intreccio» costituzionale. – 3. I tratti tipici dell'istituto in relazione ai servizi pubblici locali: considerazioni generali. – 3.1. Scopo mutualistico, funzione sociale e caratteristiche gestionali. – 3.2. Assenza di fini di speculazione privata, ripartizione degli utili o avanzi di gestione. – 4. La gestione dei servizi pubblici locali da parte di società cooperative. – 4.1. La versatilità del modello. – 4.2. L'autoproduzione. – 4.3. La *species* delle cooperative sociali e il possibile «precedente». – 5. Considerazioni finali.

1. Brevi cenni sulla cooperazione di utenza in Europa e oltreoceano

L'Alleanza cooperativa internazionale²⁶³ nel 1995 ha adottato la Dichiarazione di identità cooperativa. Questa, da una parte, definisce la cooperativa come un'associazione autonoma di persone che si uniscono volontariamente per soddisfare i propri bisogni economici, sociali e culturali e le proprie aspirazioni, attraverso la creazione di una società di proprietà comune e democraticamente controllata. Dall'altra, formula dei principi e delle linee guida sulla base dei quali le cooperative improntano la propria attività. Tali principi sono: adesione libera e volontaria; controllo democratico da parte dei soci; partecipazione economica dei soci; autonomia ed indipendenza; educazione, formazione ed informazione; cooperazione tra cooperative ed interesse verso la comunità. Nonostante, quindi, esistano e siano stati formulati principi largamente condivisi a livello internazionale, la loro attuazione ha dato origine a modelli di cooperativa molto differenziati tra i vari Paesi.

Anche la Società cooperativa europea²⁶⁴, che ha l'obiettivo di consentire all'interno dell'Unione l'attività transfrontaliera delle imprese cooperative, muove dalla consapevolezza di tali diversità. L'adozione del regolamento istitutivo,

²⁶³ L'International Cooperative Alliance (ICA) è l'Associazione internazionale non governativa ed indipendente che unisce, rappresenta ed assiste le cooperative di tutto il mondo. Fondata a Londra nel 1885, nel 1946 ha ricevuto dall'Onu il riconoscimento di «organizzazione consultiva di prima categoria».

²⁶⁴ Istituita con il Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 integrato con la Direttiva 2003/72/CE del Consiglio del 22 luglio 2003 che completa lo Statuto della Società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori.

infatti, è stata considerata una sorta di espediente di fronte alla difficoltà di varare una direttiva di armonizzazione dei diritti nazionali in materia²⁶⁵.

Alcuni dei Paesi con la più nota tradizione di ricorso al mercato – ma non solo – hanno già sperimentato dei modelli di gestione «alternativa» dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, attraverso soggetti giuridici privati – nella fattispecie che qui interessa, cooperative di utenza – che non trovano una perfetta corrispondenza nel nostro ordinamento.

Di seguito si riportano – senza pretesa di completezza – alcuni esempi di cooperative di utenza²⁶⁶, rinviando ad altra sede per un maggior approfondimento. Si precisa che i settori in cui hanno trovato maggiore applicazione tali forme di gestione sono il settore elettrico, quello dei servizi idrici, le telecomunicazioni e il trasporto pubblico locale.

In Gran Bretagna non esiste una normativa specifica per le cooperative. Quest'ultime, se hanno personalità giuridica e responsabilità limitata, possono assumere la forma di *bona fide co-operatives* (gestite dai soci in favore dei soci stessi, secondo la regola del *self-help*) o di *societies for the benefit of the community* (gestite dai soci in favore della comunità)²⁶⁷. In tal caso, sono registrate ai sensi dell'*Industrial and Provident Societies Act* e disciplinate, oltre che da questo, anche dal *Co-operatives and Community Benefit Societies Act 2003*. Se assumono, invece, la forma di società a responsabilità limitata per azioni (*company limited by shares*) o di società a responsabilità limitata da garanzia (*company limited by guarantee*) sono disciplinate ai sensi del *Company Act*

²⁶⁵ Cfr. G. Di Marco, *Il modello statutario per la Società cooperativa europea*, in «Le Società», 2004, n. 1, p. 107; cfr. anche A. Ceccherini, *La società cooperativa europea*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2003, n. 6, p. 1295. Per un approfondimento delle caratteristiche della Società cooperativa europea cfr. G. Racugno, *La società cooperativa europea*, in «Rivista del diritto commerciale», 2006, n. 1, pp. 315 ss.; G. Presti, *Le fonti della disciplina e l'organizzazione interna della società cooperativa europea*, in «Giurisprudenza commerciale», 2005, n. 1, pp. 774 ss.; E. Marra, *La società cooperativa europea*, in «Notariato», 2005, n. 1, pp. 108 ss.; A. Sarti, *Prime riflessioni sugli aspetti civili e fiscali della società cooperativa europea*, in «Rivista della cooperazione», 2004, n. 4, pp. 70 ss.

²⁶⁶ Gli esempi di cooperative di utenza a cui si farà riferimento sono quasi tutti tratti dal rapporto Euricse (European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises) a cura di P.A. Mori, F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia e in Europa*, Research Report n. 2, 2011, in particolare pp. 9-28, disponibile sul sito <http://euricse.eu/en>.

²⁶⁷ Cfr. <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/ctm40505.htm>. Cfr. anche Co-operatives UK, *Co-operatives UK Model Rules*, disponibile sul sito: <http://www.uk.coop/>.

2006²⁶⁸. Dal momento che le *company limited by guarantee* presentano, per quanto riguarda il finanziamento, dei limiti dovuti alla necessità di ricorrere al capitale di debito, nel 2004 sono state istituite le *Community Interest Companies*, una particolare tipologia di impresa che si caratterizza oltre che per lo scopo, il perseguimento dell'interesse della comunità, anche per il cosiddetto *asset lock*, ossia l'obbligo di reinvestire gli utili di gestione a favore della comunità stessa²⁶⁹. Uno dei settori dei servizi pubblici locali in cui si registra una importante presenza di cooperative è quello dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili²⁷⁰. Tra gli esempi più noti si ricorda *Energy4All*, un'impresa *no profit* che ha lo scopo di promuovere lo sviluppo di parchi eolici di proprietà delle comunità locali. La più recente e grande cooperativa di *Energy4All* è la *Westmill Wind Farm*. Si annovera, inoltre *Baywind Energy Co-operative*²⁷¹. Quasi tutte le cooperative del settore assumono la veste di *bona fide co-operatives*²⁷². Nel settore del trasporto pubblico locale, invece, operano i *Community Car Clubs*, soggetti di varia forma giuridica che si avvalgono di un meccanismo simile a quello del *car sharing*²⁷³. Anche nel settore delle telecomunicazioni si annoverano importanti esperienze di gestione tramite cooperative. Basti pensare a *CyberMoor LTD* o a *The Phone Coop*, unica cooperativa ad operare a livello nazionale. Nel settore dei servizi idrici, infine, è emblematico il caso *Glas Cymru* che, per maggiori affinità con il nostro modello fondazionale, verrà ricordato *infra* (Cap. IV, paragrafo 3).

²⁶⁸ Per un maggior approfondimento sulle forme societarie e sui riferimenti legislativi si rinvia a HM Treasury, *Review of the GB cooperative and credit union legislation: a consultation*, giugno 2007, disponibile alla pagina:

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.hm-reasury.gov.uk/media/7/0/consult_creditunion_210607.pdf.

²⁶⁹ Cfr. il *Companies Act 2004* e il *Community Interest Company Regulations 2005*. Per maggiori approfondimenti cfr. Uk Department for Business, Innovation & Skills, *Community Interest Companies-Information Pack Community Interest Companies*, marzo 2010, disponibile sul sito <http://www.bis.gov.uk/>.

²⁷⁰ Cfr. Co-operatives Uk, *The UK co-operative economy 2011*, p. 31, disponibile sul sito: <http://www.uk.coop/>.

²⁷¹ *Ivi*, p. 12.

²⁷² Cfr. P.A. Mori, F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia e in Europa*, cit., p. 12.

²⁷³ *Ibidem*. Cfr. anche il sito dell'apposita associazione senza scopo di lucro *Carplus*, alla pagina: <http://www.carplus.org.uk/>. Si precisa che il *car sharing* non rientra nel servizio pubblico locale, ma si pone come alternativa ad esso. Può assumere diverse forme, tra cui anche quella cooperativa.

In Francia, le cooperative sono regolate dalla legge generale del 10 settembre 1947²⁷⁴ e s.m.i. e da leggi speciali che disciplinano i diversi tipi di cooperative. Queste, infatti, si distinguono in cooperative di utenti, banche cooperative, cooperative di produttori, cooperative di imprese e *Sociétés coopératives d'intérêt collectif* (Scic). Quest'ultime, introdotte con la legge del 17 luglio 2001²⁷⁵, hanno come scopo la produzione o la fornitura di beni e servizi di interesse collettivo aventi utilità sociale e si caratterizzano per un approccio *multi-stakeholders*. Prevedono, infatti, la partecipazione di varie categorie di soci: dai lavoratori della cooperativa stessa, ai beneficiari dei beni e dei servizi fino ai soggetti che contribuiscono al progetto con varie tipologie di conferimenti. Possono assumere la forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata. Si registra un'importante presenza di Scic nel settore energetico (es. *Enercoop, Énergies Partagées*, ecc.), in quello dei rifiuti (es. *Revi+, Envie 2E*, ecc.) e, infine, nel trasporto locale (es. *Label Route 34, Mobiléco*, Scic di *car sharing*, ecc.)²⁷⁶.

In Spagna, le cooperative sono disciplinate sia dalla legge statale *Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas* e da numerose altre leggi generali, sia dalle leggi emanate dalle Comunità Autonome²⁷⁷. Come in quella italiana, anche nella Costituzione spagnola è presente un articolo dedicato alla cooperazione (art. 129, c. 2). Le cooperative di utenza spagnole operano soprattutto nel settore elettrico (es. *San Francisco de Asis, Suministros especiales Alginetense*, ecc.) e in quello dei trasporti²⁷⁸.

Negli Stati Uniti, le cooperative sono disciplinate dalle leggi dei singoli Stati e, per determinati aspetti, anche dalle leggi federali (ad esempio per quanto attiene l'attribuzione del *federal tax code*). Assumono solitamente la veste giuridica di imprese senza scopo di lucro, soprattutto in ragione dell'interesse che

²⁷⁴ *Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération.*

²⁷⁵ Art. 36, *Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel.*

²⁷⁶ Cfr. P.A. Mori, F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia e in Europa*, cit., pp. 23-24.

²⁷⁷ Una lista completa e aggiornata della legislazione statale in materia di cooperative e della legislazione delle Comunità Autonome è disponibile sul sito dell' *Observatorio Español de la Economía Social*, alla pagina: <http://www.observatorioeconomiasocial.es/area-juridica-cooperativas.php>.

²⁷⁸ Cfr. P.A. Mori, F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia e in Europa*, cit., pp. 27-28.

perseguono, ritenuto prevalente rispetto al profitto. Nei servizi pubblici locali, le cooperative di utenza vantano una lunga tradizione soprattutto nel settore dell'energia e delle telecomunicazioni. Potendo beneficiare, infatti, di una politica di sostegno finalizzata allo sviluppo delle zone rurali²⁷⁹, le cooperative si sono rapidamente diffuse già a partire dalla fine degli anni '30, anche se, inizialmente, limitatamente ad alcune aree. Le prime cooperative di consumo, infatti, sono nate per portare l'elettricità o garantire le telecomunicazioni in quelle zone in cui le imprese lucrative non avevano convenienza ad investire²⁸⁰. Oggi rappresentano una realtà consolidata soprattutto nelle zone rurali ed un fenomeno in espansione in generale, anche nel settore idrico²⁸¹. Tra gli esempi di maggior successo si ricordano, tra gli altri, *Basin Electric* e *Cimarron Electric*.

2. Servizi pubblici, comunità di lavoratori o utenti e cooperazione: l'«intreccio» costituzionale

Nell'ordinamento italiano, il dibattito sul possibile ruolo delle cooperative in settori di particolare interesse generale è scaturito soprattutto in relazione alla nozione di «collettivizzazione». Quest'ultima, evocata nell'art. 43 della Costituzione, è richiamata, seppur indirettamente, anche in altri articoli.

Secondo una definizione volutamente estensiva, per collettivizzazione si intende «il passaggio della proprietà o della gestione di risorse naturali o di mezzi

²⁷⁹ Cfr. il *Rural Electrification Act* del 1936.

²⁸⁰ Per un approfondimento sulla diffusione delle cooperative di consumatori elettriche e telefoniche nelle aree rurali degli Stati Uniti, cfr. H. Hansmann, *La proprietà dell'impresa*, ed. it., Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 189-206.

²⁸¹ Per il settore elettrico cfr., ad esempio, i dati riportati sul sito della *National Rural Electric Cooperative Association* (NRECA), alla pagina: <http://www.nreca.coop/members/CopFacts/Pages/default.aspx>; per il settore delle telecomunicazioni cfr. alcuni dati della *National Telecommunications Cooperative Association*, alla pagina: <http://www.ntca.org/about-ntca/about-our-members.html>. Cfr. anche i dati della *National Rural Water Association*, alla pagina: <http://www.nrwa.org/about/about.aspx>. Cfr., inoltre, University of Wisconsin Center for Cooperatives, *Research on the Economic Impact of Cooperatives*, a cura di Steven Deller, Ann Hoyt, Brent Hueth e Reka Sundaram-Stukel, 19 giugno 2009, pp. 46-56, disponibile alla pagina: http://reic.uwcc.wisc.edu/sites/all/REIC_FINAL.pdf; F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in USA*, Euricse Research Report n. 3, 2010, disponibile sul sito <http://euricse.eu/en>.

di produzione o di attività economiche allo Stato, ad enti pubblici minori (o da essi dipendenti), o coattivamente a collettività di lavoratori e consumatori»²⁸².

L'art. 43 C. – come noto unico articolo ad evocare la nozione di servizio pubblico essenziale – si pone in linea di continuità, in particolare, con gli artt. 41 e 42 C. e, in generale, con tutti gli articoli facenti parte della c.d. «costituzione economica». Con i primi, condivide soprattutto la natura garantista nei confronti dell'iniziativa economica e della proprietà privata²⁸³. Con i secondi – che ricomprendono anche i primi –, invece, la limitata o incompleta attuazione.

Nel complesso risulta pacifico che le norme contenute negli articoli 41-45 C. sono tra loro strettamente connesse.

L'art. 43 prevede la possibilità di riservare originariamente o trasferire imprese o categorie di imprese²⁸⁴ che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale. Premesso che l'elenco di tali categorie di attività non risulta essere tassativo, e che restano irrisolte questioni quali la definizione di servizi pubblici essenziali, l'individuazione dei fini di utilità generale e la determinazione del carattere di preminente interesse generale²⁸⁵, la riserva si configura come il divieto di iniziativa o di attività imprenditoriali ai soggetti non esplicitati nella norma, e come «costituzione di una situazione di monopolio di diritto»²⁸⁶.

Nonostante della possibilità di una «riserva originaria» allo Stato o a enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti si sia sottolineato soprattutto il carattere di eccezionalità²⁸⁷ in funzione garantista, l'articolo 43 C. dovrebbe essere considerato anche per la sua «portata interventista». Quest'ultimo, infatti,

²⁸² A. Predieri, *Collettivizzazione*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 394-395. Per una ricostruzione storica delle forme di collettivizzazione, v. pp. 396-418. Per una rassegna degli strumenti di collettivizzazione al di fuori delle forme previste dall'art. 43 C., cfr. pp. 430-431.

²⁸³ Sono previsti, infatti, precisi limiti all'intervento autoritativo dello Stato nell'economia, è costituzionalmente garantito il diritto del privato espropriato all'indennizzo, ecc.

²⁸⁴ Con il termine impresa si intende tanto l'attività quanto l'organizzazione imprenditoriale, cfr. A. Predieri, *Collettivizzazione*, cit., pp. 419-420.

²⁸⁵ *Ivi*, pp. 422-425.

²⁸⁶ *Ivi*, p. 420.

²⁸⁷ Cfr. A. Di Majo, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, I, Padova, Cedam, 1977, p. 333 ss.

sembra «destinato a completare il quadro dell'azione pubblica nel settore dell'economia»²⁸⁸. Quando l'attività di regolazione, con il suo insieme di controlli e di programmi, si rivela insufficiente, si rende possibile il ricorso alla «formale pubblicizzazione della impresa economica la cui titolarità viene preclusa ai privati ed affidata alla collettività, perché provveda a gestirla in modo conforme all'interesse generale»²⁸⁹. La realizzazione dei «fini di utilità generale», quindi, autorizza l'esclusione del regime di libera iniziativa, ossia «il ricorso a strumenti autoritativi in una serie di ipotesi nelle quali la sostituzione della mano pubblica ai privati imprenditori può essere di essenziale importanza e, tuttavia, non ha alcuna o ha scarse o potrebbe incontrare troppo onerose possibilità di attuarsi nelle ordinarie forme consensuali»²⁹⁰.

La «deprivatizzazione» delle imprese e delle categorie di imprese, quindi, da sola non sembra risultare sufficiente a garantire il conseguimento dei «fini di utilità sociale». Il trasferimento dovrebbe operare, nel caso, in favore di un soggetto che assuma come proprio scopo la destinazione dell'impresa all'interesse generale.

Oltre l'ipotesi più immediata della devoluzione dell'impresa allo Stato, il Costituente, «sotto l'influsso di una tendenza decentratrice, ha ritenuto che l'impresa conforme all'interesse generale possa realizzarsi anche affidandola, sia ad altri enti pubblici, sia a “collettività” composte dai medesimi lavoratori dell'impresa o da coloro che ne consumano i prodotti: in quanto gli interessi di queste categorie, concernendo di regola l'incremento dell'azienda e il miglioramento della produzione indipendentemente da mire egoistiche di lucro o di vantaggi politici, tendono a collimare con l'interesse generale»²⁹¹.

²⁸⁸ S. Cattaneo, *Comunità di lavoratori o di utenti*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 347.

²⁸⁹ *Ibidem*. Cfr. anche p. 348.

²⁹⁰ F. Galgano, *Art. 43*, in F. Galgano, S. Rodotà, *Rapporti economici*, tomo II, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982, p. 196, ma v. anche p. 195. Sulla legittimità costituzionale della collettivizzazione, non solo in relazione al funzionamento del sistema economico, ma anche in caso di attività che riguardino fondamentali aspetti della vita democratica, v. Corte costituzionale, sentenza 9 luglio 1974, n. 225, in materia di radiotelevisive, citata *ivi*, p. 196.

²⁹¹ S. Cattaneo, *Comunità di lavoratori o di utenti*, cit., p. 348.

Si ricorda che l'espropriazione per pubblica utilità non ha limiti sotto il profilo soggettivo. È di fondamentale importanza, quindi, che il Costituente abbia voluto specificare i possibili beneficiari della riserva o del trasferimento, ponendo in particolare l'accento sul c.d. «governo democratico dell'economia».

Quest'ultimo trova la sua affermazione negli artt. 1-4 della Costituzione. L'art. 1 afferma il principio democratico anche sul piano economico. L'art. 2 riconosce le formazioni intermedie e la solidarietà economica. Il secondo comma dell'art. 3 enuncia il diritto di tutti i lavoratori di partecipare all'«organizzazione politica, economica e sociale del Paese». L'art. 4, infine, sottolinea il dovere di ciascuno di concorrere al progresso materiale²⁹².

Nel disegno costituzionale, quindi, alla «democrazia dei cittadini» si collega la «democrazia dei produttori» e si riconosce un diritto di partecipazione politica connesso alla posizione che l'individuo occupa nel processo produttivo²⁹³.

Da questa premessa si può dedurre, in particolare, il diretto rapporto del secondo comma dell'art. 3 con l'art. 43 e con l'art. 45 C.

Le comunità di lavoratori e utenti – di cui la norma costituzionale non definisce la natura giuridica – non solo costituiscono il riflesso dell'indirizzo «a decentrare la pubblicizzazione delle attività economiche mediante organismi dotati del margine di autonomia sufficiente al dinamismo di siffatte attività»²⁹⁴. Ma, in quanto possibili portatori degli «interessi particolari di quelle minori collettività che [...] devono porsi come necessari elementi di mediazione fra individuo e Stato»²⁹⁵, costituiscono anche un'espressione dell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese di cui all'art. 3 C.

La cooperazione, quindi, collocandosi tra le istituzioni di «democrazia dei produttori» rappresenta «uno dei modi mediante i quali si realizza l'accesso dei

²⁹² Cfr. A. Nigro, *Art. 45*, in A. Nigro, G. Ghezzi, F. Merusi, *Rapporti economici*, tomo III, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1980, p.22.

²⁹³ F. Galgano, *Art. 41*, in F. Galgano, S. Rodotà, *Rapporti economici*, cit., p. 36.

²⁹⁴ S. Cattaneo, *Comunità di lavoratori o di utenti*, cit., p. 348.

²⁹⁵ *Ibidem.*

lavoratori alla direzione della vita politica; una delle forme di partecipazione popolare all'esercizio della sovranità»²⁹⁶.

Sebbene in un primo momento le «comunità di lavoratori o di utenti» fossero considerate alla stregua di soggetti di interesse pubblico e, comunque, come soggetti non aventi carattere meramente privato²⁹⁷, in seguito si è affermata la tesi per cui tali figure corrispondono necessariamente alle cooperative²⁹⁸.

Tale tesi si fonda, in particolare, sul riconoscimento di una funzione sociale sia alle comunità di lavoratori e utenti sia alle cooperative.

Ferma restando, inoltre, la fondamentale unità del fenomeno cooperativo, la stessa distinzione tra «lavoratori» e «utenti» sembra richiamare la diversa tipologia delle cooperative di produzione e lavoro e delle cooperative di utenza/consumo²⁹⁹.

Forzando l'interpretazione, si potrebbe dire che il Costituente, anche in un momento in cui il fenomeno cooperativo non era particolarmente sviluppato e non aveva ancora assunto l'attuale ruolo economico, già ne intravedeva le potenzialità in un settore estremamente «strategico» quale quello dei servizi pubblici.

3. I tratti tipici dell'istituto in relazione ai servizi pubblici locali: considerazioni generali

Del primo comma dell'art. 45 C. concernente la cooperazione, la dottrina ha fornito, in passato, un'interpretazione per molti aspetti riduttiva³⁰⁰. Non solo per quanto riguarda la delimitazione stessa del fenomeno preso in considerazione dalla norma, ma anche e soprattutto per l'individuazione della sua essenza.

Da una parte, infatti, l'espressione «cooperazione a carattere di mutualità», utilizzata dall'art. 45 C., è stata riferita a quelle «società cooperative» strutturate sulla base del principio della mutualità cosiddetta «pura», che consiste nell'operare esclusivamente con i soci e per i soci, e, quindi, ad un modello che

²⁹⁶ F. Galgano *Art. 41*, cit., p. 39. Cfr. U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, Cedam, 1974, p. 151.

²⁹⁷ Cfr. S. Cattaneo, *Comunità di lavoratori o di utenti*, cit., p. 349.

²⁹⁸ Cfr. F. Galgano, *Art. 43*, cit., p. 199; A. Nigro, *Art. 45*, cit., p. 17.

²⁹⁹ Cfr. F. Galgano, *Art. 43*, cit., pp. 200-201.

³⁰⁰ Cfr. A. Nigro, *Art. 45*, cit., pp. 3-7.

non esaurisce tutta l'area ricompresa dall'art. 2511 c.c., nella sua formulazione del 1942³⁰¹. Dall'altra, è stata legittimata la visione tradizionale della cooperativa, intesa sia come impresa fondata sulla «gestione di servizio», consistente in una reciprocità di prestazioni tra società e soci³⁰², sia come fenomeno meritevole di ausilio e protezione e, come tale, da confinare «in una posizione marginale e di sicura inferiorità rispetto agli altri organismi imprenditoriali, pubblici o privati che siano»³⁰³.

Nella realtà attuale, il fenomeno cooperativo ha ormai superato la dimensione sopra descritta, per assumere un ruolo attivo nello sviluppo economico, ferme restando le sue peculiarità e la sua funzione sociale connaturale, che lo rendono un *quid medium* fra l'impresa privata e quella pubblica³⁰⁴.

Non essendo questa la sede per un'analisi del complesso fenomeno delle cooperative e della sua evoluzione, ci si limiterà a ricordare quelle particolari caratteristiche dell'istituto che possono risultare rilevanti ai fini della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si individueranno, dapprima, quei tratti tipici del modello che ne connotano la funzione sociale anche in ragione della sua particolare *governance* partecipativa. In un secondo momento, quelli che lo contraddistinguono dal punto di vista economico.

3.1. *Scopo mutualistico, funzione sociale e caratteristiche gestionali*

La società cooperativa si caratterizza, innanzitutto, per la sua funzione strumentale rispetto ad un gruppo di emanazione. La sua azione, infatti, è diretta al soddisfacimento di bisogni o di interessi, fundamentalmente economici, del maggior numero possibile di aderenti ad una determinata categoria, a condizioni

³⁰¹ *Ivi*, p. 6. Si fa qui riferimento alla formulazione dell'art. 2511 c.c. antecedente alla sostituzione del Titolo VI del Libro V del c.c., comprendente gli articoli da 2511 a 2548, disposta, a decorrere dal 1° gennaio 2004, dall'art. 8, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. L'articolo in questione è stato poi ulteriormente modificato dal comma 1 dell'art. 10, legge 23 luglio 2009, n. 99.

³⁰² Per un approfondimento cfr. G. Bonfante, *Delle imprese cooperative. Art. 2511- 2545*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1999, pp. 70-75.

³⁰³ A. Nigro, *Art. 45*, cit., p. 6.

³⁰⁴ Cfr. *ivi*, pp. 15, 17-18.

auspicabilmente più vantaggiose di quelle offerte dal mercato³⁰⁵. Una delle caratteristiche essenziali degli organismi cooperativi è, quindi, lo scopo mutualistico³⁰⁶. Non potendo in questa sede addentrarci in una ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in relazione alla definizione di tale concetto, ci si limiterà a ricordare i tratti salienti della sua evoluzione. Superata, infatti, l'idea della mutualità pura per un'evidente incompatibilità di quest'ultima con le leggi di mercato, si è affermata dapprima la concezione di mutualità prevalente, che consente in termini accessori e strumentali un'attività speculativa con terzi, a cui poi si è affiancata quella di mutualità esterna³⁰⁷. Quest'ultima, rispecchiando una particolare concezione sociologica della cooperazione³⁰⁸, prevede che le cooperative che svolgono attività anche con i terzi, riconoscano loro i medesimi vantaggi dei soci³⁰⁹.

Si precisa che il legislatore, a seguito della riforma del diritto societario attuata con il d.lgs. n. 6 del 2003, in linea con il dettato comunitario³¹⁰, ha inteso lo scopo mutualistico in termini di gestione di servizio a favore dei soci.

La cooperativa a mutualità prevalente, quindi, assume, nel nuovo impianto normativo³¹¹, una posizione di centralità rispetto alle «altre» cooperative o c.d.

³⁰⁵ Cfr. P. Verrucoli, *Cooperative (imprese)*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 559.

³⁰⁶ Si ricorda che lo scopo mutualistico consiste in una reciprocità di prestazioni che presuppone rapporti contrattuali distinti rispetto al rapporto sociale. Cfr. Cassazione civile, sez. I, 18 gennaio 2001, n. 694 con nota di L.F. Paolucci, *Mutualità e scambio mutualistico nelle cooperative*, in «Le Società», 2001, n. 8, p. 694.

³⁰⁷ Sulla intrinseca debolezza economica della mutualità pura e, diffusamente, sull'evoluzione della nozione di mutualità anteriormente alla riforma del 2003, cfr. G. Bonfante, *Delle imprese cooperative. Art. 2511- 2545*, cit., pp. 76-93.

³⁰⁸ Cfr. A. Saija, *Prime riflessioni sull'evoluzione delle cooperative dal codice civile alla riforma delle società: mutualità e controlli*, in «Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente», 2004, n. 2, pp. 47-48.

³⁰⁹ G. Bonfante, *Delle imprese cooperative. Art. 2511- 2545*, cit., p. 88.

³¹⁰ Cfr. Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 relativo allo Statuto della Società cooperativa europea (Sce) e Direttiva 2003/72/CE del Consiglio del 22 luglio 2003 che completa lo Statuto della Società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori; cfr. anche le circolari attuative del Ministero dello sviluppo economico 30 giugno 2006 e 26 marzo 2007. Per un esame comparato delle innovazioni legislative comunitarie e nazionali in materia, cfr. M. Iengo, *Statuto della società cooperativa europea e riforma del diritto cooperativo italiano: due leggi a confronto*, in «Rivista della cooperazione», 2003, n. 4, p. 63 ss.

³¹¹ Si ricorda che la disciplina delle cooperative oltre che dall'art. 45 C. e dalle disposizioni di cui al Libro V, Titolo VI, del c.c. è regolata da leggi speciali e anche da leggi regionali.

cooperative «diverse»³¹². Questa differenziazione, che scaturisce dalla presa d'atto della convivenza di diversi tipi di attività, comunque riconducibili al fatto cooperativo, ha permesso di dare piena attuazione al dettato costituzionale di cui all'art. 45, prevedendo il riconoscimento di particolari agevolazioni fiscali solo alle prime e non più indistintamente a tutte³¹³.

Le caratteristiche della cooperativa a mutualità prevalente sono definite in ragione dello scambio mutualistico ed in virtù di criteri di tipo quantitativo e di clausole di non lucratività più restrittive rispetto a quelle previste per le cooperative «diverse»³¹⁴. La nozione di prevalenza non esclude che l'attività mutualistica della cooperativa possa rivolgersi anche a terzi, a patto che ciò sia espressamente previsto nell'atto costitutivo³¹⁵.

La mutualità esterna, invece, viene riconosciuta in modo indiretto dal legislatore della riforma – si pensi ad esempio anche al ruolo assegnato ai fondi mutualistici –, essendo apparentemente scomparsa dall'ordinamento, in quanto sottoposta a riserva di legge³¹⁶.

Il nuovo impianto normativo, quindi, individua diversi contenuti e livelli di mutualità e riconosce loro una differente meritevolezza sociale, senza pregiudicare il sostanziale carattere unitario del fenomeno cooperativo³¹⁷.

³¹² G. Fauceglia, *Luci ed ombre nella nuova disciplina delle società cooperative*, in «Il Corriere giuridico», 2003, n. 10, p. 1386.

³¹³ Cfr. G. Tatarano, *Mutualità e gestione di servizio nelle cooperative: i principi nella riforma del diritto societario*, in «Notariato», 2002, n. 2, pp. 125-126; A. Sarti, *Il riconoscimento fiscale della mutualità prevalente*, in «Rivista della cooperazione», 2005, n. 3, pp. 101-103. Cfr. anche art. 223 *duodecies* disp. att. c.c. e la disciplina di cui all'art. 26 del d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, nota come «legge Basevi», come integrata e modificata dal D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601.

³¹⁴ Artt. 2512, 2513 e 2514 c.c.

³¹⁵ Art. 2521, c. 2, c.c.

³¹⁶ Art. 2520, c. 2, c.c. Per un approfondimento si rinvia a E. Rocchi, *Ma dov'è finita la mutualità esterna?*, in «Rivista della cooperazione», 2002, n. 4, in particolare pp. 62-63, 65, in cui si fa riferimento anche alla c.d. mutualità di sistema. I fondi mutualistici, infatti, realizzano, un fenomeno di contribuzione obbligatoria a carattere di solidarietà, che può dirsi mutualistico perché i benefici che ne derivano sono destinati al «sistema» mutualistico nel suo complesso. Cfr. A. Saija, *Prime riflessioni sull'evoluzione delle cooperative dal codice civile alla riforma delle società: mutualità e controlli*, cit., p. 53; R. Lolli, *La contribuzione annuale ai fondi mutualistici e la mutualità "di sistema"*, in «Le Società», 2009, n. 5, pp. 563 ss.

³¹⁷ Cfr. A. Bassi, *Il futuro della cooperazione nei progetti di riforma delle società non quotate*, in «Le Società», 2000, n. 7, p. 781; Id., *L'impresa societaria con scopo mutualistico*, in V. Buonocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2009, pp. 437-438. A conclusioni diverse giunge, ad esempio, S. D'Agostino in *Concetto di «mutualità*

I principi mutualistici e democratici, infatti, sono gli elementi unificanti e caratterizzanti presenti in tutte le cooperative, e il perseguimento dello scopo mutualistico rappresenta l'espressione stessa della funzione sociale della cooperazione³¹⁸.

Tale funzione si realizza in molteplici modi, la maggior parte dei quali richiama valori e principi che potrebbero trovare applicazione nella gestione dei servizi pubblici locali.

La funzione sociale del modello cooperativo si manifesta, ad esempio, in relazione al rapporto con la comunità locale di riferimento. La cooperativa, infatti, si caratterizza per essere, tra l'altro, un'impresa di territorio. Il vantaggio più evidente, connesso a questo tratto tipico, è la riduzione delle asimmetrie informative e, quindi, dei costi di contrattazione da esse derivanti³¹⁹. La vicinanza alla comunità, infatti, rende più agevole sia l'individuazione delle opportunità e delle criticità connesse alle risorse e alla struttura del territorio, sia la valorizzazione delle potenzialità e delle abilità professionali locali. Facilita, quindi, l'allineamento degli interessi dell'impresa a quelli degli utenti.

Il modello cooperativo, proprio per la sua particolare proiezione sul territorio, è stato persino riconosciuto come possibile strumento di promozione dello sviluppo locale di Paesi con sistemi economici ancora poco strutturati. Si è parlato, a riguardo, di cooperative comunitarie. Queste, muovendo dal presupposto che una parte del profitto realizzato costituisce una riserva indivisibile per le generazioni future, non solo contribuiscono ad un accrescimento, costante nel tempo, del capitale a vantaggio della comunità di riferimento, ma, in determinati casi e per funzioni limitate, si pongono in una logica di parziale sostituzione del settore pubblico³²⁰.

prevalente» e recesso statutario da cooperativa alla luce della riforma societaria, in «Le Società», 2005, n. 5, pp. 584 ss.

³¹⁸ Cfr. G. Bonfante, *La nuova società cooperativa*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2010, pp. 2, 30.

³¹⁹ Cfr. H. Hansmann, *La proprietà dell'impresa*, cit., pp. 41-44.

³²⁰ Sulle cooperative comunitarie e, nello specifico, sul modello cooperativo come possibile strumento di sviluppo locale in Paesi non ancora industrializzati, cfr. E. Luzzati, *Il ruolo delle cooperative nelle strategie di sviluppo locale*, in «Rivista della cooperazione», 2003, n. 2, in particolare pp. 53-55, 58, riferito al caso del Distretto di Caia in Mozambico. Sul cooperativismo e le teorie dello sviluppo, cfr. anche il saggio di J.O. Schneider, *L'economia cooperativa per uno sviluppo locale integrato e sostenibile*, in «Rivista della cooperazione», 2004, n. 4, p. 144 ss.

La funzione sociale, inoltre, si manifesta anche attraverso la particolare struttura organizzativa della cooperativa, che «educa al valore morale della democrazia, dell'uguaglianza e della partecipazione»³²¹.

Si ricorda che la mutualità, in generale, rileva sia sotto il profilo del rapporto tra il partecipante e l'ente, sia in relazione al modo di esercizio dell'attività.

In relazione al primo profilo, la mutualità si traduce in una struttura aperta, alla quale possono potenzialmente aderire tutti coloro che sono portatori dei medesimi bisogni o interessi³²². Tale principio, noto come il principio della «porta aperta», – da non confondere con il principio della «bottega aperta» che consiste nel libero accesso da parte dei non soci ai beni e ai servizi prodotti dalla cooperativa – trova la sua espressione normativa nell'art. 2528 c.c. A quest'ultimo, inoltre, si collegano l'art. 2524 c.c., che prevede la variabilità del capitale sociale, e l'art. 2521 c.c., c. 2, n. 7, che impone la specificazione delle condizioni per l'ammissione dei soci.

In relazione al secondo profilo, invece, la mutualità si estrinseca in un modulo organizzativo dal carattere democratico, basato sulla nota regola «una testa un voto», ossia sulla pariteticità della partecipazione degli aderenti all'ente³²³. Il principio di pari trattamento, in particolare, si traduce in una «regola finalista dell'agire sociale»³²⁴.

I due profili sopra evidenziati sono particolarmente rilevanti, perché fanno sì che il modello cooperativo, qualora fosse applicato alla gestione dei servizi pubblici locali, potrebbero costituire una possibile risposta alla richiesta di maggior protagonismo proveniente dalla società civile.

³²¹ A. Bassi, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Artt. 2511- 2548*, cit., p. 107.

³²² Si ricorda che non sussiste un diritto soggettivo del terzo non socio all'ammissione. Quest'ultima deve essere deliberata dagli amministratori sulla base del possesso di determinati requisiti.

³²³ Art. 2538, c. 2, c.c. Cfr. A. Nigro, *Art. 45*, cit., p. 29.

³²⁴ G. Fauceglia, *Considerazione sul principio di parità di trattamento dei soci di cooperativa*, in «Rivista della cooperazione», 2004, n. 4, pp. 10 ss. Cfr. anche Corte di Cassazione 23 marzo 2004, n. 5724 e 2 aprile 2004, n. 6510, entrambe commentate da R. Genco in *Pari trattamento dei soci: vicende associative e contrattuali dello scambio mutualistico*, in «Le Società», 2004, n. 10, pp. 1239 ss.

Il sistema di *governance* delle cooperative si basa sulla centralità delle persone e prevede – anche se in differente modo e grado a seconda del tipo di cooperativa –, diritti di informazione e di partecipazione.

Sebbene questi ultimi incidano sulla tempestività del processo decisionale, in un’ottica di lungo periodo, potrebbero costituire un vantaggio competitivo. Il coinvolgimento, infatti, facilita la condivisione delle scelte e quindi la coesione interna, oltre ad alimentare la motivazione dei partecipanti³²⁵. È doveroso, tuttavia, specificare che nonostante l’introduzione di accorgimenti volti favorire la partecipazione attiva dei soci alla vita sociale³²⁶, non sono rari i casi in cui la democrazia, soprattutto nelle cooperative di maggiore dimensione, sia solo formale (voto capitario) e non sostanziale³²⁷.

Il particolare sistema di *governance* che caratterizza le cooperative rileva anche sotto un altro aspetto di particolare importanza, soprattutto in caso di gestione dei servizi pubblici locali: il controllo. La maggiore trasparenza operativa, infatti, favorisce un controllo preventivo «interno» da parte dei soci, ma anche un controllo successivo «esterno» da parte degli utenti del servizio o dei destinatari del bene erogato, oltre che da parte dei soci stessi³²⁸.

L’organizzazione cooperativa, quindi, sembra prestarsi meno a fenomeni di cattura del controllore, proprio in virtù della sua capacità di coinvolgere più soggetti, spesso ponendoli a confronto attraverso controlli incrociati³²⁹. Si pensi, tra l’altro, al ruolo di supervisor affidato alle stesse organizzazioni di enti

³²⁵ Su questo punto cfr. P. Colloca, *La governance partecipativa nelle imprese cooperative*, in «il Mulino», 2012, n. 2, in particolare pp. 367-368, che riporta i risultati di un’indagine sulla *governance* delle imprese cooperative. Sulla motivazione e sul valore della fedeltà in relazione alla *governance* democratica, cfr. anche il saggio di J.O. Schneider, *La fedeltà societaria nella realtà cooperativa*, in «Rivista della cooperazione», 2006, n. 1, in particolare pp. 68 ss.

³²⁶ Oltre alla vigilanza pubblica e alla figura del revisore cooperativo previste nel nostro ordinamento dal d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, *Norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi*, si pensi anche i tetti alle deleghe, allo scrutinio segreto nell’elezione delle cariche sociali e in generale a tutti gli accorgimenti previsti dal Regolamento (CE) n. 1435/2003 (art. 52).

³²⁷ Per un approfondimento della questione si rinvia a E. Cusa, *Democrazia cooperativa e legislatori nazionali*, in «Rivista della cooperazione», 2010, n. 1, pp. 62 ss.

³²⁸ G. Bianco, *Chiare, fresche e dolci acque... Pubbliche, private o cooperative?*, in «Rivista della cooperazione», 2009, n. 3, pp. 89-91. Cfr. anche F. Galgano, *Art. 41*, cit., p. 40.

³²⁹ G. Bianco, *Chiare, fresche e dolci acque... Pubbliche, private o cooperative?*, cit., p. 93.

cooperativi, che realizzano una forma di autodisciplina, che si coordina con l'essenza anti-centralizzante ed anti-burocratica della cooperazione³³⁰.

La condivisione di determinati valori, i meccanismi decisorii e il forte radicamento sul territorio producono, quindi, molteplici effetti positivi e facilitano anche processi di inclusione sociale³³¹.

Si precisa, tuttavia, che nonostante sia pacifico che per le sue caratteristiche la cooperativa sia un'impresa dalla forte valenza sociale, ciò non significa, malgrado i numerosi aspetti in comune, che ci sia una necessaria corrispondenza tra questa e l'«impresa sociale» di cui al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155.

L'impresa sociale, infatti, è una qualifica che tutte le imprese e i soggetti *no profit* possono acquisire, a patto che possiedano alcuni requisiti e forniscano beni e servizi nei settori specifici individuati dalla norma stessa³³².

3.2. Assenza di fini di speculazione privata, ripartizione degli utili o avanzi di gestione

Nelle società cooperative, lo scopo mutualistico realizza un vantaggio patrimoniale finalizzato a remunerare i soci in funzione dell'attività da essi svolta con la cooperativa stessa³³³.

Tale vantaggio può consistere in una riduzione del costo di beni e servizi o in retribuzioni superiori rispetto a quelli di mercato, oppure in un ristorno, ossia nella restituzione periodica di somme di denaro, in misura proporzionale alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici. Tale aspetto della nozione di ristorno consente di distinguere quest'ultimo dal dividendo, per l'assegnazione del quale è sufficiente, invece, avere la mera qualifica di socio³³⁴.

³³⁰ Cfr. A. Nigro, *Art. 45*, cit., p. 40.

³³¹ Cfr. A. Maticena, *La cooperativa mutualistica: un'impresa diversa*, in «Rivista della cooperazione», 2010, n. 2, p. 42.

³³² Per un approfondimento della questione e per la definizione di impresa sociale si rinvia, tra l'altro, a C. Borzaga, F. Zandonai (a cura di), *L'impresa sociale in Italia. Economia e istituzioni dei beni comuni*, Rapporto Iris Network, Roma, Donzelli editore, 2009, in particolare pp. 3-4, 13-14, 74-77 e 90-102.

³³³ Cfr. G. Bonfante, *Delle imprese cooperative. Art. 2511- 2545*, cit., p. 144.

³³⁴ Cfr. A. Ciccarelli, L. Iacone, *L'istituto del ristorno*, in «Rivista della cooperazione», 2009, n. 1, pp. 10 ss.; E. Cusa, *La nozione civilistica di ristorno cooperativo*, in «Rivista della cooperazione», 2003, n. 3, pp. 21 ss.

Gli artt. 2521, c. 3, n. 8 e 2545 *sexies* c.c. prevedono sia che l'atto costitutivo determini le regole per la ripartizione dei ristorni, sia che vengano riportati separatamente in bilancio i dati relativi all'attività svolta con i soci e quelli relativi all'attività svolta con i non soci (gestione separata).

A differenza delle altre società, quindi, nelle cooperative non si persegue un ipotetico profitto illimitato, ma si mira ad eliminare «un intermediario speculatore», sostituendosi collettivamente ad esso³³⁵. Tutto ciò si traduce in limitazioni in capo alle cooperative sul piano della distribuzione del profitto (c.d. lucro soggettivo) e della ripartizione delle riserve. Tali limitazioni, inoltre, differiscono a seconda del tipo di mutualità perseguita. Si passa, quindi, dai vincoli più stringenti di non lucratività che caratterizzano le cooperative a mutualità prevalente³³⁶ – che godono, pertanto, anche di particolari agevolazioni fiscali –, alla possibilità, per le cooperative «diverse» di svolgere anche attività finalizzate al profitto, nei limiti stabiliti dallo statuto³³⁷.

Di fatto, quindi, non esiste incompatibilità e alternatività tra scopo mutualistico e scopo di lucro, ma una diversa gradazione di fini che la cooperativa può perseguire. Quest'ultima non può prescindere dalla mutualità che è uno scopo essenziale, ma può perseguire anche il lucro che, invece, può costituire uno scopo eventuale³³⁸. La società cooperativa, tuttavia, mal si presta al mero perseguimento del lucro soggettivo, poiché, considerati la sua particolare *governance* e le necessarie previsioni statutarie concernenti la distribuzione degli utili, costituirebbe uno strumento certamente inadeguato rispetto a tale fine³³⁹.

L'assenza dello scopo di lucro è una caratteristica che, applicata alla gestione dei servizi pubblici locali, rileva almeno da due punti di vista: uno, che si potrebbe definire extraeconomico e, l'altro, economico.

³³⁵ Cfr. P. Verrucoli, *Cooperative (imprese)*, cit., p. 551.

³³⁶ Art. 2514 c.c.

³³⁷ Oltre ai limiti massimi ai conferimenti previsti per tutte le cooperative (art. 2525 c.c.), le cooperative «diverse» sono tenute al rispetto degli obblighi previsti dagli artt. 2535, 2545 *ter*, 2545 *quater* e 2545 *quinquies* c.c.

³³⁸ Cfr. A. Bassi, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 52-53.

³³⁹ *Ivi*, p. 57.

In relazione al primo profilo, le clausole di non lucratività, limitando il possibile sorgere di eventuali comportamenti opportunistici, svolgono una funzione che si collega alla meritevolezza sociale, cui si è sopra accennato. Possono, infatti, conferire alle cooperative – secondo il giudizio di una parte dell’opinione pubblica – un vantaggio competitivo, nella gestione dei servizi pubblici locali, rispetto alle società che perseguono il fine di lucro. Il fatto di non essere orientata esclusivamente al profitto, per certi aspetti, potrebbe rendere l’attività delle cooperative equiparabile, nello scopo perseguito, a quella del soggetto pubblico.

In relazione al secondo profilo, invece, tali clausole potrebbero consentire il reinvestimento quasi integrale degli utili ai fini della manutenzione e dell’ammodernamento degli impianti, con effetti positivi sulla qualità dei servizi erogati. Alla questione degli investimenti si potrebbe legare, sempre nell’ottica della gestione dei servizi pubblici locali, anche la capacità delle cooperative di poter godere di una sorta di «autonomia tariffaria». Favorendo un adeguato ruolo degli utenti nella gestione dell’impresa, il modello cooperativo, a differenza di un’impresa di capitale, rende endogena la disponibilità a rivelare il prezzo che ciascun utente è disposto a pagare per un determinato servizio³⁴⁰. Ciò significa che gli utenti, da una parte, potrebbero scegliere di corrispondere prezzi più alti a fronte di opportuni investimenti che garantiscano un servizio qualitativamente superiore. Dall’altra, potrebbero optare per prezzi più contenuti, rinunciando, ad esempio, ad impianti moderni, a interventi manutentivi rapidi, ecc. Si tratterebbe, in ogni caso, di decisioni condivise «dall’interno».

L’assenza della motivazione del profitto, lo scopo mutualistico e la funzione sociale della cooperazione potrebbero, inoltre, rappresentare, nella gestione dei servizi pubblici locali, una sorta di «trittico inscindibile»³⁴¹, in grado di produrre

³⁴⁰ Sulla capacità delle cooperative di consentire una discriminazione di prezzo, cfr. C. Borzaga, E. Tortia, *Dalla cooperazione mutualistica alla cooperazione per la produzione di beni di interesse collettivo*, in E. Mazzoli, S. Zamagni (a cura di), *Verso una nuova teoria economica della cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 251-252.

³⁴¹ L’immagine del trittico inscindibile in contrapposizione alle monadi, in riferimento alla funzione sociale, alla mutualità e all’assenza di fini di speculazione privata delle cooperative è tratta da G. Tatarano, *Mutualità e gestione di servizio nelle cooperative: i principi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 127.

effetti anche sulla regolazione. Il modello cooperativo, infatti, per le sue peculiarità, è teoricamente meno incline alla cattura del regolatore. Il rischio di subire influenze da parte degli imprenditori in gara, che il soggetto che stabilisce norme e criteri per l'affidamento e la gestione dei servizi spesso corre, dovrebbe ridursi, in ragione dell'allineamento degli interessi dell'impresa cooperativa a quelli dei cittadini, in quanto utenti e soci della stessa.

Un'altra caratteristica strutturale di particolare rilevanza delle cooperative è la variabilità del capitale sociale³⁴². Questa regola non solo si collega al principio della porta aperta e alla conseguente continua possibilità di entrata e di uscita di soci, ma sottolinea anche, seppur indirettamente, il carattere secondario del ruolo del capitale rispetto alla partecipazione personale del socio³⁴³.

Per evitare, tuttavia, che le caratteristiche tipiche di tale forma di impresa pregiudichino o rendano più difficile la permanenza sul mercato e per arginare, inoltre, il fenomeno del «nanismo finanziario»³⁴⁴, è consentita, alle cooperative, la possibilità di ricorrere anche a capitali di rischio³⁴⁵ e di organizzarsi in organismi di livello superiore, quali i consorzi e i gruppi cooperativi paritetici.

Come sopra accennato, le cooperative, in virtù dello scopo mutualistico e della funzione sociale riconosciuta loro, godono, a determinati condizioni, di agevolazioni tributarie. A lungo si è discusso della compatibilità di queste con le norme comunitarie in materia di aiuti di Stato³⁴⁶. Nel 2004, la Commissione europea ha sostenuto che «un trattamento fiscale particolare può essere accettato, ma in tutti gli aspetti della legislazione sulle cooperative andrebbe rispettato il

³⁴² Artt. 2511 e 2524 c.c. Sul tema in generale cfr. G. Di Cecco, *Variabilità e modificazione del capitale sociale nelle cooperative*, Napoli, Edizioni Esi, 2002; M.C. Cardarelli, *Le variazioni del capitale*, in E. Cusa (a cura di), *La cooperativa-s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, Padova, Cedam, 2008.

³⁴³ Su questo punto cfr. G. Bonfante, *La nuova società cooperativa*, cit., pp. 90-91.

³⁴⁴ Espressione di F. Alleva, in *Riflessioni sulla riforma del diritto cooperativo italiano*, in «Le Società», 2002, n. 2, p. 159.

³⁴⁵ Cfr. art. 2526 c.c. Cfr. anche gli artt. 4 e 5 della l. 31 gennaio 1992, n. 59, *Nuove norme in materia di società cooperative*.

³⁴⁶ La questione è stata sollevata inizialmente dalla Corte di Cassazione, Sez. trib., ordinanza 17 febbraio 2006, n. 3525. Per un commento cfr. F. Graziano, *Agevolazioni tributarie per le società cooperative e aiuti di Stato*, in «Diritto e pratica tributaria», 2006, n. 3, pp. 459, e A. Sarti, *Il regime tributario delle società cooperative e la sua compatibilità con il divieto comunitario degli aiuti di Stato*, in «Rassegna tributaria», 2006, n. 3, pp. 938 ss. Cfr. anche A. Quattrocchi, *Le norme in materia di "aiuti" di Stato in ambito comunitario e il regime tributario delle società cooperative*, in «Diritto e pratica tributaria», 2008, n. 6, pp. 1108 ss.

principio secondo il quale le protezioni o i vantaggi concessi ad un tipo particolare di organismo devono essere proporzionati ai vincoli giuridici, al valore aggiunto sociale e alle limitazioni proprie di tale forma e non devono dar luogo ad una concorrenza sleale»³⁴⁷. Nel 2010, l'Avvocato generale Niilo Jääskinen³⁴⁸, ha affermato che il regime fiscale agevolato accordato alle cooperative si giustifica sulla base della natura e della struttura del sistema impositivo nazionale e non è pertanto inquadrabile nell'ambito degli aiuti di Stato³⁴⁹. Nel 2011, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla questione con una sentenza di prudente argomentazione³⁵⁰. Pur ribadendo, infatti, che le cooperative sono rette da principi di funzionamento peculiari e differenti rispetto alle società lucrative, tali da poter giustificare un trattamento tributario diverso, ha rimesso ai giudici nazionali il definitivo giudizio di compatibilità.

4. La gestione dei servizi pubblici locali da parte di società cooperative

Nell'attuale contesto normativo la gestione in forma cooperativa dei servizi pubblici locali può realizzarsi sia in quei settori caratterizzati da un livello di liberalizzazione tale per cui è lecito parlare di concorrenza nel mercato, sia in quei settori in cui la presenza di monopoli naturali comporta che il servizio venga affidato ad un unico operatore previo confronto competitivo (concorrenza per il mercato). Nel primo caso, la forma cooperativa costituisce semplicemente uno dei possibili modi in cui si estrinseca la libera iniziativa economica privata. Sarà quindi la sola efficienza del modello a decretarne la presenza sul mercato. Nella seconda ipotesi, invece, escluso il caso dell'autoproduzione, che pure potrebbe rivestire un ruolo importante, la cooperativa potrebbe gestire il servizio solo a seguito di esito favorevole di una gara ad evidenza pubblica o come socia privata di una società mista, quindi sempre previa selezione concorsuale.

³⁴⁷ Commissione europea, *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative*, 23 febbraio 2004, par. 3.2.6, p. 14.

³⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, 8 luglio 2010, cause riunite da C-78/08 a C-80/08.

³⁴⁹ Sul punto cfr. V. Contarino, *Le nuove sfide della cooperazione*, in «Le Società», 2010, n. 10, pp. 1213 ss.

³⁵⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. I, 8 settembre 2011, cause riunite da C 78/08 a C 80/08. Per un commento cfr. V. Contarino, *Cooperative e società di capitali: diversità di scopo e di strutture*, in «Le Società», 2012, n. 2, p. 129.

Prima di analizzare i vantaggi, i limiti e i possibili correttivi di tale forma di gestione, si ricorda che sulle possibili varianti del modello cooperativistico e sull'opportunità stessa della sua adozione, influiscono, inevitabilmente, le caratteristiche peculiari di ciascun settore e la dimensione territoriale ottimale del servizio.

4.1. La versatilità del modello

Esistono, come noto, numerosi tipi di cooperative riconducibili alle due macro-categorie di cooperative di produzione e lavoro e cooperative di consumo. Mentre determinate peculiarità, quali il riconoscimento di diritti di partecipazione, sono tipiche del modello cooperativo in generale, altre variano a seconda del settore di intervento. Nello statuto, infatti, possono essere previste delle caratteristiche o fissati degli scopi, quali ad esempio la produzione di beni o servizi di interesse collettivo, una *governance* sociale *multi-stakeholder* o una particolare funzione distributiva, che conferiscano alla cooperativa uno spiccato ruolo sociale. Tali caratteristiche possono presentarsi con vari gradi di intensità e interconnessione³⁵¹.

Nei servizi pubblici locali, la gestione tramite cooperative ha trovato, finora, una attuazione piuttosto limitata. I casi di applicazione del modello, infatti, sono poco numerosi e si concentrano soprattutto in determinate aree del territorio, in particolare nel Nord Italia³⁵².

Nonostante l'esiguità del numero, tali esempi non solo dimostrano le potenzialità del modello, ma soprattutto la sua grande versatilità.

Il «sistema» cooperativo, infatti, si caratterizza per essere particolarmente eterogeneo.

Nei servizi pubblici locali, operano cooperative di utenza, cooperative di consumo, cooperative che semplicemente aggregano l'utenza e cooperative di

³⁵¹ Su questo punto si rinvia per un approfondimento a C. Borzaga, E. Tortia, *Dalla cooperazione mutualistica alla cooperazione per la produzione di beni di interesse collettivo*, cit., pp. 261-265.

³⁵² Le considerazioni che seguono sono una rielaborazione di alcune analisi e conclusioni presenti nei seguenti rapporti Euricse, a cui si rinvia per un approfondimento e per gli studi di casi: P.A. Mori, F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia e in Europa*, cit.; F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia: casi di studio*, Euricse Research Report n. 4, 2011, disponibile sul sito <http://euricse.eu/en>.

produzione e di lavoro. Il discrimine è l'oggetto dello scambio mutualistico, che può essere, rispettivamente, un servizio, un bene, un prezzo particolarmente vantaggioso perché ricavato dall'aggregazione della domanda, un lavoro.

Sotto il profilo della mutualità il discorso è simile. Non è detto che le cooperative debbano essere «diverse» o a mutualità esterna per gestire un servizio pubblico locale. Possono anche essere a mutualità prevalente, qualora, ad esempio, il numero dei soci sia pressoché identico a quello degli utenti/consumatori.

Anche la modalità di corresponsione del vantaggio mutualistico può essere molto varia. Quest'ultimo può assumere la forma di tariffa agevolata, di diritto ad un quantitativo di bene erogato stabilito per quota, di ristorno, di particolari condizioni di servizio, ecc.

Persino la tipologia di utenza non è una costante: questa può essere domestica o non, oppure entrambe.

La natura societaria delle cooperative, inoltre, può assumere diverse forme, ad esempio quella di s.p.a. e di s.r.l. A seconda dello scopo perseguito, le cooperative possono essere di grandi o ridotte dimensioni, avere la struttura di impresa o essere organizzate su base volontaria. Possono concentrare la propria attività in un determinato settore o diversificarla, così come gestire un servizio integralmente o solo parte di esso.

Le differenti combinazioni possibili del modello cooperativo applicabili alla gestione dei servizi pubblici locali sono, infatti, una conseguenza della forte autonomia statutaria riconosciuta, in generale, a questo tipo di impresa dalla riforma del diritto societario del 2003. Ma sono anche, *rectius* soprattutto, il riflesso del territorio in cui le cooperative vengono istituite e della normativa che regola ciascun settore in cui si articolano i servizi pubblici locali.

Secondo i risultati di recenti studi effettuati per Euricse, il fenomeno cooperativo trova la sua maggior diffusione nel settore dell'energia, ossia nel settore più interessato dal processo di liberalizzazione. Quest'ultimo, infatti, ha consentito alle cooperative di trovare adeguati spazi di inserimento. In realtà, soprattutto nell'Alto Adige, operano anche cooperative che sono sopravvissute al

processo di nazionalizzazione del 1962³⁵³ e sono regolamentate da ultimo dall'art. 9, c. 1, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79³⁵⁴. Le ragioni che sono alla base della nascita delle cooperative elettriche, ovviamente, differiscono nel tempo. Mentre le cooperative «storiche» sono, nella maggior parte dei casi, una risposta ad un'esigenza di elettrificazione non ancora soddisfatta, o soddisfatta solo parzialmente, quelle costituite a seguito del processo di liberalizzazione sono, invece, il risultato di scelte di natura economica. A prescindere dalla loro origine, la maggior parte della cooperative elettriche è dedita alla produzione, distribuzione e vendita di energia. Ma si registrano anche cooperative di sola produzione e di sola distribuzione. Oltre a quelle che hanno una maggioranza di soci/utenti e si caratterizzano, pertanto, per la «gestione di servizio», ve ne sono altre che, producendo eccedenze, si rivolgono anche ai non soci, realizzando un utile, non distribuibile, che valorizza il capitale investito³⁵⁵. Le difficoltà principali riscontrate dalle cooperative elettriche sono riconducibili soprattutto al quadro normativo di riferimento³⁵⁶. Quest'ultimo, infatti, sembra non essere particolarmente attento alle peculiarità del modello e, a volte, comporta degli oneri amministrativi particolarmente gravosi per queste realtà, che spesso si distinguono per dimensioni particolarmente ridotte. Solo di recente l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha adottato alcune deliberazioni volte alla loro regolamentazione nell'ambito del mercato elettrico liberalizzato³⁵⁷.

³⁵³ Cfr. art. 4, n. 8, legge 6 dicembre 1962, n. 1643, *Istituzione dell'Ente nazionale per la energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche*.

³⁵⁴ Cfr. A. Mori, F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia e in Europa*, cit., pp. 39-41, 46.

³⁵⁵ Quest'ultimo è ad esempio il caso della cooperativa Eum di Moso Passiria. Cfr. F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia: casi di studio*, cit., pp. 25-29.

³⁵⁶ Cfr. decreto-legge 18 giugno 2007, *Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia*, come convertito dalla legge 3 agosto 2007, n. 125; legge 23 luglio 2009, n. 99, *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*.

³⁵⁷ Cfr. Autorità per l'energia elettrica e il gas, deliberazione ARG/elt 143/09 del 7 ottobre 2009; documento per la consultazione, DCO n. 31/09 del 7 ottobre 2009; deliberazione ARG/elt 113/10 del 26 luglio 2010 con cui è stato approvato il *Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas per la regolamentazione delle cooperative elettriche (Ticoop)*; deliberazione ARG/elt 246/10 28 dicembre 2010.

Un altro settore in cui il modello della cooperativa di utenza ha trovato applicazione è quello idrico³⁵⁸. Il fenomeno è concentrato soprattutto nella Provincia di Bolzano. Si tratta, in prevalenza, di cooperative di utenza che si caratterizzano per essere gestite su base volontaria e per il legame con le comunità di riferimento. Il loro scopo principale è quello di fornire un servizio di qualità a prezzi contenuti. Nella maggior parte dei casi, il vantaggio mutualistico consiste in una differenziazione delle tariffe tra soci e non soci o in un quantitativo di acqua gratuito per quota. L'eccedente è a pagamento. Raramente vengono distribuiti dei ristorni, poiché spesso, tali forme gestorie, riescono solo a garantire il pareggio di bilancio. Le cooperative del settore non necessariamente offrono tutti i servizi che costituiscono il servizio idrico integrato, ma, di norma, forniscono solo il servizio di acquedotto. Un'altra realtà giuridicamente diversa, ma con un'attività simile a quella delle cooperative, sono i consorzi idrici.

I maggiori punti di forza della gestione cooperativa degli acquedotti sono la prossimità tra gestore e utente, il coinvolgimento della comunità locale, anche nella proprietà delle infrastrutture, e la collaborazione attiva con il Comune che, nella maggior parte dei casi, è anch'esso socio. I punti di debolezza sono connessi soprattutto alla gestione su base volontaria, che nel lungo periodo può presentare delle criticità, e alla scarsa partecipazione dei soci.

Nel settore rifiuti e nel trasporto pubblico locale, non si registrano cooperative di utenza, ma solo cooperative di produzione e lavoro³⁵⁹. Nel primo caso, ciò è dovuto presumibilmente al fatto che i rifiuti non solo appartengono, come la maggior parte dei servizi pubblici locali, alla categoria dei beni pubblici impuri soggetti a congestione, ma presentano anche un grado di escludibilità quasi completo³⁶⁰. Nel secondo caso, invece, perché si tratta di un settore che richiede ingenti capitali e manodopera ed è, al tempo stesso, caratterizzato da forti economie di scala. Il tipo di servizio, inoltre, non favorisce la coincidenza tra la collettività locale e l'utenza.

³⁵⁸ Cfr. le esperienze riportate in F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia: casi di studio*, cit., pp. 53-76.

³⁵⁹ Cfr. A. Mori, F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia e in Europa*, cit., pp. 66-69.

³⁶⁰ Cfr. A. Petretto, *Efficienza dei servizi pubblici locali ed efficienza del sistema economico: una nota propedeutica alla ricerca empirica*, Siep Working Paper n. 592, giugno 2007, p. 3.

4.2. L'autoproduzione

L'art. 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 riconosce alle imprese la possibilità di produrre beni e servizi per uso proprio, anche in presenza di una riserva di legge su un mercato. L'autoproduzione, oltre ad essere uno dei modi in cui può manifestarsi la libera iniziativa economica di cui all'art. 41 C., svolge anche la funzione di limite al monopolio legale³⁶¹. La capacità di un'impresa di provvedere da sé alla produzione di un bene o di un servizio, ed eventualmente di porre in essere uno scambio all'interno di un gruppo di cui essa faccia parte, fa sì che questa diventi autonoma nei confronti del mercato di quel bene o di quel servizio, o che realizzi una sorta di «mercato ristretto»³⁶².

Il significato di una tale previsione normativa, presumibilmente, è da ricercarsi, dal punto di vista economico, nel tentativo di inserire un regime di «concorrenza potenziale», che, attraverso il superamento di un divieto generale ed astratto, consenta, agli operatori «autarchici», di accedere a settori di mercato già occupati da altri soggetti³⁶³.

Il fenomeno dell'autoproduzione, quindi, pur ponendosi «all'esterno» di un determinato mercato, potrebbe, tuttavia, influire indirettamente sullo stesso. Da una parte, infatti, determina la riduzione del numero dei potenziali richiedenti del bene o del servizio. Dall'altra, invece, rafforza, in generale, la posizione sul mercato dell'impresa o delle imprese che hanno la capacità di provvedere in modo autonomo ad un certo fabbisogno, rispetto a quelle che ne sono prive³⁶⁴.

Di qui le ulteriori possibilità di inserimento che si aprono per il modello cooperativo in virtù delle sue peculiarità, anche in quei settori dei servizi pubblici locali in cui vige il regime di esclusiva.

Una delle ragioni che soprattutto in passato ha motivato la nascita delle cooperative è stata proprio la necessità di provvedere autonomamente a soddisfare dei bisogni che, per varie ragioni, non avevano suscitato l'interesse economico dei

³⁶¹ Cfr. S. Ronco, *Autoproduzione*, in V. Afferni (a cura di), *Concorrenza e mercato. Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Decreto legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, Padova, Cedam, 1994, p. 249.

³⁶² *Ivi*, p. 252.

³⁶³ F. Macario, *Art. 9. Autoproduzione*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertaini (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Vol. II, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 792.

³⁶⁴ S. Ronco, *Autoproduzione*, cit., p. 252.

privati o non potevano essere adeguatamente assicurati dal settore pubblico. Oggi, probabilmente le motivazioni che animano le imprese cooperative sono diverse o non si esauriscono nella ricerca di autarchia, ma il riconoscimento della rilevanza dell'autoproduzione non sembra essere posto in dubbio.

Nel settore elettrico, ad esempio, il fenomeno dell'autoproduzione di energia da parte delle cooperative in favore dei propri soci è disciplinato e definito in maniera esplicita³⁶⁵.

Negli altri settori dei servizi pubblici locali, anche in quelli caratterizzati dalla sola concorrenza per il mercato, gli spazi per le cooperative potenzialmente sembrano essere molteplici. Queste potrebbero, infatti, erogare, in favore dei propri soci, un servizio aggiuntivo o integrativo rispetto a quello dell'affidatario³⁶⁶.

4.3. *La species delle cooperative sociali e il possibile «precedente»*

La legge 8 novembre 1991, n. 381 che disciplina le cooperative sociali³⁶⁷, ai fini del presente lavoro rileva almeno sotto due punti di vista. Da una parte è un valido esempio di legge speciale, volta a valorizzare le caratteristiche di questa *species* rispetto al *genus* delle cooperative. Dall'altra, all'art. 5, prevede un sistema di convenzionamento con la pubblica amministrazione a cui spesso si è fatto erroneamente ricorso, per legittimare l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale.

Le ragioni che hanno portato all'adozione di una legge sulle cooperative sociali sono molteplici. La crisi delle politiche di *welfare*, l'esigenza di prevedere adeguate formule di «depubblicizzazione», l'evoluzione dell'area del terzo settore

³⁶⁵ Cfr. art. 2, c. 2, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*; Aeeg, *Ticoop*, cit., artt. 1, 5, 10, 12, 17 e 24. Per un approfondimento cfr. anche Confcooperative Federconsumo, *Elabora, Libro Bianco su cooperazione e autoproduzione elettrica in Italia*, Roma, «Città Nuova» della PAMOM, 2003, pp. 9-27.

³⁶⁶ Cfr. A.M. Altieri, *Servizi pubblici. La specificità dell'erogazione da parte di società cooperative*, Quaderni, Fondazione Ivano Barberini, aprile 2012, p. 42.

³⁶⁷ Oltre alla citata legge, alle cooperative sociali si applicano, in quanto, compatibili tutte le norme che disciplinano le cooperative in generale, le norme relative al settore in cui le cooperative stesse operano, la disciplina generale prevista per le società commerciali (cfr. art. 2519 c.c.), il d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 e s.m.i., le leggi regionali di attuazione delle norme di principio contenute nella legge n. 381 del 1991 e le diverse circolari del Ministero del lavoro e dell'Inps.

e il manifestarsi di nuove sensibilità all'interno del movimento cooperativo, hanno reso necessaria la definizione dei fini e delle modalità di realizzazione degli stessi da parte di questa nuova fattispecie di impresa³⁶⁸.

Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale del cittadino³⁶⁹. I beneficiari della loro attività sono tutti gli appartenenti alla categoria di persone individuate dalla cooperativa stessa, indipendentemente dall'appartenenza alla compagine sociale³⁷⁰.

Si distinguono due tipi di cooperative sociali: quelle convenzionalmente definite di tipo *a*, che prestano servizi socio-sanitari ed educativi, e quelle di tipo *b*, che svolgono attività di varia natura (agricole, industriali, commerciali o di servizi), finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate³⁷¹.

Proprio in ragione del fine perseguito e dei tratti peculiari che conferiscono loro un considerevole «valore aggiunto sociale»³⁷², il legislatore italiano ha previsto, per questa «insolita forma di impresa», in cui coesistono elementi di natura pubblicistica e privatistica³⁷³, una serie di misure di sostegno, non solo di natura tributaria³⁷⁴. Tali agevolazioni, che soprattutto nel caso di cooperative di

³⁶⁸ Per un commento generale alla legge, cfr. L. Martinelli, S. Lepri, *Le cooperative sociali*, Milano, Il Sole 24 ore, 2001, pp. 9-19; A. Propersi, G. Rossi, *Gli enti non profit*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2005, pp. 141-150. Per un approfondimento sulle origini della cooperazione sociale, cfr. A. Lionzo, *La cooperativa sociale. Originalità della formula, economicità e strumenti di analisi*, Milano, Franco Angeli, 2003, pp. 26-57, 71-83 ; A. Codini, *Le cooperative sociali: assetti di governance e aspetti di gestione*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 3-11.

³⁶⁹ Art. 1, c. 1, l. n. 381/1991.

³⁷⁰ A. Fici, *Cooperative e imprese sociali: profili comparatistici*, in «Rivista di diritto dell'impresa», 2009, n. 3, p. 630.

³⁷¹ Sulla nozione di soggetto svantaggiato cfr., ad esempio, G. Canavesi, *La disciplina del lavoro nelle organizzazioni di volontariato e nelle cooperative sociali*, in P. Olivelli (a cura di), *La disciplina giuridica del volontariato e delle cooperative sociali*, Ancona, Nuove Ricerche, 1995, pp. 78-88; C. Borzaga, *Introduzione. La cooperazione sociale di inserimento lavorativo: quale ruolo e quali politiche di sostegno?*, in G. Marocchi (a cura di), *Integrazione lavorativa, impresa sociale, sviluppo locale: l'inserimento lavorativo in cooperative sociali di lavoratori svantaggiati come fattore di crescita dell'economia locale*, Milano, Franco Angeli, 1999, pp. 18-20.

³⁷² A. Thomas, *Gli elementi di competitività delle cooperative sociali*, in «Economia e diritto del terziario», 2002, n. 2, p. 658.

³⁷³ A. Lionzo, *La cooperativa sociale. Originalità della formula, economicità e strumenti di analisi*, cit., p. 70.

³⁷⁴ Sulle agevolazioni fiscali, cfr. d.lgs. n. 460 del 1997 e s.m.i.

tipo *b* favoriscono un processo di inclusione sociale e lavorativa³⁷⁵, consentono di trasformare persone altrimenti destinate a «pesare» sulla collettività in lavoratori autonomi dal punto di vista economico³⁷⁶. Consapevole che le finalità delle cooperative sociali impediscono loro di concorrere sullo stesso piano degli altri operatori economici dal punto di vista della produttività, il legislatore ha previsto una norma di favore, nella fattispecie una deroga alle regole dell'evidenza pubblica.

Prima di entrare nel merito della questione, è opportuno soffermarsi sull'importanza della legge n. 481 del 1991 al di là dei nobili principi in essa contenuti. Questa, infatti, costituisce un valido esempio di come è possibile «declinare» la disciplina generale delle cooperative al fine di valorizzare i tratti tipici di una specifica tipologia di impresa appartenente alla categoria, anche per renderla più funzionale al raggiungimento dei suoi scopi. Sulla scia di quanto accaduto per le cooperative sociali, si potrebbe pensare ad un riconoscimento formale e ad una regolamentazione specifica – qualora se ne ravvisasse il bisogno – anche per le cooperative di utenza di gestione dei servizi pubblici locali.

L'art. 5 della legge n. 381 del 1991 riconosce alle stazioni appaltanti la possibilità di stipulare, con cooperative di tipo *b*, convenzioni per la gestione di servizi pubblici finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione³⁷⁷. Le convenzioni, che vengono siglate sulla base di schemi-tipo predisposti dalle singole Regioni, soddisfano, al contempo, l'esigenza di porre

³⁷⁵ Sul punto cfr. G. Canavesi, *La disciplina del lavoro nelle organizzazioni di volontariato e nelle cooperative sociali*, cit. pp. 71-72; C. Borzaga, *Introduzione. La cooperazione sociale di inserimento lavorativo: quale ruolo e quali politiche di sostegno?*, cit., pp. 13-17, 20-25; A. Tursi, *Le nuove convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili e dei soggetti svantaggiati tramite cooperative sociali, due anni dopo*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2006, n. 109, pp. 71-91.

³⁷⁶ Cfr. L. Martinelli, S. Lepri, *Le cooperative sociali*, cit., p. 12.

³⁷⁷ Tale possibilità, in seguito alle modifiche introdotte dall'art. 20 della l. 6 febbraio 1996, n. 52, è riconosciuta solo nel caso in cui l'importo dell'affidamento, stimato al netto dell'Iva, sia inferiore alle soglie comunitarie. Per un maggior approfondimento si rinvia a F. Caponi, *Cooperative sociali: affidamenti diretti solo per importi sotto soglia*, in «Diritto e pratica amministrativa», 2009, n. 2, pp. 25-28. In generale, sui diversi sistemi di affidamento alle cooperative sociali, cfr. F. Gagliarducci, F. Giglioni, A. Iurleo, F. Parisi e G. Serafini, *Pubblica amministrazione, Acquisti etici e Terzo settore*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Libri di Astrid, Firenze, Passigli Editori, 2008, pp. 236-250; P. Minetti, *Le cooperative sociali: sistemi di affidamento*, in «Comuni d'Italia», 2009, n. 3, p. 38-39.

rimedio ad un disagio sociale, tramite l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, e l'interesse pubblico all'acquisizione di una prestazione contrattuale³⁷⁸. Si ricorda che il Codice dei contratti consente, entro determinati limiti, che il principio di economicità possa essere subordinato a criteri sociali e ambientali, che si possano esigere per l'esecuzione del contratto condizioni particolari, ed ammette anche i c.d. appalti riservati, purché si agisca in conformità delle norme e dei principi generali del Trattato, garantendo in particolare la trasparenza e la parità di trattamento³⁷⁹. Secondo i più recenti orientamenti della giurisprudenza, la deroga all'evidenza pubblica, di cui all'art. 5 della legge n. 381 del 1991, può trovare applicazione solo nel caso in cui l'amministrazione debba acquistare beni e servizi in proprio favore, secondo lo schema dell'appalto pubblico di servizi e forniture, e non, invece, qualora debba affidare a terzi lo svolgimento di servizi pubblici, mediante lo strumento della concessione³⁸⁰. Benché, infatti, «lo spettro delle attività che possono essere svolte dalle cooperative sociali di tipo *b* sia più ampio, l'oggetto della convenzione non può essere costituito dall'esecuzione di lavori pubblici né dalla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica»³⁸¹. L'utilizzo dello strumento convenzionale, quindi, è ammesso per la fornitura di beni e servizi strumentali, cioè svolti in favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa. In ogni caso, il rinvio allo strumento convenzionale non

³⁷⁸ Cfr. L. Oliveri, *Cooperazione sociale, regole e opportunità*, in «Comuni d'Italia», 2009, n. 3, pp. 29-30.

³⁷⁹ Cfr. artt. 2, c. 2, 52 e 69, cc. 1 e 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i.; Commissione europea, *Comunicazione interpretativa sul diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*, 15 ottobre 2001, punto II; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Determinazione n. 2 del 23 gennaio 2008, Indicazioni operative sugli appalti riservati – Art. 52 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 e s.m.i.* Cfr. Anche art. 5, c. 4, della l.n. 381/1991. Sulle gare riservate alle cooperative sociali di tipo *b*, cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2001, n. 4580; della medesima sezione decisione 14 febbraio 2003, n. 794; Tar Marche, sez. I, 7 aprile 2000, n. 521; Tar Lazio, sez. Latina, 15 novembre 2007 n. 1211.

³⁸⁰ Tar Sardegna, sez. I, 16 febbraio 2005, n. 190; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 30 marzo 2009, n. 719; Tar Puglia, sez. I, 6 ottobre 2011, n. 1466; Consiglio di Stato, sez. VI, 30 luglio 2004, n. 3729; Id., sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829, con nota di A. Miraglia, *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2011, n. 2, pp. 149 ss., a cui sia consentito il rinvio; Consiglio di Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5100.

³⁸¹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Determinazione n. 3 del 1° agosto 2012, Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991*, p. 5.

può tradursi in una «deroga completa al generale obbligo di confronto concorrenziale, giacché l'utilizzo di risorse pubbliche impone il rispetto dei principi generali della trasparenza e della *par condicio*»³⁸². Il confronto competitivo, dunque, dovrebbe essere sempre la regola, mentre il convenzionamento l'eccezione³⁸³, per cui è esclusa qualsiasi applicazione estensiva delle disposizioni derogatorie.

5. Considerazioni finali

Lo scopo mutualistico, la *governance* democratica, il radicamento sul territorio e l'assenza dello scopo di lucro sono delle caratteristiche delle società cooperative che potrebbero conferire un valore aggiunto nella gestione dei servizi pubblici locali.

La cooperativa, d'altronde, è l'unica forma di impresa a cui la Costituzione riconosce espressamente una funzione sociale. È uno «strumento» di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, oltre che una possibile risposta alla richiesta di maggior protagonismo da parte della società civile.

Finora il modello cooperativo ha trovato una limitata, seppur significativa, applicazione nella gestione dei servizi pubblici locali. È riuscito ad affermarsi come alternativa alle società lucrative, soprattutto in quei settori maggiormente interessati dal processo di liberalizzazione, come ad esempio il settore energetico, o come forma di auto-organizzazione nata dalla necessità di offrire un servizio di qualità, come nel caso della gestione degli acquedotti.

Ove non ci siano contesti di libero mercato o condizioni per l'autoproduzione, le cooperative, nell'attuale quadro normativo, possono gestire i servizi pubblici locali solo previo esito favorevole di un confronto competitivo con altre imprese concorrenti.

Questa particolare forma di gestione, tuttavia, potrebbe essere valorizzata, in modo indiretto e senza restringere il numero dei potenziali *competitors*, dall'ente

³⁸² Tar Liguria, Genova, sez. I, 27 giugno 2006, n. 695. Cfr. anche Tar Lazio, sez. III *quater*, 9 dicembre 2008, n. 11093; sez. II, 26 aprile 2012, n. 3767.

³⁸³ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie del 6 giugno 2002, n. 8756, punto 6.

locale, nell'esercizio della sua funzione di regolatore *ex ante*. Quest'ultimo, infatti, potrebbe introdurre, nella stesura del bando di gara, dei particolari criteri che arricchiscano di contenuti il concetto di «proposta economicamente più vantaggiosa»³⁸⁴. Ad esempio, si potrebbe attribuire un punteggio più elevato a quelle forme di gestione che favoriscano la partecipazione e il coinvolgimento dell'utenza, che adottino particolari meccanismi decisori o che dimostrino di avere la capacità di progettare e di rapportarsi con il territorio³⁸⁵ o che per statuto prevedano il reinvestimento di una percentuale di utili fissata nel valore minimo.

Il superamento del criterio del massimo ribasso – che, come noto, non individua necessariamente l'impresa più efficiente – in favore di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sebbene richieda un particolare sforzo e adeguate competenze da parte dell'amministrazione aggiudicatrice³⁸⁶, di solito offre una maggiore garanzia di qualità del servizio e potenzialmente riduce i costi legati al controllo e alla regolazione *ex post*. È pur vero che, nonostante il consolidamento, nel nostro ordinamento, dei principi di trasparenza, pari opportunità e leale confronto abbia posto dei margini alla discrezionalità da parte dell'amministrazione giudicatrice, non è possibile neutralizzare del tutto la natura inevitabilmente soggettiva di ogni valutazione di elementi qualitativi³⁸⁷.

Tali considerazioni valgono a prescindere dai tipi di imprese che concorrono per l'affidamento di un servizio. Ma assumono un'importanza ancora maggiore se rapportate alle società cooperative, che della finalità sociale, della *governance* democratica, del legame con il territorio e della ricerca di qualità hanno fatto i propri tratti distintivi.

³⁸⁴ Sulla possibilità di attribuire rilievo ad elementi oggettivi, legati alla realizzazione di particolari obiettivi, di valenza non economica, purché inerenti, a vario titolo, alle prestazioni contrattuali, cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, *Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture*, p. 17.

³⁸⁵ Cfr. C. Selvatici, *Privatizzazioni e cooperazione: forme di gestione dei servizi pubblici locali e i nodi strutturali*, in «Rivista della cooperazione», 2002, n. 4, pp. 38-44.

³⁸⁶ Sulla complessità delle gare gestite con questo criterio si rinvia a D. Albonetti, S. Degli Esposti, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'analisi multicriteri*, Rimini, Maggioli, 2012; A. Coletta, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in www.giustamm.it, 2009.

³⁸⁷ Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Quaderno, Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, dicembre 2011, p. 5. Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011

La previsione di tali criteri extraeconomici ed economici (clausola del reinvestimento degli utili), infatti, potrebbe premiare o quantomeno incentivare questo modello alternativo di gestione dei servizi pubblici locali, in grado di coniugare i benefici della privatizzazione con quelli dell'equità nella conduzione³⁸⁸.

Volendo, invece, immaginare contesti normativi differenti, le possibilità per la gestione in forma cooperativa dei servizi pubblici locali potrebbero essere molteplici.

Si potrebbe valutare, innanzitutto, l'opportunità di interventi puntuali nelle varie discipline di settore. Tali interventi dovrebbero essere volti al riconoscimento esplicito di tali realtà gestionali. Attraverso una soluzione di questo tipo, senza creare squilibri di mercato, si consentirebbe alle cooperative di operare in un quadro normativo certo e con regole ispirate al principio di proporzionalità³⁸⁹. Lungo questa direttrice si è mossa di recente l'Autorità per l'energia elettrica e il gas con l'adozione del *Testo integrato per la regolamentazione delle cooperative elettriche*. Misure simili, quindi, si potrebbero adottare anche in altri settori, soprattutto in quei contesti in cui sono realizzabili forme di autoproduzione.

Spingendosi ancora oltre, si potrebbe pensare all'adozione di una legge *ad hoc* per la disciplina delle cooperative di utenza di servizi pubblici locali sulla falsariga della legge n. 381 del 1991.

L'art. 2520, c. 2, c.c. riconosce la facoltà di costituire, per legge, cooperative destinate a procurare beni o servizi a soggetti appartenenti a particolari categorie, anche di non soci. Le finalità ispiratrici di un intervento normativo di questo tipo potrebbero essere almeno due, l'una alternativa all'altra.

La prima potrebbe consistere nel mero riconoscimento giuridico di tale forma organizzativa. In questo caso la legge potrebbe limitarsi all'enunciazione di norme di principio e alla fissazione di pochi vincoli che lascerebbero sostanzialmente invariata l'autonomia statutaria delle singole cooperative. Si

³⁸⁸ G. Bianco, *Chiare, fresche e dolci acque... Pubbliche, private o cooperative?*, cit., p. 97.

³⁸⁹ Cfr. A. Mori, F. Spinicci, *Le cooperative di utenza in Italia e in Europa*, cit., p. 83.

tratterebbe quindi, di una sorta di «etichetta giuridica» che le cooperative che operano nei servizi pubblici locali potrebbero acquisire su richiesta. Un procedimento simile, quindi, a quello previsto dal d.lgs. n. 155 del 2006 per l'impresa sociale. Una scelta di questo tipo si collegherebbe alla necessità, cui si è fatto cenno prima, per tali imprese, di operare in contesti giuridici che tengano conto delle loro peculiarità.

La seconda finalità per l'adozione di una legge *ad hoc* potrebbe essere, al contrario, proprio l'individuazione e la definizione di un particolare modello di cooperativa che, in virtù di scopi predeterminati e vincoli stringenti, potrebbe godere del riconoscimento di speciali agevolazioni rispetto a quelle già previste per le cooperative in generale. Un intervento normativo di tale portata dovrebbe presupporre una chiara e definita scelta di politica pubblica, volta alla promozione di tale forma gestionale. L'ipotetica cooperativa *ad hoc* dovrebbe necessariamente essere sottoposta a specifici vincoli e rispettare determinati requisiti, in una sorta di funzione compensativa, affinché le agevolazioni siano compatibili con le norme in materia di aiuti di Stato³⁹⁰. Le ragioni che potrebbero spingere il legislatore ad un simile intervento sono molteplici ed in parte sono state già individuate sopra. Possono essere di natura economica ed extraeconomica.

In relazione al primo insieme di motivazioni, i vincoli di finanza pubblica e il patto di stabilità interno costituiscono spesso un limite alla capacità del gestore pubblico di investire nell'ammodernamento e nella manutenzione delle infrastrutture. L'impresa privata orientata al profitto potrebbe, invece, non avere la convenienza economica a farlo. Le società cooperative, in virtù delle clausole di non lucratività, potrebbero, invece, reinvestire costantemente i dividendi che derivano dall'attività con terzi. Per legge si potrebbe, quindi, prevedere che lo statuto delle cooperative di utenza di gestione dei servizi pubblici locali contenga vincoli particolarmente stringenti di utilizzo delle riserve per finalità sociali e di

³⁹⁰ Commissione europea, *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative*, cit., p. 14.

destinazione degli utili ad investimenti finalizzati al miglioramento della qualità dei servizi³⁹¹.

In relazione al secondo insieme, invece, le cooperative, proponendo un modello di organizzazione economica basata sulla cooperazione e non sulla competizione, non solo sono, in teoria, meno inclini a comportamenti opportunistici. Ma, in ragione del particolare legame con il territorio, possono costituire anche un rimedio contro il possibile rischio di forme di «colonizzazione» che la privatizzazione potrebbe portare³⁹².

La nozione di mutualità che caratterizza le cooperative, infatti, si è evoluta nel tempo, tanto da qualificarsi sempre più come un comportamento solidaristico, inteso come aiuto vicendevole, di tipo sussidiario³⁹³.

La stessa tipologia di servizio pubblico locale, in determinati casi, in virtù delle caratteristiche del bene erogato, potrebbe far propendere la società civile per il modello cooperativo, come possibile alternativa alla gestione pubblica, scartando aprioristicamente, sulla base di convinzioni ideologiche, quella privata che persegue il fine di lucro³⁹⁴. La gestione pubblica, infatti, nonostante le criticità che comunque può presentare, per una parte della società civile viene percepita come «garanzia sociale», sia in relazione alla qualità che al prezzo del servizio.

La *governance* delle cooperative, basata sul principio di uguaglianza e di reciprocità, potrebbe, inoltre, favorire, mediante forme adeguate, la partecipazione e il coinvolgimento della società civile.

Queste motivazioni potrebbero tradursi dal punto di vista giuridico in clausole statutarie obbligatorie che prevedano, ad esempio, la determinazione di un elevato standard qualitativo di prestazione del servizio quale scopo mutualistico, i cui benefici dovrebbero essere estesi anche ai terzi non soci. Tale estensione, oltre ad evitare fenomeni di speculazione privata, potrebbe consentire anche un maggiore allineamento di tali cooperative al modello delineato dall'art.

³⁹¹ Ciò sarebbe possibile ai sensi degli artt. 2545-*quater*, c. 3, e 2545-*quinquies*, c. 1, c.c. Cfr. A.M. Altieri, *Servizi pubblici. La specificità dell'erogazione da parte di società cooperative*, cit. pp. 26-27.

³⁹² Cfr. C. Selvatici, *Privatizzazioni e cooperazione: forme di gestione dei servizi pubblici locali e i nodi strutturali*, cit., p. 24.

³⁹³ Cfr. A. Maticena, *La cooperativa mutualistica: un'impresa diversa*, cit., p. 43.

³⁹⁴ Bianco G., *Chiare, fresche e dolci acque... Pubbliche, private o cooperative?*, cit., p. 83.

45 C. Lo statuto delle ipotetiche cooperative *ad hoc* dovrebbe inoltre prevedere adeguate forme di rappresentanza dell'intera utenza, al fine di preservare il carattere democratico che le connota e rafforzare il legame con il territorio.

A fronte, quindi, di disposizioni normative che limitino l'autonomia statutaria delle cooperative di utenza dei servizi pubblici locali, si potrebbero prevedere delle agevolazioni tributarie aggiuntive rispetto a quelle previste per le cooperative a mutualità prevalente, proprio per promuovere la spiccata meritevolezza sociale che le dovrebbe contraddistinguere.

Infine, è opportuno chiedersi se le cooperative di utenza potranno mai considerarsi un'alternativa al ricorso al mercato assimilabile all'*in house providing*, tale da giustificare, quindi, un affidamento diretto del servizio in loro favore³⁹⁵. Come noto, l'attuale quadro normativo europeo e nazionale non contempla questa opportunità e non sembrano potersi cogliere segnali di una futura inversione di tendenza. Forse il riferimento alla «comunità di lavoratori e utenti» dell'art. 43 C. avrebbe potuto fornire un ancoraggio a tale ipotesi, ma i tempi e il contesto giuridico che hanno ispirato tale norma non solo quelli attuali.

³⁹⁵ Sulla questione cfr. C. Iaione, *L'alba del giorno dopo nei servizi pubblici locali*, cit., p. 5; A.M. Altieri, *Servizi pubblici. La specificità dell'erogazione da parte di società cooperative*, cit., pp. 40, 49-50.

CAPITOLO QUARTO

LA GESTIONE TRAMITE FONDAZIONI: IL PATRIMONIO VINCOLATO AD UNO SCOPO

SOMMARIO: 1. Il contenuto precettivo minimo: brevi cenni per un inquadramento generale. – 1.1. I caratteri strutturali. – 1.2. Lo scopo. – 2. Le fondazioni ed i servizi pubblici locali: il complesso binomio. – 2.1. Le fondazioni di diritto comune. – 2.2. Le varianti statutarie delle fondazioni di «partecipazione». – 2.3. Le fondazioni di origine pubblica e di diritto speciale. – 2.4. Il caso dei servizi culturali e del tempo libero (*cenni*). – 3. Considerazioni finali.

1. Il contenuto precettivo minimo: brevi cenni per un inquadramento generale

La disciplina codicistica delle fondazioni, contenuta nel Titolo II del Libro I, frammista, tra l'altro, a quella delle associazioni, è piuttosto scarna, e sconta – come noto – l'originario sfavore per i corpi intermedi dello Stato³⁹⁶.

Nel corso degli ultimi anni, tale disciplina si è arricchita e, per certi versi, complicata³⁹⁷, a causa di due processi: da un lato, la moltiplicazione dei tipi di fondazioni, e, dall'altro, l'attribuzione ad esse di funzioni di interesse pubblico, anche a seguito della privatizzazione degli enti pubblici non economici³⁹⁸.

Per poter valutare le potenzialità ed i limiti del modello fondazionale in relazione ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, occorre, innanzitutto, richiamare – senza alcuna pretesa di esaustività – i tratti tipici dell'istituto. Dal momento che le fondazioni, per i processi sopra ricordati e per l'ampia autonomia statutaria loro riconosciuta, possono assumere caratteristiche molto eterogenee, tali da collocarle tra i soggetti di diritto privato, tra i soggetti di diritto pubblico, quand'anche tra gli organismi «misti», si individuerà, dapprima, quello che può essere definito «il contenuto precettivo minimo» della fattispecie³⁹⁹, per

³⁹⁶ Cfr. F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Libro Primo, *Persone e famiglia* (artt. 11-35), Bologna, Zanichelli, 1969, pp. 70; P. Rescigno, *Persone e comunità*, Padova, Cedam, 1988, pp. 29 ss.; S. Cassese, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in «Contratto e impresa», 1993, n. 1, pp. 1 ss.

³⁹⁷ Per una ricostruzione della disciplina applicabile alle fondazioni, si rinvia a A. Zoppini, *La disciplina delle associazioni e delle fondazioni dopo la riforma del diritto societario*, in A. Zoppini, M. Molteni (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni: riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, Cedam, 2007, pp. 1-24 e bibliografia ivi citata.

³⁹⁸ Cfr. S. Amorosino, *Dalla fondazione alle fondazioni: autonomia privata e funzioni di interesse pubblico*, in «Diritto della banca e del mercato finanziario», 2008, n. 1, pp. 34-35.

³⁹⁹ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 7.

analizzare, poi, le principali «varianti» riscontrabili, in particolare, nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Tale «contenuto precettivo minimo», tuttavia, rende comunque incerti e non univocamente identificabili i tratti distintivi del modello⁴⁰⁰.

1.1. I caratteri strutturali

Nel corso degli ultimi anni, il volto delle fondazioni ha subito profondi cambiamenti⁴⁰¹.

Il modello tradizionale avuto presente dal legislatore, ossia la fondazione di erogazione⁴⁰², è stato progressivamente smentito dalla prassi statutaria. L'aspetto organizzativo, infatti, ha assunto sempre maggiore risalto, così come alcune regole, nel tempo, sono state oggetto di un ripensamento complessivo. Accanto alle fondazioni che si caratterizzano per la mera erogazione, quindi, si registrano anche quelle con un carattere spiccatamente operativo, dedite ad attività anche gestionali più complesse.

Ad ogni modo, sembra ancora possibile affermare che l'«essenza» del modello fondazionale non risieda sul piano strutturale⁴⁰³, ma nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo, attraverso un'indefettibile struttura organizzativa⁴⁰⁴.

Secondo l'impianto codicistico, le fondazioni sono organismi collettivi che nascono, a seguito di un atto pubblico o per disposizione testamentaria⁴⁰⁵, dalla volontà di uno o più fondatori di vincolare dei beni ad uno scopo socialmente utile. L'atto costitutivo e lo statuto, ai sensi dell'art. 16 del c.c., devono necessariamente contenere la denominazione, l'indicazione dello scopo, del

⁴⁰⁰ Cfr. S. Cassese, *La disciplina delle fondazioni: situazione e prospettive*, in «Studi in onore di Pietro Rescigno», vol. II, Diritto privato, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 163-165.

⁴⁰¹ Sull'evoluzione dell'istituto della fondazione, v. G. Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 3-86.

⁴⁰² Che le fondazioni di erogazione siano il modello a cui sembra far riferimento il codice civile, si evince dall'art. 16, c.1, in cui si prevede la necessità della predeterminazione dei criteri di erogazione delle rendite.

⁴⁰³ Si pensi che la struttura, secondo il modello del codice civile, non costituisce un requisito per il riconoscimento della fondazione

⁴⁰⁴ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 84. In tal senso v. anche G. Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, cit., pp. 26 ss., secondo cui il connotato inderogabile della fattispecie fondazione è l'organizzazione di un'attività diretta al conseguimento di uno scopo.

⁴⁰⁵ Art. 14, c.c.

patrimonio e della sede, le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite. Strettamente interdipendente all'atto di fondazione è, quindi, l'atto di dotazione, di contenuto patrimoniale. Mentre il primo viene considerato in dottrina «negozio unilaterale non ricettizio», il secondo, invece, viene definito «atto unilaterale di destinazione dei beni allo scopo della fondazione» o «contratto di donazione»⁴⁰⁶.

Per meglio cogliere i caratteri distintivi delle fondazioni, non si può prescindere da un breve raffronto con le associazioni, in particolare per quanto attiene il «valore» del riconoscimento, il tipo di atto costitutivo, gli organi, la natura della volontà ed il sistema dei controlli.

Le fondazioni e le associazioni acquistano la personalità giuridica di diritto privato mediante il riconoscimento, determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche istituito presso le prefetture⁴⁰⁷. Tale riconoscimento, che – abbandonata la «discrezionalità politica» tipica della disciplina *ante* riforma – sottopone la fondazione ad una sorta di giudizio di omologazione e liceità da parte dell'autorità preposta⁴⁰⁸, è costitutivo⁴⁰⁹. Mentre le associazioni possono essere soggetti del diritto anche senza avere la personalità giuridica⁴¹⁰, lo stesso non può dirsi per le fondazioni⁴¹¹, che necessitano di un riconoscimento giuridico per poter operare.

⁴⁰⁶ P. Rescigno, *Fondazione*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 801.

⁴⁰⁷ Art. 1, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, *Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto*. Cfr. anche la Circolare n. M/5501/30 del Ministero degli Interni, 23 febbraio 2001.

⁴⁰⁸ Art. 5, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361.

⁴⁰⁹ Cfr. D. Vittoria, *Gli enti del primo libro del Codice Civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. Rescigno (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'Estero*, studio promosso dalla fondazione Napoli novantanove, Padova, Cedam, 1989, p. 44.

⁴¹⁰ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sulla dissociazione tra il concetto di soggetto di diritto e persona giuridica, v. M. Basile, *I gruppi sociali e la personalità giuridica*, in AA.VV. *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Atti del Congresso dei civilisti italiani tenutosi a Venezia il 23-26 giugno 1988, Padova, Cedam, 1989, pp. 65-69.

⁴¹¹ R. Rascio, *Gli enti*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 146.

Nelle associazioni, le persone – sia fisiche che giuridiche – sono legate da un contratto bilaterale o plurilaterale con comunione di scopo⁴¹², e ricoprono un ruolo notoriamente «dominante»: attraverso l'organo «sovrano» dell'assemblea⁴¹³, infatti, possono modificare lo scopo, l'assetto organizzativo ed influire sul patrimonio⁴¹⁴. L'associazione, quindi, una volta costituita, è dotata di una «propria» volontà, derivante dai membri dell'ente stesso e, pertanto, del tutto «interna»⁴¹⁵.

La fondazione, invece, scaturisce da un atto unilaterale, in quanto l'unico consenso richiesto dalla legge è quello del fondatore (o dei fondatori), che decide di destinare, in modo perpetuo, dei beni alla realizzazione di uno scopo⁴¹⁶. Con il riconoscimento, la volontà del fondatore «si distacca» dall'ente, per divenire un «qualcosa di obiettivato, affidato alle tavole di fondazione e destinato a fornire il criterio di giudizio dell'attività svolta e della conformità allo scopo»⁴¹⁷. Quella della fondazione, quindi, è una volontà «esterna». Gli amministratori e gli altri eventuali organi dell'ente⁴¹⁸, si trovano in una posizione tendenzialmente «servente»⁴¹⁹: non hanno, infatti, – almeno in linea teorica ed in riferimento ad un modello quanto più «puro» e «tradizionale» possibile di fondazione – alcun potere di incidenza diretta sul rapporto tra il patrimonio e lo scopo, essendo quest'ultimo «scolpito» nell'atto costitutivo.

Da qui la principale differenza tra fondazione e associazione, che vede, nella prima, la prevalenza dell'elemento patrimoniale, nella seconda, invece, quella

⁴¹² Cfr. artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.

⁴¹³ Cfr. D. Vittoria, *Gli enti del primo libro del Codice Civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, cit., pp. 49-50.

⁴¹⁴ R. Rascio, *I tipi degli enti non economici*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, cit., pp. 154-155.

⁴¹⁵ Cfr. E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Firenze, Passigli Editori, 1998, p. 55.

⁴¹⁶ Cfr. F. Galgano, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, Cedam, 1996, pp. 387-388; M. Civetta, A. Florimo, *Associazioni e fondazioni: qualificazione giuridica, trattamento tributario, obblighi contabili, agevolazioni fiscali*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 71-72.

⁴¹⁷ P. Rescigno, *Fondazione*, cit., p. 802.

⁴¹⁸ L'unico organo di cui è obbligatoriamente prevista l'esistenza dal c.c. è il consiglio di amministrazione.

⁴¹⁹ A. Zoppini, *La disciplina delle associazioni e delle fondazioni dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 17.

dell'elemento personale⁴²⁰, quando addirittura «non si consideri presupposto sufficiente per il riconoscimento della fondazione il patrimonio, e dell'associazione la pluralità di persone»⁴²¹.

Per quanto attiene, infine, il controllo sullo svolgimento dell'attività, nelle associazioni, questo è affidato all'organo assembleare, nelle fondazioni, invece, mancando un meccanismo interno di «correzione» della gestione⁴²², all'autorità governativa⁴²³.

Negli ultimi anni, tuttavia, – come sopra ricordato – si è assistito ad una metamorfosi dell'istituto, a seguito della quale, determinati tratti distintivi hanno assunto dei contorni meno netti.

Alcune fondazioni, ad esempio, nel proprio statuto hanno dato maggiore rilievo all'elemento personale, da un lato, ampliando le competenze del consiglio di amministrazione – che, così, si è emancipato dall'originario ruolo servente – e, dall'altro, adottando, sotto il profilo gestionale, una struttura a prisma anziché monolitica⁴²⁴. Lo stesso «distacco» del fondatore dall'ente fondato si è progressivamente ridotto, in luogo di un sempre maggiore coinvolgimento nella vita dell'ente, mediante la partecipazione diretta al consiglio di amministrazione o l'elezione di propri rappresentanti. Nel passaggio «dal diritto alla realtà», è stato rilevato, inoltre, un altro scostamento importante, ossia la c.d. «decolorazione» dello scopo, che spesso non è più esclusivamente altruistico⁴²⁵. Il patrimonio, infine, che per previsione normativa deve essere «congruo» alla realizzazione dello scopo⁴²⁶, spesso risulta insufficiente sin dall'inizio, tanto che negli statuti è ricorrente il riferimento a future elargizioni e contributi.

Da questa prima rassegna di caratteristiche «ricorrenti» delle fondazioni, si possono dedurre almeno due considerazioni: il modello delineato dal codice civile

⁴²⁰ Le fondazioni, infatti, erano inizialmente definite *universitas bonorum*, le associazioni, invece, *universitas personarum*. V. F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 68 e bibliografia ivi citata.

⁴²¹ P. Rescigno, *Fondazione*, cit., p. 794.

⁴²² Sul punto G. Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, cit., pp. 28-29.

⁴²³ Art. 25 c.c.

⁴²⁴ Cfr. E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., pp. 56-59.

⁴²⁵ S. Cassese, *La disciplina delle fondazioni: situazione e prospettive*, cit., p. 168.

⁴²⁶ Art. 1, c. 3, D.P.R. n. 361 del 2000.

risulta obsoleto e le costruzioni dogmatiche tradizionali tendenzialmente superate dalla prassi statutaria.

1.2. Lo scopo

Dal momento che i caratteri strutturali, per il modo in cui sono stati concepiti dal legislatore e per la prassi statutaria, non sono, da soli, sintomatici dell'istituto, la vera «essenza» delle fondazioni deve essere ricercata sul piano funzionale e nel nesso patrimonio-scopo.

Ai fini del riconoscimento, la disciplina normativa si limita a richiedere che lo scopo sia possibile e lecito, e che il patrimonio risulti adeguato alla sua realizzazione⁴²⁷. Ma le caratteristiche dello scopo delle fondazioni non si esauriscono a quanto sopra ricordato, essendo, infatti, indagabili almeno sotto altri tre profili: la non lucratività, l'eterodestinazione e la pubblica utilità.

Le fondazioni e le associazioni si distinguono dalle società, per quanto attiene allo scopo, per essere organizzazioni che non perseguono la logica del profitto, intesa come ripartizione degli utili conseguiti⁴²⁸. Le associazioni, possono essere definite «aggregazioni organizzate di individui stabilmente uniti da interessi comuni, attinenti a scopi non economici», le fondazioni, invece, sono «organizzazioni comprendenti beni vincolati alla realizzazione di scopi non economici»⁴²⁹. Mentre nelle associazioni lo scopo è «interno» all'ente (all'unisono con il tipo di volontà), in quanto finalizzato a realizzare gli interessi dei membri stessi, nelle fondazioni, al contrario, esso è «esterno»⁴³⁰. In entrambi i casi, tuttavia, i fini perseguiti richiedono mezzi, moduli organizzativi, azioni e tempi che trascendono le possibilità dei singoli⁴³¹.

⁴²⁷ Art. 1, c. 3, D.P.R. n. 361 del 2000.

⁴²⁸ G. Ponzanelli, *Enti senza fini di lucro*, (Voce), in «Digesto delle discipline privatistiche», vol. VIII, Torino, Utet, 1993, pp. 469 ss.

⁴²⁹ R. Rascio, *Gli enti*, cit., p. 137.

⁴³⁰ Cfr. E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., pp. 55-56.

⁴³¹ R. Rascio, *Gli enti*, cit., p. 138.

A differenza degli enti del Libro V, quindi, le associazioni e le fondazioni non perseguono fini di lucro ma di «promozione sociale, di elevazione culturale, di beneficenza o, più ampiamente altruistici»⁴³².

In realtà, tale prima forte contrapposizione, non risulta essere così netta come potrebbe sembrare ad una prima analisi⁴³³. Basti pensare, tra l'altro, che le imprese cooperative e mutualistiche, pur avendo uno scopo non lucrativo, sono ricomprese, nel codice civile, nel novero delle società, e che, a differenza del passato, oggi è consentita, qualora sia prevista dall'atto costitutivo, la c.d. trasformazione eterogenea, ossia la modificazione causale dell'ente da non lucrativo a lucrativo e viceversa, senza pregiudizio per la continuità del patrimonio e dell'impresa⁴³⁴.

I fini non lucrativi, inoltre, possono anche implicare la realizzazione e lo svolgimento di attività economiche, essendo ormai pacifica, nel nostro sistema, la «despecializzazione» delle forme giuridiche rispetto all'attività di impresa⁴³⁵. Le fondazioni, infatti, «in mancanza di qualsiasi determinazione legislativa in ordine alle attività esercitabili per il conseguimento degli scopi ideali che le caratterizzano, possono svolgere anche attività imprenditoriali, che, rispetto agli scopi istituzionali, possono trovarsi o in rapporto meramente strumentale, in quanto volte al reperimento dei mezzi occorrenti per gli stessi, oppure in rapporto diretto, in quanto di per sé idonee all'immediata realizzazione degli scopi medesimi»⁴³⁶. Il carattere imprenditoriale è, infatti, eventuale e comunque strumentale al perseguimento del fine, anche se, in dottrina, non sono mancati orientamenti più possibilisti circa l'utilizzo del modello fondazionale proprio per

⁴³² R. Rascio, *La capacità degli enti*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 149.

⁴³³ Cfr. P. Rescigno, *Fondazione*, cit., p. 792.

⁴³⁴ Artt. 2500-septies-2500-novies c.c. Sul punto si rinvia a G. Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, cit..

⁴³⁵ Cfr. A. Zoppini, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in AA.VV., *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*. Atti del Seminario (Roma, 19-20 gennaio 2005), Fondazione Camera dei Deputati, Il Sole 24 Ore, 2005, p. 16. Cfr. anche, Corte di Giustizia, 29 novembre 2007, causa C-119/06.

⁴³⁶ Corte dei Conti, Sez. Lombardia, *Relazione sulle esternalizzazioni degli enti locali*, approvata con delibera 11 dicembre 2009, n. 1088, p. 47.

l'esercizio di impresa⁴³⁷. È erroneo, quindi, ritenere le fondazioni come soggetti «economicamente negativi», essendo questi produttivi di «altro» genere di utilità⁴³⁸. Così come è inesatto, nel momento della qualificazione del risultato dell'attività, non ritenere l'area dell'economicità, seppure strumentale, asimmetrica rispetto a quella del lucro soggettivo di cui all'art. 2247 c.c.⁴³⁹.

Lo scopo perseguito dalle fondazioni, inoltre, deve avere un'utilità non individuale, ma collettiva, e valutabile alla stregua di criteri di apprezzamento sociale⁴⁴⁰. La natura della fondazione, infatti, «risiede nella realizzazione di interessi che toccano la generalità o larghe sfere dai confini più specificamente predeterminabili»⁴⁴¹ e, in quanto espressione dell'idea pluralista, «risponde alla convinzione che alla cura di tali interessi non sia necessaria la natura pubblica dell'ente»⁴⁴². Lo scopo altruistico, tuttavia, come rilevato in dottrina, «non si risolve nell'altruità dello scopo»: la fondazione, infatti, alla stregua degli altri soggetti di diritto privato, realizza «il proprio scopo attraverso la modalità attuativa dell'eterodestinazione vincolata del risultato»⁴⁴³.

Sebbene il codice civile non faccia alcuna esplicita menzione all'utilità sociale che lo scopo della fondazione deve perseguire, questa «*regula iuris*» si deduce, in via interpretativa, argomentando che solo una tale finalità può giustificare i vincoli di destinazione che il tipo di ente implica⁴⁴⁴. Solo «il nesso di strumentalità che lega la fondazione all'interesse generale può bilanciare il costo sociale»⁴⁴⁵ dovuto alla sottrazione dei beni, che costituiscono il patrimonio

⁴³⁷ Per una ricostruzione dei diversi orientamenti in dottrina, si rinvia a S. De Götzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 84-90.

⁴³⁸ A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, relazione al Convegno *Fondazioni e attività amministrativa*, Palermo, 13 maggio 2005, p. 43, in www.diritto-amministrativo.org.

⁴³⁹ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 95. Sull'erronea assimilazione dello scopo non economico con l'attività non economica, si rinvia a G. Ponzanelli, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 2ª ed., 2000, pp. 106 ss.

⁴⁴⁰ Cfr. P. Rescigno, *Fondazione*, cit., p. 806.

⁴⁴¹ P. Rescigno, *Le fondazioni ed i gruppi bancari*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998, p. 355.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 141.

⁴⁴⁴ Cfr. S. De Götzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., p. 65.

⁴⁴⁵ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 18.

dell'ente, alla normale circolazione⁴⁴⁶. La pubblica utilità, tuttavia, – secondo una parte della dottrina – non è lo scopo esclusivo di una fondazione, potendo essercene altri: «costituisce pertanto non un vincolo positivo, ma il limite posto all'attività dell'ente»⁴⁴⁷.

Lo scopo della fondazione, oltre ad essere non lucrativo, di utilità sociale, possibile e lecito, è anche tendenzialmente non modificabile⁴⁴⁸. Tale caratteristica, che si collega alla destinazione perpetua del patrimonio, nella prassi, ha visto attenuato il suo significato⁴⁴⁹. Si registra, infatti, soprattutto nei casi di indicazione generica del fine nell'atto costitutivo, una maggiore elasticità nell'interpretazione dello scopo da parte degli organi di governo della fondazione.

2. *Le fondazioni ed i servizi pubblici locali: il complesso binomio*

L'istituto della fondazione, in virtù delle sue caratteristiche, si è storicamente sviluppato «in una zona “grigia” del sistema tra il diritto privato e quello amministrativo»⁴⁵⁰.

Nel corso del tempo, il modello fondazionale ha conosciuto un'importante diffusione soprattutto nel settore dei servizi socio-sanitari e culturali che – come noto – tendenzialmente si annoverano tra i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, sebbene, come rilevato in giurisprudenza, anche i c.d. servizi «sociali» possono risultare «compatibili con la nozione di servizio di rilevanza economica, se e nel momento in cui presentano, per le modalità di esplicazione, una rilevante componente economica, tesa ad assicurare non solo la mera copertura delle spese sostenute, ma anche un potenziale profitto d'impresa»⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Cfr. D. Vittoria, *Gli enti del primo libro del Codice Civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, cit., pp. 59 ss.; F. Galgano, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, cit., pp. 395-396.

⁴⁴⁷ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 140. Cfr. anche Id., in D. Carusi (a cura di), *Associazioni e fondazioni: dal codice civile alle riforme annunciate*, Convegno di studi in onore di Pietro Rescigno, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 71-73.

⁴⁴⁸ Lo scopo può essere modificato qualora sia stato raggiunto, sia divenuto desueto o irraggiungibile. V. art. 28 c.c.

⁴⁴⁹ Cfr. S. De Götzen, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., p. 71.

⁴⁵⁰ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 1.

⁴⁵¹ Corte dei conti, Sez. controllo Lombardia, 11 maggio 2009, n. 195 e Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

Nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, invece, il ruolo che le fondazioni possono ricoprire è, al tempo stesso, più complesso e controverso.

Ciò è dovuto, da una parte, ai limiti stessi del modello fondazionale che, inevitabilmente, non può essere adottato per qualsiasi tipo di servizio pubblico locale o parte di esso; dall'altra, invece, alla eventuale presenza del soggetto pubblico che, a seconda della «gradazione» della sua incisività all'interno dell'istituto, può sollevare problematiche diverse, anche in relazione alla disciplina applicabile.

Le fondazioni, infatti, a seconda della loro «natura» e delle conseguenti caratteristiche da essa derivanti, possono assumere, previo confronto competitivo, la qualifica di gestori oppure di soci del soggetto pubblico in una società mista. Ma possono anche divenire affidatari diretti di attività e servizi precedentemente svolti dalle strutture della pubblica amministrazione. La possibilità che le fondazioni ricoprano i suddetti ruoli, tuttavia, è piuttosto controversa, ma non per questo meno meritevole di essere valutata.

Si premette, che, finora, le fondazioni hanno trovato un'applicazione piuttosto marginale nel settore di servizi pubblici locali di rilevanza economica⁴⁵² e che, tra l'altro, si sta consolidando un orientamento della Corte dei Conti contrario a tale ipotesi⁴⁵³. Si precisa, tuttavia, che tale orientamento, secondo cui sarebbero comunque preferibili altre formule gestionali, è emerso, nello specifico, in relazione a casi in cui l'affidamento dei servizi in favore di fondazioni è avvenuto secondo le modalità dell'*in house providing*, senza, quindi, il previo espletamento della gara. Secondo le più recenti delibere, infatti, i requisiti del «controllo analogo» e della partecipazione pubblica totalitaria, non risulterebbero

⁴⁵² Cfr. i dati emersi in Corte dei Conti, Sez. Autonomie, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Provincie*, approvata con deliberazione 22 giugno 2010, n. 14, p. 57, che registrano solo due fondazioni, una per la gestione delle infrastrutture di trasporto e l'altra per la gestione del trasporto pubblico locale. Cfr. anche V. Sarcone, *Le fondazioni "pubbliche"*, in C. Cittadino (a cura di), *Fondazioni e interesse pubblico: diversi modelli, uno scopo*, Istituto di Studi Politici "S. Pio V", Roma, Editrice Apes, 2012, pp. 100-102.

⁴⁵³ Cfr. Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazioni 1° luglio 2009, n. 542, 26 luglio 2012, n. 350 e 10 gennaio 2013, n. 25.

adeguatamente soddisfatti, a causa della particolare conformazione dell'istituto della fondazione.

2.1. *Le fondazioni di diritto comune*

Nel corso degli ultimi anni – come sopra ricordato – il quadro giuridico di riferimento delle fondazioni si è ampliato, anche a causa di un processo che ha portato alla moltiplicazione dei tipi di fondazioni. Tale processo è scaturito, da un lato, dall'«articolazione per funzioni», che ha consentito una differenziazione tra le fondazioni basata, essenzialmente, sul tipo di atto costitutivo e di statuto adottati⁴⁵⁴; dall'altro, dalla «proliferazione» sia di discipline legislative di settore⁴⁵⁵, che hanno assegnato un ruolo centrale a fondazioni «specializzate»⁴⁵⁶, sia di normative regionali⁴⁵⁷.

A fronte di «un modello (pensato come) unitario», quindi, nella realtà sono rintracciabili «una pluralità di contenuti eterogenei che si abbinano allo schema fondazionale»⁴⁵⁸.

Si premette che, per fondazione di diritto comune, si intende sia la fondazione con risorse esclusivamente private e con gestione completamente autonoma, che la fondazione che, pur ricevendo contributi pubblici, preserva comunque la propria autonomia, non potendo le amministrazioni pubbliche partecipare ai suoi organi né esercitare su di essi alcuna forma di ingerenza⁴⁵⁹.

La fondazione di diritto comune, assumendo un ruolo strumentale rispetto all'istanza pluralista, è una delle possibili espressioni dell'iniziativa economica

⁴⁵⁴ Si distinguono, ad esempio, le fondazioni di erogazione, le fondazioni familiari, le fondazioni-imprese.

⁴⁵⁵ Si pensi al caso degli enti lirici, delle fondazioni di origine bancaria, delle ex Ipab, ecc.

⁴⁵⁶ In tal senso cfr. S. Amorosino, *Dalla fondazione alle fondazioni: autonomia privata e funzioni di interesse pubblico*, cit., pp. 34-35; F. Roversi Monaco, A. Maltoni, *Fondazioni e interesse generali in Italia*, Relazione al XVIII Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, Bologna, 27-29 maggio 2010, in www.astrid.eu, pp. 3-8.

⁴⁵⁷ Sul punto si rinvia a P.G. De Geronimo, *La fondazione nella legislazione regionale*, in G. Palma Giuseppe, P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2008, in particolare pp. 246 ss.

⁴⁵⁸ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 6.

⁴⁵⁹ Cfr. V. Sarcone, *Le fondazioni "pubbliche"*, cit., p. 108.

privata (art. 41 C.)⁴⁶⁰. Non solo, infatti, rientra a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 C., ma, ai sensi degli artt. 42 e 43 C., può «incarnare» uno dei modi in cui si concretizza «il dettato della “funzione sociale”» della proprietà e in cui «si esprime il favore per un modello imprenditoriale gestito per finalità diverse da quelle capitalistiche», potendo, l'interesse generale, trovare attuazione anche mediante gruppi portatori di interessi particolari⁴⁶¹.

Le fondazioni di diritto comune, quindi, quali espressioni della libera iniziativa economica privata, e in virtù del principio di «neutralità» di cui all'art. 345 del Tfr e della definizione comunitaria di «impresa»⁴⁶², possono costituire un possibile modello di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica⁴⁶³, concorrente o alternativo sia ai soggetti pubblici che agli enti lucrativi. L'assenza della logica del profitto, infatti, – come sopra ricordato – non può essere considerata una causa ostativa di una gestione efficiente, efficace ed economica di un servizio, né tantomeno può precludere la partecipazione ad una gara⁴⁶⁴. Si ricorda, infatti, che l'attività di impresa richiede solo che venga garantita la copertura dei costi con i ricavi, e che, ad essere incompatibile con lo schema causale della fondazione, non è comunque il lucro oggettivo. Ciò che

⁴⁶⁰ Cfr. F. Galgano, *Art. 41*, cit., pp. 3 ss. Di opinione contraria P. Forte, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in G. Palma Giuseppe, P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, cit., p. 59, che colloca le fondazioni in «un'area di autonomia sociale», piuttosto che nell'area di autonomia privata.

⁴⁶¹ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., pp. 138-139. Cfr. anche F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., pp. 76-77, secondo cui «[...] la proprietà cessa d'essere espressione di libertà ed assume quei contenuti di doverosità che sono tipici dei poteri-doveri, delle funzioni; che la proprietà della fondazione cessa d'essere il punto di riferimento di un diritto soggettivo per assumere le caratteristiche della funzione dando vita ad un particolare tipo di proprietà [...] si potrà parlare di proprietà-ufficio o di proprietà-funzione». In senso contrario, anche se con particolare riferimento alle fondazioni culturali, G. Ponzanelli, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., p. 19.

⁴⁶² Sulla nozione di impresa e di soggetto che esercita attività economica, si veda, ad esempio, Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, causa C-222/04 e 1° luglio 2008, causa C-49/07.

⁴⁶³ Corte dei Conti, Sez. Lombardia, *Relazione sulle esternalizzazioni degli enti locali*, approvata con delibera 11 dicembre 2009, n. 1088, p. 48.

⁴⁶⁴ Anche se in riferimento alla partecipazione di una fondazione ad una gara d'appalto, in giurisprudenza, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3897, con note rispettivamente di S. Usai, *La partecipazione delle fondazioni alle gare d'appalto*, in «Urbanistica e appalti», 2009, n. 11, pp. 1321 ss. e S. Mento, *La partecipazione delle Fondazioni alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2010, n. 2, pp. 151 ss. Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6528 e il parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici 23 aprile 2008, n. 127. Sull'indifferenza della forma giuridica, cfr. anche art. 3, cc. 19 e 20, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

distingue, infatti, i soggetti *non profit* da quelli *for profit*, non è il tipo di attività, economica o meno, ma il criterio finalistico, e, quindi, la economicità o meno dello scopo che, ai fini della determinazione delle due distinte fattispecie, si estrinseca nella distribuzione o meno degli utili⁴⁶⁵.

Ciò premesso, è possibile caratterizzare le fondazioni anche in relazione al rapporto che queste hanno con l'esercizio dell'attività economica e la loro conseguente assoggettabilità o meno allo statuto dell'imprenditore commerciale⁴⁶⁶. Accanto alle c.d. «imprese di fondazione», in cui l'attività imprenditoriale contemplata nelle tavole statutarie assume sempre un carattere accessorio e strumentale rispetto allo scopo perseguito, si annoverano anche le c.d. «fondazioni d'impresa», in cui i fini istituzionali vengono assolti proprio attraverso l'attività economica⁴⁶⁷. Sono ammesse, inoltre, purché vengano soddisfatti determinati requisiti, anche le c.d. «fondazioni finanziarie» o «fondazioni *holding*»⁴⁶⁸. Si tratta del caso in cui una fondazione assuma per oggetto principale l'amministrazione del patrimonio o la gestione dell'impresa – che di per sé non rientra tra gli scopi di pubblica utilità perseguibili dalla forma giuridica in esame –, con l'obbligo, imposto dallo statuto, di devolvere le rendite e gli utili ad altra o altre fondazioni, affinché queste possano utilizzarli per realizzare direttamente gli scopi statutari. La fondazione *holding*, che può avere funzioni di mero finanziamento ma anche direttive nei confronti delle fondazioni operanti, persegue, così, lo scopo di pubblica utilità in maniera mediata⁴⁶⁹. Altro caso diffuso nella prassi, infine, è quello in cui la fondazione eserciti

⁴⁶⁵ Cfr. G. Ponzanelli, *Le «non profit organizations»*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 139 ss. e bibliografia *ivi* citata, che analizza le affinità tra il concetto di non distribuzione degli utili del nostro ordinamento e il *non distribution constraint* dell'ordinamento nordamericano. Sul ruolo e sull'importanza delle fondazioni nell'esperienza nordamericana, v. Id., *Le fondazioni in diritto straniero*, in P. Rescigno (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'Estero*, studio promosso dalla fondazione Napoli novantanove, Padova, Cedam, 1989, pp. 361 e ss.

⁴⁶⁶ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali in merito all'assunzione da parte della fondazione della qualità di imprenditore commerciale, v. G. Iorio, *Le fondazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 239-243.

⁴⁶⁷ Cfr. P. Rescigno, *Fondazione*, cit., pp. 811-813; A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 164 ss.; G. Ponzanelli, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit., pp. 190-192.

⁴⁶⁸ Consiglio di Stato, sentenza 12 dicembre 1961, n. 2186.

⁴⁶⁹ F. Galgano, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, cit., pp. 414-417. Sulle fondazioni *holding* v. anche, G. Iorio, *Le fondazioni*, cit., pp. 251-256.

indirettamente un'impresa per mezzo di una società di capitali da essa controllata⁴⁷⁰.

Nell'attuale quadro normativo, una fondazione di diritto comune può gestire servizi pubblici locali di rilevanza economica in tutti i settori in cui vige la concorrenza nel mercato. Nei settori caratterizzati, invece, dalla concorrenza per il mercato, una fondazione può gestire il servizio solo nel caso in cui risulti affidataria, a seguito di una gara ad evidenza pubblica, o in qualità di socia privata di una società mista, quindi sempre previo confronto competitivo.

Soprattutto in virtù delle caratteristiche dello scopo da essa perseguito, la fondazione è una tra le più interessanti figure grazie alle quali «dare praticabilità giuridica alla spinta auto-organizzativa della società»⁴⁷¹ per lo svolgimento di compiti di interesse generale, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale⁴⁷². L'utilità sociale perseguita, infatti, costituisce una sorta di terreno comune con le pubbliche amministrazioni, e conferisce, alle fondazioni, un possibile vantaggio competitivo anche in settori diversi dal loro tradizionale campo di attività.

Anche se, come affermato in dottrina, della pubblica utilità «può con maggiore consapevolezza apprezzarsi il ruolo essenzialmente “politico” che questo concetto ha assolto», considerato che questa, di fatto, «non risolve problemi di razionalità e di efficiente impiego delle risorse economiche»⁴⁷³.

Sempre da un punto di vista sostanzialmente «ideologico» – anche se spesso ne sono comprovati anche i risvolti economici –, possono apprezzarsi gli effetti che il legame con la comunità locale, il patrimonio di dotazione, l'assenza della logica del profitto e l'autonomia statutaria delle fondazioni possono avere sulla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La fondazione – come noto – ha la capacità di relazionarsi con la comunità locale di riferimento, ma anche di favorire i rapporti tra più soggetti. In

⁴⁷⁰ F. Galgano, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, cit., p. 417 e giurisprudenza *ivi* citata.

⁴⁷¹ C. Cittadino, C. Bova, R. Picerno, *Fondazioni di scopo*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva, Pubblica amministrazione e Terzo settore*, cit., p. 110. Cfr. anche S. Amorosino, *Dalla fondazione alle fondazioni: autonomia privata e funzioni di interesse pubblico*, cit., p. 38.

⁴⁷² Cfr. Corte costituzionale, sentenze 28 settembre 2003, nn. 300 e 301. Cfr. anche Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione 21 dicembre 2009, n. 1138.

⁴⁷³ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 43.

particolare, la possibilità che alla fondazione partecipino molteplici *stakeholders*, potrebbe garantire una più ridotta asimmetria informativa⁴⁷⁴ e un maggiore ed efficace controllo interno indiretto⁴⁷⁵. Il vincolo che lega il patrimonio ad uno scopo, inoltre, potrebbe impedire la deviazione di risorse dall'obiettivo e garantire, almeno in potenza, una gestione efficiente dell'attività. Le fondazioni, infatti, proprio in virtù delle caratteristiche del patrimonio di cui devono essere dotate, non hanno, tendenzialmente, una «fragilità finanziaria» di partenza e sono, pertanto, anche meno soggette «alla “cattura” delle risorse pubbliche»⁴⁷⁶. Anche se – come sopra ricordato – l'adeguatezza del patrimonio della fondazione allo scopo è presunta, dato che, nella prassi, si registrano numerosi casi in cui la dotazione iniziale risulta modesta e nello statuto sono previste modalità di integrazioni successive. Il divieto di lucro soggettivo e il conseguente impiego degli utili per gli investimenti, potrebbe, inoltre, assicurare risorse per l'ammodernamento e la manutenzione delle infrastrutture o per il miglioramento della qualità nell'erogazione del servizio. Si ricorda, inoltre, che le fondazioni godono di un particolare *favor*, attraverso finanziamenti ed erogazioni, ed una disciplina tributaria *ad hoc*. L'autonomia gestionale, infine, consente una gestione libera da condizionamenti di tipo politico, sebbene sia doveroso sottolineare che, nel caso dei servizi pubblici locali, essendo l'attività rivolta a favore di terzi, potrebbe trovare giustificazione una maggiore «eteronomia», poiché la fondazione genera, in questo caso, un affidamento collettivo e delle aspettative⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Cfr. H. Hansmann, *La proprietà dell'impresa*, cit., pp. 41-44.

⁴⁷⁵ In senso contrario al modello «multipartenariale» è A. Zoppini, in D. Carusi (a cura di), *Associazioni e fondazioni: dal codice civile alle riforme annunciate*, cit., p. 79, secondo cui il coinvolgimento di «soggetti che hanno interessi potenzialmente in conflitto con la natura non lucrativa dell'ente, può determinare una sorta di “deriva” mutualistica, di cui è facile prevedere le distorsioni rispetto alle caratteristiche che invece debbono ascrivere agli enti che programmaticamente dichiarino di non attribuire utili».

⁴⁷⁶ V. Sarcone, *Premessa metodologica*, in C. Cittadino (a cura di), *Fondazioni e interesse pubblico: diversi modelli, uno scopo*, cit., p. 26.

⁴⁷⁷ Cfr. anche se con riferimento alle fondazioni di diritto privato in generale, Zoppini, *La disciplina delle associazioni e delle fondazioni dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 16.

2.2. *Le varianti statutarie delle fondazioni di «partecipazione»*

Il Codice civile – come noto – disciplina le fondazioni senza, tuttavia, darne una definizione puntuale. Ciò ha consentito che, scalfite, nella prassi, alcune regole dogmatiche non riconducibili, tuttavia, al c.d. nucleo essenziale del *genus* fondazione – costituito da un patrimonio vincolato ad uno scopo – trovassero spazio anche forme di «ibridazione» del modello⁴⁷⁸.

Con il sintagma «fondazioni di partecipazione» si usa convenzionalmente indicare quelle fondazioni che si caratterizzano per essere un patrimonio di destinazione a struttura aperta, che realizza una sintesi dell'elemento patrimoniale, che – come sopra ricordato – costituisce un requisito essenziale del *genus* fondazione, e di quello personale, che, invece, costituisce il connotato tipico dell'associazione⁴⁷⁹.

Attraverso apposite previsioni statutarie, la fondazione si spoglia, così, di una struttura rigida, per assumerne una di gran lunga più elastica ed a formazione progressiva, che consenta il coinvolgimento, nella gestione, non solo del fondatore – che nello schema originario si distacca, invece, dalle sorti dell'ente al momento dell'atto costitutivo – ma anche di eventuali partecipanti⁴⁸⁰. Nell'ambito dei rilevanti margini di varianza connessi all'autonomia statutaria, vengono definiti il ruolo specifico dei partecipanti (fondatori, aderenti e sostenitori), le condizioni di ammissione, gli organi, nonché eventuali apporti patrimoniali successivi all'atto di dotazione. L'atto costitutivo, a differenza del modello «puro», si configura come un contratto plurilaterale con comunione di scopo, a cui possono aderire anche altre parti⁴⁸¹.

Si tratta, quindi, di un modello gestionale – di elaborazione dottrinale – che, oltrepassando i limiti dello schema classico di fondazione, si pone come uno strumento di cooperazione istituzionale. Le fondazioni di partecipazione, infatti,

⁴⁷⁸ Cfr. A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, pp. 393-394.

⁴⁷⁹ Cfr. E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., pp. 63-64.

⁴⁸⁰ Cfr. A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., pp. 394-395.

⁴⁸¹ Cfr. art. 1332 c.c.

sono istituite o partecipate da una pluralità di soggetti privati e/o pubblici, quali lo Stato, le Regioni, gli enti locali ed altri enti pubblici.

Nella prassi, tali «anomale» figure giuridiche si presentano, a loro volta, in modo molto eterogeneo. Possono, infatti, scaturire dalla trasformazione per legge di precedenti enti pubblici; possono costituire l'esito della decisione dell'ente pubblico di «esternalizzare» servizi ed attività; possono essere istituite *ex novo* da un ente pubblico che si fa promotore dell'iniziativa, oppure possono essere il risultato della decisione di una o più amministrazioni di partecipare a fondazioni già costituite⁴⁸². La presenza del soggetto pubblico, inoltre, a seconda dei casi, può risultare preponderante e, quindi, incidere notevolmente anche sulla natura stessa del soggetto. Al contrario può essere solo eventuale e, quindi, risolversi, ad esempio, nella sola contribuzione in via finanziaria oppure nella partecipazione di rappresentanti dell'ente locale nel consiglio di amministrazione o in un organo di vigilanza interno.

La fondazione di partecipazione è un fenomeno che, per le sue peculiarità e per l'assenza di riferimenti normativi specifici ad esso dedicati, ha suscitato molto interesse da parte della dottrina, soprattutto in relazione alla sua natura giuridica.

Secondo alcuni autori, la fondazione di partecipazione costituisce una figura giuridica atipica, un *tertium genus* rispetto alle associazioni e alle fondazioni, che trova il suo fondamento – in via interpretativa – nella formula volutamente elastica «altre istituzioni di carattere privato», di cui all'art. 12 c.c. – in seguito abrogato e il cui contenuto è poi confluito nell'art. 1 del D.P.R. n. 361 del 2000 –, nonché nella seconda parte del primo comma dell'art. 45 C.⁴⁸³. Tale modello empirico consente di «svincolarsi da una sorta di cristallizzazione dello scopo della struttura sempre in agguato nelle fondazioni *tout court*, senza peraltro giungere ad una specie di leggerezza nell'adeguare l'istituto alle esigenze sociali

⁴⁸² M.P. Chiti, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Le fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato a Firenze il 25 novembre 2006, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, pp. 32-35.

⁴⁸³ Cfr. E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., pp. 61-70. Si precisa che gli autori, nel testo, fanno riferimento all'art. 12 c.c., abrogato dall'art. 11, del D.P.R. n. 361 del 2000.

o di mercato, sempre pronta ad incunearsi, invece, in una struttura di tipo associativo»⁴⁸⁴. Attraverso la partecipazione di nuovi aderenti all'organizzazione, infatti, al contempo si realizza uno scostamento sia dal modello fondazionale «puro», con la previsione di una costante alimentazione della dotazione patrimoniale in virtù di contributi periodici, sia dal modello associativo, data l'impossibilità di modificare lo scopo istituzionale⁴⁸⁵.

Secondo altra dottrina, invece, «*tertium non datur*, salvo attribuire al sintagma una valenza puramente sociologica e descrittiva, come tale giuridicamente irrilevante»⁴⁸⁶. Il fatto che le norme del codice civile dedicate alle fondazioni non descrivono una particolare soluzione strutturale, fa presumere che, in generale, la configurazione dell'ordinamento interno delle fondazioni sia «morfologicamente neutra»⁴⁸⁷. La fondazione di partecipazione, infatti, – secondo il parere del Consiglio di Stato⁴⁸⁸ – costituisce una specificazione del modello fondazione che attiene alla fase costitutiva: fermi restando gli scopi istituzionali, infatti, la «valorizzazione» dell'elemento personale costituisce solo una diversa modulazione gestoria dell'ente.

Il vantaggio più evidente riconducibile alla formula gestoria della fondazione di partecipazione – che, finora, ha trovato il suo campo di elezione nelle attività socio-assistenziali⁴⁸⁹ e culturali – è la collaborazione, all'interno di un medesimo ente, di istituzioni pubbliche e private. Le fondazioni di partecipazione per la gestione dei servizi pubblici rientrano, infatti, tra quelle forme di partenariato istituzionalizzato che configurano un'«ipotesi di

⁴⁸⁴ Ivi, E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del Terzo Millennio*, cit., p. 65.

⁴⁸⁵ Cfr. M. Gorgoni, *Le fondazioni di partecipazione*, in L. Bruscutta, E. Rossi (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla Legge quadro*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 530.

⁴⁸⁶ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., 1995, p. 111.

⁴⁸⁷ Cfr. M. Maltoni, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Le fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato, cit., 2007, p. 28.

⁴⁸⁸ Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere 20 dicembre 2000, n. 288.

⁴⁸⁹ Gli esempi di fondazioni di partecipazione nel settore dei servizi socio-sanitari, infatti, sono numerosi. Per un'analisi generale del fenomeno, nonché per lo studio di casi, si rinvia a E. Vivaldi, *Le fondazioni partecipate degli enti locali ed il dopo di noi*, in «Prospettive sociali e sanitarie», 2008, fasc. 11-12; C. Casavecchia, *Affidamento in house providing di servizi socio-sanitari a fondazione di diritto privato*, in «Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza», 2009, n. 13-14; G. Palmerini, *La "Fondazione di partecipazione" come ipotesi di gestione dei servizi pubblici locali*, in www.diritto.it, 8 giugno 2006.

entificazione dell'interesse comune» di attori pubblici e privati⁴⁹⁰. Dal momento, tuttavia, che soggetto pubblico e soggetto privato hanno ontologicamente una vocazione diversa, e non è assolutamente pacifico che gli interessi perseguiti dal privato, pur non avendo natura lucrativa, siano rappresentativi di individui e collettività che coincidano con la collettività di riferimento del *partner* pubblico, è necessario che gli eventuali interessi differenti trovino una composizione nell'atto costitutivo della fondazione stessa, anche attraverso la definizione dei meccanismi di *governance*⁴⁹¹.

La collaborazione pubblico-privato, inoltre, come sopra ricordato, ha il vantaggio di attrarre capitali privati in settori che necessitano di costanti investimenti, non sempre assicurabili dal solo soggetto pubblico.

Il ricorso a tale modello gestorio, tuttavia, desta non poche perplessità, dal punto di vista giuridico e dal punto di vista economico, anche se, quest'ultimo, è a sua volta sempre riconducibile al primo.

In relazione al primo aspetto, una parte della dottrina ha denunciato una contraddizione di fondo insita nel connubio stesso fondazione di partecipazione-servizi pubblici locali, ma anche nel connubio fondazione di partecipazione-ente locale. Si premette che tale tesi demolitoria dell'istituto, si riferisce al caso in cui l'ente locale assuma la qualifica di fondatore. L'anomalia del primo abbinamento, è da ricercarsi nella difficoltà di conciliare uno scopo tendenzialmente immutabile – quale quello che giustifica l'esistenza stessa della fondazione e il vincolo alla disponibilità del suo patrimonio – con una valutazione aprioristica, da parte dell'ente locale, di ciò che nella fattispecie può assurgere perpetuamente a servizio pubblico locale⁴⁹². Nozione, quest'ultima, che – come noto – sfugge ad una definizione puntuale e «statica».

⁴⁹⁰ F. Cortese, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., p. 41.

⁴⁹¹ Sul punto M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, pp. 64-65.

⁴⁹² Cfr. G. Franchi Scarselli, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in «Aedon», 2000, n. 3, secondo cui «accedere ad una fondazione implica per l'ente locale assumere, pure indirettamente, un impegno giuridico di durata teoricamente perpetua e

Si potrebbe obiettare – in difesa, quindi, della validità di tale figura affermatasi nella prassi –, che, muovendo da tale premessa, anche il modello tradizionale di fondazione mal si concilia con la gestione di un servizio pubblico locale. Ma un conto è il caso di una fondazione costituita da soli soggetti privati – o che, comunque, veda una partecipazione marginale di quelli pubblici – che si trovi nell’ipotesi in cui lo scopo si renda desueto o irraggiungibile⁴⁹³, altro è il caso in cui, nella suddetta circostanza, si trovi un ente locale «strutturato» nella fondazione a seguito di una propria decisione.

Occorre, tuttavia, tener conto che nella prassi statutaria, come sopra ricordato, il carattere dell’immutabilità dello scopo, si è molto attenuato. Il frequente ricorso ad un’indicazione generica dello scopo, infatti, rimettendo la determinazione concreta dei fini alle decisioni degli organi di governo dell’ente, ha consentito al modello della fondazione di partecipazione di trovare applicazione anche in settore diversi da quelli tradizionali⁴⁹⁴.

L’anomalia del secondo abbinamento, invece, – secondo la tesi demolitoria dell’istituto – risiede nel fatto che l’originario punto di forza delle fondazioni di partecipazione, ossia la capacità di unire soggetti pubblici e privati, viene meno nel caso in cui l’ente locale partecipi in qualità di fondatore, vanificandosi il principio di distinzione tra regolatore e gestore, in luogo di una compartecipazione organica⁴⁹⁵.

In relazione all’aspetto economico, le perplessità sull’opportunità del modello sono connesse alla possibilità che la dotazione patrimoniale risulti modesta e il fondo di gestione venga integrato da ricorrenti trasferimenti pubblici. Una tale previsione statutaria, innanzitutto, sembra contraddire uno dei presupposti necessari ai fini del riconoscimento della personalità giuridica della fondazione stessa: l’adeguatezza del patrimonio al perseguimento dello scopo. In secondo luogo, la suddetta ipotesi, che comunque si potrebbe considerare come

dunque una inaccettabile valutazione di priorità nel tempo di un interesse, reso spl, rispetto ad altri di pari grado in gioco».

⁴⁹³ Cfr. art. 28 c.c.

⁴⁹⁴ Cfr. S. De Götzen, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., pp. 71-72.

⁴⁹⁵ Cfr. G. Franchi Scarselli, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, cit.

una sorta di correttivo «in corso d'opera» alla «rigidità patrimoniale» dell'istituto, potrebbe trasformarsi in un aggravio insostenibile della spesa da parte dell'ente pubblico, dovuto, ad esempio, ad attribuzioni indirizzate alla copertura di costi esorbitanti o a ripianare disavanzi strutturali di amministrazione della fondazione⁴⁹⁶. Il che potrebbe, tra l'altro, costituire una violazione dei principi di concorrenza e di trasparenza⁴⁹⁷. Il coinvolgimento dell'ente locale in qualità di fondatore, inoltre, presume anche il conferimento da parte di quest'ultimo di beni, sia mobili che immobili, destinati a rimanere *sine die* vincolati nella fondazione stessa. Ciò potrebbe spiegare anche il frequente fenomeno della sottocapitalizzazione⁴⁹⁸.

Si precisa, tuttavia, che, in generale, non esiste uno specifico divieto per gli enti pubblici di erogare contributi a favore di fondazioni⁴⁹⁹. Ma mentre la contribuzione, sia ordinaria che straordinaria, necessita, da parte dell'ente, di «una valutazione di opportunità e di convenienza della spesa, nonché la previsione di adeguati strumenti di controllo, sia sulla gestione della fondazione sia sulla resa del servizio in termini di efficienza e di efficacia»⁵⁰⁰, il concetto di «perdita gestionale da ripianare», invece, è estraneo alla nozione stessa di fondazione⁵⁰¹. Qualora, infatti, l'ente locale si accollasse l'onere di ripianare eventuali perdite, «la natura di organismo privato autonomo verrebbe meno e l'ente assumerebbe la qualifica di organo strumentale del Comune, assumendo natura pubblica alla stessa stregua di un'azienda speciale o di un organismo societario»⁵⁰². Si evidenzia, inoltre, che la contribuzione finanziaria da parte dell'ente pubblico, sebbene debba trovare un'ideale giustificazione nell'ambito

⁴⁹⁶ Cfr. Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione 12 luglio 2010, n. 753 e 5 novembre 2010, n. 979.

⁴⁹⁷ Cfr. G. Franchi Scarselli, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, cit.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

⁴⁹⁹ Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione 5 novembre 2010, n. 979.

⁵⁰⁰ Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione 23 gennaio 2009, n. 7.

⁵⁰¹ Corte dei Conti, Sez. Lombardia, *Relazione sulle esternalizzazioni degli enti locali*, approvata con delibera 11 dicembre 2009, n. 1088, p. 49.

⁵⁰² Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione 21 dicembre 2009, n. 1138.

del perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁰³, non si traduce necessariamente in un controllo sulla *governance* della fondazione⁵⁰⁴.

È opportuno, infine, richiamare le principali differenze tra la cosiddetta fondazione di partecipazione pubblico-privato e la società mista pubblico-privato. Mentre la prima, come più volte ricordato, è un patrimonio a struttura aperta cui possono partecipare vari soggetti, la seconda assume tutti i caratteri di una società per azioni e persegue lo scopo del profitto. La fondazione di partecipazione, consente di distinguere l'attività principale, non orientata al profitto, da quella accessoria commerciale, strumentale allo scopo perseguito, che può anche essere esterna all'ente, permettendo «la creazione di una galassia imprenditoriale che vede al suo centro la Fondazione, che coordina e converte il lucro al pubblico interesse»⁵⁰⁵. La società mista, d'altra parte, garantisce una migliore definizione dei ruoli tra soggetti pubblici e privati, e assicura la trasparenza tramite la procedura concorsuale di selezione del socio privato.

Le fondazioni di partecipazione, in virtù della propria capacità aggregativa di persone e di capitali⁵⁰⁶, sembrano costituire uno «strumento» – anche se per alcuni di dubbia opportunità – piuttosto che un «modello» per la gestione dei servizi pubblici locali.

Ciò indipendentemente dal fatto che siano espressione di un partenariato pubblico-privato o pubblico-pubblico. Nel primo caso, infatti, servono principalmente ad attrarre risorse private per fini pubblici⁵⁰⁷; nel secondo caso, invece, costituiscono uno strumento degli enti locali per perseguire interessi pubblici istituzionali attraverso una forma giuridica che in parte si sottrae alle regole pubblicistiche.

Nel complesso, la partecipazione di soggetti pubblici solleva numerose questioni in relazione alla natura giuridica sostanziale di tali fondazioni. È

⁵⁰³ Corte dei conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione 5 novembre 2010, n. 979.

⁵⁰⁴ Corte dei conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione 28 gennaio 2010, n. 9.

⁵⁰⁵ E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e privato per il non profit*, cit., p. 87. Cfr. anche il fenomeno delle c.d. fondazioni *holding*, in F. Galgano, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, cit., pp. 414 ss.

⁵⁰⁶ G. Morbidelli, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in www.giustamm.it, 2005.

⁵⁰⁷ Anche se in riferimento ad un contesto più generale, cfr. L. Torchia, *Prospettive di diritto amministrativo*, in AA.VV., *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, cit., pp. 27-30.

possibile, infatti, individuare, a seconda dei casi, una differente «gradazione» della loro essenza pubblica. Se, da una parte, le fondazioni di partecipazione, in generale, possono essere uno strumento per realizzare un partenariato e per regolare l'incontro tra finanziamenti pubblici e finanziamenti privati, sfuggendo alla disciplina della contabilità pubblica⁵⁰⁸, dall'altra, possono assumere la qualifica di organismi di diritto pubblico, rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina europea degli appalti⁵⁰⁹; ma potrebbe, persino, essere riconosciuta loro «la sostanziale natura pubblica», indipendentemente dalla forma giuridica di diritto privato⁵¹⁰.

Come noto, per il riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico, oltre al requisito della personalità giuridica, è necessario che l'ente in questione sia stato istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, e che la sua attività sia finanziata prevalentemente da soggetti pubblici o sia soggetta al loro controllo, oppure che il suo organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri designati in maggioranza da enti pubblici⁵¹¹.

Nelle fondazioni di partecipazione, il primo requisito è una condizione necessaria, il secondo e il terzo richiedono, invece, un maggiore chiarimento.

Mentre nei settori tradizionali di intervento (socio-sanitario, culturale, ecc.), il secondo requisito è insito nello scopo stesso della fondazione di partecipazione, nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la questione è più controversa. Secondo un orientamento giurisprudenziale⁵¹², esistono diversi indizi indicativi di un'attività diretta al soddisfacimento di bisogni non industriali e commerciali, quali «la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione di rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione». Dal momento che i servizi pubblici locali di

⁵⁰⁸ Cfr. F. Merusi *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in «Diritto amministrativo», 2004, n. 3, p. 447.

⁵⁰⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393.

⁵¹⁰ Sul punto cfr. A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 401.

⁵¹¹ Cfr. art. 3, c. 26, d.lgs. 17 aprile 2006, n. 163.

⁵¹² Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 7 aprile 2010, n. 8225 e giurisprudenza della Corte di Giustizia *ivi* citata.

rilevanza economica presumono un mercato concorrenziale, ma l'attività di impresa esercitata dalla fondazione di partecipazione – secondo criteri di economicità e senza perseguire il lucro soggettivo – può avere carattere strumentale rispetto allo scopo perseguito – anche se per alcuni coincide con lo scopo stesso –, occorrerà necessariamente, per accertare l'effettiva sussistenza del secondo requisito, una valutazione caso per caso, che tenga conto delle circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e delle condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività.

Per quanto riguarda, infine, il terzo requisito, questo si potrà ritenere soddisfatto solo in determinati casi, ossia quando la contribuzione pubblica sia maggiore rispetto alle altre fonti di finanziamento della fondazione – in termini di partecipazione al fondo patrimoniale o in termini di elargizioni successive –, e a tale finanziamento «si leghi un controllo e una partecipazione pubblica alle decisioni», o quando comunque sussista un effettivo controllo sulla gestione da parte dell'ente pubblico⁵¹³.

Il riconoscimento ad una fondazione di partecipazione della qualifica di organismo di diritto pubblico, comporta, oltre alla sottoposizione delle regole relative all'evidenza pubblica, anche un controllo della Corte dei conti molto più penetrante di quello previsto dall'art. 25 del c.c.⁵¹⁴, e, secondo una parte della dottrina, la sostanziale «pubblicità» dell'ente⁵¹⁵.

La fondazione di partecipazione – come sopra ricordato – non solo realizza forme di collaborazione stabile tra soggetti pubblici e privati, ma può anche essere espressione di un partenariato pubblico-pubblico. In quest'ultimo caso, potrebbero sussistere i presupposti per ricondurre la fondazione «ad una forma organizzativa atipica della pubblica amministrazione»⁵¹⁶. Benché istituita

⁵¹³ V. Sarcone, *Le fondazioni "pubbliche"*, cit., pp. 80-81.

⁵¹⁴ Tar Liguria, Sez. II, 18 febbraio 2009, n. 230.

⁵¹⁵ Cfr. F. Merusi, *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, in «Le Regioni», 2004, n. 1; S. De Götzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., pp. 367-368. Sulla nozione puramente «funzionale» di organismo di diritto pubblico v. G. Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 209; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino Giappichelli, 2010, p. 384.

⁵¹⁶ V. Sarcone, *Le fondazioni "pubbliche"*, cit., p. 103.

secondo le norme previste dal codice civile, la fondazione non è, in questi casi, espressione di autonomia privata, ma rappresenta la volontà di fondatori pubblici di «svolgere attività di interesse pubblico attraverso la costituzione (o la partecipazione) di una fondazione»⁵¹⁷. Un modello di questo tipo, tuttavia, solo formalmente può essere considerato di «partecipazione», essendo più corretta per esso, infatti, la qualificazione di «fondazione di diritto pubblico»⁵¹⁸. In ossequio al principio di legalità, una fondazione di questo tipo necessita che ci sia una previsione normativa che, anche indirettamente, ne consenta la costituzione.

2.3. *Le fondazioni di origine pubblica e di diritto speciale*

Con l'espressione fondazioni di origine pubblica – come rilevato in dottrina – si intendono sia le fondazioni che derivano dalla trasformazione di precedenti enti pubblici, sia le fondazioni che sono istituite per legge o da amministrazioni o enti pubblici, sulla base di una disciplina speciale⁵¹⁹.

Negli ultimi anni, il legislatore ha di sovente utilizzato il modello della fondazione come «strumento» per conseguire varie finalità, tra cui la privatizzazione di enti pubblici al fine del contenimento della spesa, la «riorganizzazione» dello Stato e le sperimentazioni gestionali nel settore socio-sanitario e nei servizi culturali⁵²⁰.

La scelta è ricaduta sul modello fondazionale, proprio per le finalità di interesse pubblico da esso perseguite e per la sostanziale coincidenza di scopo con le pubbliche amministrazioni. La fondazione si pone, infatti, come il soggetto

⁵¹⁷ V. Sarcone, *Le fondazioni "pubbliche"*, cit., p. 61.

⁵¹⁸ M.P. Chiti, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit., p. 40.

⁵¹⁹ G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in «Diritto amministrativo», 2006, n. 3, p. 574.

⁵²⁰ Per un approfondimento si rinvia a F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, cit.; A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, cit.; G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, cit.; A. Maltoni, *Enti pubblici e privati in forma di fondazione: regime giuridico e modalità di intervento nei settori dei servizi alla persona*, in «Diritto amministrativo», 2006, n. 4; G. Mancuso, *Le fondazioni nella privatizzazione della pubblica amministrazione*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 135 ss.; I. Lucaroni, *Fondazioni di origine pubblica*, in «Queste istituzioni», 2010, n. 158-159; S. De Götzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., pp. 117-336.

non profit più assimilabile all'ente pubblico⁵²¹. Nei confronti di tale modello, inoltre, si registra un vero e proprio apprezzamento sociale⁵²².

Non essendo questa la sede per un approfondimento del complesso fenomeno delle fondazioni di origine pubblica e delle fondazioni di c.d. diritto speciale o «di diritto pubblico», ci si limiterà ad individuare solo il possibile ruolo che queste possono ricoprire nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si prenderanno in considerazione, in particolare, le fondazioni istituite dagli enti locali al fine di «esternalizzare» attività o servizi e le fondazioni bancarie.

Si premette che non esistono, di fatto, riferimenti normativi espliciti che consentano agli enti locali di costituire fondazioni per la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ci si domanda, pertanto, se ciò sia comunque possibile, anche in virtù della capacità auto-organizzativa dell'ente stesso.

Per quanto attiene i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, la capacità dell'ente locale di costituire una fondazione *ad hoc*, è ammessa (in alcuni casi, anche senza una precisa disposizione legislativa), così come sembra contemplata anche la possibilità di un affidamento *in house* del servizio alla fondazione stessa, qualora ne ricorrano i presupposti⁵²³.

Per quanto riguarda, invece, i servizi pubblici locali di rilevanza economica, si potrebbe ricavare tale capacità richiamando, in via interpretativa, la norma a carattere generale contenuta nell'art. 29, c. 1, lett. *b*), della legge 28 dicembre 2001, n. 448, secondo cui le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 sono autorizzate, anche in deroga alle vigenti disposizioni, a costituire, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione, soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi svolti in precedenza. Assumendo tale riferimento normativo come esatto, la

⁵²¹ V. Sarcone, *Premessa metodologica*, in C. Cittadino (a cura di), *Fondazioni e interesse pubblico: diversi modelli, uno scopo*, cit., p. 24.

⁵²² G. Iorio, *Le fondazioni*, cit., p. 9.

⁵²³ C. Casavecchia, *Affidamento in house providing di servizi socio-sanitari a fondazione di diritto privato*, cit., pp. 1526 ss.; G. Astegiano, *Spl: affidamento a fondazione di diritto privato*, in «Azienditalia», 2007, n. 10, pp. 741 ss.

fondazione in argomento, sia che venga costituita da un solo fondatore pubblico, sia che esprima un partenariato pubblico-pubblico, essendo finanziata esclusivamente con il capitale dell'ente (o degli enti) fondatore e sottoposta al suo controllo gestionale, potrebbe essere considerata come un vero e proprio ente strumentale, nonché «una sorta di organizzazione privatistica della pubblica amministrazione», assimilabile ad un soggetto *in house*⁵²⁴. Considerato, poi, che, a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008, sono venute meno tutte le disposizioni di diritto interno concernenti la gestione *in house*, e che, di conseguenza, ad essa si applicano esclusivamente le condizioni previste dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria che, tra l'altro, non contengono alcun riferimento alla forma giuridica del soggetto⁵²⁵, l'analogia risulta ancora più appropriata.

Il giudice contabile, tuttavia, sia in relazione ai servizi pubblici locali di rilevanza economica che a quelli che ne sono privi, in alcuni recenti pareri, si è mostrato piuttosto scettico sull'ipotesi di affidamento *in house*. Nello specifico, secondo la Sezione regionale della Lombardia della Corte dei Conti, nella fondazione non risultano facilmente identificabili i requisiti tipici individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per la fattispecie in esame. Nella struttura fondazionale, infatti, «la circostanza della partecipazione pubblica totalitaria risulterebbe di difficile individuazione, in quanto a seguito dell'atto di fondazione il patrimonio del conferente assume soggettività distinta»; anche i requisiti del «controllo analogo» non risultano agevolmente desumibili, considerato che «né il mero potere di nomina né la devoluzione del patrimonio surrogano i requisiti anzi descritti, e per contro rafforzano l'apparenza di dualità soggettiva tra comune e fondazione»⁵²⁶.

Pur volendo condividere la tesi possibilista sopra esposta, ad oggi, agli enti locali sembra comunque preclusa la possibilità di istituire *ex-novo* fondazioni,

⁵²⁴ Cfr. V. Sarcone, *Le fondazioni "pubbliche"*, cit. p. 108-109.

⁵²⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 325 del 2010, in cui si pone a confronto la disciplina comunitaria dell'*in house* con quella nazionale.

⁵²⁶ Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione 26 luglio 2012, n. 350; della stessa Sezione cfr. anche deliberazione 10 gennaio 2013, n. 25; cfr. Sez. controllo Veneto, deliberazione 19 marzo 2013, n. 75.

così come la possibilità di acquisire una nuova partecipazione in quelle già esistenti. Il d.l. n. 95 del 2012, convertito nella legge n. 135 del 2012 (c.d. *spending review*), infatti, ha introdotto il divieto, per gli enti locali, di «istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione»⁵²⁷. Considerato che le funzioni fondamentali comprendono, in generale, «l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale», ne consegue – secondo recenti pareri della Corte dei Conti – l'espresso divieto normativo⁵²⁸. Come sopra accennato, tale norma, alla luce del combinato disposto del comma 6 e del comma 1 dell'art. 9, «nonché della ratio complessiva del provvedimento legislativo in discorso», secondo il giudice contabile, sembrerebbe comportare anche il divieto per l'ente locale di acquisire una nuova partecipazione in una fondazione già esistente, contrastando questa ipotesi «con la volontà del legislatore non solo di non incrementare la presenza degli Enti locali in enti e organismi (comma 6), ma, altresì, di ridurla sensibilmente (comma 1)»⁵²⁹.

Un tale rigore interpretativo, tuttavia, non è detto che non si scontri con il principio di coerenza della pubblica amministrazione, soprattutto in quei casi in cui il modello organizzativo della fondazione potrebbe realmente costituire una soluzione efficiente di gestione del servizio, con conseguente risparmio effettivo di risorse da parte dell'ente locale⁵³⁰.

⁵²⁷ Art. 9, c. 6, d.l. n. 95 del 2012, come convertito. Si precisa, tuttavia, che tali norme, che hanno come finalità il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, vanno lette in relazione alle disposizioni di cui all'art. 3 bis del decreto-legge n. 138 del 2011, come convertito. Quest'ultimo, infatti, allo scopo di conseguire una organizzazione efficiente dei servizi e di permettere l'ottenimento di economie di scala o di scopo nella gestione dei servizi pubblici, prevede l'organizzazione di questi servizi in ambiti territoriali ottimali. Sul punto, cfr. *Rassegna Normativa - Servizi Pubblici Locali*, elaborata sulla base di un Protocollo di intesa tra il Ministero dello sviluppo economico, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento affari regionali, turismo e sport, il Dipartimento per le politiche europee e Invitalia, aprile 2013, p. 21.

⁵²⁸ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, parere 18 settembre 2012, n. 403; Sez. controllo Toscana, parere 12 dicembre 2012, n. 460.

⁵²⁹ Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, parere 21 gennaio 2013, n. 25.

⁵³⁰ M. Nico, *Il divieto della spending review vale anche per le nuove partecipazioni*, in «Guida agli Enti Locali – Il Sole 24 Ore», 27 febbraio 2013.

Le fondazioni di origine bancaria⁵³¹, invece, storicamente legate allo sviluppo delle «realtà locali» di riferimento⁵³², in quanto «enti esponenziali della società civile»⁵³³, possono ricoprire un ruolo particolarmente rilevante nella gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Si ricorda che le fondazioni di origine bancaria, anche se sottoposte ad un regime speciale, sono da ricomprendersi nel novero dei soggetti di natura privatistica, come sostenuto nelle sentenze del Giudice delle leggi n. 300 e 301 del 2003⁵³⁴.

Un coinvolgimento delle fondazioni bancarie nella gestione di tali servizi, è riscontrabile già nella c.d. «direttiva Dini». Quest'ultima consentiva ai suddetti enti di «realizzare gli scopi statutari anche mediante l'assunzione di pubblici servizi in regime di concessione»⁵³⁵.

Ad oggi, le fondazioni di origine bancaria possono perseguire il proprio scopo di utilità sociale nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in veste di «finanziatori», mediante la partecipazione a società miste. Sono necessarie, tuttavia, delle precisazioni. Mentre non si pongono particolari problemi circa la possibilità per le fondazioni bancarie di partecipare società miste per la gestione di servizi pubblici locali a prevalente capitale pubblico, il discorso è diverso per quanto riguarda le società miste a prevalente capitale

⁵³¹ Dato che la letteratura sulle fondazioni di origine bancaria è piuttosto ampia, si ricordano, in questa sede, solo alcune opere, per uno sguardo d'insieme: F. Roversi Monaco (a cura di), *Le fondazioni casse di risparmio*, Rimini, Maggioli, 1998; M. Clarich, A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non profit*, Bologna, Il Mulino, 2001; S. Cassese, *Da fondazioni bancarie ad enti "non profit"?*, in «Giornale di diritto amministrativo», 1995, n. 4, pp. 479 e ss.; S. Cassese, *L'evoluzione delle fondazioni bancarie*, in «Giornale di diritto amministrativo», 1996, n. 3, pp. 280 ss.

⁵³² Corte costituzionale, sentenza 24-29 settembre 2003, n. 301, punto 8 in diritto.

⁵³³ S. De Götzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., p. 213 e bibliografia ivi citata.

⁵³⁴ Per un commento delle sentenze, si rinvia a F. Merusi, *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, cit.; B. Caravita di Toritto, *Le fondazioni bancarie come formazioni sociali*, 2008, in www.federalismi.it.

⁵³⁵ Art. 5, c. 2, Direttiva del Ministro del tesoro 18 novembre 1994, *Criteri e procedure per le dismissioni delle partecipazioni deliberate dagli enti conferenti di cui all'art. 11 del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, nonché per la diversificazione del rischio degli investimenti effettuati dagli stessi enti*.

privato⁵³⁶. Le fondazioni di origine bancaria, infatti, possono detenere partecipazioni di controllo solo «in enti e società che non abbiano ad oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali»⁵³⁷, ossia nei «settori rilevanti»⁵³⁸, mentre possono detenere partecipazioni non di controllo in «società anche diverse da quelle aventi per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali»⁵³⁹.

Si ricorda, infine, la proposta di un coinvolgimento delle fondazioni bancarie nel processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, avanzata dal Presidente dell'Antitrust. Quest'ultimo, infatti, in occasione della presentazione della relazione annuale sull'attività svolta nel 2008, ha eletto le fondazioni quali candidate per natura a svolgere un ruolo determinante nella prima fase di privatizzazione dei servizi pubblici locali, analogo a quello realizzatosi nel processo di riassetto del sistema bancario⁵⁴⁰. La funzione di sostegno dell'economia svolta e le caratteristiche dell'investitore istituzionale detenute, potrebbero, infatti, rendere le fondazioni degli azionisti privati dalle forti responsabilità sociali, in grado sia di agire in autonomia rispetto ai decisori politici, sia di garantire alle reti locali gli investimenti necessari, ponendo fine, al

⁵³⁶ Sul punto cfr. G. Marchi, *Le fondazioni bancarie socie di società miste per la gestione di servizi pubblici locali*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Le fondazioni casse di risparmio*, cit., pp. 403-405.

⁵³⁷ Art. 7, c. 1, d.lgs. 17 maggio 1999 n. 153, *Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del D.Lgs. 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della L. 23 dicembre 1998, n. 461*. Comma modificato dal c. 11 dell'art. 11, l. 28 dicembre 2001, n. 448.

⁵³⁸ Ai sensi dell'art. 1, c. 1, lettera d), d.lgs. n. 153 del 1999, i settori rilevanti sono i «settori ammessi» scelti, ogni tre anni, dalla fondazione, in numero non superiore a cinque. I settori ammessi, invece, ai sensi dell'art. 1, c. 1, lettera c-bis), d.lgs. n. 153 del 1999, sono: «1) famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione, incluso l'acquisto di prodotti editoriali per la scuola; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili; 2) prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica; sicurezza alimentare e agricoltura di qualità; sviluppo locale ed edilizia popolare locale; protezione dei consumatori; protezione civile; salute pubblica, medicina preventiva e riabilitativa; attività sportiva; prevenzione e recupero delle tossicodipendenze; patologia e disturbi psichici e mentali; 3) ricerca scientifica e tecnologica; protezione e qualità ambientale; 4) arte, attività e beni culturali.»

⁵³⁹ Art. 6, c. 1, d.lgs. n. 153 del 1999.

⁵⁴⁰ Agcm, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008, Presentazione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Roma, 16 giugno 2009.

contempo, alla situazione di palese conflitto di interesse in cui si trovano gli enti locali⁵⁴¹.

2.4. *Il caso dei servizi culturali e del tempo libero*

L'art. 113-bis, c. 3, del Tuel, prevedeva il modello della fondazione, costituita o partecipata dagli enti locali, come tipica formula organizzativa per i servizi pubblici locali culturali e del tempo libero. Come rilevato in dottrina⁵⁴², il fatto che, da tale disposizione, sembrava emergere che il modello di gestione tramite fondazione fosse legittimamente utilizzabile solo per la suddetta tipologia di servizio, e non per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica in generale, presupponeva una definizione dei confini del concetto di servizio culturale e del tempo libero che il legislatore non aveva tracciato. Attraverso «un approccio logico-descrittivo»⁵⁴³, venne fatta rientrare, nel concetto di servizio pubblico locale di tipo culturale, gran parte delle attività di valorizzazione dei beni culturali svolte dall'ente locale^{544 545}.

⁵⁴¹ L. Lanzillotta, *La svolta privata delle fondazioni per liberare i servizi pubblici locali*, in «Il Sole 24 Ore», 5 luglio 2009. Cfr. anche A. Miglietta, F. Testa, *Reti sulle ali delle fondazioni*, in «Il Sole 24 Ore», 22 luglio 2009.

⁵⁴² G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., pp. 82-83.

⁵⁴³ *Ivi*, p. 83.

⁵⁴⁴ Si evidenzia che nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, e s.m.i., la nozione di servizio culturale non è definita esplicitamente, ma è deducibile dal combinato disposto degli articoli 6, 111 e 115, ed è riconducibile all'attività di valorizzazione dei beni culturali ad iniziativa pubblica. Cfr. A. Caroselli, *La gestione dei servizi culturali locali*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2005, n. 5, pp. 567-569.

⁵⁴⁵ Le attività di valorizzazione dei beni culturali, ai sensi dell'art. 6, c. 1, e dell'art. 111, c. 1, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, consistono nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all'esercizio delle funzioni e alla disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza e la conservazione del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso. Si ricorda che la valorizzazione dei beni culturali rientra tra le materie di competenza concorrente tra Stato e Regioni, ai sensi dell'art. 117, co. 3, C. La Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 2004 sopra citata, ha precisato, tra l'altro, che l'attività di valorizzazione rientra nella competenza statale per quanto riguarda i beni appartenenti allo Stato, in quella regionale, invece, per quanto riguarda i beni non appartenenti allo Stato. Sul concetto di valorizzazione e sul relativo riparto del competenze tra i vari livelli di governo, si rinvia a M. Ainis, M. Fiorillo, *I beni culturali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, II, cit., pp. 1479-1482 e 1495-1502; G. Severini, *I principi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2004, n. 5, pp. 471-473; L. Casini, *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2004, n. 5, pp. 478-483; G. Pastori, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in «Aedon», 2004, n. 3.

Dal momento che, in dottrina, è stata sollevata l'annosa questione – a cui in questa sede non si può che solo accennare – relativa alla riconducibilità dei servizi culturali afferenti i beni non statali ai servizi pubblici locali a rilevanza economica o meno, e alla conseguente eventuale sottoposizione alle disposizioni contenute nella disciplina generale dei servizi pubblici locali⁵⁴⁶, appare opportuno dare conto del fenomeno delle fondazioni anche in questo settore.

Il modello fondazionale, negli ultimi anni, ha conosciuto un'importante diffusione nel settore dei servizi pubblici locali culturali e del tempo libero, per tre ordini di motivi: il ricorso a tale soggetto giuridico come strumento di riduzione della sfera pubblica⁵⁴⁷; l'esplicita previsione normativa contenuta nel Tuel, seppur abrogata⁵⁴⁸, e nella disciplina di settore; la sperimentazione, da parte degli enti locali, di formule gestorie atipiche, quali le fondazioni di partecipazione.

In relazione al primo punto, le tre tipologie di fondazioni di origine pubblica rilevate in dottrina⁵⁴⁹, ossia le «fondazioni a base privata», tra cui rientrano le fondazioni bancarie, le «fondazioni a partecipazione privata», tra cui si annoverano gli ex enti lirici, ed, infine, le «fondazioni strumentali dell'ente pubblico fondatore», tra cui si ascrivono le fondazioni universitarie e culturali, presentano numerosi legami con gli enti locali e con i servizi pubblici culturali⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Sulla questione si rimanda a G. Piperata, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in «Aedon», 2003, n. 3; A. Di Sciascio, *La gestione dei servizi privi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 187-192, 208-209; G. Sciullo, *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte costituzionale*, in «Aedon», 2004, n. 3; A. Caroselli, *La gestione dei servizi culturali locali*, cit., pp. 571-572; G. Sciullo, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. 156/2006?*, in «Aedon», 2006, n. 2; R. Goso, *L'affidamento in house dei servizi culturali*, in «Urbanistica e appalti», 2007, n. 1, pp. 95-104.

⁵⁴⁷ Cfr. F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in «Diritto amministrativo», 2004, n. 3.

⁵⁴⁸ Cfr. art. 113-bis del Tuel, inserito dall'art. 35, c. 15 l. . 28 dicembre 2001, n. 448, poi modificato dall'art. 14, c. 2, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, come convertito il l. 24 novembre 2003, n. 326. L'articolo venne successivamente abrogato dalla Corte costituzionale con sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

⁵⁴⁹ G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, cit., pp. 579-581.

⁵⁵⁰ Cfr. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., pp. 395-399.

Tali legami scaturiscono o da esplicite previsioni di legge⁵⁵¹ o da affinità di scopo⁵⁵².

In relazione al secondo punto, si ricorda che l'art. 113-*bis* del Tuel, in una logica di «depubblicizzazione» della disciplina di regolazione dei servizi culturali, aveva annoverato esplicitamente il modello fondazionale, in quanto, rispetto alle «tipiche» formule pubbliche, garantiva una gestione più efficace oltre che il coinvolgimento dei privati⁵⁵³. A seguito dell'avvenuta abrogazione dell'intero suddetto articolo, la disciplina dei servizi culturali sembra trovare il suo quadro di riferimento nella normativa di settore, in particolare, nell'art. 115 del Codice dei beni culturali⁵⁵⁴. Sebbene nel suddetto articolo sia venuta meno, a seguito di successive modificazioni⁵⁵⁵, l'originaria elencazione dei soggetti giuridici legittimati allo svolgimento del servizio, dal combinato disposto con l'art. 112 del Codice stesso, si desume la possibilità di ricorrere all'istituto della fondazione per la valorizzazione dei beni culturali di proprietà pubblica⁵⁵⁶. Il Codice, infatti, prevede, da una parte, che gli enti pubblici territoriali possono costituire «appositi soggetti giuridici» cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo di piani strategici inerenti le attività di valorizzazione dei beni culturali⁵⁵⁷. Dall'altra, che a detti soggetti giuridici possono partecipare anche «persone giuridiche private senza fini di lucro, [...] a condizione che l'intervento in tale settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto»⁵⁵⁸.

⁵⁵¹ Si pensi al ruolo degli enti locali nelle fondazioni di origine bancaria e negli ex enti lirici. Cfr. G. Endrici, *Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi*, in «Aedon», 2002, n. 1.

⁵⁵² Si pensi, in particolare, alle fondazioni universitarie e alle loro finalità culturali.

⁵⁵³ Cfr. G. Franchi Scarselli, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in «Aedon», 2000, n. 3.

⁵⁵⁴ Cfr. G. Sciullo, *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte costituzionale*, cit..

⁵⁵⁵ La versione originaria del Codice ha subito, infatti, alcune modificazioni con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, *Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali*.

⁵⁵⁶ Sul punto, F. Rota, *Esperienze di fondazioni in ambito culturale*, in G. Palma, P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, cit., p. 289; C. Barbati, *Le forme di gestione*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 213.

⁵⁵⁷ Art. 112, c. 5, Codice dei beni culturali.

⁵⁵⁸ Art. 112, c. 8, Codice dei beni culturali.

L'affidamento del servizio a fondazioni, previsto dalle suddette disposizioni normative, – per una parte della dottrina – sembra, tuttavia, far riferimento al modello tradizionale civilistico di fondazione e non a quello empirico delle fondazioni di partecipazione⁵⁵⁹.

In relazione al terzo punto, l'autonomia organizzativa degli enti locali, ha portato, in particolare nel settore servizi culturali e del tempo libero, alla sperimentazione di modelli gestori atipici, quali le fondazioni di partecipazione.

Quest'ultime, – come sopra ricordato – presentano numerose criticità in ordine alla loro stessa natura giuridica e alla legittimità, da parte degli enti locali, di costituirle o parteciparle per la gestione dei suddetti servizi⁵⁶⁰. Sebbene una parte della dottrina – come sopra accennato – non escluda che i servizi culturali presentino profili di economicità tali da configurare per loro un possibile mercato concorrenziale, ad oggi la disciplina di settore consente agli enti locali di procedere ad un affidamento diretto della gestione di tali servizi a fondazioni. Si sottolinea che non è un caso che l'affidamento diretto a fondazioni sia esplicitamente contemplato per i servizi culturali e non in generale per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, e che nei testi normativi non ci sia un esplicito riferimento alle fondazioni di partecipazione⁵⁶¹. Tale scelta del legislatore, infatti, si giustifica con la volontà di coinvolgere soggetti privati e di avvalersi di un modello di gestione tendenzialmente più elastico ed efficiente, in un settore che, per le sue peculiarità, si presta particolarmente ad una forma di collaborazione.

3. *Considerazioni finali*

Il modello fondazionale, anche a causa del processo di metamorfosi di cui è stato interessato nel corso del tempo, ad oggi si presenta come un istituto giuridico dalle molteplici opportunità di impiego. Al di là dei c.d. settori tradizionali, in cui ha avuto modo di dare prova delle sue potenzialità, tale forma gestionale, infatti,

⁵⁵⁹ Cfr. G. Franchi Scarselli, *La gestione dei servizi culturali tramite fondazione*, in «Aedon», 2002, n. 1; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., pp. 406-407.

⁵⁶⁰ Cfr. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., pp. 408-412.

⁵⁶¹ Cfr. G. Franchi Scarselli, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, cit.

in virtù dei propri tratti caratteristici ricorrenti e dell'autonomia statutaria ad essa riconosciuta, potrebbe trovare un efficace impiego anche nella gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Sono molti, infatti, i punti di forza del modello fondazionale, che potrebbero renderlo una valida alternativa al soggetto pubblico e agli enti lucrativi.

Rispetto al primo, infatti, se da una parte la fondazione ha la capacità di aggregare persone e capitali, di stabilire, di norma, un forte legame con il territorio di riferimento e di porsi come un soggetto potenzialmente «solido» dal punto di vista finanziario, in virtù della preminente importanza riconosciuta all'elemento patrimoniale, dall'altra, invece, si pone in continuità con esso, per la sostanziale coincidenza di scopo. La fondazione, infatti, per le finalità da essa perseguite, si potrebbe dire che «solo geneticamente appartiene al diritto privato, perché nel momento stesso in cui viene ad esistenza tradisce la sua origine per assumere una connotazione rigorosamente pubblicista»⁵⁶².

Rispetto agli enti lucrativi, invece, il perseguimento di una finalità ideale o non economica, che si estrinseca attraverso il divieto di ripartizione degli utili, fa sì che la fondazione possa costantemente reinvestire quest'ultimi nell'attività svolta. Inoltre, l'impossibilità che la «volontà interna» alla fondazione possa incidere direttamente sul rapporto tra patrimonio e scopo, potrebbe evitare la dispersione di risorse e contribuire ad un innalzamento della qualità del servizio. Secondo una parte della dottrina, infatti, la fondazione costituisce una forma di organizzazione dell'impresa suscettibile di essere ulteriormente valorizzata in quanto, rispetto al modello societario, appare connotata da «una più spiccata neutralità e sul piano ideologico e su quello strutturale/organizzativo»⁵⁶³.

Le principali criticità del modello fondazionale nella gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sono ravvisabili, invece, nella «rigidità» dell'istituto – quantomeno nella «variante» definita dallo schema codicistico –, e

⁵⁶² A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 19.

⁵⁶³ A. Zoppini, *Quattro tesi per una rilettura delle norme sulle fondazioni*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti "non profit" in Italia*, cit., p. 78.

nella difficoltà di reperire un *management* qualificato per lo svolgimento delle attività.

Nell'attuale contesto normativo, per le fondazioni di diritto comune e per le fondazioni di origine bancaria possono prospettarsi delle opportunità. Le prime, in quanto espressioni della libera iniziativa economica, in un contesto di concorrenza nel mercato possono liberamente prestare i propri servizi, mentre in un contesto di concorrenza per il mercato, possono gareggiare, alla stregua di qualsiasi soggetto privato, per l'affidamento del servizio o per divenire, sempre previo confronto competitivo, soci privati in società miste. Le seconde, invece, possono concorrere solo per quest'ultima qualifica, a condizione che la società mista sia a prevalente capitale pubblico o, in caso di prevalente capitale privato, solo qualora detengano partecipazioni non di controllo. Si può, infine, immaginare per le fondazioni, anche un possibile ruolo nel processo di privatizzazione delle imprese locali di pubblici servizi, in parte analogo a quello realizzatosi nel settore bancario negli anni Novanta.

Si pongono, invece, particolari problematiche, che ne rendono controverso il ricorso nella gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nei casi in cui in seno alla fondazione si annoveri anche la presenza del soggetto pubblico, come accade, tra l'altro, nel c.d. modello empirico della fondazione di partecipazione.

A seconda, infatti, che la presenza del soggetto pubblico sia solo eventuale o, al contrario, ingerente e preponderante, non solo possono sollevarsi questioni attinenti al tipo di disciplina applicabile, ma potrebbe anche risultare compromesso il normale «meccanismo di funzionamento» dell'istituto stesso della fondazione.

Di qui l'importanza cruciale di una redazione accurata delle tavole statutarie e di una definizione precisa dei meccanismi di *governance*. Solo una identificazione univoca dei ruoli dei soggetti pubblici e dei soggetti privati, infatti, può garantire che la fondazione non si converta in uno «strumento» indebitamente utilizzato.

La diffusione, nella prassi, di molteplici e, a volte, anomali tipi di fondazione, è sintomatica, tra l'altro, del fatto che il modello codicistico ormai risulta per molti aspetti obsoleto, e che, pertanto, l'istituto necessita di un complessivo ripensamento.

Per quanto attiene nello specifico il settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, potrebbe essere auspicabile un intervento del legislatore volto a disciplinare una fattispecie specifica di fondazione. Una disciplina *ad hoc* dovrebbe, da una parte, porre necessariamente dei limiti al proliferare, nel settore, di soggetti giuridici riconducibili al *genus*, senza, tuttavia, «costringere» oltre misura l'autonomia statutaria. Dall'altra, esaltare le virtù del modello, prevedendo all'uopo anche la possibilità di garantire una maggiore rappresentanza dei diversi soggetti portatori di interesse, fermo restando che, in contesti di concorrenza per il mercato, l'eventuale affidamento del servizio dovrebbe comunque avvenire previa gara.

Il riconoscimento di una fattispecie specifica di fondazione potrebbe, tra l'altro, sostenere, seppur indirettamente, la causa dell'apertura del mercato alla concorrenza, ampliando ulteriormente la scelta, per gli operatori, della soluzione gestionale ottimale.

Si segnala, infine, la proposta, elaborata sulla falsariga delle esperienze internazionali di maggiore successo, quali Glas Cymru nel Galles e Metropolitan Transport Authority di New York, di incentivare iniziative imprenditoriali *no profit* soprattutto in quei settori che, seppur suscettibili di generare redditività, sono caratterizzati da un'elevata destinazione sociale. Sebbene i due esempi sopra riportati si riferiscano a figure giuridiche particolari – *company limited by guarantee* nel primo caso⁵⁶⁴ e *public authority* nel secondo⁵⁶⁵ – che non trovano un immediato corrispettivo nel nostro ordinamento, i tratti caratterizzanti dei due tipi, ossia il patrimonio vincolato ad un determinato scopo, l'utilizzo degli utili

⁵⁶⁴ Si tratta di un'impresa *non profit* che amministra una rete idrica, che ha la forma giuridica di una società a responsabilità limitata da garanzia, ma non ha azionisti, reinveste i profitti nella società e paga annualmente un dividendo (*customer dividend*) direttamente in bolletta. Per un maggior approfondimento si rinvia al sito istituzionale www.dwrcymru.com.

⁵⁶⁵ Si tratta, nello specifico, di una *public benefit company* che gestisce i trasporti pubblici, che presenta delle caratteristiche molto simili ai soggetti senza scopo di lucro. Cfr. il sito istituzionale www.mta.info.

per investimenti, la raccolta del capitale di debito nei mercati finanziari e forme di presenza degli *stakeholders* nel governo dell'impresa, sembrano riecheggiare alcuni tratti del nostro modello fondazionale⁵⁶⁶. Di qui, non solo la constatazione che anche il nostro attuale quadro legislativo di fatto non pone ostacoli alla diffusione di un tale modello. Ma anche la proposta di una nuova previsione normativa volta ad incentivare l'ingresso delle *no profit utilities* nel settore dei servizi pubblici locali, sia nella gestione del servizio sia nella proprietà delle infrastrutture locali⁵⁶⁷, mediante, ad esempio, l'attribuzione di un maggior punteggio nel bando di gara, la predisposizione di strumenti finanziari diretti a favorire l'incontro dei c.d. *long term investors* con i soggetti *no profit* e, in ultima istanza, l'assimilazione di tale forma di gestione senza scopo di lucro all'*in house providing*, di cui «alla radice ne condivide la natura di alternativa alle ipotesi di “efficace ed utile ricorso al mercato”»⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Cfr. P. Garrone, *Non profit utilities: caratteristiche ed esperienze internazionali*, in P. Garrone, P. Nardi (a cura di), *Al servizio del cittadino e della città. Libertà ed efficacia nei servizi pubblici locali*, cit., pp. 124-132; Id., *Il principio di sussidiarietà nei servizi di pubblica utilità*, in G. Vittadini (a cura di), *Che cosa è la sussidiarietà*, cit., pp. 190-196.

⁵⁶⁷ A. Sciumè, *Non profit e gestione dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 143-157.

⁵⁶⁸ C. Iaione, *Città e beni comuni*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, Carocci Editore, 2012, pp. 142-147.

CAPITOLO QUINTO

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Sulla discrezionalità degli enti affidanti. – 2. Il potenziale molteplice ruolo delle forme di gestione senza scopo di lucro.

1. Sulla discrezionalità degli enti affidanti

La “indifferenza” del nuovo contesto normativo rispetto alle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica comporta un rischio e un’opportunità.

Da una parte, potrebbe ulteriormente rallentare il già difficile percorso di liberalizzazione intrapreso da poco più di un decennio. Dall’altra, potrebbe rappresentare, in teoria, la condizione ideale per individuare, a seconda dello specifico settore e della dimensione ottimale del servizio, la formula gestoria più adeguata.

Il venir meno del criterio prioritario dell’affidamento sul mercato e del carattere di assoluta eccezionalità della gestione pubblica diretta⁵⁶⁹, ha di fatto inciso sul disegno di privatizzazione degli assetti gestionali e di liberalizzazione dei mercati di riferimento. Quest’ultimo, tuttavia, resta comunque una finalità permanente, in quanto di derivazione comunitaria, ma che non trova più un’immediata corrispondenza in dichiarate scelte di politica del diritto⁵⁷⁰.

Si precisa, tuttavia, che nonostante l’assenza di un criterio “gerarchico” delle modalità di affidamento dei servizi, il *favor* per il ricorso alla gara è comunque affermato nell’art. 3-*bis* del decreto legge n. 138 del 2011, come convertito. In riferimento ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, è previsto, infatti, che l’affidamento a seguito di procedura ad evidenza pubblica

⁵⁶⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 11 febbraio 2013, n. 762. Per un primo commento si rinvia a A. Caroselli, *L’affidamento diretto tra vincoli comunitari e principio di discrezionalità*, 5 marzo 2013, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁵⁷⁰ Cfr. T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall’“instabilità” nazionale alla “deriva” europea*, cit., pp. 430-433.

costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli enti locali ai fini dell'applicazione del patto di stabilità interno⁵⁷¹.

L'effetto più immediato del nuovo contesto normativo è, come più volte detto, la «riespansione» delle competenze regionali e degli enti affidanti⁵⁷². Tali competenze pervadono sia la scelta relativa all'assunzione/istituzione del servizio che quella attinente le modalità di gestione.

Come noto, il concetto di servizio pubblico locale di rilevanza economica, che costituisce una specificazione della nozione di servizio pubblico locale che, a sua volta, è una declinazione di quella più ampia di servizio pubblico⁵⁷³, non è definibile in maniera univoca e soprattutto «statica»⁵⁷⁴. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ricostruito la nozione per differenza rispetto ad altre attività riconducibili alle funzioni amministrative e all'erogazione di servizi non organizzabili in maniera imprenditoriale, ponendo così l'accento più che sull'essenza, sul modo di erogazione⁵⁷⁵. La rilevanza economica, quindi, viene

⁵⁷¹ Cfr. il comma 3 del citato articolo.

⁵⁷² Corte costituzionale, sentenza n. 199 del 2012.

⁵⁷³ Sulla nozione di servizio pubblico e di servizio pubblico locale la dottrina è piuttosto cospicua. Senza pretesa di esaustività, si ricorda: U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, cit.; F. Merusi, *Servizio pubblico*, (Voce), in «Novissimo Digesto italiano», vol. XVII, Torino, Utet, 1976, pp. 215 ss.; S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. XLII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 335 ss.; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa nei profili ricostruttivi*, in «Diritto Pubblico», 1998, n. 1, pp. 181 ss.; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 289 ss.; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit, pp. ; G. Napolitano, *Servizi pubblici*, (Voce), in «Dizionario di diritto pubblico», diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5517 ss.; G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, (Voce), in «Dizionario di diritto pubblico», cit.; G. Piperata, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2007, n. 5; A. Police, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 65 ss.; G. Caia, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, de regolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche italiane, 2010, pp. 515 ss.

⁵⁷⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

⁵⁷⁵ Così F. Merusi, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 8. Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23-bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 relativo all'affidamento in-house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, 16 ottobre 2008, in cui si precisa che «si definiscono servizi pubblici di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale». Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600, 5 dicembre 2008, n. 6049, 27 agosto 2009, n. 5097; Sez. VI, 18 aprile 2012, n. 6488.

mutuata sulla nozione di impresa, di cui all'art. 2082 c.c. La generalità della disposizione di cui all'art. 112 del Tuel⁵⁷⁶, tuttavia, rimette l'assunzione/istituzione del servizio alla scelta politico-amministrativa dell'ente locale, tranne i casi in cui l'obbligatorietà della prestazione risulti già definita da normativa statale o regionale⁵⁷⁷. È stato rilevato da una parte della dottrina, che la scelta da parte del legislatore di occuparsi prevalentemente e ripetutamente delle forme di gestione dei servizi, anziché di porre limiti alla loro assunzione, ha di fatto allontanato il raggiungimento dell'obiettivo della liberalizzazione del settore, individuato a livello comunitario⁵⁷⁸.

La determinazione della formula gestoria, dunque, dovrebbe essere una conseguenza della preliminare valutazione che ha condotto gli enti affidanti alla scelta dell'assunzione del servizio. Valutazione volta ad accertare l'impossibilità che una prestazione possa essere garantita, o che la domanda di un servizio non risulti pienamente soddisfatta, senza l'intervento, a diverso titolo, dell'ente locale.

Ne consegue che il principale limite alla «ritrovata» discrezionalità degli enti affidanti, oltre che nel rispetto dei principi comunitari ormai consolidati nel nostro ordinamento, risiede nell'obbligo di motivazione. Quest'ultima, infatti, deve fondarsi su una puntuale individuazione dei bisogni della collettività e di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, nonché contenere valutazioni economiche e finanziarie sull'attività. Dall'istruttoria e dalla motivazione, quindi, deve poi emergere l'identificazione del modello gestionale ritenuto più efficiente ed economico, considerata anche la dimensione organizzativa ottimale del servizio⁵⁷⁹. La vigente disciplina, inoltre, prevede che nella relazione sulla base della quale viene effettuato l'affidamento, deve essere anche dimostrato che, in

⁵⁷⁶ L'art 112 al c. 1 prevede: «Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali».

⁵⁷⁷ Per un approfondimento cfr. M. Delsignore, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 1-17 e bibliografia *ivi* citata.

⁵⁷⁸ F. Merloni, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, cit., pp. 629 ss. Cfr. anche M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., p. 129 in cui l'Autore denuncia gli effetti dovuti all'assenza della perimetrazione del campo dei servizi a rilevanza economica.

⁵⁷⁹ Consiglio di Stato, sentenza n. 762 del 2013, cit., punto 9.3.

riferimento alla modalità prescelta, siano soddisfatte le condizioni richieste per essa dal diritto europeo⁵⁸⁰.

Si precisa, tuttavia, che per i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, la discrezionalità degli enti affidanti risulta in un certo senso “mediata”. La definizione, da parte delle Regioni, degli ambiti o bacini territoriali ottimali e l’attribuzione delle funzioni di organizzazione dei servizi ad enti di governo sempre da esse istituiti o designati⁵⁸¹, fanno sì che questi ultimi (gli enti di governo) si pongano «in una posizione intermedia tra la sede di programmazione regionale e quella dell’affidamento»⁵⁸².

Il nuovo contesto normativo, quindi, sembra aver spostato l’asse in favore del riconoscimento dell’autonomia organizzativa degli enti affidanti. Che ciò possa costituire un rischio o al contrario un’opportunità, dipende, quindi, innanzitutto dalla capacità degli enti affidanti di assumere decisioni “responsabili” e degli organi preposti di vigilare⁵⁸³.

Non si può, tuttavia, non considerare che la commistione di ruoli che può determinarsi in capo all’ente affidante, rischia di opacizzare il procedimento di valutazione degli interessi contrapposti e di scelta degli obiettivi da perseguire⁵⁸⁴.

2. *Il potenziale molteplice ruolo delle forme di gestione senza scopo di lucro*

Le tre forme di gestione di servizi pubblici locali esaminate nel presente studio, la gestione pubblica, le cooperative e le fondazioni, sono accomunate dal perseguimento di fini di utilità sociale e dall’assenza di scopo di lucro inteso in senso soggettivo. Il diverso assetto giuridico che le caratterizza, tuttavia, potrebbe

⁵⁸⁰ Art. 34, c. 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, come convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. Confronta anche quanto già detto *supra*, pp. 11-12.

⁵⁸¹ Cfr. art. 3-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, del decreto legge n. 138 del 2011, come convertito e s.m.i.

⁵⁸² Introduzione alla *Rassegna Normativa - Servizi Pubblici Locali*, cit., aprile 2013, p. 10.

⁵⁸³ Si allude, in particolare, al ruolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, oltre che delle Autorità di settore, e al sindacato del giudice amministrativo e contabile.

⁵⁸⁴ Cfr. C. De Vincenti, V. Termini, A. Vigneri, *La «retrovia» in mezzo al guado: lo stallo dei servizi pubblici locali*, in L. Torchia, F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Libri di Astrid, Firenze, Passigli Editori, 2005, p. 85. Anche se gli Autori si riferiscono ad un contesto normativo differente, le considerazioni svolte risultano comunque attuali.

condurre a risultati gestionali che riflettono i differenti interessi che esse rispettivamente valorizzano.

Secondo un orientamento diffuso, nel modello dell'amministrazione diretta, dovrebbero prevalere uniformità e garanzie, mentre nelle formule organizzative privatistiche, efficienza ed economicità. In realtà, la connessione fra modello e risultato non risulta così automatica, non esistendo, di fatto, una formula ottimale valida in qualsiasi contesto⁵⁸⁵. I servizi pubblici locali, infatti, richiedono, come noto, soluzioni gestionali diversificate, che risultano tanto più efficaci quanto più rispondenti alle realtà in cui si inseriscono ed operano.

Rispetto alla gestione pubblica, di cui, in parte, ne condivide le finalità, ma anche rispetto a quella privata *for profit*, la gestione dei servizi pubblici locali mediante soggetti privati, come le cooperative e le fondazioni, che non perseguono il fine di lucro, si pone su un piano differente e alternativo, da molteplici punti di vista.

Si evidenzia, innanzitutto, che la gestione pubblica è, ormai, un modello consolidato⁵⁸⁶. Nel tempo, tuttavia, ha subito numerose evoluzioni ed ha assolto funzioni differenti dall'epoca del c.d. «socialismo municipale» delle origini ad oggi. Ciò costituisce anche il riflesso della trasformazione del servizio pubblico locale «da concetto e tipico strumento per giustificare il monopolio pubblico a mercato economico da aprire alla concorrenza»⁵⁸⁷. Gli altri due modelli gestori, invece, hanno trovato, finora, solo una limitata applicazione, pur presentando delle sicure potenzialità.

L'intervento pubblico si dovrebbe giustificare soprattutto in quei settori che impongono maggiori cautele nell'organizzazione, come ad esempio il settore idrico, o in cui i privati non sono potenzialmente in grado di offrire beni e servizi in misura e a prezzi adeguati. In tale ottica, prestando un servizio altrimenti non fornito, il soggetto pubblico dovrebbe assolvere, in via sussidiaria, una funzione di

⁵⁸⁵ Cfr. G. Rossi, *I servizi pubblici locali (tipologia delle formule organizzative e analisi delle problematiche)*, cit., p. 498.

⁵⁸⁶ Cfr., con particolare riferimento alle società *in house*, i dati riportati e l'analisi del fenomeno per settore in G. Napolitano (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Rapporto Irpa n. 1/2012, giugno 2012, in particolare pp. 10-16.

⁵⁸⁷ G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., p. 36.

garanzia, assicurando anche l'uniformità nell'erogazione. Il diritto dell'Unione europea, tuttavia, non pone, in generale, veti al fenomeno dell'autoproduzione dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, né sancisce obblighi di esternalizzazione. Ciò, stante anche il carattere neutrale dei Trattati, volto a ricercare sempre un equilibrio ed una mediazione tra il riconoscimento del principio di autonomia e di organizzazione delle autorità locali e il corretto funzionamento del mercato. Anche l'attuale contesto giuridico nazionale, che rappresenta il risultato del susseguirsi di recenti e numerose vicende normative, ha assunto, come sopra ricordato, una posizione neutrale nei confronti della gestione pubblica. Si ricorda che quest'ultima, a seconda del settore di riferimento e della complessità gestionale del servizio, può assumere diverse forme, dalla gestione in economia, all'azienda speciale fino alla società *in house*. I primi due moduli, formalmente espunti dalla disciplina generale dei servizi pubblici di rilevanza economica, sembrano tuttavia «rivivere» in alcuni settori, alla luce del nuovo contesto normativo. La gestione in economia costituisce, in ragione delle proprie caratteristiche, un'ipotesi piuttosto residuale. L'azienda speciale si caratterizza, invece, per essere un ente pubblico strumentale che, pur essendo formalmente distinto dall'ente locale, è saldamente integrato in esso ed ha, pertanto, una limitata autonomia. La società *in house*, infine, appartenendo alla dimensione privatistica, ha un carattere più imprenditoriale. Proprio il ricorso a tale veste giuridica, tuttavia, ha sollevato numerose questioni attinenti all'effettiva riconducibilità della stessa nella sfera della pubblica amministrazione, nonché in relazione alla possibile elusione dei vincoli e delle regole pubblicistiche, anche di natura contabile. Per cui, dal punto di vista della responsabilità, dei controlli e del rispetto dei vincoli pubblicistici, il modello dell'azienda speciale risulterebbe per alcuni aspetti preferibile.

Le cooperative e le fondazioni, invece, nell'attuale quadro giuridico, in quanto espressioni della libera iniziativa economica, possono costituire un possibile modello di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, concorrente o alternativo sia ai soggetti pubblici sia agli enti lucrativi. In un contesto di concorrenza nel mercato, quindi, possono liberamente prestare i propri

servizi. Nei settori caratterizzati, invece, dalla concorrenza per il mercato, escluso il caso dell'autoproduzione che può costituire un aspetto tipico del fenomeno cooperativo, possono gestire il servizio solo previa aggiudicazione della gara ad evidenza pubblica.

Fermo restando, quindi, il differente “canale di accesso”, se così lo si può definire, alla gestione dei servizi pubblici locali da parte dei soggetti pubblici e di quelli privati *no profit*, i tre modelli esaminati si distinguono, tra l'altro, in ragione delle loro “promesse”, ossia dei diversi interessi che si prefiggono di soddisfare e/o perseguire.

Il modello dell'amministrazione diretta, come sopra accennato, in virtù delle finalità di interesse generale intrinseche alla sua natura, dovrebbe assicurare soprattutto uniformità e garanzie nella gestione, oltre a un risultato economico efficiente.

I modelli cooperativistici e fondazionali, invece, non essendo, a differenza degli enti lucrativi, orientati al profitto, perseguono scopi diversi: dalla valorizzazione delle risorse e delle infrastrutture locali al *marketing* territoriale; dal miglioramento generale del benessere della collettività all'erogazione di servizi a prezzi di costo o comunque inferiori rispetto a quelli di mercato.

Ma le principali differenze tra le forme pubbliche e private senza scopo di lucro, possono cogliersi soprattutto in relazione alle logiche che ne sottendono le modalità gestionali.

La gestione pubblica, quand'anche si estrinsechi attraverso strutture dal carattere imprenditoriale, quali le aziende speciali o le società *in house*, seppur con diverse gradazioni, presenta i limiti di una gestione essenzialmente amministrativistica⁵⁸⁸. La presenza di ostacoli burocratici e vincoli giuridico-organizzativi, infatti, oltre a rallentare i meccanismi decisionali, pregiudica l'efficienza gestionale del soggetto. Quest'ultimo, inoltre, gode di un'autonomia fortemente limitata, in ragione dell'imprescindibile legame con l'ente locale di riferimento. Questo, infatti, determina l'indirizzo economico generale nel caso

⁵⁸⁸ G. Napolitano, *Le società “pubbliche” tra vecchie e nuove tipologie*, cit., pp. 1012-1013.

delle aziende speciali⁵⁸⁹, ed esercita «un controllo analogo» incisivo e penetrante nel caso, invece, delle società in *house*.

La problematicità maggiore, quindi, connessa alla forma di gestione pubblica, che potrebbe screditare la sua “promessa” di garanzia, è la commistione di ruoli che si determina in capo all’ente locale nel caso della gestione in economia, o che, invece, caratterizza il rapporto tra ente locale e soggetto gestore nel caso delle aziende speciali e delle società in *house*.

Le conseguenze dovute alla difficoltà di bilanciare interessi fondamentalmente divergenti, quali quelli dell’utenza, quelli propriamente economici, nonché quelli politici, incidono soprattutto sulla qualità del servizio erogato.

La gestione diretta, d’altronde, è una «vicenda» dell’incontro fra politica ed esercizio di attività economica e, come tale è una «scommessa»: quando l’obiettivo è il raggiungimento di un equilibrio tra fini sociali e logiche economiche, non esistono «ricette sicure»⁵⁹⁰.

Le forme cooperative, invece, si caratterizzano soprattutto per la “promessa” di un coinvolgimento, con varie modalità e a diverso titolo, dei cittadini e degli utenti nella produzione e nel controllo dei servizi. In ragione della particolare *governance* che le contraddistingue e del forte legame con la comunità locale di riferimento, le cooperative rappresentano «un modo di gestione diretta e decentrata di attività economiche, suscettibili di concretizzare quella “democrazia economica” che la Costituzione sicuramente ha quale obiettivo»⁵⁹¹. Il principio della «porta aperta» e il coinvolgimento, a vario titolo, dei soci nel governo dell’impresa, infatti, potrebbero, in determinati casi, costituire una risposta alla richiesta di maggior protagonismo e partecipazione proveniente dalla società civile.

Le fondazioni, infine, si distinguono per il vincolo che lega il patrimonio alla realizzazione di uno scopo di utilità sociale, per il forte radicamento sul

⁵⁸⁹ M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 380.

⁵⁹⁰ Cfr. D. Sorace, C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p. 670, anche se il loro ragionamento si riferisce al solo caso delle aziende speciali.

⁵⁹¹ A. Nigro, *Art. 45*, p. 23.

territorio, per la funzione di sostegno all'economia e per la capacità che hanno di favorire, anche mediante la costituzione di partenariati, sia l'incontro tra diversi *stakeholders* sia l'aggregazione di capitali. Le fondazioni, inoltre, per le modalità di gestione del patrimonio, che prevedono vincoli di destinazione e di redditività, hanno anche le caratteristiche tipiche degli investitori istituzionali⁵⁹². Tali "promesse", potrebbero rendere le fondazioni una valida alternativa, nella gestione dei servizi pubblici locali, sia agli enti lucrativi sia ai soggetti pubblici.

I tre modelli di gestione esaminati, differiscono anche dal punto di vista della capacità finanziaria e dell'attenzione per la qualità del servizio erogato.

I soggetti pubblici, come noto, a causa soprattutto degli obblighi di finanza generale dovuti al rispetto del patto di stabilità, sono sottoposti a forti vincoli di spesa e, conseguentemente, hanno una ridotta capacità di investimento. Ciò può comportare, da una parte, l'impossibilità di colmare le carenze nella dotazione infrastrutturale che caratterizzano determinati settori, dall'altra, il «sacrificio» della qualità del servizio erogato. Molto spesso, inoltre, la ridotta entità delle entrate provenienti dalla gestione del servizio, è dovuta anche alla necessità di mantenere basse le tariffe, per questioni di consenso politico. I soggetti pubblici, oltre tutto, anche a causa del limitato rischio di impresa a cui sono sottoposti – si pensi soprattutto al caso delle aziende speciali –, sono meno incentivati a mantenere standard elevati di efficienza. Si crea, così, un circolo vizioso difficilmente superabile.

I soggetti privati, invece, godono in generale di una completa autonomia finanziaria, sopportano il rischio di impresa, che costituisce un incentivo indiretto all'efficienza, e sono estranei a condizionamenti di tipo politico. Le imprese senza scopo di lucro, in particolare, in virtù della presenza di vincoli patrimoniali e di clausole di reinvestimento degli utili, hanno maggiori possibilità di riuscire ad effettuare gli investimenti necessari sia nella manutenzione che nell'ammodernamento delle infrastrutture, a vantaggio, quindi, della qualità del servizio. Il legame con la comunità locale di riferimento e la conseguente

⁵⁹² Agcm, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008, Presentazione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.

riduzione delle asimmetrie informative favoriscono, inoltre, la convergenza delle imprese verso gli interessi e i bisogni dell'utenza.

Quest'ultime caratteristiche, e, in particolare, l'assenza dello scopo di lucro, potrebbero consentire a tali forme *no profit* di inserirsi, in alternativa al pubblico, in quei settori scarsamente remunerativi in cui i soggetti privati, mossi da intenti lucrativi, non hanno la convenienza economica ad operare. Potrebbero, inoltre, trovare degli spazi anche nei settori in cui, come nel caso dell'idrico, la dimensione sociale della risorsa e del servizio ad essa connesso, determina un diffuso «pregiudizio ideologico», secondo il quale determinati diritti potrebbero non essere garantiti dall'introduzione della concorrenza nell'offerta e nella gestione da parte di imprese private⁵⁹³.

Nel settore idrico, tuttavia, il fatto che non sia prevista la remunerazione del capitale, se da una parte offre delle opportunità di intervento anche ai soggetti privati *no profit*, in quanto non interessati allo scopo di lucro, dall'altra ne limita al contempo le potenzialità. Si ricorda, infatti, che una delle caratteristiche degli stessi non è il divieto di lucro oggettivo, ma di lucro soggetto. Non potendo, quindi, remunerare il capitale, di fatto, si potrebbero pregiudicare anche gli investimenti in infrastrutture e in manutenzione.

Le principali criticità che accomunano, invece, il modello cooperativo e quello modello fondazionale nella gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sono ravvisabili, invece, soprattutto nella difficoltà di reperire un *management* qualificato per lo svolgimento delle attività, e, nel caso specifico delle cooperative, nella lentezza del processo decisionale, dovuta ad un sistema di *governance* che prevede speciali diritti di informazione e partecipazione.

Le forme di gestione senza scopo di lucro esaminate, quindi, sembrano poter ricoprire un differente ruolo nella gestione dei servizi pubblici locali. Tale ruolo dovrebbe essere “necessario”, o meglio riconducibile, per quanto possibile, alla dimensione della doverosità, nel caso dei modelli pubblicistici. Nell'ipotesi delle forme privatistiche, invece, potrebbe essere “potenziale” sotto un duplice aspetto. Queste, infatti, rappresentano una soluzione alternativa agli operatori che

⁵⁹³ A. Cavaliere, *I servizi pubblici locali: riforme, regolamentazione, concorrenza*, cit., p. 264.

perseguono il fine di lucro, in caso di gara ad evidenza pubblica. Ma potrebbero – anche se il discorso probabilmente si addice di più alle fondazioni –, ricoprire anche un ruolo da protagoniste in un possibile processo di graduale privatizzazione del settore.

Le forme cooperative e fondazionali, infatti, sembrano “promettere” di minimizzare i possibili «rischi di abusi» connessi alla gestione del privato *for profit*, pur condividendo di quest’ultima le logiche improntate all’efficienza e all’economicità. E di fornire, al contempo, quelle “ulteriori” garanzie di qualità del servizio e di tutela dell’utenza che dovrebbe assicurare, invece, il pubblico.

Laddove ci fosse una precisa scelta politica volta a promuovere queste forme alternative di gestione, senza con ciò voler nuovamente comprimere la discrezionalità degli enti affidanti in relazione alle modalità di gestione del servizio, si potrebbe pensare a molteplici soluzioni per valorizzarne le potenzialità. Dalla previsione generica di clausole di preferenza, nei bandi di gara, per i soggetti che prevedano il reinvestimento degli utili o particolari forme di rappresentanza e di coinvolgimento dell’utenza, fino all’adozione di leggi *ad hoc*. Queste ultime, a seconda della finalità perseguita, potrebbero, ad esempio, limitarsi a disciplinare cooperative di utenza e fondazioni «pensate» esclusivamente per la gestione di servizi pubblici locali. Ma potrebbero, sebbene ciò comporterebbe un intervento del legislatore molto più articolato e con un maggior impatto sull’intero sistema, promuovere, anche in questo settore, la c.d. «privatizzazione per fondazioni».

Nell’impossibilità, dunque, di individuare una soluzione gestionale ideale per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, si potrebbe assumere quell’atteggiamento riconducibile al c.d. «paternalismo libertario», per cui si «cerca di influenzare le scelte in modo da migliorare il benessere di coloro che scelgono, secondo il giudizio di questi ultimi»⁵⁹⁴.

⁵⁹⁴ R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, Milano, Feltrinelli, 2009, p. 11. Corsivo degli Autori.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Consumers as Coproducers of Public Services: Some Economic and Institutional Considerations*, in «Policy Studies Journal», Vol. 9, Issue 7, 1981.

AA.VV., *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*. Atti del Seminario (Roma, 19-20 gennaio 2005), Fondazione Camera dei Deputati, Il Sole 24 Ore, 2005.

Agus D., *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2010, n. 5.

Ainis M., Fiorillo M., *I beni culturali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, II, Milano, Giuffrè, 2^a ed., 2003.

Alberti C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2001, n. 3-4.

Alberti C., *Aziende municipalizzate ed extraterritorialità. Problematica dai confini incerti fra riforme interne e disciplina comunitaria*, in «Rivista trimestrale degli appalti», 2001, n. 2.

Albonetti D., Degli Esposti S., *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'analisi multicriteri*, Rimini, Maggioli, 2012.

Alleva F., in *Riflessioni sulla riforma del diritto cooperativo italiano*, in «Le Società», 2002, n. 2.

Altieri A.M., *Servizi pubblici. La specificità dell'erogazione da parte di società cooperative*, Quaderni, Fondazione Ivano Barberini, aprile 2012.

Ammannati L., *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in C. De Vincenti, A. Vigneri, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006.

Amorosino S., *Dalla fondazione alle fondazioni: autonomia privata e funzioni di interesse pubblico*, in «Diritto della banca e del mercato finanziario», 2008, n. 1.

Anselmi D., *Alcune brevi osservazioni sulla disciplina dei servizi pubblici dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012*, in www.astrid.eu.

Arena G., *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

Arena G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, Relazione al convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma 7-8 febbraio 2003, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, e in www.astrid.eu.

Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008.

Astegiano G., *Spl: affidamento a fondazione di diritto privato*, in «Azienditalia», 2007, n. 10.

Atelli M., *La gestione dei servizi pubblici locali mediante azienda speciale*, in «Diritto e Pratica Amministrativa – Il Sole 24 Ore», settembre 2012.

Azzariti A., Ferrara G., Lucarelli A., Mattei U., Nivarra L., Rodotà S., *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, 5 febbraio 2010, in www.acquabenecomune.org.

Barbati C., *Le forme di gestione*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2011.

Barker A., *Co-Production of Local Public Services*, LARCI commissioned report, January 2010, in www.larci.org.uk.

Basile M., *I gruppi sociali e la personalità giuridica*, in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Atti del Congresso dei civilisti italiani tenutosi a Venezia il 23-26 giugno 1988, Padova, Cedam, 1989.

Bassanini F., *La riforma dei servizi pubblici locali dopo la crisi*, in «Astrid Rassegna», 2011, n. 19.

Bassi A., *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli, Jovene, 1976.

Bassi A., *Il futuro della cooperazione nei progetti di riforma delle società non quotate*, in «Le Società», 2000, n. 7.

Bassi A., *L'impresa societaria con scopo mutualistico*, in V. Buonocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2009.

Bassi F., *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, Giuffrè, 1957.

Bassu C., *Sussidiarietà versus servizi pubblici: la distinzione tra esternalizzazioni e fenomeni sussidiari*, in «Rivista giuridica del Mezzogiorno», 2009, n. 4.

Bellezza E., Florian F., *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Firenze, Passigli Editori, 1998.

Bercelli J., *Servizi pubblici locali e referendum*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2013, n. 2.

Bertonazzi L., *La disciplina del trasporto pubblico locale*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011.

Bianco G., *Chiare, fresche e dolci acque... Pubbliche, private o cooperative?*, in «Rivista della cooperazione», 2009, n. 3.

Bianco M., Sestito P., *Le questioni irrisolte*, in Id. (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

Bonetti T., *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, in «Munus», 2012, n. 2.

Bonfante G., *Delle imprese cooperative. Art. 2511- 2545*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1999.

Bonfante G., *La nuova società cooperativa*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2010.

Borzaga C., *Introduzione. La cooperazione sociale di inserimento lavorativo: quale ruolo e quali politiche di sostegno?*, in G. Marocchi (a cura di), *Integrazione lavorativa, impresa sociale, sviluppo locale: l'inserimento lavorativo in cooperative sociali di lavoratori svantaggiati come fattore di crescita dell'economia locale*, Milano, Franco Angeli, 1999.

Borzaga C., Tortia E., *Dalla cooperazione mutualistica alla cooperazione per la produzione di beni di interesse collettivo*, in E. Mazzoli, S. Zamagni (a cura di), *Verso una nuova teoria economica della cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Borzaga C., Zandonai F. (a cura di), *L'impresa sociale in Italia. Economia e istituzioni dei beni comuni*, Rapporto Iris Network, Roma, Donzelli editore, 2009.

Bruti Liberati E. e Donati F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010.

Caffè F., *Per una riconquistata socialità*, Relazione alla terza Conferenza economica nazionale CISPEL, *I servizi pubblici locali nella società e nell'economia*, Firenze, 24-26 novembre 1986, di cui sono pubblicati degli stralci in www.dirittodeiservizipubblici.it.

Caia G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, 2004, in www.giustizia-amministrativa.it.

Caia G., *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1996.

Caia G., *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in «Foro amministrativo/TAR», 2012, n. 2.

Caia G., *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, de regolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche italiane, 2010.

Caia G., *Le aziende speciali: carattere imprenditoriale e novità legislative*, in Id. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Rimini, Maggioli, 1995.

Caia G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, (Voce), in «Enciclopedia giuridica», vol. XX, Roma, Treccani, 1990.

Cammelli M., *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010.

Cammelli M., Dugato M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008.

Canavesi G., *La disciplina del lavoro nelle organizzazioni di volontariato e nelle cooperative sociali*, in P. Olivelli (a cura di), *La disciplina giuridica del volontariato e delle cooperative sociali*, Ancona, Nuove Ricerche, 1995.

Caponi F., *Cooperative sociali: affidamenti diretti solo per importi sotto soglia*, in «Diritto e pratica amministrativa», 2009, n. 2.

Caranta R., *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l'in house?*, in «Urbanistica e appalti», 2007, n. 12.

Caravita di Toritto B., *Le fondazioni bancarie come formazioni sociali*, 2008, in www.federalismi.it.

Cardarelli M.C., *Le variazioni del capitale*, in E. Cusa (a cura di), *La cooperativa-s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, Padova, Cedam, 2008.

Caringella F., *Il problema dell'in house providing: un nodo non risolto dal codice*, in R. De Nicolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo, procedure di affidamento*, Milano, Giuffrè, 2007.

Caroselli A., *L'affidamento diretto tra vincoli comunitari e principio di discrezionalità*, 5 marzo 2013, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

Caroselli A., *La gestione dei servizi culturali locali*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2005, n. 5.

Carpani G., *Le aziende degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 1992.

Casavecchia C., *Affidamento in house providing di servizi socio-sanitari a fondazione di diritto privato*, in «Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza», 2009, n. 13-14.

Casini L., *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2004, n. 5.

Cassese S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, III, Milano, Giuffrè, 2^a ed., 2003.

Cassese S., *Da fondazioni bancarie ad enti "non profit"?*, in «Giornale di diritto amministrativo», 1995, n. 4.

Cassese S., *Il neosocialismo municipale*, in «Corriere della Sera», 29 ottobre 2003.

Cassese S., *L'evoluzione delle fondazioni bancarie*, in «Giornale di diritto amministrativo», 1996, n. 3.

Cassese S., *La disciplina delle fondazioni: situazione e prospettive*, in «Studi in onore di Pietro Rescigno», vol. II, Diritto privato, Milano, Giuffrè, 1998.

Cassese S., *Le persone giuridiche e lo Stato*, in «Contratto e impresa», 1993, n. 1.

Cattaneo S., *Comunità di lavoratori o di utenti*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961.

Cattaneo S., *Servizi pubblici*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. XLII, Milano, Giuffrè, 1990.

Cavaliere A., *I servizi pubblici locali: riforme, regolamentazione, concorrenza*, in F. Pammolli, C. Cambini e A. Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2007.

Cavallo Perin R., Canalini D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in «Diritto amministrativo», 2006, n. 1.

Cavallo Perin R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993.

Ceccherini A., *La società cooperativa europea*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2003, n. 6.

Ceffalo L., *Ddl Lanzillotta: liberalizzazioni, il minimo sindacale*, Istituto Bruno Leoni, Position paper n. 9, 5 ottobre 2007.

Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001.

Chiti M.P., *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Le fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato a Firenze il 25 novembre 2006, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007.

Ciccarelli A., Iacone L., *L'istituto del ristorno*, in «Rivista della cooperazione», 2009, n. 1.

Cintioli F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010.

Cittadino C., Bova C., Picerno R., *Fondazioni di scopo*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva, Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Libri di Astrid, Firenze, Passigli Editori, 2008.

Civetta M., Florimo A., *Associazioni e fondazioni: qualificazione giuridica, trattamento tributario, obblighi contabili, agevolazioni fiscali*, Milano, Giuffrè, 2002.

Clarich M., Iaione C., *Pubblico, privato e misto nella gestione dei servizi pubblici locali: la scelta fra autoproduzione ed esternalizzazione*, in Anci (a cura di), *Terzo rapporto*

sullo stato delle autonomie locali, Roma, Formez – Area Editoriale e Documentazione, 2005.

Clarich M., *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti “in house” e concorrenza per il mercato*, in «Corriere Giuridico», 2007, n. 7.

Clarich M., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Quaderni Cesifin n. 46, Torino, Giappichelli, 2010.

Clarich M., Pisaneschi A., *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all’ente non profit*, Bologna, Il Mulino, 2001.

Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa nei profili ricostruttivi*, in «Diritto Pubblico», 1998, n. 1.

Clarizia A., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in «Giustizia amministrativa», 2005, n. 1.

Clarizia A., *La Corte suona il de profundis per l’in house*, in «Giustizia amministrativa», 2005, n. 5.

Codini A., *Le cooperative sociali: assetti di governance e aspetti di gestione*, Milano, Franco Angeli, 2008.

Coletta A., *Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa*, 2009, in www.giustamm.it.

Colloca P., *La governance partecipativa nelle imprese cooperative*, in «il Mulino», 2012, n. 2.

Colombari S., *Le società a partecipazione pubblica e la loro appartenenza a modelli e regimi giuridici diversificati. Nota critica a Consiglio di Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080*, in www.ildirittodeiservizipubblici.it, 16 settembre 2008.

Confcooperative Federconsumo, Elabora, *Libro Bianco su cooperazione e autoproduzione elettrica in Italia*, Roma, «Città Nuova» della PAMOM, 2003.

Contarino V., *Cooperative e società di capitali: diversità di scopo e di strutture*, in «Le Società», 2012, n. 2.

Contarino V., *Le nuove sfide della cooperazione*, in «Le Società», 2010, n. 10.

Contieri A., *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell’esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, 27 settembre 2011, in www.giustamm.it.

Co-operatives Uk, *Co-operatives UK Model Rules*, in <http://www.uk.coop/>.

Co-operatives Uk, *The UK co-operative economy 2011*, in <http://www.uk.coop/>.

- Corso G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino Giappichelli, 2010.
- Cortese F., *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2011.
- Cusa E., *Democrazia cooperativa e legislatori nazionali*, in «Rivista della cooperazione», 2010, n. 1.
- Cusa E., *La nozione civilistica di ristorno cooperativo*, in «Rivista della cooperazione», 2003, n. 3.
- D'Agostino S., *Concetto di «mutualità prevalente» e recesso statutario da cooperativa alla luce della riforma societaria*, in «Le Società», 2005, n. 5.
- D'Antonio S., *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Damiani M., *I criteri di economicità nella gestione delle aziende speciali*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», 2000, n. 2/3.
- De Geronimo P.G., *La fondazione nella legislazione regionale*, in G. Palma Giuseppe, P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2008.
- De Götzen S., *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011.
- De Nictolis R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in «Urbanistica e appalti», 2008, n. 10.
- De Vincenti C. (a cura di), *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, Rimini, Maggioli, 2012.
- De Vincenti C., Termini V., Vigneri A., *La «retrovia» in mezzo al guado: lo stallo dei servizi pubblici locali*, in L. Torchia, F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Libri di Astrid, Firenze, Passigli Editori, 2005.
- De Vincenti C., Vigneri A., *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Rimini, Maggioli, 2011.
- De Vincenti C., Vigneri A., *Il punto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica dopo il referendum del giugno del 2011 e i successivi interventi legislativi*, Paper di Astrid, aprile 2012, in www.astrid.eu.
- De Vincenti C., Vigneri A., *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Quaderni di Astrid, Bologna, Il Mulino, 2006.
- Della Morte M., *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 26 settembre 2012.

- Delsignore M., *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011.
- Di Cecco G., *Variabilità e modificazione del capitale sociale nelle cooperative*, Napoli, Edizioni Esi, 2002.
- Di Gaspare G., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, Cedam, 2ª ed., 2010.
- Di Majo A., *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, I, Padova, Cedam, 1977.
- Di Marco G., *Il modello statutario per la Società cooperativa europea*, in «Le Società», 2004, n. 1.
- Di Sciascio A., *La gestione dei servizi privi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Dugato M., *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, III, Milano, Giuffrè, 2ª ed., 2003.
- Dugato M., *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2011.
- Dugato M., *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in «Rivista trimestrale degli appalti», 2010, n. 1.
- Endrici G., *Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi*, in «Aedon», 2002, n. 1.
- Fauceglia G., *Considerazione sul principio di parità di trattamento dei soci di cooperativa*, in «Rivista della cooperazione», 2004, n. 4.
- Fauceglia G., *Luci ed ombre nella nuova disciplina delle società cooperative*, in «Il Corriere giuridico», 2003, n. 10.
- Fici A., *Cooperative e imprese sociali: profili comparatistici*, in «Rivista di diritto dell'impresa», 2009, n. 3.
- Forte P., *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in G. Palma Giuseppe, P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2008.
- Franchi Scarselli G., *La gestione dei servizi culturali tramite fondazione*, in «Aedon», 2002, n. 1.
- Franchi Scarselli G., *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in «Aedon», 2000, n. 3.

- Gaddi M., *L'azienda speciale. Una proposta per la gestione dei servizi pubblici locali*, in «Quale Stato», 2007, n. 1/2.
- Gagliarducci F., Giglioni F., Iurleo A., Parisi F. e Serafini G., *Pubblica amministrazione, Acquisti etici e Terzo settore*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Libri di Astrid, Firenze, Passigli Editori, 2008.
- Galesi G., *In house providing: verso una concreta definizione del «controllo analogo»?* , in «Urbanistica e appalti», 2004, n. 8.
- Galgano F., *Art. 41*, in F. Galgano, S. Rodotà, *Rapporti economici*, tomo II, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma Zanichelli, 1982.
- Galgano F., *Art. 43*, in F. Galgano, S. Rodotà, *Rapporti economici*, tomo II, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982.
- Galgano F., *Delle persone giuridiche*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Libro Primo, *Persone e famiglia* (artt. 11-35), Bologna, Zanichelli, 1969.
- Galgano F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, Cedam, 2003.
- Galgano F., *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, Cedam, 1996.
- Garrone P., *Il principio di sussidiarietà nei servizi di pubblica utilità*, in G. Vittadini (a cura di), *Che cosa è la sussidiarietà*, Milano, Guerini e Associati, 2007.
- Garrone P., Nardi P. (a cura di), *Al servizio del cittadino e della città. Libertà ed efficacia nei servizi pubblici locali*, Milano, Edizioni Angelo Guerini e Associati SpA, 2010.
- Garrone P., *Non profit utilities: caratteristiche ed esperienze internazionali*, in P. Garrone, P. Nardi (a cura di), *Al servizio del cittadino e della città. Libertà ed efficacia nei servizi pubblici locali*, Milano, Edizioni Angelo Guerini e Associati SpA, 2010.
- Genco R., *Pari trattamento dei soci: vicende associative e contrattuali dello scambio mutualistico*, in «Le Società», 2004, n. 10.
- Giannini M.S. (a cura di), *I Comuni*, Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi di unificazione, Vicenza, Neri Pozza, 1967.
- Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, vol. II, 3^a ed., 1993.
- Giannini M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- Giannini M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in «Rivista delle società», 1958, n. 2, ora in Id., *Scritti*, vol. IV (1955-1962), Milano, Giuffrè, 2004.
- Giordano M., Montedoro G., *I servizi pubblici locali fra diritto interno e comunitario*, in «Giustizia amministrativa», 2007, n. 5.

Giorgio M., in *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, n. 12.

Giovanelli M., *Servizi pubblici locali di rilevanza economica tra universalismo, efficienza e mercato*, in «Iustitia», 2010, n. 2

Goisis F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011.

Goisis F., *Società a partecipazione pubblica*, (Voce), in «Dizionario di diritto pubblico», diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006.

Gorgoni M., *Le fondazioni di partecipazione*, in L. Brusciuglia, E. Rossi (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla Legge quadro*, Milano, Giuffrè, 2002.

Goso R., *L'affidamento in house dei servizi culturali*, in «Urbanistica e appalti», 2007, n. 1.

Governance International, *If you want to go fast, walk alone. If you want to go far, walk together: citizens and the co-production of public services*, report for the Ministry of Budget, Public Finance and Public Services, Paris, 2008, in www.govint.org.

Graziano F., *Agevolazioni tributarie per le società cooperative e aiuti di Stato*, in «Diritto e pratica tributaria», 2006, n. 3.

Greco G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2005, n. 1.

Guerrera F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Quaderni Cesifin n. 46, Torino, Giappichelli, 2010.

Hansmann H., *La proprietà dell'impresa*, ed. it. a cura di A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, 2005.

HM Treasury, *Review of the GB cooperative and credit union legislation: a consultation*, giugno 2007, in <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>.

Iaione C., *L'alba del giorno dopo nei servizi pubblici locali*, in «Labsus», giugno 2011.

Iaione C., *Le società in house degli enti locali*, Roma, Anci Lazio, 2006.

Iengo M., *Statuto della società cooperativa europea e riforma del diritto cooperativo italiano: due leggi a confronto*, in «Rivista della cooperazione», 2003, n. 4.

Ilacqua A., *L'in house «puro» dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in «Foro amministrativo: Consiglio di Stato», 2012, n. 3.

Iorio G., *Le fondazioni*, Milano, Giuffrè, 1997.

Iorio G., *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, Giuffrè, 2010.

La Porta S., *Il “ripristino” della normativa abrogata con referendum brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in «Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti», 2012, n. 4.

Lacava C., *In house providing e tutela della concorrenza*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2006, n. 8.

Lacava C., *Le imprese pubbliche*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, IV, Milano, Giuffrè, 2^a ed., 2003.

Lacava C., *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all’in house? Il caso Zetema*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2007, n. 8.

Lanzillotta L., *La svolta privata delle fondazioni per liberare i servizi pubblici locali*, in «Il Sole 24 Ore», 5 luglio 2009.

Leccisi G., *Ancora dubbi sul concetto di “controllo analogo” in materia di in house*, in «Giustizia amministrativa», 2006, n. 5.

Libertini M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Quaderni Cesifin n. 46, Torino, Giappichelli, 2010.

Lionzo A., *La cooperativa sociale. Originalità della formula, economicità e strumenti di analisi*, Milano, Franco Angeli, 2003.

Lirosi A., *Affidamento in house: lo stato dell’arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo*, in «Giustizia amministrativa», 2006, n. 5.

Lolli R., *La contribuzione annuale ai fondi mutualistici e la mutualità “di sistema”*, in «Le Società», 2009, n. 5.

Longhi L., *Brevi considerazioni sulla possibilità della gestione del servizio idrico integrato attraverso aziende speciali*, 3 agosto 2012, in www.giustamm.it.

Lucarelli A., *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in «Analisi giuridica dell’economia», 2010, n. 1.

Lucarelli A., *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2011.

Lucarelli A., *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell’inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, 26 settembre 2012, in www.federalismi.it.

Lucarelli A., *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in «Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti», 2011, n. 3.

Lucaroni I., *Fondazioni di origine pubblica*, in «Queste istituzioni», 2010, n. 158-159.

- Luzzati E., *Il ruolo delle cooperative nelle strategie di sviluppo locale*, in «Rivista della cooperazione», 2003, n. 2.
- Macario F., *Art. 9. Autoproduzione*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Vol. II, Bologna, Zanichelli, 1993.
- Maltoni A., *Enti pubblici e privati in forma di fondazione: regime giuridico e modalità di intervento nei settori dei servizi alla persona*, in «Diritto amministrativo», 2006, n. 4.
- Maltoni M., *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Le fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato a Firenze il 25 novembre 2006, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007.
- Mancuso G., *Le fondazioni nella privatizzazione della pubblica amministrazione*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.
- Mangani R., *Affidamenti in house e modello societario tra controllo analogo e conflitto di interessi*, in «Giustizia amministrativa», 2007, n. 4.
- Manservigi R., *Le aziende speciali tra vocazione imprenditoriale e strumentalità*, in «Giustizia Civile», 2000, n. 7/8.
- Marasà G., *Le "società" senza scopo di lucro*, Giuffrè, Milano, 1984.
- Marasà G., *Le società*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2^a ed., 2000.
- Marchi G., *Le fondazioni bancarie socie di società miste per la gestione di servizi pubblici locali*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Le fondazioni casse di risparmio*, Rimini, Maggioli, 1998.
- Marchigiani G., *La Corte di giustizia europea ignora la sua giurisprudenza in materia di organismi di diritto pubblico quando esamina casi di affidamento "quasi in house"*, in «Giustizia amministrativa», 2007, n. 2.
- Marotta S., *La depubblicizzazione del servizio idrico integrato. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in «Munus», 2011, n. 1.
- Marra E., *La società cooperativa europea*, in «Notariato», 2005, n. 1.
- Martinelli L., Lepri S., *Le cooperative sociali*, Milano, Il Sole 24 ore, 2001.
- Marzuoli C., *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, Giuffrè, 1997.
- Massari A., *L'indifferenza della forma giuridica del prestatore nella recente giurisprudenza comunitaria...e la certezza del diritto degli appalti*, in «Urbanistica e appalti», 2008, n. 5.

- Massera A., *L'in house providing: una questione da definire*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2004, n. 8.
- Massera A., *Le società pubbliche*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, n. 8.
- Mastroianni R., Della Corte L., *Servizi idrici: alcuni profili di diritto dell'Unione europea*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2012, n. 1.
- Matacena A., *La cooperativa mutualistica: un'impresa diversa*, in «Rivista della cooperazione», 2010, n. 2.
- Mattioli G.V., *Il ritorno della gestione in economia nei servizi pubblici locali tra conservatorismi (nuovi) e mediazioni (antiche)*, in «L'amministrazione italiana», 2007, n. 7/8.
- Mazzoli E., Zamagni S. (a cura di), *Verso una nuova teoria economica della cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- Mento S., *La partecipazione delle Fondazioni alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2010, n. 2.
- Merloni F., *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche italiane, 2010.
- Merusi F., *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in «Diritto amministrativo», 2004, n. 3.
- Merusi F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- Merusi F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2001*, Milano, Giuffrè, 2002.
- Merusi F., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010.
- Merusi F., *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in «Nuove autonomie», 2009, n. 2/3.
- Merusi F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990.
- Merusi F., *Servizio pubblico*, (Voce), in «Novissimo Digesto italiano», vol. XVII, Torino, Utet, 1976.
- Merusi F., *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, in «Le Regioni», 2004, n. 1.
- Miglietta A., Testa F., *Reti sulle ali delle fondazioni*, in «Il Sole 24 Ore», 22 luglio 2009.

- Minetti P., *Le cooperative sociali: sistemi di affidamento*, in «Comuni d'Italia», 2009, n. 3.
- Miraglia A., *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2011, n. 2.
- Morbidelli G., *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, 2005, in www.giustamm.it.
- Morea R., *Il volto riformato dell'azienda municipalizzata locale*, in «I tribunali amministrativi regionali», 2000, fascicolo 7/8.
- Morfini F., *I requisiti che legittimano l'affidamento in house nei servizi pubblici locali: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in «Giurisprudenza di merito», 2007, n. 12.
- Mori P.A., Spinicci F. (a cura di), *Le cooperative di utenza in Italia e in Europa*, Euricse Research Report n. 2, 2011, in <http://euricse.eu/en>.
- Musella M., *Organizzazioni non profit tra fallimento dello Stato e del mercato*, in «1989: rivista di diritto pubblico e scienze sociali», 2001, n. 1.
- Napolitano G. (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Rapporto Irpa n. 1/2012, giugno 2012.
- Napolitano G., Abrescia M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- Napolitano G., *Gli enti pubblici: disegni di riforma e nuove epifanie*, relazione al convegno su *La riforma dell'amministrazione centrale*, Università degli studi della Tuscia, 2 dicembre 2004.
- Napolitano G., *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in «Economia dei servizi», 2010, n. 3.
- Napolitano G., *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in «Diritto amministrativo», 2006, n. 3.
- Napolitano G., *Le società "pubbliche" tra vecchie e nuove tipologie*, in «Rivista delle società», 2006, n. 5-6.
- Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- Napolitano G., *Servizi pubblici*, (Voce), in «Dizionario di diritto pubblico», diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006.
- Nico M., *Affidamenti in house: il "controllo analogo" è un requisito da accertarsi in concreto*, 23 maggio 2008, in www.dirittodeiservizipubblici.it.
- Nico M., *Il divieto della spending review vale anche per le nuove partecipazioni*, in «Guida agli Enti Locali – Il Sole 24 Ore», 27 febbraio 2013.

- Nicoletti G., *I servizi pubblici locali gestiti in economia*, in «Regione e governo locale», 1992, n.1/2.
- Nicoletti G., *Il rilancio dell'azienda speciale: il "caso" di ARIN Napoli*, 5 settembre 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it.
- Nicoletti G., *Inverosimile l'obbligo di esternalizzare i servizi pubblici locali (a rilevanza economica)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 21 marzo 2011.
- Nicoletti G., *Servizi pubblici locali: le gestioni in economia*, in «Azienditalia», 1994, n. 1.
- Nigro A., *Art. 45*, in A. Nigro, G. Ghezzi, F. Merusi, *Rapporti economici*, tomo III, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1980.
- Occhilupo R., *La regolazione del settore dei servizi pubblici locali*, in «Mercato concorrenza regole», 2007, n. 3.
- Oliveri L., *Cooperazione sociale, regole e opportunità*, in «Comuni d'Italia», 2009, n. 3.
- Ostrom E., *Unlocking Public Entrepreneurship and Public Economies*, EGD and UNU-WIDER, Discussion Paper No. 2005/01, January 2005.
- Ottaviano V., *Ente pubblico*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», XIV, Milano, Giuffrè, 1965.
- Ottaviano V., *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959.
- Palma G., Forte P. (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2008.
- Palmerini G., *La "Fondazione di partecipazione" come ipotesi di gestione dei servizi pubblici locali*, 8 giugno 2006, in www.diritto.it.
- Paolucci L.F., *Mutualità e scambio mutualistico nelle cooperative*, in «Le Società», 2001, n. 8.
- Pastori G., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in «Aedon», 2004, n. 3.
- Patroni Griffi U., Rizzo I., *Note a margine del nuovo assetto regolamentare dei servizi pubblici locali e strumentali*, in «Diritto e processo amministrativo», 2010, n. 2.
- Pennacchi L. (a cura di), *Pubblico, privato, comune. Lezioni dalla crisi globale*, Roma, Ediesse, 2010.
- Perfetti L., *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in «Urbanistica e appalti», 2011, n. 8.
- Pericu A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001.

- Petretto A., *Efficienza dei servizi pubblici locali ed efficienza del sistema economico: una nota propedeutica alla ricerca empirica*, Siep Working Paper n. 592, giugno 2007.
- Pioggia A., *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*, in «Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente», 2012, n. 1-2.
- Piperata G., *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2007, n. 5.
- Piperata G., *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in «Aedon», 2003, n. 3.
- Piperata G., *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in «Munus», 2011, n. 1.
- Piperata G., *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2006, n. 2.
- Piperata G., *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2012, n. 1.
- Piperata G., *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. Cammelli, M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Piperata G., *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2008, n. 11.
- Piperata G., *Servizi pubblici locali*, (Voce), in «Dizionario di diritto pubblico», diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006.
- Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005.
- Piperata G., *Tipologie "chiuse" e forme aperte nella gestione dei servizi pubblici locali*, in «Rivista trimestrale degli appalti», 2003, n. 4.
- Piras A., *La municipalizzazione*, in M.S. Giannini (a cura di), *I Comuni*, Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi di unificazione, Vicenza, Neri Pozza, 1967.
- Pischel G., *L'azienda municipalizzata*, Roma, Cispel, 2^a ed., 1972.
- Pischel G., *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi e domani*, Roma, Confederazione della Municipalizzazione, 1965.
- Police A., *Le fondazioni di partecipazione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2011.

- Police A., *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Ponzanelli G. (a cura di), *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova, Cedam, 1994.
- Ponzanelli G., *Enti senza fini di lucro*, (Voce), in «Digesto delle discipline privatistiche», vol. VIII, Torino, Utet, 1993.
- Ponzanelli G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 2^a ed., 2000.
- Ponzanelli G., *Le «non profit organizations»*, Milano, Giuffrè, 1985.
- Ponzanelli G., *Le fondazioni in diritto straniero*, in P. Rescigno (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'Estero*, studio promosso dalla fondazione Napoli novantanove, Padova, Cedam, 1989.
- Pototschnig U., *I servizi pubblici*, Padova, Cedam, 1974.
- Predieri A., *Collettivizzazione*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960.
- Presti G., *Le fonti della disciplina e l'organizzazione interna della società cooperativa europea*, in «Giurisprudenza commerciale», 2005, n. 1.
- Preto A., Baldinato M., *Il concetto di in house providing: recenti evoluzioni sul piano comunitario e prospettive nel diritto nazionale italiano*, in «Contratto e impresa. Europa», 2009, n. 1.
- Propersi A., Rossi G., *Gli enti non profit*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2005.
- Quattrocchi A., *Le norme in materia di "aiuti" di Stato in ambito comunitario e il regime tributario delle società cooperative*, in «Diritto e pratica tributaria», 2008, n. 6.
- Racugno G., *La società cooperativa europea*, in «Rivista del diritto commerciale», 2006, n. 1.
- Rangone N., *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- Rangone N., *Servizi pubblici*, (Voce), in «Enciclopedia giuridica Treccani.it», Istituto della Enciclopedia Italiana Giovanni Treccani, 2012.
- Rascio R., *Gli enti*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Rascio R., *I tipi degli enti non economici*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Rascio R., *La capacità degli enti*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2008.

Rescigno P. (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'Estero*, studio promosso dalla fondazione Napoli novantanove, Padova, Cedam, 1989.

Rescigno P., *Fondazione*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968.

Rescigno P., *Le fondazioni ed i gruppi bancari*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998.

Rescigno P., *Persona e comunità*, Padova, Cedam, 1988.

Rizzo I., *Brevi considerazioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-bis l. 133/2008*, in «Urbanistica e appalti», 2011, n. 8.

Rocchi E., *Ma dov'è finita la mutualità esterna?*, in «Rivista della cooperazione», 2002, n. 4.

Romano Tassone A., *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, relazione al Convegno *Fondazioni e attività amministrativa*, Palermo, 13 maggio 2005, in www.diritto-amministrativo.org.

Ronco S., *Autoproduzione*, in V. Afferni (a cura di), *Concorrenza e mercato. Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Decreto legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, Padova, Cedam, 1994.

Rossi G., *Gli enti pubblici*, in «Trattato di diritto amministrativo» diretto da S. Santaniello, vol. VIII, Padova, Cedam, 1990.

Rossi G., *I servizi pubblici locali (tipologia delle formule organizzative e analisi delle problematiche)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998.

Rossi G., *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000.

Rossi G., *Le non profit organizations nel diritto pubblico italiano*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova, Cedam, 1994.

Rossi G., *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in «Munus», 2011, n. 12, e in «Astrid Rassegna», 2011, n. 12.

Rota F., *Esperienze di fondazioni in ambito culturale*, in G. Palma, P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2008.

Roversi Monaco F. (a cura di), *Le fondazioni casse di risparmio*, Rimini, Maggioli, 1998.

Roversi Monaco F., Maltoni A., *Fondazioni e interesse generali in Italia*, Relazione al XVIII Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, Bologna, 27-29 maggio 2010, in www.astrid.eu.

Saija A., *Prime riflessioni sull'evoluzione delle cooperative dal codice civile alla riforma delle società: mutualità e controlli*, in «Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente», 2004, n. 2.

Salerno G. M., *Una "piccola-grande" questione: il ddl delega sul riordino dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it, 4 aprile 2007.

Santuari A., *Nella riforma c'è spazio per organizzazioni no profit e imprese sociali*, 22 luglio 2008, in www.ilsussidiario.net.

Sarcone V., *Le fondazioni "pubbliche"*, in C. Cittadino (a cura di), *Fondazioni e interesse pubblico: diversi modelli, uno scopo*, Istituto di Studi Politici "S. Pio V", Roma, Editrice Apes, 2012.

Sarti A., *Il regime tributario delle società cooperative e la sua compatibilità con il divieto comunitario degli aiuti di Stato*, in «Rassegna tributaria», 2006, n. 3.

Sarti A., *Il riconoscimento fiscale della mutualità prevalente*, in «Rivista della cooperazione», 2005, n. 3.

Sarti A., *Prime riflessioni sugli aspetti civili e fiscali della società cooperativa europea*, in «Rivista della cooperazione», 2004, n. 4.

Schlesinger P., *Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organizations*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova, Cedam, 1994.

Schneider J.O., *L'economia cooperativa per uno sviluppo locale integrato e sostenibile*, in «Rivista della cooperazione», 2004, n. 4.

Schneider J.O., *La fedeltà societaria nella realtà cooperativa*, in «Rivista della cooperazione», 2006, n. 1.

Sciullo G., *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte costituzionale*, in «Aedon», 2004, n. 3.

Sciullo G., *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. 156/2006?*, in «Aedon», 2006, n. 2.

Sciumè A., *Non profit e gestione dei servizi pubblici locali*, in P. Garrone, P. Nardi (a cura di), *Al servizio del cittadino e della città. Libertà ed efficacia nei servizi pubblici locali*, Milano, Edizioni Angelo Guerini e Associati SpA, 2010.

Selvatici C., *Privatizzazioni e cooperazione: forme di gestione dei servizi pubblici locali e i nodi strutturali*, in «Rivista della cooperazione», 2002, n. 4.

Severini G., *I principi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2004, n. 5.

Sorace D., Marzuoli C., *Le aziende speciali e le istituzioni*, in «Diritto amministrativo», 1996, n. 4.

Spadoni B., *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011*, in «Astrid Rassegna», 2012, n. 17.

Spinicci F., *Le cooperative di utenza in Italia: casi di studio*, Euricse Research Report n. 4, 2011, in <http://euricse.eu/en>.

Spinicci F., *Le cooperative di utenza in USA*, Euricse Research Report n. 3, 2010, in <http://euricse.eu/en>.

Tassone A.R., *Gli statuti delle società per gestione "in house" dei servizi pubblici*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Quaderni Cesifin n. 46, Torino, Giappichelli, 2010.

Tatarano G., *Mutualità e gestione di servizio nelle cooperative: i principi nella riforma del diritto societario*, in «Notariato», 2002, n. 2.

Tessarolo C., *La disciplina delle aziende speciali*, Roma, D'Anselmi, 1998.

Tessarolo C., *La gestione in house dei servizi pubblici*, 2005, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

Thaler R.H., Sunstein C.R., *Nudge. La spinta gentile*, Milano, Feltrinelli, 2009.

Thomas A., *Gli elementi di competitività delle cooperative sociali*, in «Economia e diritto del terziario», 2002, n. 2.

Tomassi F., *I servizi pubblici locali*, in L. Pennacchi (a cura di), *Pubblico, privato, comune. Lezioni dalla crisi globale*, Roma, Ediesse, 2010.

Torchia L., *Prospettive di diritto amministrativo*, in AA.VV., *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni, Atti del Seminario (Roma, 19-20 gennaio 2005)*, Fondazione Camera dei Deputati, Il Sole 24 Ore, 2005.

Torrigiani R., *Le aziende autonome pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1971.

Troise Mangoni W., *Affidamenti in house e parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011.

Tursi A., *Le nuove convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili e dei soggetti svantaggiati tramite cooperative sociali, due anni dopo*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2006, n. 109.

Uk Department for Business, Innovation & Skills, *Community Interest Companies- Information Pack Community Interest Companies*, marzo 2010, in <http://www.bis.gov.uk/>.

University of Wisconsin Center for Cooperatives, *Research on the Economic Impact of Cooperatives*, a cura di Steven Deller, Ann Hoyt, Brent Hueth e Reka Sundaram-Stukel, 19 giugno 2009, in <http://reic.uwcc.wisc.edu>.

- Ursi R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in «Diritto amministrativo», 2005, n. 1.
- Urso M., *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in «Urbanistica e appalti», 2006, n. 12.
- Usai S., *La partecipazione delle fondazioni alle gare d'appalto*, in «Urbanistica e appalti», 2009, n. 11.
- Verrucoli P., *Cooperative (imprese)*, (Voce), in «Enciclopedia del diritto», vol. X, Milano, Giuffrè, 1962.
- Vesperini G., *Aspettando le privatizzazioni*, in «Corriere giuridico», 1992, n. 9.
- Vesperini G., *L'attività dell'azienda locale fuori dal territorio comunale*, in «Giornale di diritto amministrativo», 1996, n. 3.
- Villata R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011.
- Vittoria D., *Gli enti del primo libro del Codice Civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. Rescigno (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'Estero*, studio promosso dalla fondazione Napoli novantanove, Padova, Cedam, 1989.
- Vivaldi E., *Le fondazioni partecipate degli enti locali ed il dopo di noi*, in «Prospettive sociali e sanitarie», 2008, fasc. 11-12.
- Vivani C., *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: si definisce il quadro della riforma del governo Monti*, in «Urbanistica e appalti», 2012, n. 5.
- Vivani C., Secondo R., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, in «Urbanistica e appalti», 2012, n. 1.
- Volpe C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 17 ottobre 2011.
- Volpe C., *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in «Foro amministrativo: Consiglio di Stato», 2011, n. 11.
- Zoppini A., in D. Carusi (a cura di), *Associazioni e fondazioni: dal codice civile alle riforme annunciate*, Convegno di studi in onore di Pietro Rescigno, Milano, Giuffrè, 2001.
- Zoppini A., *La disciplina delle associazioni e delle fondazioni dopo la riforma del diritto societario*, in A. Zoppini, M. Molteni (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni: riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, Cedam, 2007.
- Zoppini A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, Jovene, 1995.

Zoppini A., Molteni M. (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni: riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, Cedam, 2007.

Zoppini A., *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in AA.VV., *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*. Atti del Seminario (Roma, 19-20 gennaio 2005), Fondazione Camera dei Deputati, Il Sole 24 Ore, 2005.

Zoppini A., *Quattro tesi per una rilettura delle norme sulle fondazioni*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova, Cedam, 1994.