



EDITORIALE – 2 NOVEMBRE 2016

La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate

di Alberto Lucarelli

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II



La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate

di Alberto Lucarelli

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

1. Come è noto, sono in corso di approvazione la legge per il governo e la gestione del servizio idrico integrato¹ ed il decreto delegato sui servizi pubblici locali (cd. testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale)². Due testi che hanno ad oggetto entrambi la disciplina di servizi a rete di interesse economico generale (il primo di settore, il secondo di carattere generale) e che, pertanto, vanno letti ed interpretati congiuntamente. Ma l'auspicio, innanzitutto, è che il legislatore ordinario ed il legislatore delegato provvedano a redigere testi armonici e coordinati tra loro.

In questo scenario *in itinere* in data 10 agosto u.s. è stato approvato dal Consiglio dei ministri il cd. decreto Madia, d.lgs. n. 175/2016³, pubblicato in G.U. n. 210 del 8 settembre 2016, che ridisegna il settore normativo che regola le società pubbliche (testo unico in materia di società a partecipazione pubblica). E' evidente che tale testo, ancorché avente ad oggetto la natura giuridica dei soggetti-gestori piuttosto che le modalità di affidamento, influenzerà, pur sempre, la *governance* del servizio pubblico locale.

Se è dato rinvenire un *fil rouge* all'interno di tali interventi normativi, questo è rappresentato, sullo sfondo, dalla volontà di determinare ed attuare un indirizzo politico del governo non sintonico con gli esiti del referendum del 2011, relativo ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Più in generale, il quadro d'insieme delle suddette normative pone in essere un modello politico-legislativo incentrato sulla regola della concorrenza e sulle privatizzazioni o, comunque, in senso più ampio, sull'obiettivo, anche indotto da esigenze di natura finanziaria, di ridurre gli spazi ai soggetti di diritto

¹ Proposta di legge C. 2212, approvata alla Camera in data 20 aprile 2016 e trasmessa al Senato in data 22 aprile 2016.

² Si tratta di uno dei decreti delegati da approvare da parte del governo sulla base dell'art. 16, comma 1 della l. n. 124 del 2015 (c.d. Riforma Madia della P.A.). La scadenza per l'esercizio della delega era il 28 agosto, ma al momento il testo ha ricevuto il parere del Consiglio di Stato e quello delle commissioni parlamentari; in attesa dell'approvazione definitiva del Consiglio dei Ministri. Sul punto, si veda F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in www.federalismi.it, 20 aprile 2016.

³ Pubblicato in G.U. n. 210 dell'8 settembre 2016

pubblico⁴, alle società pubbliche, agli affidamenti diretti; di limitare la possibilità per le amministrazioni locali di derogare alla gara, tenendo conto, “caso per caso”, come previsto dal diritto europeo, della peculiarità del servizio erogato, in ordine ad esigenze economiche, sociali, territoriali.

Tra gli obiettivi, in maniera più o meno esplicita, del disegno normativo complessivo vi è quello di condurre prioritariamente la gestione dei servizi di interesse economico generale nell’alveo del mercato e della concorrenza, privilegiando gestioni che valorizzino imprese private scelte con gara europea⁵.

Sintomatico è il portato dell’art. 33 dello schema di decreto legislativo sui servizi pubblici locali di interesse economico che considera il ricorso al mercato come un criterio di preferenza per l’attribuzione di risorse pubbliche⁶. E’ in corso, dunque, un ampio processo normativo che inciderà sulla natura giuridica dei soggetti, sulle procedure di affidamento e sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

I tre testi, presi in esame nell’articolo in oggetto, risulterebbero ispirati dagli stessi principi, quali la liberalizzazione, la concorrenza, le privatizzazioni, configurando, nel loro complesso, un modello

⁴ In Italia, la tradizione della gestione dei servizi pubblici locali, attraverso soggetti di diritto pubblico, ha radici storiche. Si pensi in particolare al fenomeno delle municipalizzazioni ed al loro ruolo svolto per la coesione economico-sociale del nostro territorio a partire dalla legge Giolitti del 1903. Per U. BORSI, voce *municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuovo digesto italiano*, III, 1939, pp. 802 ss. «municipalizzazione dei servizi significa assunzione di servizi da parte del Comune, ed in questo significato generico è fenomeno proprio di ogni Comune, in qualunque momento storico e sotto qualunque regime (...) per municipalizzazione di servizi (...) s’intende la gestione diretta da parte del Comune di quei servizi pubblici che potrebbero essere esercitati da imprenditori privati (...)». In merito, F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi.it*, n. 14 del 2016, p. 6 evidenzia come per Borsi la vicenda della municipalizzazione si riferisce potenzialmente a servizi oggetto di attività industriale o libera, o autorizzata o concessa. Oggi diremmo che l’attività della municipalizzate si riferisce a servizi di interesse economico generale.

⁵ *Ibidem*, p. 10 osserva, anche dalla lettura dell’art. 4, comma 4 del decreto sui servizi pubblici locali, che fa riferimento al principio di proporzionalità cui deve adeguarsi l’azione delle amministrazioni, emerge una sorta di *favor* nei confronti delle liberalizzazioni. L’assunzione del servizio da parte della P.A. sarebbe una scelta che comprimerebbe o condizionerebbe gli spazi imprenditoriali sui mercati.

⁶ Anche il Consiglio di Stato nel suo parere reso in Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, n. 1075 del 2016 osserva l’evidente *favor* per tutte le forme di gestione orientate al mercato. Nella circostanza, il Consiglio di Stato ha osservato che la finalità dell’intervento legislativo di riforma del sistema delle società a partecipazione pubblica sia stata quella di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica. Nel parere si raccomanda, per il futuro, che l’unità del Testo sia mantenuta, evitando nuove dispersioni con strumenti normativi episodici e disordinati. Parimenti, il parere evidenzia la congruità della nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica di cui all’art. 2 dello schema di decreto con la nozione comunitaria di SIEG, rilevando, altresì, che il legislatore delegato avrebbe optato per una nozione più ristretta di SIEG, preferendo, nell’ambito di discrezionalità lasciato dall’Unione europea al legislatore nazionale, l’opzione più favorevole alla cd. concorrenza nel mercato. Nel parere, infine, pur ribadendo la conformità dell’impostazione di cui al presente decreto con il quadro comunitario, si afferma che «va valutato il rapporto di tale impostazione con gli esiti referendari, che peraltro risalgono ormai a più di cinque anni orsono» (cfr. punto 4).

tendenzialmente omogeneo, ma antinomico rispetto alle aspettative post-referendarie e agli scenari non mercantili da essi disegnati.

2. In merito al disegno di legge sulla *ripubblicizzazione* del servizio idrico non sono mancate critiche da parte dei sostenitori della *causa referendaria*, i quali, al di là della proclamazione dell'acqua quale bene comune⁷, espunta nella versione approvata dalla Camera, lamentano altre criticità di carattere sostanziale. In particolare, è stato notato⁸, come ad appena cinque anni dalla celebrazione del referendum abrogativo, mentre alcune amministrazioni, *in primis* Napoli, hanno attuato la volontà referendaria (costituzione di ABC Napoli)⁹, Governo e Parlamento stanno costruendo un sistema normativo antinomico o, comunque, non in armonia con gli indirizzi emersi in quella sede.

Un sistema che escluderebbe, per i servizi di interesse economico generale a rete, la gestione attraverso soggetti di diritto pubblico, quali ad esempio l'azienda speciale¹⁰.

Persona giuridica che pure era stata immaginata per dare autonomia e carattere imprenditoriale all'intervento pubblico in settori economici locali, con l'obiettivo di marcare sostanziali differenze con il vecchio modello delle municipalizzate, privo di autonomia imprenditoriale, di un proprio bilancio e di una propria personalità giuridica¹¹.

⁷ Sui profili giuridici di tale nozione si veda A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in www.costituzionalismo.it. Le motivazioni che spinsero alla promozione del referendum del 2011 sono consultabili in G. 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.astrid-online.it e in www.acquabenecomune.org.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Il relativo iter amministrativo e le peculiarità di tale soggetto giuridico sono contenute e descritte in A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Viareggio, 2011.

¹⁰ cfr. art. 4 del testo del disegno di legge *Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque*, approvata dalla Camera dei deputati il 20 aprile 2016.

¹¹ A. SANTUARI, *Le aziende speciali: un modello ancora vivo?*, in www.giustamm.it, marzo 2012, chiarisce che l'azienda speciale può considerarsi l'evoluzione della specie delle aziende municipalizzate, disciplinate dalla legge Giolitti n. 103 del 1903 e dal successivo testo unico n. 2578 del 1925. In tale legge, era prevista la possibilità di assumere tra i compiti facoltativi del proprio ente una serie di servizi, stabilendo poi se il comune dovesse amministrarli in via diretta, affidarli in concessione a privati o prevedere una gestione a mezzo di aziende speciali, prive di personalità giuridica autonoma ma dotate di ampia autonomia. L'ordinamento delle aziende speciali è stato oggetto del d.p.r. n. 902 del 1986 e, in epoca più recente, dell'art. 22, comma 3, della legge n. 142 del 1990. Il contenuto dell'art. 22 della legge n. 142 del 1990 confluiva nell'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000. L'art. 114, comma 1, del medesimo d. lgs., definiva l'azienda speciale «ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale». Il tema dell'autonomia imprenditoriale, che certo non può essere esaurito in questa sede, risulta tuttavia centrale per quanto attiene in senso più ampio al ruolo che le imprese pubbliche possono svolgere nell'economia. Interessanti in merito appaiono le riflessioni di S. Giacomelli, *Le tendenze internazionali in materia di impresa pubblica: le dimensioni del fenomeno e le nuove linee*

Un *trend* normativo che, da una prima lettura, appare in dissonanza con la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, che, attraverso una lettura attenta dell'art. 1 Cost. e, soprattutto, della nozione di sovranità popolare, aveva fissato il vincolo referendario¹², statuendo che il legislatore dovesse rispettare¹³ quanto espresso dai cittadini con il voto popolare¹⁴.

La legge di riordino del servizio idrico ed il testo dei servizi pubblici locali di interesse economico-generale, entrambi in corso di approvazione, ed il recente decreto Madia sulle partecipate determinano, nel loro complesso, una torsione verso un modello di gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (SIEG), segnatamente per quelli a rete, decisamente di natura mercantile.

I testi evidenziano una chiara opzione in favore di modelli di matrice *privatistica*, tendenti a ripristinare, di fatto, la disciplina anteriore al referendum, introdotta all'epoca con il decreto Ronchi¹⁵, ovvero il *favor* per la selezione del gestore (soggetto di diritto privato) attraverso procedure di gara ad evidenza pubblica (si veda in particolare l'art. 7 dello schema del decreto Madia sui servizi pubblici locali).

Nel disegno di legge sul servizio idrico, si assiste alla assoluta marginalizzazione (*rectius*, soppressione) del modello dell'azienda speciale¹⁶, l'unico modello di gestione dei servizi *autenticamente* pubblico ancora vigente

guida dell'OCSE sulla governance, in C. Brescia Morra, G. Meo e A. Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2015, pp. 260 ss. nelle quali, anche rifacendosi a linee guida dell'OCSE, si ritiene opportuno il riconoscimento della piena autonomia alle imprese pubbliche nell'ambito degli indirizzi strategici ricevuti dal proprietario pubblico.

¹² Sussistono, sul punto, delle perplessità in ordine alla durata del vincolo referendario, più volte ribadita dalla Corte Costituzionale, vedi *infra* nota 21. Si confronti, da ultimo, il parere 3 maggio 2016, n. 1075, reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

¹³ In particolare, per quanto attiene ai modelli organizzativi dei servizi (segnatamente, del servizio idrico) e all'abolizione della remunerazione del capitale investito (ossia, la possibilità di fare profitto con il servizio idrico), rispettivamente conseguenti all'abrogazione dell'art. 23-bis d.l. n. 112 del 2008 (primo quesito) e all'abrogazione parziale del primo comma dell'art. 154 d.lgs. n. 152 del 2006 (secondo quesito).

¹⁴ Sul valore degli strumenti di partecipazione democratica alla luce della recente esperienza referendaria, si veda A. LUCARELLI, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *RDPE (on-line)*, gennaio 2015. Tuttavia, il Consiglio di Stato nel parere n. 1075 del 2016, afferma che il testo *in itinere* sui servizi pubblici locali di cui allo schema di decreto legislativo previsto dalla legge Madia sulla riforma della Pubblica amministrazione supera indenne una previsione di incostituzionalità nella parte in cui prevede la valutazione discrezionale degli enti locali nella scelta delle modalità di gestione del servizio, anche nella considerazione che gli esiti referendari risalgono ormai a più di cinque anni or sono, per cui il vincolo si attenua con il tempo e con l'evolversi del contesto politico, ed ancora secondo il Consiglio di Stato il legislatore delegato si muove in piena osservanza dell'ordinamento europeo.

¹⁵ D.l. n. 135 del 25 settembre 2009, convertito nella l. n. 166 del 20 novembre 2009.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. d) dello schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, sarebbe possibile il ricorso a gestioni in economia e all'azienda speciale limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, il che determina, evidentemente, l'esclusione del servizio idrico (servizio a rete per definizione) dall'ambito applicativo dell'azienda speciale.

nel nostro ordinamento. Ovvero, si nega ai comuni, alle autorità d'ambito¹⁷, anche in contrasto con il diritto europeo¹⁸, la possibilità di poter scegliere, anche in deroga, un modello di diritto pubblico. Infatti, il testo sull'acqua, nella versione approvata alla Camera e trasmessa al Senato, non contempla più la possibilità del ricorso a tale soggetto giuridico.

E' possibile, ai sensi dell'art. 4, co. 3 lett. a), del suddetto disegno di legge, in una visione latamente pubblicistica, soltanto l'affidamento diretto a società pubbliche, comunque subordinato ed in deroga al modello della gara europea¹⁹.

Il modello *in house* diventa, ancora più, un modello subordinato alla gara ed *eccezionale* rispetto alla regola della concorrenza, riportando in pieno la gestione del servizio idrico integrato in una logica di remunerazione del capitale investito. Ciò risulta evidente nella modifica che il terzo comma dell'art. 4 del disegno di legge apporta all'art. 149-*bis* d.lgs. n. 152/2006; in particolare, laddove la norma afferma che l'affidamento a società interamente pubbliche può avvenire *anche* in via diretta e comunque soltanto nell'ipotesi che la società sia partecipata da *tutti* gli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.

3. In tale scenario, dunque, il decreto Madia sulle partecipate prevede che le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 3, possano partecipare solo in società, anche consortili, costituite in forme di società per azioni o di società a responsabilità limitata. Vi è, dunque, una forte limitazione nel tipo e nella forma giuridica del gestore, circoscritto nella sostanza a soggetti di diritto privato, ancorché a capitale pubblico. Si tratta di una scelta del tutto autonoma, se non antinomica rispetto al diritto europeo, nel senso che per quest'ultimo, in forza del principio che la regola della concorrenza possa essere derogata in presenza di determinate condizioni (cfr. art. 106, par. 2 TFUE), resta irrilevante la natura e la forma giuridica dell'ente

¹⁷ Si v. sul punto, A. LUCARELLI, *L'organizzazione amministrativa delle nuove autorità d'ambito tra principio di sussidiarietà verticale, ruolo delle regioni e vincoli referendari in federalismi.it*, n. 8 del 16-04-2014.

¹⁸ In particolare, con l'art. 345 TFUE (ex art. 295 TCE) che sancisce il cd. principio di neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese, da cui può evincersi la sostanziale indifferenza del diritto comunitario relativamente ai modelli organizzativi dei servizi di interesse economico generale e, dunque, l'assoluta legittimità di modelli di gestione pubblica.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 4 del disegno di legge, l'affidamento del servizio idrico integrato è disciplinato dall'art. 149-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Tale norma prevede che l'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale. (Comma così modificato dall'art. 1, comma 615, L. 23 dicembre 2014, n. 190, a decorrere dal 1° gennaio 2015)

gestore (arg. *ex art.* 345 TFUE). Una scelta che mostra una volontà politica molto chiara, ovvero escludere, anche se in assenza di richiamate ed espresse disposizioni normative²⁰, dall'arcipelago delle forme giuridiche della gestione, l'impresa pubblica, segnatamente, nella forma dell'azienda speciale²¹.

Ma anche le forme giuridiche della società per azioni, a capitale interamente pubblico, e della società mista (pubblico-privato), in merito all'affidamento della gestione, risultano fortemente ridimensionate nel decreto Madia sulle partecipate.

In particolare, laddove si afferma che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi che non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (su tale profilo si tornerà *infra*), né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (cfr. art. 4, co. 1).

Tuttavia, ai sensi del successivo comma 2, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società o acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento di attività relative alla produzione di un servizio di interesse generale (SIG)²², per l'autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o anche per la progettazione, realizzazione e gestione di un'opera pubblica. Si lascia dunque spazio alle società pubbliche, ma solamente per quanto attiene i servizi privi di rilevanza economica (SIG²³) ed alle società strumentali²⁴.

Il richiamato profilo del perseguimento di finalità istituzionali si rivela, invero, piuttosto ambiguo e suscettibile di prestarsi, in questo scenario, ad interpretazioni ulteriormente restrittive dell'ambito applicativo dei modelli di gestione pubblicistici.

²⁰ Si potrebbe in sostanza sostenere che la norma ha ad oggetto unicamente le società pubbliche non incidendo dunque sulle aziende speciali. In realtà, da una lettura non formalistica e soprattutto coordinata con il testo in corso di approvazione sui servizi di interesse economico generale risulta evidente come l'azienda speciale sia sostanzialmente esclusa dalla "dimensione economica" delle gestioni, quanto meno dai servizi a rete.

²¹ Occorre evidenziare che l'azienda speciale ai sensi dell'art. 114 tuel è un soggetto di diritto pubblico tuttora presente nell'ordinamento giuridico vigente. Sulla vigenza di tale istituto si vedano A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 4645 ss.; A. CONTIERI, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in www.giustamm.it, n. 9/2011; S. MAROTTA, *La depubblicizzazione del servizio idrico integrato. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in *Munus*, n. 1/2011. *Contra*, G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 670.

²² Sul concetto di interesse generale e sulla differenza tra le nozioni di SIEG e SIG si veda A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali*, cit.; D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine degli anni zero del XXI secolo*, in www.giustamm.it, n. 1/2010.

²³ In merito ai SIG tuttavia occorre ricordare che COM (2007) 725, punto 2 afferma esplicitamente che nella nozione di servizi di interesse generale (SIG) rientrano sia i servizi di interesse economico generale (SIEG), sia i servizi non economici di interesse generale.

²⁴ Si veda sul punto D. MONE, *Affidamenti in house providing a società pubbliche partecipate tra principio di concorrenza e buon andamento della Pubblica Amministrazione: il caso delle società strumentali*, in *RDPE*, n. 1/2016, pp. 151 ss.

In considerazione del suddetto richiamo al «perseguimento di finalità istituzionali», per le quali sarebbe possibile la gestione attraverso società pubbliche, anche di nuova costituzione, sembra che la norma voglia - ovviamente non incidendo direttamente sui soggetti di diritto pubblico (*rectius* azienda speciale) che ad oggi gestiscono i SIEG²⁵ - impedire, o quanto meno limitare, che gli stessi siano gestiti con società per azioni a totale o parziale (società miste) capitale pubblico.

Per tutti i servizi a rete, ovvero per i servizi di interesse-economico generale a rilevanza economica, dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto Madia, non potranno di fatto più essere costituite società pubbliche per la loro gestione, a meno che l'amministrazione non dimostri che siano necessarie per il perseguimento di finalità istituzionali. In merito, occorre rilevare che ciò si pone in rapporto di (perlomeno) parziale incoerenza con il disegno di legge sul SII che prevede, seppur in forma subordinata, la possibilità di affidare il servizio a società pubbliche *in house* (cfr. art. 4)²⁶, a prescindere che ciò risulti necessario per il perseguimento di finalità istituzionali.

Sempre in una logica fortemente restrittiva della presenza del “pubblico” nell'ambito dei servizi pubblici locali, si prevede che entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo sulle partecipate, debba essere effettuata una ricognizione straordinaria da parte delle amministrazioni pubbliche, per verificare quali società non corrispondono ai criteri per mantenere la partecipazione da parte dell'ente (art. 24). Con questa norma dunque si incide di fatto sulle gestione in corso.

Ciascuna amministrazione pubblica effettua con provvedimento motivato la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute, individuando quelle che devono essere alienate. La ricognizione periodica annuale partirà dal 2018 con riferimento alla situazione al 31 dicembre 2017. La norma, già ribattezzata “taglia-partecipate”, dovrebbe portare, secondo varie fonti²⁷, nel prossimo futuro alla soppressione di circa 5.000 società partecipate.

²⁵ In effetti, la legge delega prevede l'applicazione dei principi del decreto anche alle partecipazioni pubbliche già in essere ma non alle aziende speciali che nei servizi a rete non sono più ammesse ma dall'entrata in vigore del decreto sui sieg in poi, così come espressamente previsto dall' art. 7, comma 1, lett. d

²⁶ L'art. 4, comma 3, lett. a) dispone che «L'affidamento può avvenire anche in via diretta a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate da tutti gli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale».

²⁷ Ai sensi del decreto Madia sulle società partecipate, le pubbliche amministrazioni ogni anno devono effettuare un'analisi dell'assetto delle proprie partecipate (cfr. art. 20 dello schema di decreto). L'obiettivo è predisporre un piano per la razionalizzazione, fusione o soppressione, anche con messa in liquidazione o cessione. I piani sono adottati in maniera specifica per le società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti, o ancora per partecipazioni in società che, nel triennio precedente abbiano conseguito un fatturato medio non superiore ad un milione di euro. Sono interessate anche le società fuori dalla gestione di un servizio di interesse generale che in quattro anni su cinque abbiano prodotto un risultato negativo. Fonte Il Sole24 ore dell'11 agosto 2016. Circa 5000 società partecipate cadrebbero sotto la tagliola del decreto Madia.

Si tratta, come si è detto, di un decreto che incide, con efficacia retroattiva²⁸, sulle società partecipate; ne impedisce per il futuro la presenza nei settori a rilevanza economica e verifica che le attuali società pubbliche che gestiscono i SIEG ne abbiano i requisiti. La difficoltà a costituire per la gestione dei SIEG nuove società pubbliche, anche a partecipazione mista, e l'attuazione della norma "taglia-partecipate", veicolerà le procedure di affidamento ed i relativi modelli di gestione verso gare e privatizzazioni.

Infine, ai sensi del primo comma dell'art. 14, del decreto Madia sulle partecipate, in accoglimento di un'ampia giurisprudenza, formatasi negli ultimi anni²⁹, è stabilito che le società a partecipazione pubblica siano soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, se ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

E' evidente che il forte ridimensionamento delle società per azioni pubbliche (sia miste che a capitale interamente pubblico), nell'ambito dei servizi di interesse economico generale, ridurrà notevolmente il ricorso agli affidamenti *in house* che, come è noto, ai sensi del diritto europeo, possono essere posti in essere soltanto a determinate condizioni³⁰.

4. Le aziende speciali³¹, alla luce del suddetto decreto Madia sulle partecipate, sembrerebbero da una prima lettura escluse, comunque non oggetto di trattazione specifica, laddove si consente alle amministrazioni pubbliche, di partecipare soltanto a forme giuridiche di natura societaria (s.p.a., s.r.l.), ancorché in forma consortile. In realtà, da una lettura più attenta, il testo unico sulle partecipate tratta il tema delle aziende speciali, ma essenzialmente per confermarne l'esistenza e per puntualizzare quali delle vecchie norme continuano ad applicarsi. In particolare, l'art. 27 del testo sulle partecipate fa sì che l'art. 18, co. 2-*bis* d.l. n. 112/2008 resti vigente proprio per le aziende speciali, prevedendo che, con eccezione di quelle operanti prevalentemente nei servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla

²⁸ All'art. 4, comma 2 del d. lgs. sulle partecipate si parla di possibilità a determinate condizioni non solo di costituire società o acquisire partecipazioni ma anche di mantenerle, da cui la conseguenza della retroattività della previsione.

²⁹ Si veda, sul punto, anche la giurisprudenza comunitaria riportata alla nota seguente, utile a definire i profili delle società esercenti servizi di interesse economico generale.

³⁰ Si ricordino i tradizionali requisiti del soggetto affidatario a capitale interamente pubblico (CGCE, 11.01.2005, C-26/03, Stadt Halle); del capitale "blindato" (CGCE, 10.11.2005, C-29/04, Commissione c. Repubblica d'Austria; CGCE, 06.04.2006, C-410/04, ANAV c. Comune di Bari e AMTAB Servizio s.p.a.); del controllo analogo vero e proprio da parte dell'ente pubblico di riferimento (CGCE, 13.10.2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH). Per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in materia si veda C. TESSAROLO, *L'affidamento della gestione del servizio idrico integrato*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; R. MASTROIANNI, L. DELLA CORTE, *Servizi idrici: alcuni profili di diritto dell'Unione europea*, in *RDPE*, n. 1/2012, pp. 251 ss.

³¹ Attualmente ancora vigenti nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 114 del TUEL.

persona, si attengano al principio di riduzione dei costi del personale e che l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, definisca criteri e modalità di attuazione del principio.

Le aziende speciali sono, invece, oggetto di trattazione specifica nello schema di decreto delegato sui SIEG ed escluse espressamente dalla gestione di quelli a rete³².

Rimane ovviamente una questione aperta, ovvero se espungere del tutto dall'ordinamento giuridico relativo ai servizi pubblici locali di interesse economico generale (quelli a rete) i soggetti di diritto pubblico sia un'operazione conforme e compatibile con l'art. 43 Cost., con lo spirito ad esso sotteso (in relazione, soprattutto, al ruolo dell'impresa pubblica³³ inerente ai servizi pubblici essenziali)³⁴ e con lo stesso art. 75 Cost., in relazione ad un possibile *tradimento* della volontà popolare e dell'inequivoco risultato politico espresso nel 2011³⁵.

In un siffatto quadro normativo, l'esperienza napoletana di ABC (Acqua Bene Comune), l'unica di dimensioni rilevanti in Italia ad avere perseguito gli obiettivi dell'acqua pubblica in questi cinque anni, ovvero attraverso una trasformazione giuridico-economica dell'ente gestore da società per azioni ad azienda speciale, rischia di operare nell'ambito di uno scenario normativo non sintonico, per non dire avverso.

Dunque, l'interprete si trova oggi in presenza del suddetto quadro normativo e deve interrogarsi sulla compatibilità dello stesso sia rispetto all'art. 43 Cost. che all'art. 75 Cost., che garantisce, così come confermato dalla sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale³⁶, che l'esito referendario sia rispettato da parlamento e governo e, quindi, dalle amministrazioni locali.

³² Art. 7, co. 1, lettera d).

³³ In merito al ruolo delle imprese pubbliche oggi nel nostro ordinamento giuridico si rinvia a C. Brescia Morra, G. Meo e A. Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche a volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 2, 2015, pp. 239 ss.

³⁴ Sui margini di effettività dell'art. 43 Cost. nell'attuale quadro giuridico, si veda A. LUCARELLI, *art. 43*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, pp. 883 ss. Vale la pena ricordare che l'art. 43 Cost. sancisce il diritto a riservare originariamente o trasferire mediante espropriazione allo Stato o a enti pubblici determinate imprese o categorie di imprese *che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*. Ma occorre ricordare anche l'art. 41, comma 3 Cost., che prevede espressamente che l'attività economica sia svolta da soggetti pubblici, oltre che da soggetti privati, e si limita a ricordare che tanto l'impresa pubblica quanto quella privata possono essere indirizzate e coordinate a fini sociali.

³⁵ Sul cd. vincolo referendario, si vedano C. Cost., sentt. nn. 199/2012 e. 9/1997.

³⁶ Sul punto, si rinvia a 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 e alle aziende speciali*, in www.federalismi.it, 26 settembre 2012.

Come è noto, il combinato disposto dei due quesiti referendari³⁷, in particolare quello teso all'abrogazione della remunerazione del capitale investito, di fatto, rendeva arduo il ricorso alla gestione attraverso società di capitali, che, per loro legittima natura, sono orientate al profitto e hanno quale loro *prius* la remunerazione del capitale investito.

Inoltre, anche in relazione a principi comunitari, quali la sussidiarietà verticale e la libertà di definizione³⁸, rispetto alla autonomia funzionale degli enti locali di cui all'art. 118 Cost., va posta la questione se sia costituzionalmente legittimo impedire ai comuni, o comunque alle autorità amministrative d'ambito, quali enti di riferimento delle comunità, di scegliersi, nell'ambito di più opzioni, quella che loro dovessero ritenere più adeguata ed opportuna per il proprio territorio e per la propria realtà socio-economica³⁹.

A questo scenario normativo, si aggiunge, come detto in premessa, il disegno di legge sulla riforma del servizio idrico. In esso, è ribadita la natura di servizio pubblico locale di interesse economico generale (SIEG) del servizio idrico, contrariamente alla versione originaria del testo, che parlava di servizio privo di rilevanza economica⁴⁰.

Il testo esclude la possibilità di affidare la gestione all'azienda speciale (cfr. art. 4 cit.), in contrasto con la prima versione che prevedeva una gestione esclusivamente pubblica del servizio (*rectius*, mediante enti di diritto pubblico).

Il testo approvato dalla Camera dei deputati prevede l'affidamento diretto a società pubbliche munite dei requisiti per la cd. gestione *in house*. (cfr. terzo comma, lett. a, dell'art. 4, ai sensi del quale «All'articolo 149-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, sono apportate le seguenti modificazioni: a) l'ultimo periodo del comma 1 è sostituito dal seguente: «L'affidamento può avvenire anche in via diretta a favore di società

³⁷ I quesiti referendari avevano ad oggetto, rispettivamente, l'abrogazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (e, segnatamente, l'art. 23-bis d.l. n. 112/2008) e l'abrogazione del primo comma dell'art. 154 d.lgs. n. 152/2006, limitatamente alla parte in cui prevedeva la remunerazione del capitale investito dal gestore del servizio idrico integrato. Per un commento alle due sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'ammissibilità dei quesiti referendari (sentt. nn. 24 e 26 del 2011) sia consentito rinviare a A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 1, 2011, pp. 261 ss e Id., *Riconfigurazione del concetto di "rilevanza economica". Spunti di riflessione sulla natura "economica" del servizio idrico integrato in assenza dell'elemento della remunerazione del capitale investito*, in *Giur. Cost.*, 1, 2011, pp. 302 ss.

³⁸ Sui principi di neutralità e di libera definizione si veda A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali*, cit.

³⁹ Cfr. A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali*, cit.; P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, n. 6/2010, pp. 4654 ss.

⁴⁰ Tale qualificazione è, comunque, coerente con l'inquadramento dato al servizio dalla giurisprudenza, sin dalla richiamata sentenza n. 325/2010.

interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate da tutti gli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale»).

Questa norma, oggi, andrà letta, ferma restando l'approvazione di entrambi i testi, in collegamento con lo schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, e segnatamente con l'art. 7 dello schema di decreto legislativo.

Tale norma, come vedremo più diffusamente nei passaggi successivi, prevede per i SIEG il ricorso alla gestione diretta, mediante affidamento *in house*, come modello residuale, soltanto nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni in materia di contratti pubblici e del testo unico sulle partecipazioni pubbliche.

5. Il testo unico sulle partecipate dispone, come già evidenziato (art. 4, co. 1), che le amministrazioni pubbliche possano, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi, ed acquisire o mantenere partecipazioni anche di minoranza in tali società, soltanto se strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Ciò significa che, dal combinato disposto delle tre normative, i SIEG, anche relativamente al servizio idrico, potranno essere gestiti da società pubbliche *in house* soltanto se l'amministrazione dimostri, tra l'altro, che la società pubblica sia necessaria per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. L'amministrazione dovrebbe dimostrare, per affidare la gestione del servizio ad una società *in house*, che essa rappresenta una deroga alla concorrenza e che, dunque, il ricorso al mercato, nel caso specifico, pregiudicherebbe la sua missione, inerente al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

In questo scenario normativo che si snoda tra *de jure condito* e *de jure condendo* lo schema di decreto delegato Madia sui SIEG, in ordine alle modalità di gestione prevede:

- a) affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, in applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici;
- b) affidamento a società mista, il cui socio privato sia scelto con procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo della legge 7 agosto 2015, n. 124;
- c) gestione diretta, mediante affidamento *in house*, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni in materia di contratti pubblici e del testo unico sulle partecipazioni pubbliche;
- d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante azienda speciale.

Si prevede, dunque, la gestione in economia o tramite azienda speciale, per i SIEG, limitatamente ai servizi diversi da quelli di rete⁴¹.

Invero, ai sensi dell'art. 3, co. 2 del suddetto schema di decreto, rimangono disciplinati dalle rispettive norme di settore i servizi idrici, il trasporto, il servizio farmaceutico, il servizio di distribuzione di energia elettrica, quello di distribuzione gas, il servizio di gestione integrata dei rifiuti. Tuttavia, la stessa norma prevede che, per le modalità di gestione, non vale il criterio della norma speciale di settore. Pertanto, anche per il servizio idrico integrato si applicano procedure di affidamento e le modalità di gestione di cui al citato art. 7⁴². In conclusione, come evidenziato in dottrina «(...) per i servizi a rilevanza economica, l'internalizzazione/municipalizzazione⁴³ opposta all'esternalizzazione può consistere nella gestione *in house* o, fuori dei servizi a rete, nella gestione in economia o mediante azienda speciale (...)»⁴⁴.

Nel caso in cui la p.a. intenda affidare servizi (SIEG) con l'*in house* o con la gestione mediante azienda (limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete), ai sensi dell'art. 7, co. 3 e 4 dello schema di decreto, è richiesto un piano economico-finanziario con contenuti specifici e il comma 5 prevede la comunicazione dello schema dell'atto deliberativo con cui si procede all'affidamento *in house* o alla gestione mediante azienda all'Autorità garante della concorrenza e del mercato affinché renda un parere.

6. Tuttavia, alla luce di tali intrecci normativi, di non facile interpretazione e sistematizzazione, va prospettata anche un'altra lettura che tenga in maggior conto quello che si è più volte definito il diritto pubblico europeo dell'economia.

⁴¹ L'art. 7, comma 1, lett. d) prevede il diritto per la P.A. di optare per la gestione in economia o a mezzo azienda, ma soltanto per i servizi diversi da quelli a rete. La norma offre la possibilità, ma soltanto per i suddetti servizi, di trattenere la gestione *in house* anche attraverso soggetti di diritto pubblico quali le aziende speciali.

⁴² Invero la I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati nell'esaminare lo schema di decreto legislativo ha espresso parere favorevole al testo, con la condizione che il servizio idrico integrato fosse disciplinato dalla normativa di settore, analogamente a quanto il decreto in esame prevede per il settore del gas e per quello dell'energia. E' evidente che il rinvio alla normativa di settore evocato dalla I commissione affari costituzionali debba riguardare le modalità di gestione, che al momento nel testo sul SII approvata dalla Camera non prevedono la gestione attraverso azienda speciale e soltanto in via subordinata attraverso società pubbliche *in house*.

⁴³ Ai sensi dell'art. 7, comma 2 «la scelta della gestione diretta o l'affidamento del servizio sono effettuati con provvedimento motivato dell'ente competente, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di gestione prescelta (...)».

⁴⁴ F. FRACCHIA, *Pubblico e privato*, cit., p. 13. Per il modello di affidamento dei servizi (diversi da quelli a rete) *in house* o attraverso azienda speciale il comma 8 stabilisce che la durata non può essere superiore a cinque anni.

In particolare, dalla lettura ragionata delle tre normative, che incidono sulla natura e la forma dei soggetti giuridici e sulle modalità di gestione, sembrerebbe che l'azienda speciale sia sostanzialmente⁴⁵ espunta dall'ordinamento giuridico vigente in ordine alla gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica⁴⁶, organizzati attraverso reti. In merito, va precisato che la dimensione economica del servizio non implica necessariamente la remunerazione del capitale investito.

Si tratta, evidentemente, di due elementi del tutto indipendenti tra loro (la natura del servizio a rete e la remunerazione del capitale investito) che, in attesa dell'introduzione di tali normative, difatti, non precludono, come osservato, l'affidamento del servizio idrico (servizio a rete) ad un'azienda speciale, tanto più all'esito del referendum del 2011 (terzo quesito). La remunerazione del capitale investito può essere identificata, invero, con l'astratta idoneità a ricavare profitti dal servizio e non necessariamente con un investimento nella manutenzione delle reti (che è tecnicamente cosa diversa dal concetto di remunerazione).

Si tratta, evidentemente, come ampiamente affermato dalla Corte costituzionale⁴⁷, di due elementi del tutto indipendenti tra loro (la natura "economica" del servizio a rete e la remunerazione del capitale investito), che, in attesa dell'introduzione di tali normative, difatti, non precludono, come osservato, l'affidamento del servizio idrico (servizio a rete) ad un'azienda speciale, tanto più all'esito del referendum del 2011 (secondo quesito). La remunerazione del capitale investito può essere identificata, invero, con l'astratta idoneità a ricavare profitti dal servizio e non necessariamente con un investimento nella manutenzione delle reti (che

⁴⁵ Formalmente come si è evidenziato nei paragrafi precedenti l'azienda speciale resta presente nell'ordinamento giuridico vigente attraverso più disposizioni. Da ultimo nello stesso art. 27 del decreto sulle partecipate. Quindi per la gestione dei SIG ma anche dei SIEG non organizzati in reti le aziende speciali possono rappresentare una strada per evitare i percorsi di razionalizzazione ed i vincoli previsti oggi per le società.

⁴⁶ In particolare dalla lettura dell'art. 7, comma 3 dello schema di decreto delegato sui SPL a rilevanza economica è evidente una certa ostilità nei confronti dell'affidamento *in house*, ma anche nei confronti dell'azienda speciale. In merito evidenzia F. FRACCHIA, *Pubblico e privato*, cit., p. 14 come la scelta della internalizzazione comporti un aggravamento dell'onere motivazionale e s'impone una valutazione molto più approfondita rispetto al caso in cui si ricorra alla concorrenza per il mercato.

⁴⁷ La Corte costituzionale con sentenza n. 26 del 2011 dichiarava ammissibile il quesito referendario n. 3 dal titolo "Determinazione della tariffa del servizio idrico integrato in base all'adeguata remunerazione del capitale investito. Abrogazione parziale di norma avente ad oggetto l'art. 154, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006 (limitatamente alla seguente parte: "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito". Secondo la Corte, la determinazione della tariffa non necessiterebbe dell'elemento della remunerazione del capitale investito, essendo sufficiente a non contraddire la natura economica del servizio il riferimento alla copertura dei costi. In questo senso dunque se la tariffa non può rappresentare lo strumento attraverso il quale contrarre i costi e aumentare i ricavi, nonché essere il termine di imputazione degli investimenti, ancor più chiaramente rilevano i connotati fisiologici e strutturali del servizio che lo sottraggono alla logica del profitto, ponendolo al di fuori del mercato. Per un commento alla suddetta sentenza della Corte sia consentito rinviare a A. Lucarelli, *Riconfigurazione del concetto di "rilevanza economica". Spunti di riflessione sulla natura economica" del servizio idrico integrato in assenza dell'elemento della remunerazione del capitale investito*, in *Giur. Cost.*, 1, 2011, pp. 302 ss.

è tecnicamente cosa diversa dal concetto di remunerazione). Va da sé, tuttavia, che, ai sensi dell'art. 7 cit. dello schema di decreto sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, tale affidamento non si renderà più possibile, con conseguente penalizzazione del modello organizzativo più congeniale agli esiti del referendum (l'azienda speciale, che, a differenza della società per azioni, non è orientata al profitto e, dunque, è "impermeabile" alla remunerazione del capitale investito, elemento abrogato dalla volontà popolare e inopinatamente ricomparso, in altre vesti, nel citato disegno di legge C. 2212.

Anche l'ambito operativo delle società pubbliche, salvo che per i SIG e per il perseguimento di obiettivi necessari a finalità istituzionali (art. 4 testo unico sulle partecipate), sembra fortemente ridimensionato. Si tratta di un quadro che, tuttavia, come si è innanzi rilevato, presenta diversi dubbi di legittimità costituzionale ed, in questo senso, si rinvia ad un ulteriore approfondimento a normative approvate in via definitiva.

Per i SIEG, gestiti con le regole del mercato e solo marginalmente attraverso società pubbliche, vi sarebbe uno spazio marginale per gestioni non concorrenziali. Si limita al comune o all'insieme dei comuni rappresentati dalle autorità d'ambito, ovvero ai proprietari delle reti, il potere di valutare se ricorrere o meno a modelli non mercantili, così come previsti dal secondo comma dell'art. 106, par. 2, TFUE⁴⁸.

Il regime comunitario, c.d. pubblicistico, "in deroga", non garantito a sufficienza dal modello *in house*, ancor meno dopo il decreto Madia sulle partecipate, era stato previsto dal diritto europeo proprio per mettere in condizione l'ente locale di procedere con valutazioni "caso per caso" piuttosto che "una volta per tutte"; per essere attivato senza vincoli di forma giuridica (libertà di definizione) ed in presenza di obiettivi soprattutto di natura sociale, legati al territorio ed alle specifiche situazione di ordine economico e territoriale.

Anche in contrasto con il diritto europeo, gli enti locali, nella loro funzione di autodeterminazione, risultano i soggetti più colpiti dal nuovo quadro normativo, che ripropone, nella sostanza, ma con più virulenza, l'indirizzo politico del governo Berlusconi del 2008 con il decreto Ronchi.

Infatti, come è noto, l'art. 106, par. 2 TFUE non specifica che il potere valutazione, in ordine al modello di gestione, debba spettare all'autorità statale, proprio nella prospettiva di consentire ai comuni, anche per i SIEG, di optare per una scelta pubblica di gestione, ai sensi del principio comunitario della libertà di definizione. Principio al quale fa riferimento una copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione

⁴⁸ Sia consentito rinviare a A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma*, cit., p. 4647

europea⁴⁹, che, nel confermare la posizione della Commissione⁵⁰, ha riconosciuto al livello locale di governo la responsabilità di decidere e scegliere le modalità di gestione.

L'ipotesi, dunque, che gli enti locali possano appellarsi al principio comunitario della libertà di definizione, oltre che alla Costituzione italiana (artt. 5, 43, 114, 117, 118), per affermare la volontà che anche un SIEG sia gestito mediante un soggetto di diritto pubblico o, in via subordinata, attraverso una società pubblica, ma in condizioni meno restrittive, trova in ambito europeo una sua fondatezza giuridica, che aprirebbe, allo stato, forme di contenzioso.

Tale prospettazione, del tutto coerente con il principio di neutralità del diritto dell'Unione europea rispetto al regime della proprietà sancito dall'art. 345 TFUE,⁵¹ trova inoltre fondamento normativo nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali,⁵² che, nel sancire il rispetto dell'accesso ai SIEG «quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati», può essere evocato dagli Stati membri – e quindi dagli enti locali – per affermare la propria competenza a fornire ed organizzare i servizi d'interesse economico generale, anche quelli a rete⁵³.

Nell'ambito di questo processo normativo, la gestione pubblica di servizi di interesse economico generale, attraverso società *in house*, quale eccezione alla regola della gestione mercantile (di cui tra l'altro all'art. 106, par. 2 TFUE), diventa di più difficile attuazione.

In tal senso, va ricordato che in merito all'estensione del potere discrezionale del potere legislativo in presenza di atti dell'Unione di diritto derivato, la Corte di Giustizia è stata molto chiara: la regolamentazione a livello UE può avere l'effetto di precludere la previsione a livello nazionale di discipline

⁴⁹ Cfr. Corte di giustizia, *Federutility*, causa C-265/08, EU:C:2010:205, punto 29; Tribunale di Primo Grado, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd and BUPA Ireland Ltd c. Commissione*, Causa T-289/03, EU:T:2008:29; *Olsen*, T-17/02, EU:T:2005:218, punto 216.

⁵⁰ Cfr. COM (2001) 598, punto 22: «La competenza di decidere quale servizio debba essere considerato servizio di interesse generale e come debba essere gestito appartiene in primo luogo al livello locale».

⁵¹ «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Sulla rilevanza di tale articolo nell'ambito delle politiche di privatizzazione si veda A. GARDELLA, *Articolo 345 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 2510 e ss.

⁵² Sul punto, A. LUCARELLI, *Comment to article 36*, in W. B. T. MOCK, G. DEMURO (eds.) *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010, 222; L. GRARD, *Place et signification de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt general*, in *ERA Forum*, 2002, 3, 158 ss.. M. PANEBIANCO, *Commento all'articolo 36*, in M. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Roma, 2001, 355 ss.; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *DUE*, n. 4/2002, 633 ss. Da ultimo, v. inoltre A. ARENA, *Art. 36. Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di) *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - Le fonti del diritto italiano*, Milano, (in corso di pubblicazione).

⁵³ Al riguardo si veda E. SZYSZCZAK, *Article 36: access to services of general economic interest*, in S. PEERS, T. HERVEY J. KENNER A. WARD (a cura di) *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Oxford, punti 36.39 e 36.46.

divergenti. Si tratta dell'istituto della cd. *preemption* comunitaria⁵⁴, che, nella sua forma più estrema (*field preemption*), prevede un effetto preclusivo nei confronti della legislazione nazionale difforme alla normativa comunitaria di portata tale da vietare norme statuali sia più rigide, che più permissive⁵⁵. Nel caso in oggetto, il complesso normativo impedirebbe, nella sostanza, agli enti locali di attivare un “reale” regime pubblicistico in deroga alla regola della concorrenza. Pertanto, la legislazione statale, pur nell’ambito della sua discrezionalità, non dovrebbe stravolgere il senso stesso del diritto dell’Unione di rango primario che, nel caso di specie, prevede per l’appunto la possibilità per le amministrazioni locali di poter attivare una gestione dei SIEG attraverso un regime in deroga⁵⁶. Facoltà che per gli enti locali risulterebbe, sia da un punto di vista formale che sostanziale sempre più compressa.

In conclusione, in forza del principio della libertà di definizione, della cd. *preemption*, dell’art. 36 della Carta dei diritti fondamentali, ma soprattutto dell’art. 106, par. 2 TFUE⁵⁷, gli enti locali, ancorché in dissonanza con il quadro normativo interno, sulla base di solidi fondamenti giuridici di derivazione “europea”, potrebbero affidare alle aziende speciali (risparmiate dal testo unico sulle partecipate) ed in via subordinata alle società pubbliche⁵⁸, la gestione di servizi di interesse economico-generale, anche di quelli a rete⁵⁹. E ciò,

⁵⁴ Sul punto, v. Conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 5 febbraio 2009, Causa C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik v Rudolf Ammersin GmbH*, EU:C:2009:52, punto 93 («emerge qui il dibattuto tema della "preemption" comunitaria su un provvedimento e i casi in cui le competenze concorrenti degli Stati membri in una materia possono venire ad essere surrogate dall'intervento del legislatore comunitario»); Presa di posizione dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen presentata il 13 maggio 2014, Parere 1/2013, *Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, EU:C:2014:2292 punto 71 (che fa riferimento all'istituto della *preemption* con l'espressione “regola della prelazione”).

⁵⁵ Sul punto A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea: esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013, pp. 52 ss.

⁵⁶ A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale*, cit., p. 4649.

⁵⁷ Va citato anche il nuovo art. 3 TUE che stabilisce gli obiettivi fondamentali dell’Unione, in particolare laddove il richiamo a realizzare *un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata* è stato sostituito con quello di adoperarsi in favore di uno *sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente*.

⁵⁸ P. Ciocca, *Brevi note sull'economia dell'impresa pubblica*, in C. Brescia Morra, G. Meo, A. Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche*, cit., pp. 249 ss. individua numerosi fallimenti del mercato che rendono necessario o anche solo opportuno che i soggetti pubblici assumano il ruolo di produttore diretto di beni e servizi. Per Ciocca la presenza di soggetti pubblici nell'erogazione di servizi e nella produzione di beni, in settori strategici avrebbe dotato l'economia di infrastrutture e servizi evitando, in particolare nei monopoli naturali, privati potessero lucrare rendite di posizione

⁵⁹ Ed invero, l'intenso collegamento tra il SII e la sfera dei diritti fondamentali non osta ad una gestione del servizio informata a criteri di economicità, anche e soprattutto a tutela della qualità dello stesso. Da ultimo, peraltro, la Sezione Regionale di controllo per la Lombardia della Corte dei conti, investita di una serie di quesiti dalla Provincia di Varese, ha formulato un parere (n. 7/2012) in ordine a numerosi profili giuscontabili legati all'affidamento del SII nel relativo ambito territoriale ottimale, alla luce della normativa vigente. Nell'occasione, la Corte dei conti ha ribadito la natura del SII quale servizio avente rilevanza economica, richiamando la giurisprudenza costituzionale in materia (cfr. sent. n. 187/2011).



anche nella considerazione, come si è detto, che l'attributo dell'economicità, di cui ai SIEG, non è da intendersi quale necessario orientamento al profitto (*rectius* remunerazione del capitale investito), ma piuttosto quale gestione informata al metodo economico ed alla copertura dei costi.