

FRANCESCO MARONE

SOCIETÀ DEGLI ENTI LOCALI
E ARTICOLO 41 DELLA COSTITUZIONE:
IL COMUNE È UN IMPRENDITORE?

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sulle società degli enti locali nel più generale quadro delle società di proprietà pubblica. – 2. Le società miste nel testo originario dell'art. 22, l. n. 142/1990. – 3. La natura delle società miste. – 4. L'affidamento del servizio. – 5. Incompatibilità del modello italiano con il diritto comunitario e riforma dell'art. – 6. *L'in house providing*. – 7. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria e le conseguenti modifiche legislative. – 8. Gli interventi legislativi recenti: il d.l. n. 223/2006. – 9. *Segue*: il d.l. n. 112/2008 e il suo regolamento di attuazione. – 10. Considerazioni conclusive: il comune è un imprenditore? – 11. *Segue*: le conseguenze degli interventi normativi in tema di servizi pubblici locali sul regime generale delle società pubbliche.

1. Cenni introduttivi sulle società degli enti locali nel più generale quadro delle società di proprietà pubblica

Affrontare in modo organico, ricostruendone nel dettaglio i tratti salienti e le linee evolutive, la storia della gestione dei servizi pubblici locali è forse, per dirla con le parole di un recente saggio di Marco Cammelli, una missione impossibile¹. Tuttavia, una riflessione su questi temi appare non solo utile ma necessaria, in particolare, in una prospettiva costituzionalistica, come fenomeno che deve inquadrarsi nel contesto dell'art. 41 Cost., ovvero del delicato equilibrio tra economia privata, economia pubblica e tutela della concorrenza.

La storia delle società pubbliche nel nostro ordinamento è una storia

¹ M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 127. Nello stesso volume si veda anche F. Merusi, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, 1.

ultracentenaria, fatta di diverse stagioni e, inevitabilmente, di modelli e discipline stratificati.

Si va dalla legge istitutiva della Banca d'Italia, alla fine dell'Ottocento, ed alla sua successiva evoluzione come istituto di credito di proprietà pubblica, alle società di diritto speciale degli anni venti e trenta del secolo scorso, frutto anche del salvataggio di imprese andate in crisi negli anni della grande depressione, fino alla creazione di un sistema di *holding* pubbliche (Iri, Eni, Efim) in funzione di raccordo tra le società di proprietà pubblica, operanti in regime di diritto privato, e il Ministero delle partecipazioni statali².

La fase più recente, caratterizzata dall'adeguamento al diritto comunitario del sistema di imprese pubbliche e da un diffuso *favor* per la privatizzazione, ha conosciuto anche la nascita ed il rapido sviluppo delle società c.d. miste, ovvero delle società di capitali partecipate, in tutto o in parte, dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali.

Queste società, inizialmente previste dall'art. 22, l. n. 142/990 come una delle possibili forme di gestione dei servizi pubblici locali, hanno conosciuto uno sviluppo molto significativo, probabilmente andando oltre le stesse intenzioni del legislatore che le aveva introdotte nell'ordinamento.

Negli anni si è assistito ad una crescita tale da snaturare il senso della iniziale previsione legislativa, rendendo necessari interventi incisivi tanto in sede giurisprudenziale, nazionale e comunitaria, quanto in sede legislativa per riequilibrare il sistema. Da articolazioni privatistiche dell'amministrazione locale, alternative all'azienda speciale e alla concessione nella gestione dei servizi pubblici locali, queste società sono cresciute ed hanno mutato forme e strategie, fino a divenire, in alcuni casi, vere e proprie *holding* quotate in borsa.

La natura ibrida di queste società, al tempo stesso affidatarie dirette di contratti pubblici e concorrenti nel libero mercato, ha imposto, anche e soprattutto per impulso dell'ordinamento comunitario, mutamenti di disciplina normativa tesi, per lo più, a neutralizzare la turbativa della concorrenza nel mercato di cui questi soggetti erano parte. La tendenza legislativa che si

² M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253, il quale per la ricostruzione storica dell'impresa pubblica nell'ordinamento italiano fa riferimento a P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; C. Ibba, *Le società «legali»*, Torino, Giappichelli, 1992; G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 1000.

è sviluppata è giunta ad esiti non del tutto coerenti e, comunque, di difficile raccordo con il sistema economico discendente dall'art. 41 Cost., per cui sembra utile ai nostri fini ricostruirne brevemente i tratti salienti.

2. Le società miste nel testo originario dell'art. 22, l. n. 142/1990

Come detto, l'art. 22, l. n. 142/1990 ha introdotto nell'ordinamento, tra le forme attraverso cui Comuni e Province possono gestire i servizi pubblici locali, quella della società per azioni a prevalente capitale pubblico, ovvero le cosiddette società miste.

Si tratta di disposizioni che sono rimaste sostanzialmente immutate per oltre dieci anni, fino cioè all'approvazione della l. n. 448/2001, che per venire incontro ai rilievi mossi in sede comunitaria al modello italiano di gestione dei servizi pubblici locali, ha modificato, come vedremo nel dettaglio, il testo dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico degli enti locali) che nel frattempo aveva recepito la disposizione originariamente contenuta nell'art. 22, l. n. 142/90. Fino a quel momento la legge prevedeva semplicemente che oltre alle ipotesi di gestione in economia, di concessione a terzi o di azienda speciale, si potesse far ricorso allo strumento della società mista, pubblico-privato, con affidamento diretto del servizio.

L'art. 113 è riferito ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, giacché per i servizi privi di rilevanza economica la disciplina è dettata dal successivo art. 113-*bis*. È dunque rilevante l'individuazione della nozione dei servizi di rilevanza economica al fine di delimitare il campo di applicazione delle norme dell'art. 113.

La nozione di rilevanza industriale va tenuta distinta da quella di rilevanza economica, poiché la rubrica dell'art. 113 è stata modificata dall'art. 14, d.l. n. 269/2003, sostituendo l'aggettivo "economica" a quello precedentemente utilizzato "industriale".

Prima del d.l. n. 269/2003 per rilevanza industriale si intendeva il carattere imprenditoriale di una attività conformemente al dettato dell'art. 2082 c.c., alla stregua del quale «è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi» (Cons. St., sez.V, 15 aprile 2004, n. 2155).

Sono, dunque, servizi pubblici di rilevanza industriale quelle attività economiche svolte da più imprenditori in un mercato concorrenziale, che ne assumono il rischio senza il soccorso economico-finanziario pubblico.

Successivamente all'entrata in vigore del d.l. 269/2003 si è esteso l'am-