



5 DICEMBRE 2018

L'iniziativa economica degli enti locali:
ordinamenti italiano e spagnolo a
confronto

di Sandra Antoniazzi

Professore Aggregato di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"



L'iniziativa economica degli enti locali: ordinamenti italiano e spagnolo a confronto *

di Sandra Antoniazzi

Professore Aggregato di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Sommario: **1.** Introduzione sull'ambito di indagine: l'iniziativa economica locale e la regolazione amministrativa degli enti locali per le attività economiche private. – **2.** La settorialità della disciplina italiana e le influenze del diritto dell'UE. – **3.** L'evoluzione normativa per le società a partecipazione pubblica e la gestione dei servizi pubblici locali. – **4.** La disciplina generale in tema di iniziativa economica locale nell'ordinamento spagnolo, le norme di settore e le leggi delle Comunità Autonome. – **5.** L'attività economica prevalente: la gestione dei servizi pubblici locali e le riforme imposte dalla crisi e dall'UE. – **6.** L'intervento degli enti locali nelle attività economiche dei privati: la direttiva servizi 2006/23/CE e le soluzioni comuni ai due ordinamenti. – **7.** Considerazioni conclusive: confronto tra le esperienze italiana e spagnola, l'influenza determinante della disciplina dell'UE e delle misure di contenimento della spesa pubblica sull'ambito di autonomia degli enti locali nell'iniziativa economica.

1. Introduzione sull'ambito di indagine: l'iniziativa economica locale e la regolazione amministrativa degli enti locali per le attività economiche private

Nel nostro ordinamento, all'*iniziativa economica locale* si riconducono diverse attività sottoposte a discipline prevalentemente settoriali e all'autonomia organizzativa garantita dalla Costituzione e dal Testo unico degli enti locali¹, espressa negli statuti e condizionata dalla politica regionale nonché dalle misure di razionalizzazione della spesa pubblica. Saranno, quindi, primariamente considerate le attività di *impresa diretta* per la gestione dei servizi pubblici locali, dato che rappresentano il settore più rilevante con diversi schemi organizzativi e societari assai simili alle soluzioni dell'ordinamento spagnolo; altre attività economiche dirette consistono nella gestione dei beni con utilità economica e del patrimonio (spesso mediante società), nella produzione e "commercializzazione" di iniziative culturali.

Come forme di incidenza *indiretta*, invece, occorre considerare la regolazione amministrativa mediante provvedimenti adottati dagli enti locali e destinati all'*iniziativa economica privata* per il legittimo esercizio delle attività, oggetto di una progressiva semplificazione, l'aggiudicazione di contratti pubblici, gli incentivi per le attività economiche private, le attività che si ricollegano all'arte e alla cultura, nel rispetto del principio di concorrenza coerentemente con il TFUE. Inoltre, le scelte dell'ente locale in materia di

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In seguito t.u.e.l.

urbanistica, i poteri di pianificazione, di destinazione e di governo del territorio incidono inevitabilmente sulle attività economiche insediate e sul mercato locale delle opere edilizie; anche la fiscalità locale può comportare benefici per promuovere alcune attività e altre forme di intervento circa l'ambiente, con diverse norme in discipline settoriali, orientano l'iniziativa economica privata.

Da questo primo quadro emerge un intervento assai rilevante degli enti locali nell'economia per attività dirette e competenze che incidono sull'iniziativa privata; l'UE incentiva questa partecipazione mediante varie misure a sostegno delle politiche di sviluppo regionale e locale. Occorre, inoltre, considerare la politica pubblica di sviluppo economico locale e l'azione nel contesto dell'economia di mercato in cui si applica il principio di libertà di stabilimento che consente di attrarre o di trattenere operatori economici e, in questo modo, di incrementare il reddito in una specifica comunità locale. Le recenti riforme per lo sviluppo locale sono volte apparentemente ad una maggiore autonomia per le forme organizzative (v. legge "Delrio"), ma in concreto le scelte di spesa condizionano l'organizzazione in modo determinante, considerate le restrizioni e i controlli introdotti a causa dei disavanzi di bilancio degli enti locali, con scarsa attenzione, invece, per l'incidenza delle amministrazioni centrali.

Si potrebbe prospettare la riconducibilità dell'iniziativa economica locale ad una manifestazione particolare di servizio pubblico locale oppure ad una *competenza distinta* da intendersi come iniziativa, gestione, regolazione e controllo di attività economiche, che si è evoluta nel tempo, spesso oggetto di interventi normativi volti ad introdurre vincoli di bilancio per ridurre la spesa pubblica, soprattutto nel periodo di crisi finanziaria ed economica che ha giustificato riforme significative per gli enti locali europei. Peraltro, la tendenza alla liberalizzazione delle attività private ha comportato un'inevitabile riduzione dell'intervento locale. Quindi, emergono, da un lato, controlli e limiti stringenti sul settore pubblico locale con una certa riduzione dell'autonomia e, dall'altro, una diminuzione o attenuazione dei controlli da parte degli enti locali sulle attività economiche dei privati.

L'esercizio di attività economiche in via diretta (soprattutto erogazione di servizi pubblici) e l'adozione di provvedimenti e di eventuali controlli che riguardano le attività dei privati sono forme di intervento nell'economia comuni all'esperienza del nostro ordinamento e del sistema spagnolo, riconducibili alle *libertà economiche* garantite dal TFUE come presupposto dell'economia di mercato² e gli eventuali limiti devono essere giustificati dalla tutela di interessi pubblici. Nell'ambito del mercato interno europeo (art. 26 TFUE), le libertà economiche fondamentali attengono al diritto di libertà d'impresa (art. 38 Costituzione spagnola; artt. 41-43 Costituzione italiana) e all'unità del mercato nazionale (art. 139 Costituzione spagnola) nel rispetto del principio di concorrenza (art. 106 TFUE) che condiziona

² In tema di libertà economiche e circa la loro qualificazione si rinvia a J. C. LAGUNA DE PAZ, *Derecho administrativo económico*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2016, 28 ss. e 73 ss.

inevitabilmente l'iniziativa economica locale nelle varie manifestazioni (regolazione, servizi pubblici, attività contrattuale, gestione dei beni pubblici ecc.). Si aggiungono le garanzie contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che integra i Trattati, circa la libertà d'impresa (art. 16), la proprietà (art. 17), l'accesso ai servizi di interesse economico generale (art. 36), lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente (art. 37).

Occorre considerare, inoltre, i principi generali che si ricollegano alla regolazione economica: il principio di riserva di legge, di proporzionalità e di eguaglianza, di trasparenza, di responsabilità patrimoniale e di unità del mercato³, che derivano dall'UE e sono volti all'integrazione e, comunque, rinvenibili nella Costituzione dei Paesi considerati, in quanto incidenti sul diritto di proprietà e sulle libertà dei cittadini; in questa direzione l'art. 53 Costituzione spagnola e gli artt. 41-43 Costituzione italiana circa la riserva di legge. Per il principio di proporzionalità, si ricorda l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo italiano che rinvia ai principi dell'ordinamento comunitario e gli artt. 34.2 e 129.3 LPAC *Ley del Procedimiento Administrativo Común* e l'art. 6 RSCL (*Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales*), nel senso che l'intervento pubblico dev'essere adeguato per attuare le finalità perseguite e proporzionato a fronte del sacrificio di posizioni private. Per i principi di uguaglianza e di trasparenza, vi sono i noti richiami nelle Costituzioni (ad es., artt. 1 e 14 della Costituzione spagnola, art. 4.1 LRJSP sul regime giuridico del settore pubblico; artt. 3, 97 Costituzione italiana) come principi di riferimento dell'azione amministrativa, che devono essere applicati in tutti i settori dell'ordinamento per i quali è previsto l'intervento pubblico; inoltre, in entrambi gli ordinamenti, vi sono esaustive discipline sulla trasparenza e sul regime generale della responsabilità extracontrattuale delle amministrazioni pubbliche.

Il principio dell'unità del mercato è volto a garantire che la distribuzione territoriale del potere pubblico non comporti difficoltà per la libera circolazione delle persone, dei beni e dei servizi in ambito sovranazionale e nazionale con riferimento a Comunità Autonome e ad enti locali, dato che, comunque, l'autonomia è riconosciuta per la gestione dei propri interessi (art. 137 Costituzione spagnola); la principale garanzia dell'unità del mercato è l'attribuzione allo Stato delle più importanti competenze in materia economica. Lo Stato deve anche regolare le condizioni di base che garantiscono l'uguaglianza di tutti i cittadini nell'esercizio dei loro diritti e nell'adempimento dei doveri costituzionali; nell'ordinamento spagnolo, in cui vi è una particolare attenzione per le autonomie fino a consentire norme differenziate, è prevalsa l'esigenza di un'*armonizzazione normativa* che ha giustificato la *Ley 20/2013* con il fine di assicurare

³ Per approfondimenti v. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Derecho administrativo económico*, cit., 110 ss.; per riferimenti di giurisprudenza sui principi, si rinvia a J. M. SOCÍAS CAMACHO, *Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio*, in *RAP*, 2018, n. 205, 155-161.

Puguaglianza delle condizioni di esercizio delle attività economiche⁴, così come le libertà di stabilimento e di circolazione dei beni e dei servizi sono garantite dalla *Ley 10/2014*, in coerenza con i dati normativi dell'UE. Una disciplina di questo contenuto non è rinvenibile nell'ordinamento italiano, dato che non si caratterizza certo per un sistema di autonomie così rafforzato e, di conseguenza, si applicano direttamente i principi comunitari e le leggi interne che li hanno da tempo recepiti.

Si prospettano, inoltre, dei limiti europei e nazionali alle libertà economiche imposti da esigenze dell'economia nazionale (art. 38 Costituzione spagnola), dall'iniziativa pubblica nelle attività economiche (art. 128.2 Costituzione spagnola) e dalla riserva al settore pubblico dei mezzi e dei servizi essenziali (art. 128.2 Costituzione spagnola) e, comunque, dalla ponderazione del diritto alla libertà d'impresa con altri principi costituzionali. Ciò comporta limiti per la concorrenza nei servizi pubblici locali e l'esternalizzazione di servizi in settori quali l'ambiente e i beni culturali; sulla base di queste norme primarie, gli enti locali possono regolare le attività economiche o erogare servizi oppure promuovere lo sviluppo di determinate attività. Si pone il problema del ruolo in concreto svolto dagli enti locali, se di effettiva autonomia in coerenza con le garanzie costituzionali oppure di prevalente esecuzione di decisioni delle istituzioni europee e del livello nazionale con limitazioni di fatto assai rilevanti delle competenze riconosciute per l'intervento nell'economia.

L'ambito specifico di indagine attiene, quindi, all'iniziativa economica diretta degli enti locali per la produzione di servizi pubblici e alle procedure e provvedimenti che si ricollegano all'attività dei privati, come strumenti di controllo o di incentivazione in alcuni settori. Il quadro normativo italiano si è caratterizzato negli anni per la complessità e per i numerosi studi sull'evoluzione e sulle contraddizioni; il primo fine è proprio quello di ricostruire un ordine razionale e di sintesi, soprattutto per l'intricata disciplina italiana, che rappresenta il punto di partenza, per uniformità di problematiche, per gli ampi approfondimenti sul sistema spagnolo, che sembra seguire una linea più logica, ma certamente condizionata dalle misure di riduzione della spesa pubblica. I due settori individuati consentono un utile confronto, anche considerando che l'iniziativa economica pubblica e privata sono richiamate nella Costituzione italiana e in quella spagnola, certo sul presupposto di esperienze storiche molto diverse.

Nella nostra Costituzione i riferimenti diretti all'iniziativa economica sono, come è noto, circoscritti a poche disposizioni, ma l'evoluzione interpretativa della Corte Costituzionale ha certo contribuito ad

⁴ Per il nuovo regime di controllo preventivo delle attività economico private in relazione all'autonomia del governo locale v. D. CANALS I AMETLLER, *Reforma de la Administración Pública y unidad de mercado: incidencias en el régimen de intervención municipal en la actividad económica privada*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2014, n. 36, 28 ss.

affermare una visione moderna che coinvolge in vario modo gli enti pubblici e, in particolare, gli enti locali⁵.

La Costituzione spagnola⁶ contiene, invece, regole vincolanti per l'attività economica che riguardano l'iniziativa pubblica in modo più specifico e, infatti, in essa vi sono disposizioni che si riferiscono alle attività economiche degli enti locali, in linea con l'art. 38 sulla libertà di impresa⁷ come diritto soggettivo nell'ambito dell'economia di mercato. I limiti esterni sono, quindi, contenuti nella Costituzione e imposti per legge come prevede l'art. 53.1, volti a garantire il contenuto essenziale del diritto soggettivo e a rispettare il principio di proporzionalità circa il sacrificio della libertà di impresa che dev'essere compensato con benefici rilevanti per beni e valori costituzionali equiparabili. L'art. 128.2 autorizza direttamente l'iniziativa pubblica nell'economia e non secondo un concetto di sussidiarietà rispetto all'iniziativa dei privati; la libertà di impresa risulta, quindi, un diritto costituzionalmente protetto che può essere ponderato con altri valori costituzionali e da ciò la regolazione locale dell'attività economica privata con importanti limiti esterni che devono essere contenuti nella legge conforme anche all'art. 38 della Costituzione spagnola, che però si riferisce primariamente all'entrata nel mercato e alle necessarie condizioni di concorrenza e non riguarda certo i presupposti tecnici sui prodotti e le pratiche commerciali. Inoltre, la Costituzione limita la possibile incidenza negativa della pubblica amministrazione sull'economia mediante la garanzia dell'unità del mercato di cui all'art. 139.2, che esclude che un funzionario pubblico possa impedire o rendere più difficile l'esercizio di un'attività economica.

Nel quadro dei Trattati dell'UE e della Costituzione spagnola, la legge regola il diritto dell'economia locale e sono coinvolte sia leggi statali, sia leggi delle autonomie con norme sulle competenze degli enti locali nell'economia e norme generali sulla pubblica amministrazione. In particolare, per le norme

⁵ Sui rapporti economici v. F. GALGANO, *Art. 41, 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti Economici, Art. 41-44*, Tomo, II, Zanichelli, Bologna, 1975, 1 ss., 193 ss., e S. RODOTÀ, *Art. 42, ivi*, 69 ss.; R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, *Artt. 1-54*, Utet, Torino, 2006, 846 ss.; per riferimenti all'impresa pubblica, agli artt. 41 e 43 Cost. e all'interpretazione della Corte Costituzionale v. M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in G. DELLA CANANEA – M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 64 ss.; F. MACARIO, *Art. 42, ivi*, 864 ss.; A. LUCARELLI, *Art. 43, ivi*, 883 ss.; M. GIAMPIERETTI, *Artt. 41-45*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 403 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, in C. PINELLI – T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, il Mulino, Bologna, 2010, 127 ss.; S. MICOSI – P. PARASCANDOLO, *Impresa privata, ivi*, 173 ss. Per la bibliografia più recente, v. D. GIROTTTO, *I diritti familiari, sociali, economici*, in L. A. MAZZAROLLI – D. GIROTTTO, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 674 ss.; G. LEMME, *L'art. 41 Cost. e il multiforme concetto di "utilità sociale"*, in G. LEMME (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 143 ss.; M. MIDIRI, *I rapporti economici nella Costituzione italiana, ivi*, 95 ss.

⁶ Per la Costituzione economica dell'ordinamento spagnolo e il riparto di competenze tra Stato e Comunità Autonome v. R. RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2018, 52 ss. e 84 ss.

⁷ Circa il contenuto della libertà d'impresa, il collegamento con altri diritti e le sentenze più rilevanti del Tribunale costituzionale v. R. RIVERO ORTEGA, *op. cit.*, 129-133 ss.

costituzionali, la competenza esclusiva dello Stato riguarda le basi del regime giuridico dell'amministrazione pubblica e il procedimento amministrativo comune senza pregiudizio per la specialità dell'organizzazione delle Comunità Autonome, la disciplina dell'espropriazione, dei contratti, delle concessioni e delle responsabilità delle amministrazioni (art. 149.1.18 Costituzione); questa impostazione è richiamata nel Titolo VI della LBRL (*Ley reguladora de las Bases del Régimen Local*) circa beni, attività, servizi e contratti, e si completa con il *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales* (RSCL del 1955) più volte modificato ed integrato. A ciò si aggiunge il regime giuridico dei beni locali (artt. 79-83 LBRL) secondo un'interpretazione di strumento economico locale.

Le norme costituzionali di riferimento sono l'art. 148 per le competenze delle Comunità Autonome e l'art. 149 per quelle esclusive dello Stato; l'art. 148 include settori che hanno conseguenze economiche dirette, quali il governo del territorio, l'urbanistica e l'edilizia, le opere pubbliche di interesse economico, le ferrovie e i trasporti interni, l'agricoltura, le fiere, la promozione dello sviluppo economico della Comunità Autonoma nell'ambito degli obiettivi dei mercati per la politica economica nazionale e la promozione del turismo. Tra l'altro, questo elenco di competenze non è chiuso e, infatti, nel corso del tempo le Comunità Autonome hanno inserito altre materie in conseguenza della riforma degli statuti e non previste dalla norma, come, ad es., le casse di risparmio, la protezione dei consumatori e l'industria, arricchendo l'ambito di competenza nell'economia. Dall'art. 149 Cost. emergono settori esclusivi per lo Stato, giustificati dal principio di unità (art. 2), e per l'economia allo Stato spettano le principali decisioni in varie materie, tra le quali la legislazione commerciale e del lavoro, il sistema monetario, l'ordinamento del credito, la programmazione generale dell'attività economica, la legislazione di base circa la protezione dell'ambiente, banche e assicurazioni, opere pubbliche di interesse generale, energia e miniere. I poteri che non spettano alle Comunità Autonome sono dello Stato in via residuale, che li eserciterà solo nel territorio delle Comunità che non abbiano incluso quei poteri nei loro statuti, poiché non tutte hanno raggiunto il medesimo livello di competenza, sebbene la tendenza sia nel senso del pari livello per la maggioranza delle Comunità Autonome, secondo un criterio di "simmetria", conservando elementi originali di "asimmetria"⁸.

Gli statuti delle Comunità Autonome hanno una rilevante incidenza sulla relativa politica economica, dato che l'ordinamento consente particolarità giuridiche; infatti, lo Stato è configurato dalla Costituzione

⁸ Così R. RIVERO ORTEGA, *op. ult. cit.*, 84-85; l'Autore esamina anche alcune sentenze del Tribunale Costituzionale circa l'importanza dell'ordine economico nazionale e l'orientamento che emerge si pone nel senso che la competenza statale non può estendersi fino ad includere qualsiasi azione di natura economica, se non comporti un'incidenza diretta e significativa sull'attività economica generale; diversamente, una materia più specifica e la relativa titolarità della competenza verrebbero svuotate di contenuto (così, ad es., sentenza del Tribunale costituzionale n. 133 del 1997, in www.lj.tribunalconstitucional.es).

con una struttura interna plurale o composta dal punto di vista della sua organizzazione territoriale. Il presupposto di un unico sistema economico e di un mercato nazionale non esclude l'esistenza della diversità giuridica risultante dall'esercizio da parte delle Comunità Autonome di competenze normative nel settore economico, quando queste siano state previste dallo statuto⁹. Quindi, gli obiettivi economici specifici delle Comunità Autonome sono ammissibili, se sono inseriti negli statuti; la fissazione della politica economica comune, di competenza esclusiva dello Stato, può di certo influire sulle competenze delle Comunità Autonome per esigenze di sviluppo dei suoi contenuti. Il carattere aperto del sistema delle autonomie consente la coesistenza di norme per una politica economica centralizzata (ad es., la *Ley Orgànica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, n. 2 del 27 aprile 2012) con altre regole di fonte decentrata; peraltro, le disposizioni sulle competenze fiscali hanno gradualmente attribuito sempre più responsabilità alle autonomie.

Il regime di intervento locale nell'attività economica è stato notevolmente ridotto dall'approvazione della direttiva 2006/123/CE e così anche per l'ordinamento italiano; ancora oggi, sulla base dell'art. 84.1 a) LBRL, gli enti locali possono regolare l'attività economica dei cittadini adottando ordinanze. Tuttavia, circa il contenuto di queste ordinanze, l'imposizione di licenze prima dell'inizio di un'attività è stata significativamente limitata, dato che con carattere generale, l'art. 84.1 *bis* LBRL supera il regime tradizionale e prevede, con gli artt. 84 e 84 *ter* LBRL, un sistema di comunicazioni preventive e di dichiarazioni responsabili.

La materia dell'erogazione di servizi pubblici è stata oggetto di importanti modifiche come la riduzione rilevante dei servizi pubblici obbligatori in base all'art. 26.1 LBRL; la legge indica alcune soluzioni preferite, così la gestione diretta mediante un organo locale rispetto allo schema dell'impresa pubblica locale oppure della società locale (art. 85.2 LBRL). A ciò si aggiunge l'iniziativa locale mediante la produzione e la commercializzazione di beni e servizi che è stata oggetto di restrizioni nel nuovo art. 86.1 LBRL, volto ad evitare una presenza *non giustificata* di entità locali nel mercato e, *indirettamente*, a tutelare l'iniziativa economica privata a fronte dell'iniziativa pubblica locale non adeguatamente motivata.

2. La settorialità della disciplina italiana e le influenze del diritto dell'UE

L'intervento degli enti locali nell'economia si esprime sia come iniziativa ed esercizio diretto di un'attività economica, sia mediante forme di regolazione amministrativa delle attività economiche private. Negli ultimi anni, i criteri e le regole hanno assunto contenuti sempre più restrittivi, in relazione all'andamento

⁹ Così la sentenza del Tribunale costituzionale n. 225 del 1993, in *www.hj.tribunalconstitucional.es*.

negativo del debito pubblico e della crisi finanziaria ed economica, che hanno comportato un'effettiva riduzione dell'autonomia da cui, comunque, dipende l'iniziativa nei settori economici.

Peraltro, per gli enti locali non rileva solamente l'autonomia costituzionalmente garantita, ma anche la libertà di iniziativa economica secondo le possibilità e i limiti previsti dall'ordinamento nazionale e dall'UE; la questione centrale non è tanto l'ammissibilità dell'esercizio di un'attività economica e se essa rientri nell'autonomia e nelle funzioni proprie, ma l'*effettivo intervento in economia* consentito dall'ordinamento anche nelle forme di incentivazione e di promozione, come manifestazione dell'autonomia. Da ciò derivano due questioni: l'ambito di iniziativa nell'economia da parte degli enti pubblici e il bilanciamento tra libertà d'iniziativa privata e interessi pubblici. L'attività economica esercitata dagli enti locali consiste prevalentemente nella prestazione di servizi pubblici e nella gestione del patrimonio e dei beni, in entrambi i settori sono adottati modelli societari, nonché nella stipulazione di contratti pubblici che hanno ad oggetto la realizzazione e/o la gestione di opere e la gestione di servizi pubblici.

L'autonomia degli enti locali è richiamata nell'art. 3 del t.u.e.l., principio presupposto di tutte le funzioni esercitabili, e il contenuto deve intendersi come cura degli interessi e della promozione dello sviluppo delle comunità. L'art. 13 del t.u.e.l., relativo alle funzioni del Comune, attribuisce ad esso tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio per i settori dell'assetto e della utilizzazione del territorio e dello *sviluppo economico*, dei *servizi* alla persona e alla comunità; sono, inoltre, precisati i servizi di competenza statale gestiti dai Comuni e la legge può individuare ulteriori funzioni statali che devono essere esercitate dai Comuni¹⁰. Le norme costituzionali prevedono per gli enti locali poteri, statuti e funzioni proprie (art. 114, comma 2; art. 118, comma 2) e l'ente a cui sono attribuite tutte le funzioni amministrative è il Comune, salvo che, per assicurare l'esercizio unitario, esse siano conferite a Province, a Città metropolitane, a Regioni e allo Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (art. 118, comma 1); oltre alle funzioni proprie, la legge statale e regionale può attribuire al Comune funzioni diverse con la relativa disciplina. Questo criterio si applica anche alle Province e alle Città metropolitane.

Come è noto, l'art. 41 Cost. equipara l'*attività economica pubblica* e quella privata con conseguenze sulle scelte di politica economica, anche se con espresso riferimento ai programmi e ai controlli previsti dalla legge per indirizzarle a fini sociali come esigenza di razionalizzazione dei rapporti tra i settori pubblico e

¹⁰ Per questi principi di base e sulla loro interpretazione v. A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 569-571.

privato dell'economia nazionale¹¹. In particolare, l'art. 41 Cost. prevede il coordinamento tra l'attività economica privata e quella pubblica in un'economia in cui le due attività coesistono sulla base della salvaguardia della libertà d'iniziativa economica dei privati (comma 1); la disposizione dev'essere integrata dall'art. 43 Cost. che ammette che la coesistenza venga meno e prevede i limiti delle condizioni di "riserva" per l'attività economica pubblica. Ovviamente questa interpretazione deve tener conto del diritto dell'UE che, comunque, stabilisce la possibilità per gli enti pubblici di riservare alla propria gestione certe attività, dato che riconosce il potere degli Stati membri di prevedere "diritti esclusivi" nello svolgimento di attività economiche (art. 106, comma 1, TFUE). Inoltre, l'art. 345 TFUE contiene un indirizzo di indifferenza per la proprietà pubblica o privata¹², in coerenza con l'obiettivo di parità tra le imprese secondo regole di concorrenza indicate dall'UE; peraltro, è ormai consolidata la considerazione del diritto dell'UE come fonte del principio di concorrenza con conseguenze dirette inevitabili per l'economia degli Stati membri¹³.

Quindi, la libertà di iniziativa economica è espressamente riconosciuta per gli enti pubblici: l'ente locale che eserciti un'attività economica, in via diretta o indiretta, attua un intervento pubblico nell'economia e vi sono dei limiti previsti dal medesimo art. 41 Cost., oltre ai condizionamenti derivanti da scelte di privatizzazione¹⁴ e di liberalizzazione¹⁵ che hanno di certo reso meno evidenti gli interventi pubblici per

¹¹ Circa l'intervento dello Stato nell'economia e i limiti per le scelte dei privati v. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959, 21 ss. e 286 ss., che richiama il concetto di "interventismo" come complesso di ingerenze economiche e politico-sociali o come misure correttive senza eliminare il sistema dell'economia di mercato. V. altresì R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata, Profili generali*, Giuffrè, Milano, 1974, 99 ss., circa "i vincoli giuridici legittimamente imponibili tramite gli strumenti programmatori" nel senso che gli organi pubblici possono predisporre "statuizioni coordinate e obbligatorie per i singoli imprenditori", che, tuttavia, non devono "sopprimere i presupposti per il proficuo esplicarsi dell'attività del privato" in quanto titolare di interessi particolari e dell'iniziativa economica che può essere compressa, ma non eliminata nel suo contenuto in quanto costituzionalmente garantita.

¹² "I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

¹³ Sull'art. 41 Cost., il diritto europeo e il principio di concorrenza v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 29 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in AA. VV., *Annuario 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, 176 ss.

¹⁴ Per considerazioni generali in tema di privatizzazione in Italia e per l'evoluzione, v. E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *La Costituzione economica*, Laterza, Bari, 2017, 239 ss.; A. PETRETTO, *Privatizzazioni e finanza pubblica*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Le privatizzazioni tra ragion pura e ragion pratica*, Firenze, Passigli Editori, 2018, 15 ss.

¹⁵ In tema di espansione della liberalizzazione delle attività economiche, come tendenza generale negli Stati dell'UE, con la conseguente riduzione dell'attività di erogazione di prestazioni in via esclusiva e dei tradizionali monopoli pubblici, soprattutto di servizi, da parte della pubblica amministrazione, v. J. J. MONTERO PASCUAL, *Regulación económica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016, 19 ss. La liberalizzazione ha limitato gli strumenti tradizionali dell'intervento pubblico e la privatizzazione ha ridotto la gestione diretta dei servizi e diffuso le concessioni; inoltre, la libera concorrenza di derivazione comunitaria è criterio di riferimento nelle attività economiche e di garanzia dell'interesse generale, mediante l'applicazione di regole a tutela del mercato concorrenziale, al fine di eliminare le distorsioni nelle varie forme previste dal TFUE e dalla disciplina interna. V. altresì G. DI GASPARE, *Monopolio e competizione nei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in L. AMMANATI - F. DI PORTO (a cura di), *Concorrenza*

gli spazi più ampi di autonomia privata. A ciò si aggiunge il mercato concorrenziale dell'UE che consente agli enti pubblici e locali l'esercizio di attività economiche in forma d'impresa e secondo schemi privatistici "neutrali" a prescindere dalla natura privata e/o pubblica della partecipazione societaria, come accade nelle società a partecipazione pubblica che può essere a totale prevalenza pubblica, ma anche con quota minoritaria in base al d.lgs. n. 175/2016 (art. 17 sulle società miste¹⁶).

All'esercizio dell'iniziativa economica e alla regolazione di attività economiche private da parte di enti locali, corrispondono funzioni amministrative specifiche come, ad es., per l'erogazione di servizi pubblici¹⁷ che ricade in un significativo ambito di discrezionalità riconosciuta dall'UE all'ordinamento interno e agli enti locali, con sostanziali deroghe alle regole del mercato per la tutela di interessi pubblici. Tuttavia, in relazione all'incremento del debito pubblico e alla crisi finanziaria ed economica, tale discrezionalità è stata decisamente ridotta, in quanto sottoposta ad approfondite motivazioni e a procedimenti che coinvolgono soggetti pubblici terzi (Corte dei Conti, autorità di regolazione dei servizi pubblici e della concorrenza). L'attuale questione centrale è la compatibilità tra questa impostazione, chiaramente emergente dal T. U. sulle società a partecipazione pubblica, e l'autonomia dell'amministrazione locale costituzionalmente garantita (artt. 118-119 Cost.); a ciò si aggiungono le

e sussidiarietà nei servizi pubblici locali, *Modelli europei a confronto*, Giuffrè, Milano, 2007, 165 ss.; M. BIANCO - D. MELE - P. SESTITO, *Le grandi imprese dei servizi pubblici locali*, in M. BIANCO - P. SESTITO (a cura di), *I servizi pubblici locali, Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, il Mulino, Bologna, 2010, 227 ss.; E. SCOTTI, *I principi generali*, in H. BONURA - M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino, 2011, 3 ss.

¹⁶ V. S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 215 ss.; ID., *Le società miste di gestione di servizi pubblici locali in Italia: l'innovazione normativa e il modello europeo*, in *Dereito*, 2018, vol. 27, n. 1, 153 ss.

¹⁷ Circa la definizione di servizi pubblici locali nella visione moderna in relazione ai servizi di interesse economico generale di cui all'art. 106 TFUE, si rinvia a S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, cit., 143 ss. e alla bibliografia citata; V. PARISIO - V. AGUADO I CUDOLÀ - B. NOGUERA DE LA MUELA, *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Giappichelli, Tirant lo blanch, Torino, Valencia, 2016; J. J. MONTERO PASCUAL, *op. cit.*, 135 ss.; per questo settore nella nuova Costituzione economica, L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2015, 109 ss.; J. TORNOS MAS, *El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario*, in *RAP*, 2016, 193 ss. Per la concezione oggettiva e soggettiva v. A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali*, Giappichelli, Torino, 2018, 40 ss. Per la giurisprudenza recente v. R. CARPINO, *Testo Unico degli Enti locali commentato*, Maggioli, Rimini, 2018, 462 ss. Circa l'evoluzione storica dalla municipalizzazione alle società di gestione di servizi pubblici locali quotate in borsa v. A. GIUNTINI - G. MUZZIOLI, *Al servizio della città. Imprese municipali e servizi urbani a Modena dalle reti ottocentesche alla nascita di Meta S.p.A.*, il Mulino, Bologna, 2003, spec. 423 ss.

funzioni di regolazione accentrata¹⁸ dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁹ e dell’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente²⁰, che da tempo rappresentano le nuove forme di intervento pubblico nell’economia.

A partire dalle leggi Bassanini, è stata più rilevante l’incidenza degli enti locali e delle Regioni (in modo particolarmente evidente) nell’economia²¹, mediante il trasferimento di funzioni amministrative in materia di industria per sovvenzioni, contributi e incentivi con diversi strumenti e varie forme²²; quindi, il ruolo degli enti locali nei settori economici è condizionato dalle funzioni proprie, da quelle conferite e dalle funzioni fondamentali previste da leggi dello Stato e della Regione secondo il principio di sussidiarietà²³ (art. 3, comma quinto, t.u.e.l.). Gli enti locali Comuni e Province rappresentano la comunità, ne curano gli interessi e *promuovono lo sviluppo*²⁴ (art. 3, commi secondo e terzo) con i necessari strumenti previsti dagli artt. 4 ss. t.u.e.l.

¹⁸ Negli ordinamenti europei, si sono diffusi nuovi strumenti e istituzioni pubbliche, ad es. le autorità indipendenti, che si caratterizzano per interventi di natura indiretta, sussidiaria, complementare e proporzionale nella dinamica del mercato nonché per una definizione oggettiva di ciò che si considera interesse generale. L’intervento consiste, come è noto, nell’imposizione di obblighi giuridici agli operatori economici del mercato che spesso comportano diritti ben definiti per gli utenti. Quindi, l’eliminazione (o la riduzione) dei principali strumenti di intervento nei settori di interesse generale, come la gestione diretta e la concessione, ha comportato la creazione e la diffusione di nuovi schemi. Si rinvia a J. J. MONTERO PASCUAL, *op. ult. cit.*, 21-23 e circa la definizione di attività amministrativa di regolazione v. 36 ss.; per l’ampia discrezionalità nell’imposizione di obbligazioni giuridiche e sul controllo giurisdizionale v. 46 ss. In tema di Stato regolatore e di UE in relazione alle strategie economiche delle Regioni e degli enti locali v. F. BOCCIA, *Economia e finanza delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Guerini e associati, Milano, 2002, 59 ss.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008, 29 ss.; in tema di libero mercato, concorrenza, *governance* e UE v. E. BONELLI, *Amministrazione Governance e servizi pubblici locali tra Italia e Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2008, 101 ss.; G. GARCÍA ÁLVAREZ, *La Unión Europea como <<Estado Regulador>> y las administraciones independientes*, in *RAP*, 2014, 79 ss.

¹⁹ Acronimo AGCM.

²⁰ Per l’ARERA, definita Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI) fino al dicembre 2017, si rinvia a F. MERUSI-S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent’anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2017.

²¹ Per approfondimenti circa gli strumenti di intervento nell’economia previsti dalle riforme amministrative degli anni novanta del secolo scorso v. F. BILANCIA, § 3, in F. BILANCIA-A. FILIPPINI, *L’intervento pubblico nell’economia delle Regioni e degli enti locali tra aiuti di Stato e tutela della concorrenza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 569 ss.

²² V. ad es., l’art. 19 del d.lgs. 112/1998 circa le funzioni amministrative per agevolazioni alle imprese artigiane, l’art. 12 della l. n. 241/1990 e il d.lgs. n. 123/1998 per i principi generali sul procedimento di concessione di contributi, sovvenzioni incentivi, ecc. Circa alcuni profili critici ancora dibattuti per la tutela giurisdizionale, si rinvia a S. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2010, 29 ss.

²³ In tema di effetti del principio di sussidiarietà in relazione ai servizi pubblici locali v. S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, Cedam, Padova, 2004, 56 ss.

²⁴ Per diversi profili critici anche in relazione alla concorrenza v. C. BARBATI, *Territori e interessi economici: le “politiche dei luoghi” per lo sviluppo locale*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2009, 243 ss.

Diversi interventi normativi²⁵ a partire dall'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, hanno comportato varie conseguenze giuridiche e si accenna ai riferimenti più significativi proprio per l'iniziativa economica, i servizi pubblici e i beni degli enti locali; la legge dello Stato stabilisce il regime giuridico dei servizi pubblici economici, indica gli strumenti organizzativi (anche di diritto privato mediante schemi societari), i limiti e gli aspetti pubblicistici (ad es., l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica mediante procedure competitive; la gara per la scelta del socio privato di una società mista), la distinzione tra gestione e funzione di regolazione, i casi di gestione in regime di esclusiva e la liberalizzazione di varie attività economiche di interesse generale e per questi aspetti occorre considerare anche l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008. Mentre la disciplina dei servizi pubblici senza rilevanza economica spetta alle Regioni, secondo il riparto di cui all'art. 117 Cost.

Il d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85, relativo all'attribuzione di un proprio patrimonio a Comuni, Province, Città metropolitane e alle Regioni, e di beni dello Stato, ha precisato il rapporto dell'ente territoriale con i beni trasferiti dallo Stato e rientranti nel patrimonio, nel senso che di esso può disporre nell'interesse della collettività “ed è tenuto a favorire la massima valorizzazione funzionale del bene attribuito, a vantaggio diretto o indiretto della medesima collettività territoriale rappresentata. Ciascun ente assicura l'informazione della collettività circa il processo di valorizzazione (..)” (art. 2, comma 4). Mentre l'attribuzione a titolo non oneroso di beni statali agli enti territoriali segue criteri predeterminati nell'art. 2, comma 5, relativi alla territorialità, alla sussidiarietà, all'adeguatezza, alla semplificazione e alla capacità finanziaria, in relazione a competenze e funzioni.

Il d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica²⁶, prevede misure in tema di liberalizzazione nel senso che gli enti locali devono verificare la

²⁵ Per l'esame della disciplina “stratificata” negli anni v. S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali*, cit., 156 ss.

²⁶ Adottato in base all'art. 23-*bis*, comma 10, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2008, n. 133. Per approfondimenti circa l'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali e l'art. 23-*bis*, che non ha certo migliorato l'attuazione della concorrenza, dato che in concreto è incentrato sulla privatizzazione, si riferisce genericamente alla liberalizzazione e richiama i diritti di esclusiva, se la libera iniziativa economica non risulti adeguata per garantire un servizio efficiente secondo le esigenze degli utenti, alla luce dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà orizzontale, si rinvia a S. ANTONIAZZI, *op. ult. cit.*, 143 ss. e 185 ss.; sull'evoluzione normativa dei servizi pubblici locali, a partire dal t.u.e.l. e successive integrazioni e discipline di settore v. A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., 577 ss.; G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, cit., 168 ss. Emerge, invece, una certa resistenza ad applicare il principio di concorrenza, dato che il diritto dell'UE è stato frequentemente invocato per affermare la necessaria apertura al mercato dei servizi pubblici, ma in realtà, come è noto, l'UE non ha imposto la soluzione di “esternalizzare” o di “internalizzare” il servizio pubblico; la scelta rientra nell'ambito della discrezionalità dell'ente locale per l'autonomia organizzativa e della valutazione politica (v. sentenza della Corte Costituzionale del 26 gennaio 2011, n. 24). Si ricorda il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, c.d. *spending review* (convertito con modifiche nella l. 7 agosto 2012, n. 135), circa le società a totale o a parziale partecipazione pubblica e l'espressa applicabilità di norme del codice civile in materia di società di capitali, dato che l'ente locale può esercitare attività di impresa e stipulare un contratto di società con

“realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali” e limitare i diritti di esclusiva, se non previsto diversamente dalla legge e sulla base di un’analisi di mercato, ai casi in cui la libera iniziativa economica privata non appaia idonea a garantire servizi adeguati ai bisogni della comunità, alla luce di criteri di proporzionalità, efficienza e sussidiarietà orizzontale, “liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio” (art. 2) e con norme particolari circa le procedure di affidamento (artt. 3 ss.).

In seguito, sono stati decisamente *rafforzati i vincoli* per gli enti locali: l’art. 34, commi 20-22 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, “Ulteriori misure per la crescita del Paese” (convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221), prevede un obbligo di puntuale motivazione a giustificazione della scelta per una certa modalità di affidamento del servizio pubblico di rilevanza economica, contenuta in una relazione da rendere pubblica con i requisiti richiesti dall’ordinamento dell’UE circa gli obblighi specifici di servizio pubblico e di servizio universale²⁷. Il fine dei frequenti interventi legislativi è quello di conformare la legislazione nazionale ai principi dell’UE, oltre agli obiettivi di servizi pubblici efficienti e di qualità; questo settore di iniziativa economica locale si caratterizza per esigenze contrapposte di concorrenza e di attuazione di un’amministrazione responsabile, di servizi adeguati alle diverse realtà territoriali secondo i principi di adeguatezza e di differenziazione e ciò comporta un’inevitabile conflittualità tra le regole di concorrenza e di efficiente amministrazione per le scelte di gestione e il ruolo da attribuire agli enti locali, soprattutto in un periodo di crisi economica che ha comportato misure di contenimento della spesa pubblica e di razionalizzazione delle risorse con limitazioni nelle scelte adottabili e norme puntuali per le società a partecipazione pubblica.

Di certo, l’avvio di riforme, anche assai discusse, e le drastiche restrizioni della spesa pubblica²⁸ imposte dall’UE hanno comportato diverse conseguenze sull’autonomia degli enti locali, sul finanziamento delle infrastrutture e sui servizi pubblici, sulla qualità delle prestazioni dell’amministrazione. A partire dal 2011 il contesto normativo si caratterizza per la *frammentazione*, dato che vi è una disciplina generale per i servizi

scopo lucrativo; v. M. COZZARELLI, *L’impatto della c.d. spending review su aziende speciali e su società pubbliche*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2014, 81 ss.; F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, 13 luglio 2016, in www.federalismi.it, n. 14/2016.

²⁷ Il comma 20 stabilisce che “Per i servizi pubblici di rilevanza economica, 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, pubblicata nel sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”.

²⁸ Circa l’equilibrio tra entrate e spese e la normativa europea sulla disciplina del bilancio v. sentenza Corte cost., 6 dicembre 2017, n. 252, con nota di commento di R. CABAZZI, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1595 ss.

di rilevanza economica (art. 4 del d.l. n. 138 del 2011), in presenza di varie discipline settoriali per il gas²⁹ e l'energia elettrica³⁰ ed è ricostruibile una disciplina uniforme per le forme organizzative. Inoltre, lo spazio di autonomia di scelta dell'ente locale per l'organizzazione del servizio è stato limitato, anche se l'ente è comunque il titolare della funzione. I modelli organizzativi ordinari dell'esternalizzazione del servizio a società private o l'istituzione di una società mista il cui socio è individuato con gara pubblica, rappresentano l'unica concreta alternativa, dato che la gestione pubblica mediante l'affidamento diretto a società *in-house* presuppone condizioni molto restrittive e un valore economico del servizio assai limitato³¹. La legislazione *anti-crisi* ha confermato l'orientamento favorevole all'apertura dei mercati per una più estesa liberalizzazione e concorrenza nei servizi pubblici locali, sulla base di schemi organizzativi previsti dalla legge, limiti finanziari e vincoli di operatività che, in sostanza, riducono l'autonomia decisionale degli enti locali anche per il modello *in house*; le norme assai puntuali rendono particolarmente complicata la gestione pubblicistica del servizio. I requisiti vincolanti limitano l'autonomia e le valutazioni di politica dei servizi pubblici, tanto più che sono evidenti la crisi della nozione di servizio pubblico locale e una tendenza alla *depubblicizzazione* nel senso che i vincoli normativi favoriscono, in sostanza, soluzioni di gestioni esternalizzate³²; ovviamente questa evoluzione si inserisce nel quadro più ampio di *trasformazione* degli *enti territoriali* per definire misure idonee ad affrontare il disavanzo pubblico.

²⁹ Per la disciplina del gas naturale si richiamano la direttiva CE sulla liberalizzazione 1998/30/CE e la direttiva 2009/73/CE sul mercato interno; d.lgs. n. 164 del 2000; l'art. 30 della l. 23 luglio 2009, n. 99; art. 32, comma 2, del d.l. 1° giugno 2011, n. 93; il Decreto del Ministro dello sviluppo economico del 6 marzo 2013, in seguito modificato, e la delibera AEEGSI n. 312/2016/R/Gas e successivi aggiornamenti.

³⁰ Per la liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica v. direttiva 1996/92/CE; direttive 2003/nn. 54-55/CE; l. 14 novembre 1995, n. 481; art. 1, terzo comma, d.l. 18 giugno 2007, n. 73, conv. l. 3 agosto 2007, n. 125.

³¹ Si rinvia a S. ANTONIAZZI, *op. ult. cit.*, 191-195 e alla bibliografia citata. Si ricorda altresì la successione di norme circa i meccanismi di nomina degli amministratori per le competenze e l'indipendenza e di *accountability*, profili che, peraltro, sono ora disciplinati dal d.lgs. n. 175/2016. Infatti, il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, ha introdotto regole speciali di deroga al diritto societario, in attuazione degli artt. 49 e 50 della l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione), e requisiti più rigidi per la nomina di amministratori di società controllate o finanziate dagli enti locali e per i casi di incompatibilità e di inconfiribilità di incarichi. Nel contesto di crisi è emersa con particolare evidenza la sfiducia nelle società pubbliche di gestione di servizi pubblici locali, diffusamente costituite, e da ciò le *misure di razionalizzazione* (art. 23 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito nella l. 23 giugno 2014, n. 89, misure urgenti per la competitività; art. 1, comma 609 ss., della l. 23 dicembre 2014, n. 190, legge di stabilità 2015) e di *riduzione* di queste società con obblighi di scioglimento in presenza di condizioni negative, fino ad arrivare al d.lgs. n. 175/2016 e alla revisione delle partecipate locali.

³² Così G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 33 ss.; N. GIANNELLI, *Né Stato, né mercato. La depubblicizzazione dei servizi locali in Italia*, in *Riv. it. politiche pubbl.*, 2010, 115 ss. Circa la definizione di servizio pubblico locale v. A. POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, cit., 65 ss. Per la crisi del concetto classico di servizio pubblico nell'ordinamento spagnolo, anche come conseguenza della crisi economica v. J. L. SÁNCHEZ DÍAZ, *Los servicios privados de interés general*, in T. M. NAVARRO CABALLERO (dir.), *Estudios constitucionales y administrativos, con especial referencia a la administración local*, Universidad de Murcia, Murcia, 2013, 616 ss., spec. 622 ss.; l'Autore esamina, in particolare, la necessaria regolazione dei servizi di interesse pubblico generale con riferimento al territorio nazionale, alle Comunità Autonome e agli enti locali, ad es., per i settori delle telecomunicazioni, dell'energia

Il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, “Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia”, ha previsto misure per accelerare l’utilizzazione dei fondi strutturali europei da parte delle amministrazioni pubbliche e, in particolare, da parte degli enti locali (art. 9) e il d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto “Sblocca Italia”), convertito nella l. 11 novembre 2014, n. 164, ha introdotto soluzioni per un rilancio dell’economia mediante diverse disposizioni per i settori delle opere pubbliche, dei servizi ambientali, dell’idrico, dell’energia e del trasporto locale con norme che riguardano la finanza delle Regioni e la stabilità finanziaria degli enti territoriali. Tuttavia, anche questo intervento normativo si è rivelato incompiuto, dato che non è stata introdotta una privatizzazione in senso sostanziale e, tra l’altro, l’esperienza della crisi ha sollecitato misure di controllo e di contenimento della spesa anche mediante l’inserimento di ulteriori elementi pubblicistici nei modelli societari, come è evidente nel Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica del 2016 che ha previsto diversi vincoli anche per ridimensionare il numero delle società pubbliche, ma con ulteriori problemi interpretativi.

La l. 7 aprile 2014, n. 56 (legge “Delrio”³³), contiene disposizioni sul riordino (molto discusso) delle funzioni amministrative delle *autonomie*³⁴ con conseguenze da sperimentare anche per il settore dei servizi pubblici locali; sono coinvolte le Città metropolitane, le Province, le unioni³⁵ e le fusioni di Comuni, ed

elettrica e del gas, con discipline speciali e distinzioni a seconda che si consideri la produzione, la gestione o la somministrazione.

³³ L’intervento è stato preceduto dagli artt. 17-18 (Riordino delle Province e delle loro funzioni; Istituzione delle Città metropolitane e soppressione delle Province del relativo territorio) del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 135.

³⁴ Per il dibattito critico sulla revisione e razionalizzazione del sistema locale, v. G. VESPERINI, *La legge <<Delrio>>: il riordino del governo locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 786 ss.; F. PALAZZI, *Legge Delrio e riordino delle funzioni amministrative: un primo bilancio delle leggi regionali di attuazione*, in *Astrid Rassegna*, 2015, n. 19, 1 ss.; M. DE DONNO, *Le Regioni e le politiche di riordino territoriale locale: unioni, fusioni e altre forme associative tra Comuni*, in *Astrid Rassegna*, 2015, n. 19, 1 ss.; G. DE LUCA, *L’unione dei Comuni*, in B. DI GIACOMO RUSSO - A. TARZIA, *Il nuovo governo locale, Analisi della legge n. 56/2014*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 115 ss.; G. GARDINI, *Crisi e nuove forme di governo territoriale*, in *Astrid Rassegna*, 2016, n. 1, 1 ss.; C. TUBERTINI, *L’attuazione regionale della legge 56/2014: verso un nuovo assetto delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2016, 99 ss.; M. DI GIULIO - S. PROFETI, *Eppur si muove? Il riordino territoriale oltre la crisi*, in *Riv. it. politiche pubbl.*, 2016, 373 ss.; G. GARDINI, *Riordino istituzionale e nuove forme di governo locale*, in L. VANDELLI - G. GARDINI - C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Maggioli, Rimini, 2017, 67 ss.

³⁵ Come è noto, già l’art. 14, commi 25-31 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122, modificato dall’art. 19 del d. l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella l. 31 luglio 2012, n. 135, ha previsto per i Comuni di minore dimensione (tra i 1000/5000 abitanti) l’esercizio associato delle funzioni fondamentali in unione (art. 32 t.u.e.l.) o mediante una convenzione (art. 30 t.u.e.l.). Il comma 27 dell’art. 14 qualifica come funzioni obbligatorie e fondamentali, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. p), Cost., in particolare, “b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale” e “f) l’organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi”. L’art. 19, b) stabilisce per l’esercizio delle funzioni collegate alle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, la gestione obbligatoria in forma associata da parte dei Comuni e tali funzioni includono la realizzazione e la gestione di infrastrutture tecnologiche, rete dati, banche dati, applicativi software, formazione informatica e consulenza. Per approfondimenti v. A. POGGI, *Unione e fusione di Comuni*, in F.

emerge un ulteriore approfondimento delle finalità di sviluppo, dato che tra le finalità istituzionali delle prime sono previste la cura dello *sviluppo strategico del territorio metropolitano*, la *promozione* e la *gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione* (art. 1, comma 2), mentre le unioni di Comuni possono gestire l'esercizio associato di funzioni e di *servizi* di loro competenza. In particolare, alle Città metropolitane spettano, tra le funzioni fondamentali ai sensi dell'art. 1, comma 44, “e) *promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale, anche assicurando sostegno e supporto alle attività economiche e di ricerca innovative e coerenti con la vocazione della Città metropolitana come delineata nel piano strategica di cui alla lettera a)*”. Il piano strategico triennale non è certo definito in modo approfondito nella disposizione normativa che accenna solamente agli effetti come atto di indirizzo per l'ente territoriale e per l'esercizio delle funzioni dei Comuni e delle unioni dei Comuni inclusi nel territorio considerato, anche in relazione all'esercizio di funzioni delegate o assegnate dalle Regioni, nel rispetto delle relative leggi regionali. Tuttavia, esso inevitabilmente coinvolge l'*iniziativa economica* e i *processi economici innovativi*³⁶ ed è distinto dalla pianificazione territoriale generale (art. 1, comma 44, b) che è estesa alla dotazione delle strutture di comunicazione, alle reti di servizi e alle infrastrutture di competenza della comunità metropolitana, anche fissando vincoli e obiettivi all'attività e all'esercizio delle funzioni dei Comuni. Inoltre, l'art. 1, comma 44, c) richiama i sistemi coordinati di *gestione dei servizi pubblici* e l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano, la mobilità e la viabilità nella lett. d). Assai interessante la “f) promozione e coordinamento dei sistemi di informatizzazione e di digitalizzazione in ambito metropolitano”, dato che può certo essere ricollegata alla gestione di servizi pubblici mediante soluzioni tecnologiche innovative di *smart city*³⁷.

Il comma 86 dell'art. 1 prevede come funzioni fondamentali per le Province “a) cura dello *sviluppo strategico del territorio* e gestione di servizi in forma associata in base alle specificità del territorio medesimo”, riprendendo, quindi, quanto già previsto per le Città metropolitane.

La legge n. 56/2014 esprime un intento di riforma parziale³⁸ delle funzioni provinciali e di ridimensionamento dei compiti degli enti territoriali minori come conseguenza di scelte di

FABRIZZI, G. M. SALERNO (a cura di), *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Jovene, Napoli, 2014, 101 ss.

³⁶ Si rinvia a F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Torino, Giappichelli, 2012.

³⁷ Per la disciplina e le nuove soluzioni v. S. ANTONIAZZI, *Smart City: quadro generale di atti, programmi e competenze di livello sovranazionale, nazionale e locale*, in G. F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, Mimesis, Milano, 2017, 479 ss.; S. VENIER, E. PIRACCINI, R. GASPARETTO, *Infrastrutture, cittadini e gestione dei servizi pubblici locali*, *ivi*, 495 ss.

³⁸ Sul carattere di riforma parziale v. ampiamente C. TUBERTINI, *Il riassetto delle funzioni amministrative locali: cronaca di una riforma solo in parte realizzata*, in L. VANDELLI - G. GARDINI - C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, cit., 225 ss., spec. 240-241 e 249. Questo riassetto solo parziale delle funzioni amministrative è dipeso dalle funzioni fondamentali di cui all'art. 117, comma secondo, lett. p) Cost., delle Province che non sono state oggetto di sostanziali cambiamenti, e dalle competenze legislative delle Regioni che devono

razionalizzazione della spesa (art. 1, comma 97) del governo locale, che inevitabilmente condiziona le leggi regionali di attuazione. E', quindi, evidente che la legge "Delrio" deriva da decisioni di emergenza e in attuazione di principi costituzionali di sussidiarietà e di adeguatezza; è prevista la novità della *cooperazione* tra Province come fase che precede la riorganizzazione delle funzioni *per area vasta* come nuovi riferimenti di dimensione interprovinciale³⁹, schema già promosso, ad es., in Toscana per la gestione di servizi pubblici e nel settore dei servizi sanitari ma con diverse finalità. In sostanza, la legge "Delrio" ha adottato forme di cooperazione e di collaborazione tra enti locali in una posizione paritaria, come nuovi raccordi tra i livelli istituzionali⁴⁰.

Si prospetta la difficoltà di conciliare la dimensione di area vasta con il territorio di un Comune, dato che è una prospettiva più ampia includendo più Comuni ed è un ente di secondo livello, ma non un ente locale rappresentativo e dotato di autonomia, caratteri che si ricollegano per tradizione alla gestione

riguardare le funzioni provinciali, dato che sono incluse in materie di loro competenza. Quale conseguenza, è merso un "riaccentramento" di competenze da parte di alcune Regioni, anche nei casi di precedenti indirizzi volti, invece, al decentramento amministrativo, e una "nuova regionalizzazione". Tuttavia, non è prospettabile un ritorno allo schema precedente, dato che tra gli inevitabili effetti della crisi economica vi è la differenziazione delle competenze nei diversi territori con maggiore adeguamento alle esigenze locali, ma con il rischio di eccessive differenze di "reazione" e da ciò esigenze di correzione e di equilibrio per i nuovi modelli regionali, sulla base di forme adeguate di conoscenza e di monitoraggio. Vedi altresì C. TUBERTINI, *Nuove dinamiche territoriali e logiche metropolitane: spunti per le città medie e le aree interne*, in *Istituzioni del federalismo*, 2016, 857 ss.

³⁹ Per approfondimenti v. C. TUBERTINI, *Area vasta e non solo: il sistema locale alla prova delle riforme*, in *Istituzioni del federalismo*, 2014, 197 ss.; F. GIGLIONI, *La riforma del governo di area vasta tra eterogenesi dei fini e aspettative autonomistiche*, 8 gennaio 2014, in www.federalismi.it, n. 1/2014; B. CARAVITA DI TORITTO, *Città metropolitana ed area vasta: peculiarità ed esigenze del territorio italiano*, 17 novembre 2014, in www.federalismi.it, n. 3/2014; E. FURNO, *Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali*, Osservatorio Città Metropolitane, 21 gennaio 2015, in www.federalismi.it, n. 1/2015; C. PINELLI, *Gli enti di area vasta e la riforma del livello intermedio di governo locale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 569 ss.; C. TUBERTINI, *Le Regioni e le politiche di riordino territoriale locale: Province e Città metropolitane*, in *Astrid Rassegna*, n. 19/2015, 1 ss.; B. DI GIACOMO RUSSO, *Le Province*, in B. DI GIACOMO RUSSO - A. TARZIA, *Il nuovo governo locale, Analisi della legge n. 56/2014*, cit., 65 ss.; G. GARDINI, *Riordino istituzionale e nuove forme di governo locale*, cit., 99 ss., che precisa come la legge "Delrio" tenti di tenere unite funzioni, organizzazione e forma di governo, con l'obiettivo della riduzione della spesa pubblica e degli organi locali, assicurando un ambito di funzioni a ciascun livello di area vasta e, di conseguenza, questa disciplina "adegua il modello organizzativo alle funzioni che vengono conferite ai diversi enti. Si tratta di un'inversione radicale nel metodo seguito dalle riforme territoriali tentate o realizzate dopo la legge n. 59/97, che hanno sempre preposto l'organizzazione al conferimento delle funzioni".

⁴⁰ Questi aspetti, riconducibili a forme di *auto-coordinamento* o di *coordinamento orizzontale*, sono stati esaminati da M. DE DONNO, *Tra coordinamento e collaborazione: enti di area vasta ed unioni di Comuni*, in L. VANDELLI - G. GARDINI - C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, cit., 136 ss., spec. 147-148. L'Autrice evidenzia tre diverse tipologie di funzioni amministrative: quelle sovracomunali di area vasta (includono funzioni di coordinamento delle funzioni comunali e/o intercomunali con alcune funzioni di amministrazione attiva); funzioni amministrative intercomunali di "adeguata prossimità" con ambiti territoriali di esercizio più ampi rispetto alla dimensione comunale (almeno 10.000 abitanti) e per le quali è previsto l'obbligo della gestione associata e le funzioni amministrative comunali di "stretta prossimità" il cui esercizio spetta al singolo Comune. Da queste distinzioni emerge l'obiettivo del legislatore di superare il modello della Provincia che esercita qualsiasi funzione e di introdurre lo schema delle funzioni fondamentali di area vasta che per loro natura devono riferirsi a un ambito territoriale sovracomunale, ma non alle tradizionali "forme di coordinamento intermunicipale".

diretta dei servizi pubblici locali; in base all'art. 1, comma 90, “Nello specifico caso in cui disposizioni normative statali o regionali di settore riguardanti *servizi di rilevanza economica* prevedano l'attribuzione di funzioni di organizzazione dei predetti servizi, di competenza comunale o provinciale, ad enti o agenzie in ambito provinciale o sub-provinciale, si applicano le seguenti disposizioni, che costituiscono principi fondamentali della materia e principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica”. Quindi, le Province hanno funzioni operative, di sintesi di un programma o di una strategia per l'area vasta, come promotrici e soggetti attuatori di interventi stabiliti dalle leggi e di programmi con responsabilità per il governo locale⁴¹. In particolare, è prevista la soppressione di enti o agenzie e “l'attribuzione delle funzioni alle Province nel nuovo assetto istituzionale” con tempi, modalità e forme di coordinamento con Regioni e Comuni nell'ambito del processo di riordino di cui ai commi da 85 a 97 dell'art. 1, “secondo i principi di adeguatezza e sussidiarietà, anche valorizzando, ove possibile, le autonomie funzionali”, ma in concreto sembra prevalere la connotazione di funzioni strumentali rispetto ad altri enti. L'obiettivo della dismissione delle partecipazioni ha conseguenze rilevanti se si considera che la Provincia può essere titolare di quote in società di gestione del servizio idrico e dei rifiuti, settori che non rientrano nelle competenze delle Province.

La Città metropolitana potrebbe essere protagonista con un ruolo di ente aggregatore di servizi pubblici, anche se questa possibilità non è stata espressamente disciplinata dalla legge n. 56/2014, ma può essere precisata nello statuto⁴²; mentre l'art. 1, comma 86, prevede per la Provincia la *gestione di servizi* in forma associata in base alla specificità del territorio e secondo l'art. 1, comma 88, “La Provincia può altresì, d'intesa con i Comuni, esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive” di dubbia realizzabilità per i servizi pubblici. Peraltro, anche se il settore ricade in prevalenza tra le competenze degli enti locali, tuttavia è possibile individuare alcuni ambiti di governo da parte della Regione come le modalità di controllo, la disciplina integrativa e i provvedimenti settoriali⁴³.

⁴¹ Così B. DI GIACOMO RUSSO, *Le Province*, cit., 103.

⁴² V. ad es., lo statuto della Città metropolitana di Bologna, approvato dalla Conferenza metropolitana con delibera n. 1 del 23 dicembre 2014, con successive modifiche nel 2016; l'art. 13, quarto comma, prevede per la Città metropolitana funzioni di pianificazione territoriale approvando il piano territoriale generale metropolitano, “che – in coerenza con gli indirizzi del Piano strategico – comprende la programmazione ed il coordinamento della mobilità, le strutture di comunicazione, le *reti di servizi* e delle infrastrutture di competenza della comunità metropolitana, le politiche ambientali sostenibili e di sviluppo insediativo e di edilizia sociale, l'individuazione, lo sviluppo e l'attuazione dei poli funzionali e industriali metropolitani”.

⁴³ Ad es., per ambiente e idrico si rinvia alla disciplina delle Regioni Lombardia, Toscana e Emilia Romagna. Nel 2011 la Regione Toscana aveva affermato una politica di promozione dell'area vasta per la gestione dei servizi pubblici, da attuare mediante l'individuazione di ambiti territoriali su scale provinciale e regionale per i settori dell'idrico, dei rifiuti e dei trasporti per un bacino regionale come unico ambito di gara. L'Emilia Romagna già dal 1999 ha disciplinato con un unico atto normativo l'organizzazione del servizio idrico, dei rifiuti e dei trasporti per

In effetti, per la gestione dei servizi pubblici locali può essere necessaria l'individuazione di ambiti territoriali di organizzazione e di erogazione più ampi rispetto ai confini tradizionali degli enti locali interessati che possono rientrare in un'area vasta; la questione centrale attiene, piuttosto, alla natura delle funzioni se di carattere tecnico e burocratico oppure di rappresentanza degli interessi, secondo un sistema di collaborazione tra enti territoriali in effetti richiamato dall'art. 1, comma 147, della legge n. 56/2016. Peraltro, questa disposizione esprime esigenze di limitazione della spesa pubblica "Fermi restando gli interventi di riduzione organizzativa e gli obiettivi complessivi di economicità e di revisione della spesa previsti dalla legislazione vigente" da cui non può che emergere una certa perplessità circa l'attuazione concreta mediante nuovi enti a cui attribuire compiti di organizzazione e gestione di servizi pubblici locali⁴⁴.

3. L'evoluzione normativa per le società a partecipazione pubblica e la gestione dei servizi pubblici locali

Quindi, nel tempo, la garanzia delle libertà economiche, riconosciute dalla nostra Costituzione, dalla disciplina e dagli obiettivi dell'UE per la concorrenza nel mercato, si è evoluta in senso prevalentemente estensivo per i privati, mentre per gli enti locali, considerato il debito pubblico⁴⁵, sono state introdotte diverse misure restrittive. Inoltre, sono più complicati i rapporti tra pubblico e privato, nel senso che nonostante un'ormai acquisita parità nell'utilizzo degli schemi giuridici, l'ente pubblico deve comunque motivare in modo approfondito le scelte sulle modalità di gestione di un'attività economica (ad es., gestione di servizi pubblici) in forma societaria; la *motivazione analitica* dell'atto deliberativo di costituzione di una società (anche mista) o di acquisto di partecipazioni, deve evidenziare la necessità della soluzione

la razionalizzazione delle funzioni come tentativo di integrazione intersettoriale e in seguito gli ambiti territoriali (l.r. n. 23/2011). Questa Regione ha adottato un disegno di *governance* territoriale in cui le partecipazioni societarie rappresentano uno strumento di fornitura di servizi, di amministrazione e di relazioni con il sistema degli enti locali; in attuazione del d. l. n. 95/2012 c.d. *spending review*, alcune Regioni da tempo hanno adottato norme in materia di controlli, di coordinamento delle partecipazioni, di riordino, razionalizzazione e di dismissione. Per approfondimenti v. G. CITRONI - A. LIPPI - S. PROFETI, *Il governo regionale dei servizi pubblici locali: quali strumenti?*, in *Le Regioni*, 2015, 908 ss.

⁴⁴ Per considerazioni critiche proprio circa la riforma del 2014 in relazione alla gestione dei servizi pubblici locali v. F. MONCERI, *Riflessi della nuova conformazione degli enti locali sul sistema dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2015, 86 ss.

⁴⁵ Per il rafforzamento degli strumenti di controllo della gestione finalizzati all'applicazione della revisione della spesa presso gli enti locali e ruolo della Corte dei Conti v. art. 6 del d. l. 10 ottobre 2012, n. 174, "Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali", convertito con modificazioni nella l. 7 dicembre 2012, n. 213. Si consideri altresì la l. 12 agosto 2016, n. 164 "Modifiche alla legge 24 dicembre 2012, n. 243, in materia di equilibrio dei bilanci delle Regioni e degli Enti locali", sempre al centro dell'attenzione per i correttivi di finanza pubblica; gli enti devono adottare misure di correzione tali da assicurare il recupero entro il triennio successivo, in quote costanti. Inoltre, riemerge il sistema premiale e sanzionatorio da definire con legge dello Stato, da applicare alle Regioni, ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Province autonome di Trento e di Bolzano.

per le finalità istituzionali, la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 sul riordino delle società a partecipazione pubblica, in attuazione della legge delega 7 agosto 2015, n. 124, in un contesto di precedenti normativi volti alla razionalizzazione⁴⁶. A ciò si aggiungono puntuali vincoli pubblicistici per l'eventuale socio privato di una società mista o per la società privata che gestisce in concessione servizi pubblici.

La parità tra pubblico e privato presenta alcune inevitabili difficoltà, dato che l'attività economica deve perseguire i fini pubblicistici istituzionali dell'ente per il "vincolo di scopo" individuato dagli organi politico-rappresentativi e dalla legge, caratteristiche che sono fonte di conflitti interpretativi per la disciplina applicabile e si ricollegano al principio di legalità dell'azione amministrativa. In concreto, è possibile dubitare fortemente della pari libertà d'impresa dei soggetti pubblici e privati, dato che si è passati da un'eccessiva preferenza per le imprese pubbliche e i relativi vantaggi, soprattutto in caso di dissesto economico, rispetto a quelle private e ad una situazione opposta di *chiarissima diffidenza* (certo anche fondata) per le imprese pubbliche secondo un percorso dalla prevalenza del pubblico fino alla sua riduzione e alla presenza diffusa del settore privato. E', inoltre, evidente per i servizi pubblici locali, il mercato regolato come delineato dai frequenti interventi correttivi del legislatore, dell'AGCM e dell'ARERA, circa i rapporti tra gli operatori economici e le relative attività.

Il complesso contesto normativo e la frequente successione di norme condiziona in modo determinante l'iniziativa economica degli enti locali che è già inevitabilmente "frenata" dall'adozione di nuove misure per la riduzione della spesa pubblica; inoltre, si sono aggiunte difficoltà per le competenze di governo previste dall'art. 3bis (ambiti territoriali ottimali) del d.l. n. 138/2011, che ha moltiplicato gli enti pubblici e causato un'evidente frammentazione delle competenze. Alle difficoltà interpretative ha contribuito anche la legge "Delrio" per le funzioni attribuite alle Città metropolitane e la soppressione degli enti a cui spettavano competenze di organizzazione per ambiti provinciali (art. 1 della legge n. 56/2014, commi 44 e 90).

La capacità di diritto privato degli enti locali⁴⁷, ormai univocamente riconosciuta, si ricollega inevitabilmente alle garanzie e ai limiti della libera iniziativa e ciò emerge chiaramente dall'art. 41

⁴⁶ Circa questo radicato orientamento, A. MARRA, *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, in *Dir. econ.*, 2015, 299 ss.

⁴⁷ Per considerazioni sull'ambito di applicabilità del diritto privato e i presupposti, il rapporto tra autonomia, capacità giuridica e funzioni dell'ente locale v. A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., 555 ss.; in particolare, sulla capacità generale di diritto privato comune alle persone giuridiche pubbliche e a quelle private v. 583 ss. Come tutti gli enti pubblici, gli enti locali sono titolari di capacità giuridica e di capacità di agire; sulla base dell'autonomia riconosciuta, la capacità giuridica generale è il presupposto per l'assunzione di nuove funzioni e per la stipulazione di contratti anche atipici, ovviamente l'autonomia negoziale dev'essere esercitata in coerenza con le finalità istituzionali.

Costituzione e dal principio di libera concorrenza nel mercato dell'UE (artt. 101-106 TFUE); inoltre, l'art. 4, secondo comma, TUE espressamente richiama il *sistema delle autonomie locali* in relazione al rispetto da parte dell'UE dell'uguaglianza degli Stati membri e della "loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale". Peraltro, l'art. 106 TFUE stabilisce che le norme sulla concorrenza si applicano anche alle imprese pubbliche e il paragrafo 1 afferma che gli Stati membri "non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi", riferendosi in particolare alle regole sulla concorrenza. Anche il paragrafo 2 è rilevante: la gestione di servizi di interesse economico generale o che hanno il carattere di un monopolio fiscale sarà soggetta alle regole dei Trattati, in particolare alla concorrenza, in quanto l'applicazione di dette regole non impedisca, di fatto o di diritto, l'adempimento della specifica missione a loro affidata; inoltre, lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'UE. Questo importante precetto riconosce l'esistenza di situazioni in cui la libera concorrenza può mettere a rischio servizi che, pur avendo un contenuto economico, devono essere salvaguardati per ragioni di interesse generale, anche se la loro offerta non sia redditizia per le aziende.

Come è noto, i *servizi di interesse economico generale* sono attività economiche che comportano benefici per la collettività non realizzabili dal mercato (oppure esso li produrrebbe, ma in condizioni diverse in termini di qualità oggettiva, sicurezza, prezzo, parità di trattamento e di accesso universale) senza un intervento pubblico; la categoria si riferisce a quei servizi che possono essere erogati anche da imprese private e si distinguono dai servizi di interesse generale, che possono avere un contenuto economico, ma ad essi non è applicabile il diritto della concorrenza, perché sono considerati manifestazioni dell'esercizio di una funzione pubblica come contenuto prevalente.

Nell'*ordinamento spagnolo*, tra le competenze dei Comuni previste dall'art. 25.2 LBRL vi sono certamente i servizi di interesse economico generale (ad es., servizi pubblici classici, promozione culturale), mentre altri compiti (garanzia della salute pubblica o polizia locale) comportano un chiaro ed esclusivo esercizio di autorità pubblica che, quindi, non può spettare autonomamente al settore privato.

L'art. 14 TFUE riconosce il valore dei servizi di interesse economico generale e attribuisce agli Stati membri e all'Unione il compito di garantire che agiscano in conformità con principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di svolgere la loro funzione. L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce il diritto di accesso ai servizi di interesse economico generale e ne riconosce il contributo positivo per la promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione. Tuttavia, la penetrazione nel livello locale dei principi comunitari della libera concorrenza è stata tardiva, dato che le regole comunitarie sono sempre state applicate per la realizzazione

del mercato interno europeo e, in questa prospettiva, i mercati di ambito locale potevano ritenersi un problema minore.

Nell'*ordinamento italiano*, gli enti locali, competenti per i servizi pubblici destinati alla collettività di riferimento, garantiscono servizi di interesse economico generale che il mercato non riesce a fornire secondo i principi di universalità della prestazione, di qualità del servizio e di accessibilità delle tariffe; l'intervento nell'economia dipende direttamente dalla capacità di diritto privato degli enti territoriali, dalla disciplina societaria, dall'esercizio di compiti istituzionali e dall'erogazione di servizi obbligatori come funzione doverosa, peraltro, in coerenza con determinati livelli essenziali delle prestazioni nella prospettiva di soddisfacimento dell'interesse pubblico. Il contenuto⁴⁸ dell'art. 112, primo comma, del t.u.e.l., ancora vigente, riconosce l'autonomia decisionale dell'ente locale circa l'individuazione di attività economiche riconducibili a servizi pubblici e la doverosità dell'assunzione del servizio, anche oltre quei servizi definiti come obbligatori dalla legge statale e regionale, come conseguenza della relazione tra ente e collettività locale e del necessario soddisfacimento dei relativi interessi. L'assenza di un elenco di servizi pubblici tipizzati *ex lege* dipende proprio da questo collegamento con la realtà locale e dall'intento di favorire qualificazioni future senza schemi predeterminati proprio a garanzia dell'autonomia territoriale e del migliore conseguimento dei fini istituzionali.

Tra l'altro, la competenza regionale in materia di ordinamento degli enti locali ha consentito leggi e regolamenti regionali con soluzioni organizzative particolari o di legittimazione di soluzioni e di categorie di servizi esistenti⁴⁹; inoltre, il primo comma dell'art. 113 t.u.e.l. richiama la *tutela della concorrenza*⁵⁰ e le *discipline di settore* che dovevano essere integrate dalle disposizioni del medesimo articolo poi per gran parte abrogato. Questa impostazione dev'essere ovviamente coordinata con il concetto di *servizio pubblico di*

⁴⁸ Come principio generale l'art. 112, primo comma, t.u.e.l. (ancora vigente) prevede che "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".

⁴⁹ Si consideri, ad es., la l.r. 12 dicembre 2003, n. 26, della Lombardia in materia di servizi pubblici di interesse economico, circa la gestione dei rifiuti urbani, l'erogazione del gas naturale e dell'energia elettrica e termica e la gestione del servizio idrico integrato, considerati servizi non privi di rilevanza economica sulla base di riferimenti alla legislazione nazionale e comunitaria.

⁵⁰ La disciplina intricata dei servizi pubblici locali e, in particolare, di quelli di rilevanza economica, è stata ricondotta alla competenza legislativa statale sulla tutela della concorrenza, mentre non sarebbe inclusa nella potestà legislativa sulle funzioni fondamentali, dato che la gestione dei servizi non sarebbe "una funzione propria e indefettibile dell'ente locale" (Corte Cost. n. 272/2004); questa soluzione è dipesa dalle indicazioni dell'UE, tuttavia l'art. 112, primo comma, t.u.e.l., ha un contenuto che evoca un collegamento tra servizi locali e funzioni fondamentali. In sostanza, nella tutela della concorrenza rientrano le forme di organizzazione e di gestione dei servizi di rilevanza economica e nella materia delle funzioni fondamentali vi rientra l'individuazione da parte del Comune dei servizi e delle prestazioni (così L. DE LUCIA, *Le funzioni di province e comuni nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 64 ss.).

*interesse economico generale*⁵¹ per quelle attività commerciali che assolvono missioni d'interesse generale e sono soggette a obblighi di servizio pubblico (ad es., servizi di trasporto, di energia, di comunicazione, servizi postali) richiamati dagli artt. 14 e 106 TFUE e la giurisprudenza amministrativa ha decisamente ritenuto riconducibile la nozione di servizio pubblico di rilevanza economica al concetto europeo⁵².

Per gli schemi societari il riferimento è ovviamente il codice civile e le figure tipiche ivi contenute, anche se è possibile introdurre delle deroghe ad alcune regole comuni, come previsto dal T. U. sulle società a partecipazione pubblica (art. 3, comma 2); ciò comporta una certa limitazione dell'autonomia organizzativa dell'attività di impresa che, comunque, deve intendersi nella nozione generale di cui all'art. 2082 c. c., coinvolgente la produzione di servizi e beni da parte degli enti locali, come emerge anche dall'art. 112 t.u.e.l. e dal principio di concorrenza. L'adozione del modulo societario nel settore dei servizi pubblici ha acquisito anche un "significato simbolico" come particolare fenomeno che si è caratterizzato per l'introduzione di strumenti di diritto privato in un sistema che era dominato da figure del diritto pubblico e per la modificazione dello schema societario al fine di garantire l'attuazione di interessi pubblici prevalenti⁵³. Peraltro, con riferimento agli enti locali e alla loro capacità d'agire, sono stati introdotti nuovi limiti per evitare disavanzi di bilancio eccessivi in un periodo sfavorevole per l'economia e in un contesto in cui è prevalso il rispetto dei criteri del patto di stabilità.

Del resto, anche le forme di regolazione delle attività private da parte degli enti locali comportano inevitabili limitazioni per l'iniziativa privata così come la regolazione esercitata dall'AGCM e dall'ARERA, pur nel rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa e delle garanzie costituzionali interne e dell'UE per la libertà di iniziativa economica e dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà.

⁵¹ Sulla definizione di servizi economici di interesse generale v. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Derecho administrativo económico*, cit., 91 ss. e 252-256; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Los servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las reglas del mercado*, in V. PARISIO - V. AGUADO I CUDOLÀ - B. NOGUERA DE LA MUELA (dir.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, cit., 49 ss.; R. RIVERO ORTEGA, *op. ult. cit.*, 176 ss.

⁵² Si rinvia ad es. a Cons. St., Sez. II, parere, 18 aprile 2007, n. 457; Cons. St., Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1, che esamina la società mista come applicazione di PPPI secondo il *Libro Verde* e la Comunicazione della Commissione 5 febbraio 2008, C (2007), 6661 (2008/C-91/02); Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599; Cons. St., Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; le decisioni sono reperibili in www.giustizia-amministrativa.it. Inoltre, sul ruolo determinante del giudice amministrativo nazionale circa la classificazione del servizio se di rilevanza economica o meno, si rinvia alle considerazioni di G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005, 238-239. Circa la qualificazione di servizi pubblici e della necessaria pubblicità delle forme di gestione v. M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 27 ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti <<in house>>: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, I, 61 ss.

⁵³ Si ricorda la sentenza della Corte Cost. n. 148/2009 che, ritenendo legittimi i vincoli previsti dalla l. n. 244/2007 per le società pubbliche, ha distinto tra attività amministrativa esercitata con forme privatistiche e l'attività d'impresa, sulla base delle finalità delle specifiche norme che comportano la separazione delle attività amministrativa e imprenditoriale, per evitare che gli enti pubblici dotati di inevitabili privilegi esercitino un'attività economica "al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale".

In conclusione, il quadro normativo del nostro ordinamento evidenzia un intreccio periodico di *privatizzazione*, di *liberalizzazione*, di regole pubblicistiche *restrittive* per gli enti locali in relazione alla gestione di servizi di interesse economico generale sottoposti a regolazione⁵⁴ e di forti tendenze verso la *semplificazione* per le attività economiche dei privati con diverse conseguenze circa l'effettivo ambito di libertà di iniziativa economica. E', inoltre, evidente l'introduzione di norme di contenuto non sempre chiaro per un'agevole applicazione da parte degli enti locali, costantemente sottoposti a vincoli procedurali come forme di controllo delle iniziative nei settori dell'economia.

4. La disciplina generale in tema di iniziativa economica locale nell'ordinamento spagnolo, le norme di settore e le leggi delle Comunità Autonome

Negli ultimi anni sono state introdotte diverse innovazioni normative in Spagna e, in particolare, nella disciplina degli enti pubblici locali per l'attività di gestione dei servizi pubblici, prevista dall'art. 85.2 LBRL (*Reguladora de las Bases del Régimen Local*); le riforme al riguardo si sono succedute nel tempo con una certa intensità: occorre considerare la *Ley 57/2003* sulla modernizzazione del governo locale e l'art. 85 *bis* a) LBRL, che riguarda il regime delle imprese pubbliche e gli organismi autonomi come previsto dagli artt. 42-52 LBRL e dagli artt. 53-60 LOFAGE (*Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*) con alcune norme specifiche. Con l'entrata in vigore della nuova LRJSP (*Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*), è stato completamente abrogato il LOFAGE e così i precetti specifici a cui l'art. 85 *bis* a) LBRL si riferiva.

Quindi, non esiste una disciplina statale di base vincolante per tutti gli enti autonomi e le imprese pubbliche locali, con la conseguenza che vi è un ambito normativo che potrà essere occupato da norme adottate dalle Comunità Autonome; solo in assenza di una disciplina delle Comunità si applicherà in via sussidiaria (ai sensi dell'art. 149.3 Cost.) il regime degli enti pubblici contenuto negli artt. 84-110 del LRJSP. Una questione un po' complessa riguarda la possibile applicazione diretta delle norme organizzative, approvate da ciascun ente locale per i relativi enti pubblici, ai casi non regolati dalla legge della Comunità Autonoma⁵⁵.

L'art. 4.1 a) LBRL, riconosce agli enti locali il noto *potere di autorganizzazione* che si estende agli enti strumentali e agli organismi pubblici come previsto dall'art. 85.2 LBRL; in base all'art. 2, per l'effettività

⁵⁴ Sulle ragioni per applicare la concorrenza ai servizi pubblici economici, si rinvia a F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313 ss.

⁵⁵ Per ampi approfondimenti v. F. VELASCO CABALLERO, *El derecho económico local: objeto, fuentes y formas*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, Marcial Pons, Madrid, 2017, 28 ss.; M. ALMEIDA CERREDA, *La incidencia del Derecho de la crisis económica en la configuración de la nueva disciplina en materia de ordenación, funciones y medios de las Administraciones locales en España*, in L. VANDELLI - G. GARDINI - C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, cit., 393 ss.

dell'autonomia garantita dalla Costituzione, la legislazione dello Stato e quella delle Comunità Autonome assicureranno per i diversi settori ai Comuni e alle Province il loro diritto ad intervenire in qualsiasi materia che riguardi direttamente l'ambito dei loro interessi, attribuendo le competenze pertinenti alle caratteristiche dell'attività pubblica in questione e alla capacità di gestione dell'ente locale, in conformità con i principi di decentramento, prossimità, efficienza ed efficacia, e con il rigoroso rispetto delle regole di stabilità di bilancio e di sostenibilità finanziaria. L'interpretazione dev'essere ovviamente conforme al principio di autonomia organizzativa prevista dalla stessa Costituzione (art. 137; v. sentenza 41/2016 del *Tribunal Constitucional*⁵⁶) e all'art. 6 della Carta europea delle autonomie locali del 1985. La LRJSP non ha disciplinato direttamente gli enti locali e l'art. 4.1 a) LBRL consente a ciascuna entità locale di regolare (con i limiti specificati nell'art. 85 *bis* LBRL) il regime dei propri enti pubblici; solo in assenza di questa disciplina locale, occorre affrontare un reale vuoto normativo che può essere superato con l'applicazione del LRJSP.

Tra le competenze degli enti locali, vi sono diversi compiti che hanno un contenuto economico, come ad es. la gestione ed esecuzione della disciplina urbanistica, l'ambiente urbano, fiere, mercati, il servizio idrico, l'illuminazione stradale, la raccolta e il trattamento dei rifiuti, il trasporto pubblico, la promozione della partecipazione dei cittadini nell'uso efficiente e sostenibile delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Anche le competenze di natura economica delle Province hanno un certo rilievo e ad esse spetta, dopo la LRSAL, il coordinamento dei servizi pubblici municipali a garanzia di adeguate prestazioni, la cooperazione e l'assistenza giuridica e tecnica ai Comuni, soprattutto di minori dimensioni (art. 36 riformato della LBRL).

Pertanto, la disciplina è integrata da leggi delle Comunità Autonome, che di regola attengono allo sviluppo della legislazione statale di base del regime locale; gli esempi sono vari, ad es., per la Catalogna, il d.lgs. n. 2/2003, sul regime municipale locale. Altre Comunità hanno adottato la nozione europea di servizio di interesse economico generale⁵⁷, ma ad oggi vi è uno spazio ridotto per la regolazione autonoma dell'iniziativa economica locale. In effetti, lo spazio è occupato soprattutto dalla legislazione statale, ma anche dalla disciplina settoriale o specificatamente economica.

La legge *distingue*, con una certa chiarezza, tra i servizi pubblici locali (articolo 85 LBRL) e l'iniziativa pubblica locale per lo sviluppo di attività economiche (articolo 86, paragrafo 1 LBRL). La precisazione giuridica sull'iniziativa economica è simmetrica rispetto all'espressa disposizione costituzionale sull'iniziativa economica pubblica (art. 128 Cost.). La possibilità per gli enti locali di agire nel mercato, offrendo beni e servizi, è prevista proprio dall'art. 86.1 LBRL, secondo cui, nella nuova formulazione

⁵⁶ In www.tribunalconstitucional.es.

⁵⁷ Si rinvia, ad es., per l'Andalusia alla *Ley 5/2010* sull'autonomia locale e alla recente *Ley Vasca 2/2016*.

introdotta dalla *Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* (n. 27 del 27 dicembre 2013; LRSAL), “Le entità locali possono esercitare l’iniziativa pubblica per lo sviluppo di attività economiche, a condizione che sia garantito il raggiungimento dell’obiettivo di stabilità di bilancio e la sostenibilità finanziaria nell’esercizio delle sue competenze”. Il provvedimento relativo alla convenienza dell’avvio dell’attività dev’essere motivato per due profili: l’iniziativa non deve comportare rischi per la sostenibilità finanziaria e un’analisi del mercato riguardo all’offerta, alla domanda esistente e alla redditività evidenzia i possibili effetti dell’attività locale sulla concorrenza nel mercato delle imprese.

L’esercizio dell’attività economica da parte di enti locali è stato subordinato dalla LRSAL a *due nuovi requisiti* di cui il primo relativo al bilancio e l’altro che tiene conto degli effetti dell’attività economica che si intende esercitare, come impatto sul regime di concorrenza con le imprese e contenuto aggiuntivo della motivazione, diversamente dalla precedente versione della norma, anche per finalità di controllo giurisdizionale. L’attenzione per le competenze dell’ente locale acquisisce, quindi, un carattere prioritario di fronte alla soddisfazione di altri interessi e il motivo dipende dal carattere irrinunciabile della funzione pubblica e dal fatto che la mancata considerazione potrebbe lasciare i cittadini senza alternative per un servizio pubblico essenziale, come nel caso di altre attività economiche, che sono quelle previste dall’art. 86.1.

La disciplina delle possibili attività soggette a riserva di legge ha comportato un continuo adeguamento della LRSAL, l’apertura ai servizi economici di livello locale, l’eliminazione di possibili monopoli locali (ad es., il servizio di riscaldamento) e la previa comunicazione all’autorità della concorrenza; tuttavia, l’art. 86.2 prevede una riserva di attività a favore degli enti locali per alcuni settori e servizi essenziali e tra questi la fornitura e la depurazione dell’acqua, la gestione dei rifiuti⁵⁸, il trasporto pubblico, ecc. La sottoposizione di attività alla gestione municipale ha un motivo finanziario “storico” e cioè quello di *incrementare le entrate dei Comuni* e la *riduzione* dei servizi sottoposti al regime di monopolio dipende soprattutto dalle moderne regole di concorrenza e dal diritto dell’UE, come emerge dalla giurisprudenza⁵⁹. Il diritto della concorrenza si applica alle imprese secondo un criterio sostanziale e non formale, vale a dire possono essere soggetti al diritto di concorrenza non solo enti strumentali, ma anche gli enti locali stessi quando offrono sul mercato beni e servizi. Ciò significa che l’ente locale può esercitare l’iniziativa economica prevista dall’art. 86.1 LRSAL e nell’esercizio di questa attività può commettere violazioni se agisca direttamente oppure mediante un ente strumentale; tuttavia, l’ente locale non può essere

⁵⁸ Per approfondimenti su questo servizio, v. J. ORTEGA BERNARDO, *Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal*, in *Anuario de Derecho Municipal* 2015, 2016, n. 9, 373 ss.

⁵⁹ Per la giurisprudenza anche della Corte di Giustizia v. C. LENCE REIJA, *La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia*, in *REDA*, 2015, n. 170, 194-197.

sanzionato quando vi sia una distorsione della concorrenza nell'esercizio di poteri pubblici. In tal caso, sebbene la condotta possa pregiudicare la concorrenza, la soluzione più appropriata non è l'applicazione di una sanzione all'ente locale, ma la tutela in via giurisdizionale⁶⁰.

Nell'ordinamento spagnolo si pone anche il problema della compatibilità tra diversi ruoli dell'amministrazione e, in particolare, tra il ruolo di imprenditore e quello di regolatore (in senso ampio come potere pubblico di ordinanza e sanzionatorio che condiziona il comportamento delle imprese nel mercato) nel medesimo settore, dato che ogni regolatore deve caratterizzarsi per l'indipendenza a garanzia di interessi generali, che possono subire un pregiudizio se l'amministrazione eserciti prerogative pubblicistiche per eliminare o ostacolare la concorrenza⁶¹.

La dottrina⁶² ha affermato la distinzione tra l'art. 85 e l'art. 86 TRRL (*Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*) e l'iniziativa economica locale come categoria più ampia di servizio pubblico; la distinzione ha conseguenze concrete per l'applicazione delle norme procedurali circa l'istituzione del servizio o l'avvio dell'attività economica. Peraltro, l'estensione dell'elenco dei servizi pubblici locali previsto dall'art. 26.1 LBRL e le corrispondenti leggi delle Comunità Autonome evidenziano che attualmente non sono molte le iniziative economiche locali diverse dai servizi pubblici, di frequente in presenza contestuale di società private.

Nell'attuale contesto, l'iniziativa economica locale (artt. 128.2 Cost. e 86 LBRL) ha di certo acquisito un significato distinto rispetto alla categoria del servizio pubblico e, comunque, il diritto dell'UE ha introdotto la nozione di servizio di interesse economico generale che si è estesa agli ordinamenti nazionali; le distinzioni tradizionali tra gestione, promozione e titolarità del servizio pubblico hanno perso la loro parziale chiarezza concettuale, dato che l'attività economica dev'essere interpretata nella nuova prospettiva della concorrenza. Secondo questa logica espressa nella disciplina economica europea, la questione centrale non è più il tipo di attività amministrativa esercitata, ma quale attività sia soggetta alla disciplina della concorrenza e in quale misura⁶³.

⁶⁰ Il prezzo al pubblico del servizio, se inferiore al costo, richiede un contributo pubblico per coprire la differenza tra costo e prezzo; questo contributo pubblico presuppone che vi sia un qualche scopo sociale, culturale o di altro genere da tutelare. La fornitura di servizi a prezzi inferiori rispetto ai concorrenti privati nel campo delle competenze municipali ha comportato frequenti denunce all'autorità della concorrenza; ci sono diversi precedenti, ma nessuno dei casi è stato risolto nel senso di riconoscere una violazione, dato che gli enti locali avevano agito nell'ambito delle competenze elencate nella LBRL e, pertanto, con la corrispondente copertura legale. Si rinvia a C. LENCE REIJA, *op. ult. cit.*, 205-211.

⁶¹ Per casi di giurisprudenza C. LENCE REIJA, *op. ult. cit.*, 207-211.

⁶² Così F. VELASCO CABALLERO, *op. ult. cit.*, 38.

⁶³ F. VELASCO CABALLERO, *op. ult. cit.*, 30 ss.

5. L'attività economica prevalente: la gestione dei servizi pubblici locali e le riforme imposte dalla crisi e dall'UE

E' prevalente l'intervento degli enti locali nell'economia mediante la prestazione di *servizi pubblici* a cui è riconducibile una nozione generale e per tradizione l'ordinamento spagnolo si riferisce alle necessità essenziali (trasporto urbano, gestione dei rifiuti e del servizio idrico) dei cittadini⁶⁴; l'art. 85.1 LBRL riconduce i servizi pubblici locali a competenze locali e, quindi, l'istituzione di un servizio pubblico (oltre ai servizi minimi obbligatori previsti dall'art. 26 LBRL) è una *scelta politica* di ciascun *governo locale*, come soluzione necessaria e conveniente per la comunità. Si prospetta il problema dell'inserimento nel regime di concorrenza, dato che non tutti i servizi pubblici locali possono essere gestiti fuori da essa; tuttavia, alcuni servizi indicati dalla legge (art. 26.1 LBRL o da leggi delle Comunità Autonome) sono, in effetti, in qualche misura esclusi dalla relativa disciplina (art. 4.1 della legge sulla concorrenza, *Ley 15/2007*), soprattutto se forniti in regime di monopolio (art. 86.2 LBRL).

Peraltro, si può affermare che non tutti i servizi pubblici locali sono propriamente essenziali per la comunità e, comunque, non tutti hanno un contenuto economico in senso stretto e, quindi, essi possono non rientrare nell'ambito della concorrenza né della disciplina dell'economia locale; la demarcazione non è di facile interpretazione come emerge dalla giurisprudenza europea⁶⁵ che evidenzia chiaramente come la distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale, non dipenda tanto dal contenuto della disposizione, ma dal regime legale di riferimento. In particolare, l'art. 26 LBRL aggiunge una garanzia alle funzioni dei Comuni, specificando, come i *servizi minimi obbligatori*⁶⁶ in relazione alla popolazione, siano quelli che *devono* essere forniti ai cittadini e per i quali emergono la doverosità della prestazione e, se del caso, la necessaria istituzione del servizio pubblico, se costituisca una competenza comunale di natura obbligatoria⁶⁷. Quindi, l'art. 26 contiene una lista di base di servizi pubblici locali di attuazione obbligatoria e, comunque, questo elenco non solo impone obblighi ai Comuni, ma attribuisce la competenza corrispondente, secondo l'interpretazione del Tribunale Costituzionale⁶⁸. Indipendentemente da ciò, l'assegnazione della competenza per fornire un servizio pubblico può essere anche prevista da norme del governo locale, che possono confermare il contenuto della legislazione

⁶⁴ Per l'evoluzione del concetto di servizio pubblico nell'ordinamento spagnolo v. J. ORTEGA BERNARDO, *Servicios públicos e iniciativa económica local*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 76 ss.

⁶⁵ Per riferimenti di giurisprudenza della Corte di Giustizia v. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Los servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las reglas del mercado*, cit., 52 ss.

⁶⁶ Per approfondimenti J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *Competències pròpies i serveis mínims obligatoris dels municipis en la recent reforma del règimen local basic*, in *Quaderns de Dret Local*, 2014, n. 34, 76 ss.; C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo artículo 26 de la LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental*, in *REDA*, 2015, 21 ss.

⁶⁷ Sulle obbligazioni di servizio pubblico v. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Derecho administrativo económico*, cit., 277 ss.

⁶⁸ Si rinvia alla sentenza n. 41 del 3 marzo 2016 del *Tribunal Constitucional*, in *www.boe.es*.

statale o completarla con nuovi servizi attribuiti come compiti propri; la stessa previsione può essere contenuta in leggi settoriali⁶⁹, statali o delle Comunità Autonome, che includono riferimenti a diversi servizi e a competenze locali.

I servizi facoltativi sono quelli che non rientrano nell'elenco contenuto nell'art. 26.1 LBRL o in qualsiasi altro elenco che li preveda come prestazione obbligatoria; tuttavia, l'art. 26.1 LBRL non impedisce ai Comuni, che non raggiungano i limiti di popolazione previsti, di erogare anche questi servizi. La legge non imporrebbe l'obbligo di attivarli, ma la legislazione delle Comunità Autonome sul regime locale o regolamenti settoriali possono prevedere la competenza comunale per servizi non obbligatori⁷⁰.

Quindi, nell'ordinamento spagnolo il servizio pubblico è ritenuto chiaramente una competenza comunale; tuttavia, per i Comuni con una popolazione ridotta e con capacità tecniche ed economiche limitate, la fornitura dei servizi è effettuata con il coordinamento di altre amministrazioni pubbliche, in genere con l'assistenza delle *disputaciones provinciales*, oppure l'esercizio è trasferito ad altre entità amministrative, dotate di una maggiore capacità di gestione. I principi costituzionali che regolano il funzionamento delle amministrazioni pubbliche (art. 103 Cost.) e, soprattutto, quello dell'efficacia, rappresentano le regole-base per la fornitura sovra-comunale di determinati servizi. Inoltre, tra le diverse soluzioni offerte dall'ordinamento per l'organizzazione di un servizio pubblico municipale da parte di altre persone giuridiche pubbliche diverse dal Comune, vi sono formule associative, manifestazione del diritto di associazionismo dei Comuni, e ipotesi ordinarie di sostituzione del Comune da parte delle altre amministrazioni territoriali (Province e Comunità Autonome). Vi sono anche le forme obbligatorie di aggregazione di Comuni nell'ambito di alcune Comunità Autonome, come l'ente metropolitano (ad es., Area metropolitana di Barcellona⁷¹) oppure le *mancomunidades* come strumenti previsti per promuovere la fornitura adeguata e completa di servizi pubblici municipali. Questi enti possono normalmente gestire qualsiasi servizio con costi inferiori e maggiore efficacia soprattutto nel caso di Comuni di piccole dimensioni; le leggi del regime locale e le norme specifiche delle diverse Comunità Autonome di frequente richiamano le tradizionali formule associative.

A fronte del debito pubblico e della crisi, sono state adottate varie riforme, tra le quali l'intervento sull'art. 135 Cost. con la *Ley organica 2/2012* e la LRSAL (*Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la*

⁶⁹ Così la *Ley 22/2011* in materia di rifiuti e di suolo contaminati.

⁷⁰ Per queste considerazioni che derivano da orientamenti interpretativi del Tribunale Costituzionale, si rinvia a J. ORTEGA BERNARDO, *Servicios públicos e iniciativa económica local*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 77.

⁷¹ Per uno studio approfondito sull'Area metropolitana di Barcellona e sulle caratteristiche del governo, v. T. FONT I LLOVET, *Els governs locals i la regeneració política: la reforma de les estructures i institucions locals*, in A. GALÁN GALÁN (coord.), *Nous governs locals: regeneració política i estabilitat pressupostària*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis de l'Autogovern, Barcelona, 2016, 17 ss.

Administración Local) che limitano la libertà delle amministrazioni di decidere forme di cooperazione economica, tecnica e amministrativa mediante consorzi e, in sostanza, l'autogoverno degli enti locali⁷²; la loro costituzione è ammessa solo quando consenta un'allocatione più adeguata delle risorse economiche in termini di efficienza ed economicità, non compromettendo la sostenibilità finanziaria dell'intera *hacienda local* in questione, e non richieda più risorse di quanto inizialmente previsto ed erogato ai sensi dell'art. 57.3 LBRL. In relazione al coordinamento dei servizi pubblici, l'art. 26.2 LBRL nella versione fornita dalla LRSAL, prevede che nei Comuni con meno di 20.000 abitanti, il coordinamento da parte del consiglio provinciale o di ente equivalente riguarderà la fornitura di specifici servizi, ad es., la raccolta e il trattamento dei rifiuti, la fornitura domestica di acqua potabile e il trattamento delle acque reflue. Inoltre, in base all'art. 36 LBRL, alla Provincia sono attribuiti compiti di coordinamento dei servizi comunali e di fornitura di servizi pubblici di carattere sovracomunale⁷³; quindi, sono state introdotte nuove forme di organizzazione per l'erogazione dei servizi locali e una ridefinizione dell'autonomia locale⁷⁴ in conseguenza delle misure volte a garantire la stabilità di bilancio.

L'art. 137 Cost. sul principio di autonomia precisa che gli enti territoriali godono dell'autonomia per la gestione dei rispettivi interessi e rappresenta il riferimento per l'autonomia riconosciuta, pur sul presupposto della ponderazione con altri beni o principi costituzionali. Le leggi statali e quelle delle Comunità Autonome devono attribuire adeguate competenze ai Comuni per attuare gli interessi locali. La Costituzione non affida esclusivamente la disciplina e l'assegnazione di poteri locali allo Stato o alle Comunità Autonome; ogni ente nel quadro delle sue attribuzioni deve regolare e attribuire le competenze delle entità locali, senza pregiudizio per l'autonomia assicurata. Inoltre, mediante la legislazione settoriale, le attività di servizi locali sono più dettagliate e regolate, in modo che il contenuto della legge statale di base sia completo e specifico. La legislazione amministrativa settoriale consente, ove opportuno, l'attribuzione di servizi pubblici al Comune, al fine di garantire l'efficacia del rispetto del principio

⁷² Circa le conseguenze sulle autonomie, si rinvia a L. PAREJO ALFONSO, *Algunes reflexions sobre l'impacte de la Lei 27/2013, de 27 de desembre, sobre el model d'autogovern municipal*, in *Quaderns de Dret Local*, 2014, n. 34, 11 ss.

⁷³ J. ORTEGA BERNARDO, *Servicios públicos e iniciativa económica local*, cit., 80-81. Sulle riforme delle competenze locali v. M. SALVADOR CRESPO, *Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2014, n. 34, 126 ss.; J. FUENTETAJA PASTOR, *Función pública local y reforma local*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2015, n. 37, 59 ss.; C. BARRERO RODRÍGUEZ, *Organización territorial y servicios locales: el nivel óptimo de prestación*, in T. FONT I LLOVET-A. GALÁN GALÁN (dir.), *Nuevas exigencias locales: servicios públicos, economía colaborativa, la provincia. La LRSAL tras las sentencias del Tribunal Constitucional, Anuario de Gobierno Local 2015/16*, Fundación Democrática y Gobierno Local, Barcelona, 2016, 67 ss.

⁷⁴ Per approfondimenti v. J. C. COVILLA MARTÍNEZ, *La crisi econòmica i la creixent preocupació per l'estabilitat pressupostària i la sostenibilitat financera*, in A. GALÁN GALÁN (coord.), *Nous governs locals: regeneració política i estabilitat pressupostària*, cit., 177 ss., spec. 187-195; R. GRACIA RETORTILLO, *La redefinició de l'autonomia local en vista del principi d'estabilitat pressupostària*, *ivi*, 201 ss.



organizzativo-territoriale dell'autonomia locale. La LBRL è, quindi, incompleta o necessita di un'integrazione e ad essa si aggiunge la legislazione settoriale dello Stato e delle Comunità Autonome, a cui spetta la definizione delle competenze locali. Quindi, la fornitura di un servizio pubblico da parte dei Comuni consiste nell'esercizio di attività di prestazione al pubblico, rientranti nelle loro competenze, ai sensi dell'art. 85.1 LRBL, da attuare obbligatoriamente o facoltativamente⁷⁵.

Il servizio pubblico locale, come tradizionalmente ogni altro servizio pubblico, è caratterizzato dai caratteri di universalità, uguaglianza e di continuità di cui le amministrazioni pubbliche sono responsabili, offrendo servizi materiali o tecnici per soddisfare i bisogni dei cittadini; l'offerta al pubblico dell'uso o dell'utilizzo, generale, speciale o privato di determinate infrastrutture pubbliche, sarebbe anch'essa inclusa nella nozione di servizio pubblico. Secondo questa impostazione, l'attività di servizio pubblico consisterebbe nella fornitura di servizi e delle infrastrutture necessarie per l'erogazione, che sono utilizzate come supporto per un servizio in gestione pubblica o privata, quale ulteriore garanzia per l'interesse generale.

Dal punto di vista giuridico-formale, un'attività locale di fornitura di servizi e/o di infrastrutture può essere inclusa nella categoria di servizio pubblico con un preciso regime giuridico, che, in effetti, deriva dalla legislazione sulla competenza locale. Le difficoltà interpretative circa i servizi pubblici locali derivano anche dal concetto europeo di *servizio pubblico di interesse economico generale* che ha in realtà l'obiettivo di affermare la liberalizzazione dell'economia, la concorrenza, l'eliminazione dei monopoli pubblici e la creazione di un mercato interno in cui i servizi essenziali per la comunità non sono necessariamente forniti dal settore pubblico, ma anche (o solo) da società private con obblighi di servizio pubblico oppure da società miste. La nozione europea non è, peraltro, dirompente nei sistemi giuridici europei, dato che essendo molto generale ad essa sono ben riconducibili le varie soluzioni degli ordinamenti interni; il conflitto con la visione tradizionale di servizio pubblico, che si basa sul concetto di titolarità, di bene in monopolio o di bene in concorrenza, si prospetta in relazione al servizio o alla prestazione erogata da soggetti pubblici o privati per esigenze essenziali e di interesse generale. Questa impostazione ha comportato la distinzione, sul presupposto di servizio pubblico come servizio di titolarità locale, tra servizi pubblici riservati (art. 86.2 LBRL) e servizi in concorrenza con attività private; inoltre, l'iniziativa pubblica per l'esercizio di attività economiche non è di per sé un servizio pubblico e l'ente locale deve valutare i possibili effetti sulla concorrenza tra imprese (art. 86.1 LBRL).

Come è noto, la prestazione di servizi pubblici da parte degli enti locali è stabilita dall'art. 26.1 LBRL come competenza specifica per tradizione; secondo il modello centralista, lo Stato considera ancora oggi

⁷⁵ Si rinvia a J. ORTEGA BERNARDO, *Servicios públicos e iniciativa económica local*, cit., 74 ss.

come garanzia di uguaglianza tra i cittadini l'erogazione di particolari servizi pubblici da parte di Comuni e Province. La natura obbligatoria di alcuni servizi prevista dagli artt. 26.1 LBRL, è rafforzata dall'art. 28 LBRL, secondo cui i cittadini hanno il diritto all'erogazione di servizi locali secondo compiti giuridicamente vincolanti; il principio è affermato sia a livello statale, sia locale nel senso che le Comunità Autonome⁷⁶ prevedono leggi sui servizi pubblici di fornitura obbligatoria da parte di Comuni e Province. La scelta dell'amministrazione sulle forme di gestione è libera e l'art. 84 LBRL adotta la distinzione tradizionale tra gestione indiretta e diretta mediante un ente autonomo, un'impresa pubblica o una società commerciale; la gestione indiretta presuppone la concessione della gestione a società private o miste, soluzione sottoposta alla disciplina sui contratti pubblici e richiamata dalla legislazione delle Comunità Autonome⁷⁷.

In linea di principio, tutte queste forme di gestione ricadono nell'ambito di scelte discrezionali dell'ente locale, ma vi sono, tuttavia, dei limiti, così lo Stato può esigere che alcuni servizi, per situazioni di dipendenza o di vulnerabilità dei loro destinatari, siano gestiti direttamente dall'ente locale a garanzia di neutralità e di trasparenza. La LRSAL del 2013, con obiettivi di *sostenibilità economica*, impone due parametri di scelta che riducono la discrezionalità locale: in primo luogo, un criterio normativo per la gestione diretta da parte di organizzazioni autonome, in contrasto, ad es., con la gestione da parte di una società pubblica; vi è, inoltre, un criterio specifico a favore della gestione indiretta. Oltre a questi limiti normativi, nel contesto di crisi economica, possono emergere questioni sul significato e sulla reale portata della scelta delle forme di gestione: circa la possibile utilità attuale delle entità strumentali per la gestione dei servizi e riguardo all'effettiva *reversibilità* dell'esternalizzazione del servizio dalla gestione indiretta mediante una società privata (o mista) alla gestione diretta pubblicistica. Da un punto di vista normativo, l'art. 85 LBRL prevede dei requisiti in base ai quali sarebbe possibile per l'ente locale la scelta discrezionale di "ritorno" alla gestione diretta del servizio prima gestito da un privato mediante concessione e contratto; mentre in concreto sembra di difficile attuazione per i vincoli giuridici derivanti dal contratto di gestione e gli indennizzi dovuti in caso di risoluzione. A ciò si aggiunge il diverso regime dell'impiego privato rispetto al pubblico impiego con regole specifiche pubblicistiche (ad es., per l'accesso mediante concorso). Inoltre,

⁷⁶ Così art. 67 del d.lgs. n. 2/2003 della Catalogna. Si segnala anche la *Ley 16/2015* del 21 luglio 2015, un'ulteriore importante disciplina sulla semplificazione dell'azione amministrativa e di incentivazione dell'attività economica e per approfondimenti v. S. MONTESERIN HEREDIA, *Comentaris a la Llei de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat i dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica (LSA). Una nova retallada a l'autonomia local*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2016, n. 40, 109 ss.

⁷⁷ V. ad es., art. 270 del d.lgs. n. 2/2003 della Catalogna.

in conseguenza della crisi economica, sono state introdotte misure assai restrittive per gli enti locali circa l'istituzione di società commerciali pubbliche con conseguenze significative per le aziende locali⁷⁸.

Questi strumenti giuridici (enti autonomi, aziende pubbliche e società commerciali) erano noti già prima della disciplina del 1955, ma i vantaggi delle entità strumentali potrebbero non essere più attuali. Infatti, nel diffuso contesto di passività di bilancio, ciascun ente locale dovrebbe avere ampi poteri per organizzare le limitate risorse umane, le strutture e i compiti per nuove esigenze; la necessità di razionalizzare velocemente le risorse può essere limitata dall'esistenza di strutture organizzative con personalità giuridica, autonomia gestionale e patrimoniale. Pur nel rispetto delle regole del diritto societario, l'oggetto sociale di ciascuna società deve adattarsi a competenze diverse da quelle descritte normalmente negli statuti, dato che include la prestazione di servizi pubblici; in sostanza, gli aspetti particolari di questo tipo di iniziativa economica di natura societaria devono coordinarsi con gli interessi pubblici e le misure adottate per il controllo della spesa pubblica.

La distinzione principale riguarda due tipi di società commerciali partecipate dagli enti locali: le società municipalizzate (capitale sociale interamente pubblico o pubblico-privato) che gestiscono un'attività di competenza dell'ente locale che ha una posizione di dominio; le società con partecipazione azionaria locale (mediante azioni, obbligazioni, titoli, ecc.) in cui l'ente locale non ha una posizione di dominio e l'oggetto sociale consiste nell'incentivare una certa attività economica o un determinato settore in difficoltà, al fine di favorire la crescita economica. Nella categoria delle società municipalizzate vi rientrano, a seconda della composizione del capitale sociale, le società interamente pubbliche e le società di economia mista in cui l'azionariato è costituito da almeno un ente locale e da un partner privato; le società miste si distinguono per l'oggetto sociale: società che gestiscono servizi pubblici di cui è titolare l'ente locale e società di mercato per le quali l'oggetto sociale consiste in un'attività di mercato che ha un'utilità pubblica o comporta benefici per la collettività di riferimento. Le società totalmente pubbliche possono gestire direttamente servizi pubblici locali, collaborare nell'esercizio di funzioni pubbliche o gestire un'attività di mercato, mentre le società miste possono esercitare attività di erogazione di servizi

⁷⁸ Per un approfondito esame della disciplina sulla riforma del settore pubblico statale, regionale, locale e delle aziende locali per il contenimento della spesa v. D. SANTIAGO IGLESIAS, *L'impatto della crisi economica nel settore delle aziende locali: analisi delle misure legislative adottate in Spagna*, in F. DI LASCIO (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 169 ss.

pubblici mediante l'aggiudicazione di un contratto amministrativo di gestione⁷⁹, oppure attività di mercato di natura commerciale, industriale o finanziaria⁸⁰.

Le società locali non sono sempre controllabili in tutte le attività e manifestazioni, il che impedisce uno stretto controllo da parte dell'ente locale che può non essere tecnicamente adeguato; inoltre, nei casi in cui queste società erogano servizi pubblici, il margine di autonomia gestionale è molto limitato, dato che difficilmente vi è un chiaro indirizzo aziendale espresso dal governo locale e la gestione è spesso più orientata da obiettivi politici che da indicatori di efficienza dell'azienda. In sostanza, gli enti strumentali - in particolare le società - oggi non sono così adeguati, flessibili e innovativi come si affermava agli inizi degli anni ottanta; vi sono rilevanti problemi per la gestione del personale, dato che di fatto il regime pubblicistico rende difficile un agevole trasferimento delle risorse umane e non consente l'assunzione di personale al di fuori delle regole amministrative del concorso pubblico.

Occorre considerare la LRSAL, di riforma della legge di base del regime locale (LBRL) e delle competenze degli enti locali⁸¹, che stabilisce, con carattere generale, che l'esercizio delle attività economiche private non deve basarsi sull'ottenimento di una licenza o di altri mezzi di controllo preventivo da parte del Comune. Inoltre, l'art. 86 prevede per gli enti locali l'esercizio dell'*iniziativa pubblica per lo sviluppo di attività economiche*, a condizione che sia garantito l'obiettivo della stabilità di bilancio e della sostenibilità finanziaria nell'esercizio delle *competenze*; infatti, l'*iniziativa economica comunale* può essere esercitata solo quando il Comune garantisca i *servizi minimi obbligatori*, ai sensi dell'art. 26, ad un costo effettivo ed eserciti le proprie competenze in modo sostenibile conformemente all'art. 7.4 LRSAL. Questa visione dell'iniziativa economica come *sussidiaria* sottrae inevitabilmente autonomia ai Comuni per il momento decisionale dell'avvio e della gestione.

Con la LRSAL, l'iniziativa economica è soggetta a determinati requisiti formali: il fascicolo di valutazione dell'accordo deve contenere una motivazione circa l'assenza di rischio per la sostenibilità finanziaria nel suo complesso, sulla base di un'analisi di mercato relativa alla domanda e all'offerta esistente, alla redditività e ai possibili effetti delle attività locali sulla concorrenza tra imprese. Infine, la *Ley 39/2015*,

⁷⁹ E' opportuna una precisazione circa la distinzione tra contratto di gestione di servizi pubblici e contratto di servizi, nel senso che nel primo l'appaltatore si surroga nella parte contraente per la gestione del servizio pubblico mediante capacità organizzative e l'assunzione di rischi; nel secondo tipo di contratto, l'appaltatore si limita a fornire una o più prestazioni collaborando con la parte contraente nell'erogazione del servizio senza poteri organizzativi e rischi. Si rinvia a M. ALMEIDA CERREDA, *El contrato de gestión de servicios públicos*, in VV. AA., *Tratado de Contratos*, XIV, Aranzadi, Cizur, Menor, 2014, 525 ss.

⁸⁰ Così D. SANTIAGO IGLESIAS, *L'impatto della crisi economica nel settore delle aziende locali: analisi delle misure legislative adottate in Spagna*, cit., 174 ss.

⁸¹ Per approfondimenti sulla riforma si rinvia a A. CASADO ECHARREN, J. Á. FUENTETAJA PASTOR, *Competencias y potestades de las entidades locales*, in M. LORA-TAMAYO VALLVÉ (dir.), *Manual de derecho local*, Iustel, Madrid, 2015, 307 ss.

sul procedimento amministrativo comune alle pubbliche amministrazioni, include modifiche delle forme di intervento pubblico nell'attività privata mediante la previa comunicazione, la dichiarazione responsabile e la comunicazione solamente informativa, anche se non risolve alcune questioni inerenti la certezza giuridica in conseguenza della semplificazione.

In sostanza, nell'ordinamento spagnolo l'*iniziativa pubblica* nell'economia ha una significativa tradizione ed è espressamente prevista nella Costituzione (artt. 38, 128.2) e, come è noto, nel TFUE; quindi, è assolutamente incontestato il potere dell'amministrazione locale di prestare servizi inclusi quelli di carattere economico. Tuttavia, vi sono dei limiti previsti dalla disciplina nazionale e da quella europea per la prestazione di servizi economici da parte degli enti locali e su questo ha inciso il dibattito politico circa un necessario equilibrio tra iniziativa economica pubblica e quella privata; la Costituzione, la legge di Base del regime locale (LBRL) e il TFUE non hanno introdotto limiti rigidi, ma l'orientamento generale degli Stati europei degli ultimi dieci anni si pone nel senso di una progressiva riduzione dell'erogazione di prestazioni mediante norme restrittive circa le condizioni che consentono l'iniziativa pubblica nelle attività economiche⁸². La Costituzione prevede una limitazione iniziale circa la natura pubblica del servizio, nel senso che la riserva di un servizio al settore pubblico dev'essere prevista da una legge, in tal modo riducendo o anche escludendo la libertà di iniziativa economica; secondo questa impostazione, diverse norme settoriali, soprattutto per i servizi liberalizzati, escludono espressamente la natura pubblica e qualificano un'attività come servizio di interesse generale che dev'essere prestato nel mercato concorrenziale.

A parte la riserva di attività, la Costituzione non limita l'iniziativa pubblica nell'economia e neppure è necessaria una norma di legge per giustificare un'attività dell'amministrazione in regime di concorrenza con operatori privati; in effetti, anche le leggi che dichiarano espressamente un servizio di interesse generale erogato in regime di concorrenza (*Ley 9/2014* in materia di telecomunicazioni), contemplano espressamente la possibilità che i servizi siano forniti anche dalle amministrazioni pubbliche, pur soggetti alle regole della concorrenza.

L'indirizzo prevalente è la progressiva *sostituzione*, per alcuni settori (trasporti, energia, ad es.), di fornitori pubblici con operatori privati; l'ambito dell'intervento pubblico è riconducibile alla supervisione dei mercati e all'attività di regolazione mediante la previsione di obblighi volti a garantire che gli operatori privati soddisfino obiettivi di interesse generale quali, ad es., l'universalità del servizio di interesse generale o requisiti di qualità. A fronte della tendenza volta a limitare l'intervento dello Stato nell'erogazione di prestazioni di servizi, l'attenzione si è incentrata sul possibile rafforzamento del ruolo degli enti locali, ma

⁸² Per una ricostruzione dell'evoluzione si rinvia a J. J. MONTERO PASCUAL, *Servicios públicos Locales*, in M. LORA-TAMAYO VALLVÉ (dir.), *Manual de derecho local*, cit., 441 ss.

la riforma della LBRL prevista dalla *Ley 27/2013* ha circoscritto le possibilità, dato che essa afferma che nel territorio di riferimento gli enti locali possono esercitare competenze diverse da quelle possedute o delegate solo quando la sostenibilità finanziaria non sia pregiudicata e non vi sia l'erogazione simultanea dello stesso servizio pubblico da parte di un'altra amministrazione pubblica (art. 7).

L'obiettivo della stabilità di bilancio e della sostenibilità finanziaria dell'esercizio delle competenze è così garantito (art. 86); le entità locali possono esercitare poteri diversi dai propri e da quelli attribuiti con delega, solamente quando le risorse municipali nel complesso non siano a rischio, in conformità con i requisiti della legislazione sulla stabilità di bilancio e sostenibilità finanziaria⁸³.

Le norme del TFUE sono in parte molto generali, così l'art. 345 stabilisce che i Trattati non pregiudicano in alcun modo il regime della proprietà negli Stati membri, affermando un principio di *neutralità*, e dall'altro il Trattato definisce limiti effettivi all'iniziativa pubblica introducendo le libertà fondamentali di libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Inoltre, il TFUE definisce norme specifiche e limiti in materia di concorrenza e di aiuti⁸⁴ di Stato; il principio di neutralità comporta che queste norme siano applicate sia alle imprese pubbliche, sia all'attività di erogazione delle prestazioni delle amministrazioni pubbliche, secondo il principio dell'operatore economico privato che non deve intraprendere attività improduttive. L'art. 106.2 TFUE prevede un regime eccezionale per i servizi di interesse economico generale⁸⁵ e l'applicazione del principio di proporzionalità; questa norma è stata rigorosamente applicata per eliminare i monopoli e, in maniera crescente, per valutare gli aiuti pubblici in senso ampio, includendo i finanziamenti per sostenere attività pubbliche di erogazione di servizi non in pareggio di bilancio. Pertanto, un regime di eccezione è considerato compatibile con il TFUE, se è limitato a ciò che è strettamente necessario per garantire la missione di interesse economico generale.

Il principio di proporzionalità si estende, quindi, alla fornitura di prestazioni da parte delle amministrazioni pubbliche, alla gestione diretta dei servizi pubblici e alle relative condizioni; la *ratio* di

⁸³ Vi sono dei requisiti formali per la gestione di poteri diversi e tra questi, il contratto iniziale della *Corporación* che è oggetto di una commissione di studio, una relazione giustificativa nel senso che l'iniziativa non comporta rischi per la sostenibilità finanziaria e un'analisi di mercato circa l'offerta e la domanda esistente, la redditività e i possibili effetti sulla concorrenza. La relazione deve essere pubblicata per un minimo di trenta giorni ed è necessaria l'approvazione piena da parte della *Corporación*; è prevista la possibilità per l'amministrazione statale di impugnare l'accordo contrattuale dell'ente locale, quando non sia conforme alla legislazione sulla stabilità di bilancio e sulla sostenibilità finanziaria. Lo Stato può, inoltre, intervenire se l'iniziativa pubblica comporti un pregiudizio per la concorrenza e in relazione a ciò rilevano le restrizioni definite dalla disciplina comunitaria.

⁸⁴ Sulle limitazioni degli aiuti alle imprese v. G. L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in C. PINELLI – T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, cit., 249 ss.; I. BORRELLO - E. CASSESE – E. CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione Europea*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, cit., 56 ss.

⁸⁵ Per riferimenti di giurisprudenza v. sentenza *Altmark*, Trib. CE, 24 luglio 2003, C-280/00, in www.curia.europa.eu; v. Regolamento UE 1370/2007 per il settore dei trasporti.

questa impostazione consiste nell'esigenza di trasparenza che caratterizza gli stessi contratti di servizio pubblico, quindi è richiesto un atto espresso che definisca la missione di interesse generale e la quantificazione dei compensi e delle tariffe con la garanzia che non siano eccessive. Questa giustificazione può essere espressa con le stesse modalità previste dall'art. 86.1 LBRL per le amministrazioni locali.

Se l'entità risulta eccessiva, si configura un aiuto pubblico incompatibile con il TFUE; in sostanza, il compenso non può superare il livello necessario per coprire tutte o parte delle spese sostenute per l'esecuzione di obblighi di servizio pubblico. Infatti, se la somma è limitata a coprire il costo dell'obbligo di servizio pubblico, non ci sarebbe alcun contrasto con il Trattato; pertanto, il finanziamento pubblico degli obblighi di servizio pubblico è consentito, ma solo quando è limitato a coprire i costi associati agli obblighi di fornitura. Una soluzione concreta potrebbe essere quella di ricorrere a strumenti di contabilità dei costi per garantire che la compensazione non superi il costo effettivo della fornitura del servizio; tuttavia, occorre considerare una prospettiva più ampia della mera valutazione della compensazione. Infatti, il regime definito dalle autorità comunitarie richiede che le amministrazioni individuino gli obiettivi di interesse pubblico perseguiti e la giustificazione della proporzionalità tra gli obiettivi e i costi generati dall'attività⁸⁶.

La LBRL aggiornata stabilisce un ambito di iniziativa pubblica nell'attività economica più restrittivo rispetto all'attività dello Stato e delle Comunità Autonome; l'art. 86 riconosce agli enti locali la capacità di esercitare l'*iniziativa pubblica per le attività economiche* ed è prevista una riserva di servizi essenziali quali, ad es., la depurazione delle acque, la gestione dei rifiuti, il trasporto pubblico e mediante una legge sia lo Stato, sia le Comunità Autonome possono prevedere ulteriori servizi. Se, per questi servizi, l'ente locale sceglie il regime di monopolio, dovrà ottenere il pieno accordo della Comunità Autonoma e l'approvazione dell'organo competente; la novità consiste nella creazione di diritti esclusivi, ma limitata ai cosiddetti servizi riservati e non previsti per altri servizi. L'esercizio dell'attività economica al di fuori dei settori riservati non è proibita, però è soggetta a soluzioni restrittive; tuttavia, la limitazione dell'attività economica è in contrasto con l'inesistenza di restrizioni simili nella legislazione nazionale circa l'attività dello Stato e delle Comunità Autonome. Inoltre, l'Unione Europea sembra tutelare ampiamente le autonomie.

Quindi, la *libertà d'impresa* è condizionata da norme del diritto dell'UE e da limitazioni previste dalla disciplina nazionale degli enti locali con la finalità di garantire l'economia del mercato e per ulteriori fini di interesse generale, quali, ad es., la tutela dell'ambiente o di beni storico-artistici, l'esercizio di

⁸⁶ V. punto 92 della sentenza del Trib. CE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, cit.

competenze circa la proprietà degli enti locali (art. 25.2 LBRL), la regolazione di diverse attività municipali di erogazione di servizi pubblici (art. 26 LBRL).

Nell'ordinamento spagnolo, tra le attività economiche degli enti locali, è di certo prevalente la *gestione* dei servizi pubblici nelle note forme *diretta* o *indiretta* (art. 85 LBRL); le forme di gestione sono riconducibili alle varie modalità di organizzazione di un servizio di proprietà locale e sono inquadrate nell'ambito del potere di auto-organizzazione delle entità locali (art. 4 LBRL) secondo un'interpretazione costituzionale consolidata⁸⁷.

La *gestión interesada* e il *concierto*⁸⁸ sono forme di gestione particolari con una certa tradizione e che sono state inizialmente considerate nel testo (art. 277) della *Ley 9/2017* del 9 novembre 2017 (di trasposizione delle direttive UE n. 23 e 24 del 2014) in vigore dal 9 marzo 2018), ma in seguito eliminate, dato che il testo vigente⁸⁹ considera solamente la concessione di servizi (artt. 284-297) e il contratto di servizi (artt. 308-313). Nella *gestión interesada*, l'amministrazione e l'operatore economico partecipano ai risultati dello sfruttamento del servizio nella proporzione stabilita nel contratto (com'era previsto nell'art. 277 b) del *Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público*, TRLCSP); si tratta di una modalità introdotta dalla LBRL e consiste nella gestione privata del servizio e nella distribuzione dei rischi dell'esercizio secondo modalità concordate. Un reddito minimo può essere stabilito a favore di una delle parti associate, a carico dell'altra parte, quando il risultato dell'attività non comporti una certa quantità di utili (art. 180 RLCAP).

Il *concierto* tra ente locale e una persona fisica o giuridica che eroga servizi analoghi a quelli pubblici (com'era previsto nell'art. 177 c) TRLCSP), è una soluzione per i casi in cui, per la natura delle prestazioni o per la maggiore efficienza rispetto a un servizio pubblico (art. 181 RLCAP), è più conveniente per l'amministrazione l'attività del privato. È un caso di gestione privata, ma vengono utilizzati i mezzi (materiali e personale) dell'ente locale (art. 143 RSCL). Vi sono ulteriori schemi giuridici, non previsti dalla disciplina sui contratti pubblici, quali l'*arrendamientos*, in base al LBRL, il consorzio (art. 87 LBRL) e la gestione con un'*organización especializada* (artt. 101-102 TRRL) secondo regole specifiche⁹⁰.

Nel contesto della riforma dell'amministrazione pubblica, sono stati modificati gli obiettivi e le modalità di gestione dei servizi pubblici per una maggiore efficienza, razionalità e trasparenza, con alcune questioni

⁸⁷ Per una ricostruzione generale delle diverse forme di gestione, si rinvia a L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *Formas de gestión de los servicios públicos locales*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 105 ss.

⁸⁸ Si rinvia a L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *Formas de gestión de los servicios públicos locales*, cit., 139.

⁸⁹ Per il testo vigente consolidato con le ultime modifiche al 4 luglio 2018, si rinvia al sito *www.boe.es*.

⁹⁰ V. L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *op. ult. cit.*, 122 e 139.

critiche di compatibilità con il principio democratico e le autonomie locali⁹¹. Attualmente l'attività di *gestione diretta* può essere esercitata da una sola amministrazione mediante un proprio ente (anche distinto), un organismo autonomo, un'impresa pubblica (secondo regole previste dalla LRSAL) o da una società commerciale con capitale totalmente pubblico (condizionata dalla LRSAL); nel caso di due o più amministrazioni mediante una *mancomunidad* o un consorzio (soggetto alla LRSAL), da una società con capitale totalmente pubblico a cui partecipano diverse amministrazioni (con le condizioni di cui alla LRSAL) oppure da una convenzione tra amministrazioni mediante delegazione, affidamenti e altre soluzioni di cooperazione.

La gestione *indiretta*⁹² è prevista come soluzione di natura contrattuale mediante la concessione di servizi (con trasferimento al concessionario del rischio operativo⁹³) o il contratto di servizi⁹⁴ che comporta prestazioni dirette ai cittadini senza trasferimento del rischio, casi regolati dalla *Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público* (LCSP) e sono ammesse come controparti società commerciali private e società miste.

Questo schema emerge dall'art. 85 LBRL che prevede la gestione, nella forma più sostenibile ed efficiente, dei servizi pubblici direttamente da parte dell'ente locale, da entità direttamente collegate all'ente in regime di decentramento funzionale, quali enti autonomi, enti pubblici aziendali o società commerciali locali e forme di cooperazione mediante enti sovra-municipali (ad es., *mancomunidades*, consorzi); la gestione mediante enti pubblici aziende e società locali è consentita solamente se vi sia un *atto giustificativo* della maggiore sostenibilità ed efficienza da valutare nel caso concreto rispetto alla gestione interna o a un organismo autonomo locale, considerando la redditività economica e il recupero degli investimenti. Questa relazione giustificativa dev'essere approvata, includere i dati sul costo del servizio e il supporto tecnico, e pubblicata. A tal fine, la relazione dell'autorità di controllo locale valuterà la sostenibilità finanziaria delle proposte, in conformità con le disposizioni dell'art. 4 della *Ley Orgánica 2/2012* sulla stabilità di bilancio e la sostenibilità finanziaria (LOEPSF), che ha modificato la LBRL mediante la LRSAL volta al ridimensionamento del settore locale. Anche la *Ley 19/2013* sulla trasparenza,

⁹¹ Esiste un'ampia letteratura e si rinvia tra i molti contributi a T. FONT I LLOVET-A. GALÁN GALÁN, *Principio democrático, autonomía local, estabilidad presupuestaria y servicios públicos: ¿hacia la cuadratura del círculo?*, in *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, cit., 11 ss.

⁹² Sulla nuova disciplina della gestione indiretta dei servizi pubblici locali v. J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, *La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local*, 05/02/2018, in *Diario del derecho municipal*, <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=150877>, 6-10.

⁹³ In tema di rischio operativo e concessione v. G. F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 599 ss.

⁹⁴ Vedi art. 312 LCSP che è oggetto di critiche per la formulazione; si rinvia a J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, *op. cit.*, 10 ss. Circa le cause di risoluzione della gestione contrattuale dei servizi pubblici v. P. MAHILLO GARCÍA-J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, *La increíble y errática historia del carácter básico/no básico de la regulación del rescate como causa de resolución de la gestión contractual de los servicios públicos*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 44, 164 ss.

L'accesso alle informazioni pubbliche e sul buon governo, e la *Ley 40/2015* sul regime giuridico del settore pubblico⁹⁵ (LRJSP) sono giustificate da esigenze di *equilibrio di bilancio* espresse dall'UE e di interventi per far fronte alla crisi economica che, in generale, hanno inciso sul regime degli enti locali negli ordinamenti europei.

Quindi, sono state adottate diverse riforme del sistema amministrativo in conseguenza del diritto europeo e delle misure necessarie per far fronte alla crisi, sul presupposto dei principi di base delle attività degli enti locali in relazione alla gestione dei servizi pubblici (art. 85 LBRL) e, in particolare, i principi di efficienza, stabilità, sostenibilità finanziaria e razionalizzazione, ispiratori della riforma sull'organizzazione; sono state introdotte diverse misure di trasparenza e tra queste la determinazione del costo effettivo dei servizi erogati dagli enti locali (art. 116 *bis* LBRL). Tuttavia, sono emerse critiche circa il pregiudizio economico derivato dalla LRSAL e la preminenza del criterio dell'efficienza, della parità di bilancio, senza includere la qualità dei servizi pubblici; il criterio dell'efficienza economica è imposto, ma senza un'analisi fondata, in assenza di una relazione economica sui "risparmi" effettivi derivanti dalle riforme locali. Dal punto di vista economico, l'efficienza consiste nel raggiungimento degli obiettivi, ma ci sono altri concetti di efficienza, come l'efficienza tecnica, che implica l'ottimizzazione delle risorse: i costi sono ridotti al minimo per ottenere un risultato oppure il risultato è massimizzato a causa di alcuni costi⁹⁶.

Per la potestà di *auto-organizzazione* degli enti locali, riconosciuta dall'ordinamento dell'UE (artt. 106.2 e 345 TFUE; art. 2 della Direttiva 2014/23/UE) e dall'art. 4 LBRL, sono, quindi, previsti *diversi limiti* dalla legislazione statale e delle Comunità Autonome, sebbene la decisione di scelta della forma di gestione del servizio sia considerata esercizio di un potere discrezionale da parte dell'ente titolare; è evidente la riduzione del margine di discrezionalità amministrativa per due profili e cioè circa la regolamentazione delle diverse forme di gestione e la definizione di nuovi limiti sostanziali e procedurali⁹⁷.

La *gestione diretta* del servizio pubblico da parte dell'ente locale, che può derivare anche da una "rimunicipalizzazione", segue le modalità previste dall'art. 67.1 RSCL (*Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*) mediante un'organizzazione specializzata o l'istituzione di un organismo speciale di

⁹⁵ Sulle nuove forme di relazioni tra amministrazioni alla luce dei principi di collaborazione, cooperazione e coordinamento si rinvia a M. VILALTA REIXACH, *Las relaciones interadministrativas en la nueva Ley de régimen jurídico del sector público*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 44, 48 ss.

⁹⁶ Per queste critiche, v. L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *Formas de gestión de los servicios públicos locales*, cit., 108-111. Circa l'efficienza da valutare nel caso concreto v. 116; in generale sulla LRSAL e sulla sostenibilità finanziaria M. BESSOLS COMA, *La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2014, n. 34, 21 ss. Per la conformità alla Costituzione, si rinvia a F. VELASCO CABALLERO, *Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final*, in *Annuario de Derecho Municipal*, 2013, 23 ss.

⁹⁷ V. L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *op. ult. cit.*, 111-113.

amministrazione⁹⁸; in quest'ultimo caso, la direzione, senza un organo amministrativo speciale, implica l'esercizio di tutti i poteri decisionali e di gestione esclusivamente da parte della società⁹⁹, che si assume il rischio (costi, responsabilità) derivante dall'erogazione del servizio.

L'organismo autonomo locale è definito come ente volto all'esecuzione di programmi specifici di promozione, di prestazione e di gestione di servizi pubblici e ciò che lo differenzia è la dipendenza economica dall'ente locale. Per la disciplina giuridica, occorre riferirsi al regime delle amministrazioni che hanno istituito questo tipo di ente, così per il personale, i contratti del settore pubblico e gli aspetti contabili di bilancio.

Le *aziende locali* sono organismi pubblici in forma di impresa aventi ad oggetto la gestione di servizi pubblici o la produzione di beni di interesse pubblico suscettibili di controprestazione e la differenza rispetto agli organismi autonomi è che si finanziano con gli introiti che derivano dalla loro attività; inoltre, il regime giuridico è quello di diritto privato, mentre prevale il diritto pubblico per la formazione della volontà degli organi e l'esercizio di poteri amministrativi, per le regole di bilancio e per i contratti.

La gestione diretta mediante *società commerciali locali* con capitale pubblico segue le indicazioni dell'art. 85.2 LBRL con profili di diritto pubblico e di diritto privato ed è espressione del potere di auto-organizzazione delle amministrazioni locali¹⁰⁰; è previsto un procedimento di costituzione delle società municipali secondo le regole contenute nella *Ley 27/2013* sulla razionalizzazione e sostenibilità dell'amministrazione

⁹⁸ Per la gestione diretta si rinvia a L. MINGUEZ MACHO, *La asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos: perfiles jurídico-administrativos*, M. J. FEIJÓO REY-M. PIMENTEL SILES, *El interés general y la excelencia en los servicios públicos*, Almuzara, Córdoba, 2017, 29 ss.; tra l'altro, l'Autore affronta anche la gestione diretta come conseguenza dell'eventuale "rimunicipalizzazione" per il concetto e per le conseguenze del ritorno alla gestione diretta da parte dell'ente locale; v. altresì J. ORTEGA BERNARDO-M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, *El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales*, in *Anuario de Derecho Municipal* 2015, 2016, n. 9, 63 ss.; J. ESTEVE PARDO, *Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios*, in *Revista de Administración Pública*, 2017, n. 202, 305 ss.; J. TORNOS MAS, *La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 43, 12 ss.; J. M. GIMENO FELIU, *La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo*, *ivi*, 31 ss. Per una visione assai critica di questo indirizzo, si rinvia a VV. AA., *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit Editorial, Barcelona, 2017. Circa i profili di contrasto con il principio di concorrenza nel mercato v. A. COLOMÉ I NIN-S. GRAU I ARNAU, "Remunicipalización" de servicios locales y competencia, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 43, 124 ss.

⁹⁹ Per la direzione e la nomina degli amministratori si rinvia all'art. 68 RSCL; il regime finanziario è quello generale stabilito per le *Corporaciones locales*. L'art. 69 RSCL prevede la gestione diretta senza un organismo speciale, per i servizi che comportino l'esercizio di poteri autoritativi; mentre in generale tutti i servizi pubblici locali possono essere erogati da un organismo speciale dotato di un consiglio di amministrazione con una particolare composizione (art. 57 RSCL).

¹⁰⁰ Si rinvia a L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *op. ult. cit.*, 121 ss. e per le società commerciali locali con capitale interamente pubblico v. 132 ss. Per le tipologie di società locali e sulle società miste v. D. SANTIAGO IGLESIAS, *Empresas locales*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 153 ss. e ID., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel, Madrid, 2010; C. CHINCHILLA MARÍN, *Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?*, in *RAP*, 2017, n. 203, 17 ss.

locale con alcuni divieti significativi. Si consideri, ad es., il divieto per gli enti locali di istituire o di partecipare alla costituzione delle *holdings* e ciò vale (sez. 3 della nuova Disposición Adicional 9. LBRL) per le organizzazioni, le entità, le società, i consorzi, le fondazioni e le altre entità affiliate.

Vi sono, inoltre, restrizioni per la creazione di nuove società municipali e, infatti, gli enti locali indicati nell'art. 3.1 LBRL e gli organismi autonomi da essi dipendenti non possono acquisire, costituire o partecipare alla costituzione, direttamente o indirettamente, di nuovi enti, società, consorzi e fondazioni, durante il periodo di validità del suo piano economico finanziario o del suo piano di adeguamento. Allo stesso modo, queste entità non sono autorizzate ad erogare contributi azionari o a sottoscrivere domande di ampliamento di capitale di società commerciali locali, sebbene, eccezionalmente, possano effettuare tali operazioni se, nel precedente esercizio finanziario, siano stati rispettati gli obiettivi della stabilità di bilancio e di riduzione del debito pubblico.

Agli enti locali è riconosciuta libertà nella scelta della forma di gestione dei servizi pubblici previsti dall'art. 85.2 LBRL, nonostante la capacità decisionale sia stata significativamente ridotta dopo la nuova formulazione della LRSAL, in base alla quale la costituzione di aziende pubbliche per la gestione diretta dei servizi municipali è soggetta ad una serie di condizioni: l'accertamento contenuto in una relazione giustificativa da cui risulti che la gestione mediante una società pubblica è più sostenibile ed efficiente rispetto alla gestione da parte del medesimo ente locale o da organi autonomi, tenendo conto dei criteri di redditività economica e di recupero dell'investimento. Questa relazione dev'essere sottoposta all'approvazione plenaria ed è necessario includere in essa rapporti sul costo del servizio e sul supporto tecnico ricevuto, che dovrebbero essere resi pubblici. A tal fine, è necessaria una relazione sulla sostenibilità finanziaria dell'iniziativa¹⁰¹, in conformità a quanto previsto dall'art. 4 della *Ley Organica 2/2012*.

Anche l'art. 86 LBRL è significativo nel senso che nella struttura sistematica della disciplina, i servizi pubblici locali (art. 85) sono definiti in opposizione all'iniziativa economica pubblica prevista dall'art. 86 e, pertanto, la disposizione dell'art. 86.1 LBRL non è applicabile per la creazione o l'istituzione di un nuovo servizio pubblico. Tuttavia, questo schema elementare può anche essere messo in discussione nella misura in cui non vi sia un concetto chiaro di servizio pubblico e ciò rileva per il requisito dell'elenco di cui all'art. 86.1 LBRL: la sostenibilità finanziaria della nuova attività e il suo possibile impatto sul mercato. Per il concetto di servizio pubblico locale, l'art. 85.1 LBRL non offre alcuna precisazione, perché in base a questo precetto, qualsiasi attività rientrante nell'ambito dei compiti di un ente locale è un servizio pubblico locale; in assenza di ulteriori elementi, si potrebbe ritenere che i nuovi servizi pubblici, nella

¹⁰¹ Per il settore dei servizi pubblici, si rinvia a T. RAMON FERNANDEZ, *Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestión*, in *RAP*, 2016, n. 200, 439 ss.

misura in cui incidono sui mercati esistenti, producano effetti simili a quelli di un'iniziativa economica pubblica e, pertanto, sono soggetti all'art. 86.1 LBRL. Questa interpretazione, anche se non corrisponde al tenore letterale dell'art. 86.1 LBRL, sarebbe sostenibile; in relazione a ciò, occorre considerare due questioni sulla possibile portata dei requisiti di cui all'art. 86.1 LBRL: una prima questione deriva dall'applicabilità dell'art. 86.1 LBRL ad entrambe le categorie dei servizi in concorrenza e riservati; la seconda questione riguarda l'eventuale inapplicabilità dell'art. 86.1 LBRL ai servizi municipali minimi intesi come obbligatori¹⁰².

Ai fini della procedura di costituzione di una società locale, occorre distinguere tra le società interamente pubbliche e le *società miste*¹⁰³ nelle quali, peraltro, la partecipazione al capitale del socio pubblico dev'essere maggioritaria ed il socio privato dev'essere individuato mediante una gara (*Disposición adicional vigésima segunda* della *Ley 9/2017*, circa l'aggiudicazione di contratti di concessione di servizi a società di economia mista¹⁰⁴). In particolare, secondo l'art. 7.4 LBRL l'esercizio da parte degli enti locali di competenze diverse dalle proprie e da quelle delegate, è condizionato dall'assenza di rischio per la sostenibilità finanziaria, in conformità con i requisiti della legislazione di stabilità di bilancio, e di erogazione simultanea dello stesso servizio pubblico da parte di un'altra amministrazione pubblica. A tal fine, sono necessarie e vincolanti le dichiarazioni dell'ente competente circa l'inesistenza di duplicati di servizi e dell'amministrazione a cui è stata assegnata la responsabilità finanziaria delle nuove competenze (art. 7.4 LBRL introdotto dalla LRSAL del 2013).

6. L'intervento degli enti locali nelle attività economiche dei privati: la direttiva servizi 2006/23/CE e le soluzioni comuni ai due ordinamenti

Nell'ambito delle competenze previste dall'ordinamento, le amministrazioni locali hanno adottato varie forme di intervento nelle attività dei privati sulla base di regole che condizionano con diversa intensità diritti soggettivi, interessi legittimi o semplici interessi e, tra i provvedimenti più frequentemente adottati,

¹⁰² D. SANTIAGO IGLESIAS, *Empresas locales*, cit., 164 ss.

¹⁰³ Per le distinzioni tra le due soluzioni di società circa la disciplina, la struttura e il funzionamento, le responsabilità v. D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, 169 ss.; in particolare, la società mista si caratterizza per dinamiche di tensione, dato che i partner hanno interessi contrastanti: l'obiettivo perseguito dal socio privato è la massimizzazione dei profitti, mentre la parte pubblica è interessata ad ottenere, fondamentalmente, la migliore prestazione possibile di un servizio pubblico. Quindi, i meccanismi a disposizione dei soci di minoranza per controllare l'attività degli azionisti di maggioranza o del soggetto giuridico che esercita il controllo effettivo, sono volti alla protezione dei propri interessi e del funzionamento della società in cui il partner pubblico deve garantire la buona esecuzione del servizio. La regolazione dei rapporti dipende dalle garanzie previste dalla disciplina societaria applicabile, che deve essere, comunque, compatibile con la presenza dell'amministrazione in qualità di socio e il perseguimento di interessi pubblici.

¹⁰⁴ Si rinvia a M. B. ESPAÑA MARTÍ, *Disposición adicional vigésima segunda*, in M. A. RECUERDA GIRELA (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2018, 2038 ss.

vi sono la licenza o l'autorizzazione amministrativa, al fine di verificare se l'attività sia in contrasto con l'interesse pubblico; questi istituti sono presenti sia nell'ordinamento italiano, sia in quello spagnolo. Vi sono, inoltre, gli atti di controllo preventivo come permessi, abilitazioni, registri amministrativi e controlli che, in Spagna, sono disciplinati da tre livelli di disciplina (nazionale, delle Comunità Autonome e degli enti locali).

Nell'ordinamento italiano, l'indirizzo di *liberalizzazione* è emerso con evidenza nel d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo): l'art. 3 prevedeva l'abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche¹⁰⁵ e, in seguito, il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 – “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività” – convertito con modifiche nella l. 24 marzo 2012, n. 27, prevede norme generali sulle liberalizzazioni delle attività economiche¹⁰⁶, la riduzione degli oneri amministrativi per le imprese e diverse abrogazioni di norme contenenti vincoli e restrizioni, in attuazione dell'art. 41 Cost. e del principio di concorrenza stabilito dal TFUE. Di conseguenza, in base all'art. 1, sono state abrogate, ad es., “a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso¹⁰⁷ dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività

¹⁰⁵ “1. Comuni, Province, Regioni e Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica. 2. Il comma 1 costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese”. Si consideri anche il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, sempre in tema di disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria.

¹⁰⁶ Si rinvia a F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177 ss.; M. ANDREIS, *L'accesso alle attività economiche private tra liberalizzazione e semplificazione*, in *Dir. econ.*, 2013, 255 ss.; F. D'ANGELO, *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, 807 ss.

¹⁰⁷ La liberalizzazione delle attività economiche ha comportato, come è noto, iniziative di semplificazione amministrativa anche mediante modifiche della legge sul procedimento amministrativo e per questo tema si rinvia a F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 579 ss. Secondo l'Autore, la liberalizzazione si è particolarmente diffusa come strumento di intervento a fronte della crisi economica, anche se vi sono stati in tal senso diversi fenomeni legislativi precedenti; la liberalizzazione “anticrisi” ha comportato la generalizzazione dell'iniziativa del privato “con riserva di intervento inibitorio da parte della pubblica amministrazione”, soluzione che si è sostituita al modello tradizionale del divieto di attività con riserva di autorizzazione amministrativa. Quindi, il privato è libero dai condizionamenti amministrativi ed è migliorato “il tempo” dell'iniziativa economica in una fase di difficoltà; in questo contesto, l'intervento del legislatore appare un fattore determinante di un'economia in “movimento” positivo, ma in realtà è emerso un effetto concreto limitato. Per approfondimenti v. M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, 16 settembre 2015, in www.federalismi.it n. 17/2015; si consideri ad es. il c.d. decreto Scia 2 con il d. lgs. 25 novembre 2016, n. 222, per una migliore definizione dei casi di autorizzazione e dei meccanismi di semplificazione e per approfondimenti v. A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. Amm.*, 2017, 699 ss., spec.

economica non giustificati da un interesse generale, *costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario* nel rispetto del principio di proporzionalità; b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli ecc.”.

La tendenza a liberalizzare l'iniziativa economica privata ha portato in una certa fase ad un tentativo di revisione dell'art. 41 Cost. mediante un disegno di legge costituzionale¹⁰⁸ che affermava la logica di permettere tutto ciò che non sia espressamente vietato dalla legge, assai criticata, ma in seguito introdotta in parte nel d.l. n. 138/2011 (convertito con modificazioni nella l. n. 148/2011).

La funzione dell'amministrazione di intervento e di limitazione di attività eterogenee comporta restrizioni nell'esercizio dei diritti dei cittadini, al fine di salvaguardare gli interessi generali che potrebbero essere pregiudicati dalle condotte di soggetti privati e pubblici. In particolare, negli ultimi anni, in base ai vincoli normativi imposti dal diritto dell'UE volti a garantire il mercato interno e la libera circolazione dei servizi, l'ordinamento spagnolo ha affrontato una trasformazione strutturale e radicale del modello di intervento amministrativo nelle attività private, nel tentativo di eliminare o ridurre l'intensità dei meccanismi di controllo preventivo e successivo.

In effetti, i condizionamenti per gli ordinamenti interni che derivano dall'UE sono vari e riguardano vari settori del mercato interno e comportano il controllo dell'attività privata come, ad es., i vincoli emergenti dalla *direttiva sui servizi 2006/23/CE*. Le norme generali consistono nell'art. 14.2 del TFUE secondo cui il mercato interno implica uno spazio senza frontiere in cui è garantita la libera circolazione dei servizi; questa garanzia si basa sull'art. 43 TFUE circa la libertà di stabilimento e l'art. 49 TFUE sulla libera prestazione di servizi¹⁰⁹. Tuttavia, esistono numerosi ostacoli che impediscono o arrestano lo sviluppo di servizi negli Stati membri e tra questi limiti l'eccesso di procedure amministrative, l'incertezza giuridica che caratterizza le attività transfrontaliere nonché la mancanza di fiducia reciproca tra gli Stati membri; è necessario eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei fornitori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi e garantire, ai destinatari e ai fornitori dei servizi, un'adeguata disciplina per un

733-743; R. BERTOLI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1381 ss.

¹⁰⁸ Disegno di legge costituzionale, XVI Legislatura, AC 4144, per la revisione degli artt. 41, 97 e 118, quarto comma, Cost. Per questa fase di evoluzione della liberalizzazione v. C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 359 ss.

¹⁰⁹ Per queste libertà v. I. BORRELLO - E. CASSESE - E. CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione Europea*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, cit., 40 ss.



efficace esercizio e la sicurezza giuridica necessaria per l'esercizio effettivo di queste due libertà fondamentali del TFUE.

Come è noto, l'art. 4 della direttiva considera come servizio qualsiasi attività economica prestata per conto proprio e generalmente in cambio di una remunerazione come previsto dall'art. 57 TFUE; nel *considerando* n. 33 si riconosce che il concetto di servizio include attività di varia natura e in costante evoluzione e l'art. 2 della direttiva delimita l'ambito di applicazione. In sostanza, la direttiva servizi con l'obiettivo di rendere più facile la libertà di stabilimento dei prestatori di servizi, introduce chiaramente il *principio di semplificazione amministrativa* limitando i controlli e l'autorizzazione ai casi in cui sia necessaria per ragioni prevalenti di interesse generale, secondo modalità di controllo che devono essere proporzionate per non comportare discriminazioni o in cui l'obiettivo del controllo perseguito non potrebbe essere conseguito con una misura meno restrittiva. Qualsiasi limitazione delle libertà di stabilimento e di fornitura deve essere considerata, quindi, come un'eccezione alla regola generale; in questa prospettiva dev'essere collocata la semplificazione del procedimento amministrativo prevista dalla direttiva, al fine di rendere più agevole e veloce l'accesso alle attività di servizio e l'esercizio nel mercato interno.

Proprio le licenze e le autorizzazioni sono considerate limitazioni all'esercizio delle libertà di circolazione, di stabilimento e di prestazione dei servizi, e in generale sono escluse, ma ammesse in alcuni casi con una motivazione; l'importanza economica della *libertà di prestazione dei servizi* è centrale per la realizzazione del mercato interno europeo e per lo sviluppo dei mercati nazionali. Dall'applicazione è derivato un incremento esponenziale dei settori liberalizzati negli ultimi vent'anni con rilevanti modifiche per le tecniche dell'intervento amministrativo.

In base all'art. 57 TFUE, questa libertà è delimitata con carattere residuale dall'applicazione delle altre libertà e dal concetto generale¹¹⁰; la distinzione tra libera prestazione di servizi e la libertà di circolazione delle merci e dei capitali può risultare piuttosto problematica e l'aspetto che differenzia questa libertà da quella di stabilimento è la temporaneità. Per la libertà di circolazione delle merci e dei capitali, occorre ricondurre la situazione concreta alla libera prestazione di servizi in via residuale, quando la questione non rientri in nessuna delle altre libertà. In sostanza, secondo il TFUE, per risolvere i casi dubbi, occorre verificare se la situazione sia inseribile in una delle altre libertà simili e, quando non sia possibile, si procede solo a posteriori, all'applicazione del regime di libera prestazione dei servizi. Il cambiamento veramente

¹¹⁰ L'art. 57 TFUE, infatti, afferma che "Ai sensi dei Trattati, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni. Senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini".

radicale è rappresentato dai nuovi presupposti previsti dal quadro generale europeo sui sistemi di autorizzazione; i criteri generali consistono nel principio di proporzionalità, nel carattere necessariamente regolamentato di qualsiasi regime di autorizzazione nazionale, nella sua limitazione temporale e nella predeterminazione dei principi che regolano le procedure¹¹¹.

Quindi, la direttiva del 2006 ha imposto *obiettivi uniformi*, secondo la logica dell'integrazione, per tutti gli Stati membri: la semplificazione amministrativa, la diffusione di procedimenti telematici e un particolare regime di autorizzazione (art. 46); in caso di semplificazione amministrativa, non dovrebbero essere imposti i requisiti formali in modo generalizzato ed è, tuttavia, necessario garantire che l'autorizzazione di accesso sia la regola generale, per un'attività di servizio o per il suo esercizio in tutto il territorio nazionale, a meno che non sia obiettivamente giustificato richiedere un'autorizzazione individuale per ogni singolo stabilimento o una limitazione dell'autorizzazione a un luogo determinato nel territorio nazionale, per un motivo imperativo di interesse generale (considerando 47 della direttiva sui servizi).

Emergono, quindi, una certa tensione tra il diritto, la libera prestazione riconosciuta nel TFUE e le varie forme di controllo amministrativo negli ordinamenti interni: un delicato equilibrio da garantire tra l'effettività e la competitività, tra le libertà fondamentali del mercato secondo l'obiettivo generale dell'integrazione giuridica europea nel rispetto di interessi generali prevalenti (tutela dell'ambiente, la sicurezza e l'ordine pubblico, la salute pubblica e la tutela sociale). Per questi settori, gli Stati membri hanno perso inevitabilmente la loro autonomia per l'individuazione delle finalità e degli strumenti di intervento in un quadro di necessario bilanciamento tra l'autonomia istituzionale e le esigenze di leale collaborazione tra gli Stati¹¹². Lo schema proposto di autorizzazione per l'esercizio di un'attività economica deve basarsi su elementi obiettivi predeterminati e non dev'essere fonte di discriminazione tra i privati operatori economici, escludendo qualsiasi arbitrarietà, mediante un procedimento accessibile alle parti interessate volto a considerare le loro richieste entro un termine ragionevole secondo imparzialità. Nell'ordinamento spagnolo, la spinta verso la semplificazione al fine di favorire la speditezza nell'esercizio di attività economiche non ha sempre comportato la sostituzione delle autorizzazioni¹¹³ con la

¹¹¹ Per approfondimenti si rinvia a S. E. FRANCO ESTOBAR, *La autorización administrativa en los servicios de interés económico general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, 173 ss.

¹¹² Si rinvia a M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, *Regulación y control local de las actividades económicas: licencias, declaraciones responsables y comunicaciones*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 45.

¹¹³ Per una ricostruzione dell'autorizzazione amministrativa nell'ordinamento spagnolo e delle figure equivalenti come il silenzio-assenso, v. S. E. FRANCO ESTOBAR, *op. cit.*, 199 ss.; la tecnica dell'intervento pubblico nell'iniziativa economica dei privati è prevalentemente riconducibile allo schema che prevede una restrizione, un disincentivo o un ostacolo, che ritarda o sospende il diritto soggettivo dell'operatore economico, a meno che vi sia la dichiarazione dell'autorità amministrativa che adotta l'autorizzazione, prevista dalla legge, all'esercizio dell'attività privata. Si rinvia altresì a J. J. MONTERO PASCUAL, *Regulación económica*, cit., 111 ss., che esamina concessioni e autorizzazioni, provvedimenti che consentono l'entrata nel mercato concorrenziale. Per il caso particolare delle

dichiarazione responsabile¹¹⁴ o la previa comunicazione di avvio dell'attività. Ad es., quando si tratta di attività collegate ad autorizzazioni, il cui rilascio coinvolge diverse amministrazioni, una tecnica di semplificazione può comportare la sostituzione dell'autorizzazione con una relazione (obbligatoria e vincolante), la cui richiesta sarà esaminata solo dall'amministrazione, a cui spetta la responsabilità della fase istruttoria.

Oltre alla semplificazione amministrativa, la direttiva sui servizi prevede anche una disciplina su diverse forme di cooperazione amministrativa tra gli Stati membri, al fine del corretto funzionamento del mercato interno dei servizi, come emerge dal *considerando* 105, con importanti forme di semplificazione delle procedure; questa cooperazione si qualifica come orizzontale, mentre è verticale quella con la Commissione europea che si prospetta come assistenza "multilaterale" per identificare o accertare un fornitore di servizi o la sua istituzione in un altro Stato membro. La semplificazione si caratterizza per due manifestazioni, come evoluzione delle strutture e delle organizzazioni pubbliche, comprese le misure di carattere organizzativo e tecnologico, per migliorare l'efficacia dell'azione amministrativa; mentre la seconda è la semplificazione procedurale che opera sul procedimento amministrativo, mediante fasi meno complesse e più efficienti, riducendo gli oneri amministrativi e perseguendo la razionalizzazione, per attribuire efficienza, celerità ed efficacia all'attività amministrativa.

Quindi, in generale, la direttiva, anche se si riferisce a settori particolari, ha rappresentato un'evoluzione decisiva verso l'integrazione amministrativa, specificando i compiti di assistenza reciproca e di scambio di informazioni tra gli ordinamenti; in caso di inutilità o di mancata giustificazione dell'autorizzazione, si prospetta la violazione del divieto di restrizioni alle libertà contenute nel Trattato e richiamate dalla direttiva.

La norma più rilevante è senza dubbio l'art. 10 della direttiva sui servizi, dato che prevede una disposizione generale circa la sostituzione della previa autorizzazione con un altro schema meno gravoso per le fasi di istruttoria e di controllo; secondo il comma 1, i *regimi di autorizzazione* per l'accesso al mercato¹¹⁵ devono basarsi su criteri che riconducano il potere di valutazione delle autorità competenti ad un ambito di esercizio non arbitrario e tra i criteri generali (comma 2) "a) non discriminatori; b) giustificati da un motivo imperativo di interesse generale; c) commisurati all'obiettivo di interesse generale; d) chiari e inequivocabili; e) oggettivi; f) resi pubblici preventivamente; g) trasparenti e accessibili". Tra le ragioni

autorizzazioni nel settore del commercio v. S. SIMOU, *La regulación local del comercio*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 193 ss.

¹¹⁴ Si segnala la *Ley 16/2015* della Catalogna sulla semplificazione dell'attività amministrativa, di impulso per l'attività economica.

¹¹⁵ V. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Derecho administrativo económico*, cit., 227 ss. e circa la questione della trasmissibilità dei titoli abilitanti o dei diritti di uso, che dipende dai requisiti soggettivi, dai settori e che condiziona il numero degli operatori, v. 275-276.

imperative di interesse generale che consentono l'adozione dell'autorizzazione, vi sono l'ordine pubblico, la sicurezza e la salute pubblica¹¹⁶.

I caratteri generali dell'autorizzazione sono, come è noto, assai puntuali circa le condizioni di rilascio, dato che non devono essere “un doppione di requisiti e controlli equivalenti o sostanzialmente comparabili, quanto a finalità, a quelli ai quali il prestatore è già assoggettato in un altro Stato membro o nello stesso Stato membro” con un sistema di collegamento tra le autorità per le necessarie informazioni (comma 3). L'oggetto dell'autorizzazione consiste nella possibilità di accedere all'attività di servizi o di esercitarla su tutto il territorio nazionale mediante varie forme (apertura di rappresentanze, filiali o uffici, succursali) a meno che vi sia “un motivo imperativo di interesse generale” che giustifichi un'autorizzazione specifica o una limitazione dell'efficacia ad una certa parte del territorio (comma 4) e il rilascio dipende da “un adeguato esame” del caso concreto circa la sussistenza delle condizioni richieste (comma 5).

Sono, inoltre, espressamente previsti un *obbligo di motivazione*, “salvo nel caso di rilascio di un'autorizzazione”, per qualsiasi decisione delle autorità competenti incluso il diniego o il ritiro dell'autorizzazione e la tutela giurisdizionale (“ricorso dinanzi a un tribunale o ad un'altra istanza di appello”); tra l'altro è chiaramente precisato che la direttiva non interferisce con il sistema nazionale delle competenze nel senso che l'art. 10 “non mette in discussione la ripartizione di competenze, a livello *locale* o regionale, delle autorità degli Stati membri che concedono tale autorizzazione”. Tuttavia, se emerge l'inutilità o la mancanza di giustificazione dell'autorizzazione, la sua adozione sarà considerata come una violazione del divieto di restrizioni alle libertà contenute nel TFUE e specificate dalla direttiva¹¹⁷. In sostanza, il TFUE (art. 106.2) e la direttiva intendono *conciliare* gli interessi degli Stati membri nel consentire certe attività e forme di società, in particolare nel settore pubblico, con l'interesse al rispetto delle regole sulla concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato¹¹⁸.

Nell'ordinamento spagnolo, la *Ley 17/2009* relativa agli enti locali e alle attività di erogazione di servizi ha trasposto la direttiva sui servizi e tra le finalità delle disposizioni, la libertà di stabilimento dei soggetti erogatori, la libera prestazione di servizi e un livello elevato di qualità delle prestazioni; i principi generali richiamati sono la semplificazione del procedimento, l'accesso alle attività economiche private senza l'applicazione del regime tradizionale dell'autorizzazione, a parte quei casi in cui emerge un motivo

¹¹⁶ Si rinvia a S. E. FRANCO ESTOBAR, *op. ult. cit.*, 183 ss., spec. 184 con riferimenti di giurisprudenza comunitaria.

¹¹⁷ V. S. E. FRANCO ESTOBAR, *op. ult. cit.*, 179.

¹¹⁸ Ulteriori norme riguardano la durata e la validità dell'autorizzazione (art. 11) con regole puntuali sull'eventuale procedura selezione tra più candidati potenziali con garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità e sulle procedure di autorizzazione (art. 13). Queste regole generali di necessaria applicazione negli ordinamenti nazionali hanno comportato particolari riforme normative, complicazioni e adattamenti delle discipline vigenti nell'ordinamento spagnolo e in quello italiano.

imperativo di interesse generale e dev'esservi proporzionalità. Gli istituti introdotti in sostituzione dell'autorizzazione sono la comunicazione e la dichiarazione responsabile dell'operatore economico (art. 5) per velocizzare il controllo dell'attività nonché il silenzio assenso con applicazione generale (art. 6) e casi di silenzio amministrativo in senso negativo (rifiuto) come eccezioni previste da una norma di legge per giustificate ragioni di interesse generale. In conseguenza dei principi affermati dalla *Ley 17/2009* e dalla *Ley 25/2009*, per la necessaria conformità alla direttiva UE n. 23/2006, è intervenuta una revisione di tutta la consistente disciplina sull'accesso ad attività di prestazione di servizi (energia, servizi industriali, gestione dei rifiuti, servizio idrico, trasporti e comunicazioni, sanità, ecc.).

Vi sono altri atti che rilevano per il settore economico: regolamenti e ordinanze dei Comuni e delle Province circa le sovvenzioni, l'energia rinnovabile, la gestione dei rifiuti e dei servizi pubblici locali e per aspetti organizzativi e di procedimento, ovviamente riconducibili all'autonomia organizzativa (art. 4.1. a) LBRL). Le ordinanze che riguardano direttamente l'attività economica privata devono essere previste dalla legge, come richiesto dall'art. 38 Cost. in relazione all'art. 53.1; tuttavia, questa riserva di legge è relativa e incentrata sull'ingresso e sulla conservazione della posizione nel mercato rispetto all'attività economica stessa. Circa la riserva di legge prevista per la libertà di impresa nel contesto dell'economia di mercato (art. 38 Cost.) è discutibile se sia soddisfatta con il semplice richiamo – nell'art. 84.1a) LBRL – alle entità locali che “possono intervenire sull'attività dei cittadini” mediante ordinanza. Assumono maggiore rilevanza normativa, rispetto alla riserva costituzionale di cui all'art. 38 Cost., gli artt. 84.1.b) e 84 *bis* LBRL. Da un lato, l'art. 84.1.b) LBRL, introdotto dalla legge 17/2009, riguarda il libero accesso all'attività di erogazione di servizi e al suo esercizio; mentre l'art. 84 *bis* LBRL dichiara restrittivamente i motivi per cui un'ordinanza può subordinare a certe condizioni una licenza comunale per l'esercizio di un'attività o l'apertura di una infrastruttura di erogazione ad es., di elettricità. Del resto, la licenza amministrativa rappresenta una tradizionale modalità di controllo pubblico preventivo sulle attività private ed è uno degli atti più frequentemente adottati dagli enti locali.

Nella tradizione dell'ordinamento spagnolo, è evidente una rilevante presenza dello Stato nella disciplina del settore economico che coinvolge gli enti locali e ciò emerge dal RSCL (*Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, 1955) che disciplina un ampio intervento delle amministrazioni locali nell'economia, adottato in un contesto storico in cui prevaleva un'impostazione assai centralizzata. In seguito, l'introduzione delle Comunità Autonome, in attuazione della garanzia costituzionale (art. 137), ha comportato una progressiva disapplicazione del regolamento; tuttavia, le Comunità non si sono inserite completamente nei settori delle attività economiche e dei servizi locali, e nel tempo hanno adottato alcune soluzioni parziali e settoriali della RSCL (ad es., per le licenze ambientali che coinvolgono le attività economiche), applicando le norme in caso di assenza di diversa disciplina. Infatti, il RSCL è stato sempre

considerato un riferimento come testo sistematico sulle attività locali. Più recentemente, per gli obiettivi di liberalizzazione economica e gli sforzi di superamento della crisi, lo Stato ha recuperato uno spazio di competenza per attività economiche e servizi pubblici, anche sulla base dell'art. 149.1.13 della Costituzione¹¹⁹; da ciò alcune modifiche necessarie della RSCL circa il regime delle licenze comunali mediante il *Real Decreto 2009/2009* e dei consorzi locali disciplinati dalla LRJSP, e la conseguente prevalenza della disciplina statale.

Il modello dell'amministrazione che interviene nelle attività private (art. 84.1 a) LBRL) comporta inevitabilmente questioni di coordinamento e di limiti nel godimento dei diritti individuali, quali il diritto di proprietà (art. 33.1 Cost.) e di libera impresa (art. 38 Cost.), analogamente ai riferimenti costituzionali dell'ordinamento italiano; le forme di intervento locale nelle attività economiche private sono varie (artt. 84 e 84 *bis* LBRL) e lo strumento giuridico dell'ordinanza, che impone determinati comportamenti, è assai diffuso, con diverse forme di controllo e di ispezione circa licenze, previe comunicazioni dei privati e dichiarazioni di responsabilità e, in caso di violazioni di doveri, con poteri repressivi.

E', peraltro, evidente che i poteri di intervento locale sono stati limitati dalla tendenza alla *liberalizzazione nell'economia* degli ultimi decenni nonché dalla recente *privatizzazione*¹²⁰ per far fronte alla situazione di crisi che ha comportato anche l'utilizzo di *entidades colaboradoras* private con specifiche qualifiche tecniche: sono imprese private che collaborano con il titolare dell'attività economica e non con l'ente locale. Con questi presupposti può ritenersi affermato uno schema di *economia collaborativa* anche mediante servizi forniti dai privati, come nel caso del trasporto urbano con questioni critiche circa la regolazione¹²¹. Si prospetta la questione centrale di qualificare le attività private di prestazione di servizi di trasporto e di gestione delle

¹¹⁹ L'art. 149.1.13 prevede la competenza esclusiva dello Stato in materia di principi di base e di coordinamento della pianificazione generale dell'attività economica.

¹²⁰ Sono emerse tendenze volte alla privatizzazione, ma anche qualche iniziativa, non semplice da realizzare, di *rimunicipalizzazione*, ad es. per il servizio idrico; v. J. PONCE SOLÉ, *Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2016, n. 40, 68 ss.; J. ESTEVE PARDO, *Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios*, in *RAP*, 2017, n. 202, 305 ss. Circa l'estensione della privatizzazione, vi sono alcuni profili critici di costituzionalità per attività tipicamente pubblicistiche dell'amministrazione e sulla questione si rinvia a M. J. CARAZO LIÉBANA, *Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2011, n. 27, 51 ss. In generale, riguardo al dibattito circa la gestione pubblica o privata v. T. FONT I LLOVET - A. GALÁN GALÁN, *El debate sobre los servicios públicos locales: público y privado, la efectividad de los derechos sociales, autonomía y financiación*, in T. FONT I LLOVET - A. GALÁN GALÁN (dir.), *Participación ciudadana y regeneración política. Retos de la gestión de los servicios públicos y de los derechos sociales*, *Anuario del Gobierno Local 2017*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2017, 11 ss.

¹²¹ Per il caso del trasporto taxi con la gestione *Uber* che ha coinvolto diversi ordinamenti v. F. VELASCO CABALLERO, *El derecho económico local: objeto, fuentes y formas*, cit., 32-33. Per l'ordinamento italiano, si ricorda la segnalazione dell'AGCM in merito alla riforma del settore della mobilità n. 2782/2017 e il parere 29 settembre 2017, si rinvia al sito istituzionale; v. il parere del Cons. St., 23 dicembre 2015, n. 3586, in www.giustizia-amministrativa.it, e, infine, Corte di Giustizia, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15, in www.curia.europa.eu.

locazioni come attività d'impresa e, in tal caso, riconducibile alla regolazione come previsto dall'art. 38 Cost. con la conseguente riserva di legge per l'ingresso nel mercato. In effetti, la prospettiva di esternalizzazione di queste attività, giustifica, secondo l'art. 4.1 LRJSP, la necessaria regolazione, mentre difficilmente potrebbe applicarsi oggi, in considerazione dei criteri dell'art. 84 *bis* LBRL, il regime della licenza comunale "tradizionale"; sarebbe, invece, possibile estendere a questi casi la comunicazione preventiva o la dichiarazione responsabile¹²².

La *Ley 2/2011 sull'economia sostenibile* prevede la semplificazione per alcuni settori da incentivare, al fine di una maggiore competitività e innovazione; sono stati introdotti nel LBRL gli artt. 84 *bis* e 84 *ter* sulla dichiarazione responsabile e la previa comunicazione e, in particolare, l'art. 84 *bis* stabilisce "come regola generale, l'esercizio delle attività non è soggetto all'ottenimento di una licenza o di altri strumenti di controllo preventivo". Gli strumenti tradizionali possono essere, invece, conservati, ma solo in determinate materie di particolare importanza, in base al principio di proporzionalità e di previa motivazione circa la loro necessità e a condizione che non vi sia un altro titolo amministrativo destinato a tutelare l'interesse generale; inoltre, è espresso l'obiettivo per le amministrazioni di ridurre l'adozione di licenze per l'esercizio di attività economiche, limitandole esclusivamente ai casi previsti dalla legge con finalità di razionalizzazione¹²³.

In seguito, la *Ley 12/2012* e il *Real decreto-Ley 19/2012* introducono misure urgenti per la liberalizzazione del commercio, al fine di eliminare gli ostacoli amministrativi allo sviluppo dell'iniziativa imprenditoriale; la *Ley 20/2013* circa la *Garantía de la Unidad de Mercado*¹²⁴, per attuare i principi contenuti nella direttiva

¹²² Per approfondimenti in tema di previa comunicazione e di dichiarazione responsabile, si rinvia a M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, *op. cit.*, 63-68.

¹²³ Sull'evoluzione della regolazione amministrativa delle attività economiche, si rinvia a L. COSCULLUELA MONTANER, *El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica*, in *RAP*, 2016, n. 200, 103 ss. L'Autore esamina l'evoluzione dell'ordinamento spagnolo a partire dall'entrata nella CEE fino alle conseguenze giuridiche della direttiva 2006/123/CE mediante la trasposizione con la *Ley 17/2009* e, in seguito, la *Ley 2/2011* sull'economia sostenibile e la *Ley 20/2013* di garanzia dell'unità del mercato. Sono altresì approfonditi i regimi di autorizzazione e di licenza, modificati anche dalla *Ley 25/2008* sull'accesso alle attività di servizio. La trasposizione della direttiva è stata attuata mediante la tecnica di adeguamento delle leggi statali del settore, rispettando le competenze delle Comunità Autonome e da ciò è derivato un significativo controllo sulla loro legislazione da parte del Tribunale Costituzionale e per la giurisprudenza v. 118 ss. Per il sistema di distribuzione delle competenze delle Comunità Autonome v. E. ÁLVAREZ CONDE - A. GARCÍA-MONCÓ - R. TUR AUSINA, *Derecho Autonómico*, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, 311 ss.

¹²⁴ Per approfondimenti v. C. PADRÓS REIG-J. M. MACÍAS CASTAÑO, *Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado*, in *RAP*, 2014, 113 ss.; J. SOLA TEYSSIERE, *Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas*, in *RAP*, 2015, 133 ss.; M. REBOLLO PUIG, *El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2015, 91 ss.; J. SOLA TEYSSIERE, *El principio de eficacia nacional de los medios de intervención de acceso a las actividades económicas*, in *REDA*, 2016, n. 179, 211 ss.; J. M. SALA ARQUER, *La libertad de salida del mercado en los sectores regulados*, in *REDA*, 2018, n. 189, 27 ss. Per i molteplici aspetti del tema e i profili costituzionali, si rinvia a J. GUILLÉN CARAMÉS-M. CUERDO MIR (dir.), L. RAMS RAMOS (coord.), *Estudios sobre la ley de garantía de la unidad de mercado*, Thomson

servizi n. 23/2006, adegua l'organizzazione amministrativa territoriale e stabilisce regole di base nel rispetto delle competenze delle Comunità Autonome e degli enti locali per creare un contesto più favorevole per la concorrenza ed agevolare gli operatori economici in termini di produttività, di costi e di crescita, con un beneficio finale per i consumatori e gli utenti per un migliore accesso ai prodotti e a servizi di qualità. La legge ha introdotto la generalizzazione della validità delle licenze singole su tutto il territorio nazionale, l'applicazione della legislazione "di origine" agli operatori, il divieto di requisiti basati direttamente o indirettamente sul luogo di residenza dell'operatore, la regolamentazione di meccanismi più efficaci di cooperazione inter-amministrativa mediante il *Consejo de Unidad de Mercado* e procedure più agili per la risoluzione dei conflitti quando vengono adottate misure che possono ledere il principio dell'unità di mercato.

La libertà d'impresa esercitata dai privati, che comprende l'esercizio di qualsiasi attività organizzata avente ad oggetto l'offerta di prodotti o servizi nel mercato, dev'essere garantita da interventi pubblici non sproporzionati e, comunque, le ragioni di interesse generale prevalenti devono essere in concreto collegate ad interessi locali. Tra le innovazioni, proprio la legge sull'unità del mercato garantisce il libero stabilimento e la circolazione (artt. 16-18) e il principio di libera iniziativa economica nel territorio nazionale che può essere limitato solo da quanto stabilito da questa legge e dalla disciplina dell'UE o da trattati internazionali.

L'esercizio di un'attività economica può dipendere da una comunicazione, da una dichiarazione responsabile o da un'autorizzazione in funzione dell'interesse generale e dei requisiti richiesti; il principio di efficacia in tutto il territorio nazionale è previsto dagli artt. 19-20 della legge sull'unità del mercato e una volta che l'operatore economico abbia ottenuto un'autorizzazione o presentato una dichiarazione responsabile, potrà esercitare l'attività su tutto il territorio nazionale, senza che siano necessari ulteriori atti per determinati aspetti, in base alla regola del mutuo riconoscimento¹²⁵.

Le misure di intervento possono limitare l'esercizio dei diritti sia *ex ante*, sia *ex post*; l'attività di limitazione opera *ex ante* quando una norma stabilisca limiti per l'attività dei privati e l'adempimento di tali limiti consista nella verifica iniziale esercitata dall'amministrazione competente. Le limitazioni *ex post* consistono, invece, in un controllo sull'esercizio dell'attività una volta che sia stata avviata dal suo titolare, mediante ispezioni o ordini, che sono uno strumento per garantire che tali attività siano svolte in conformità con le corrispondenti previsioni normative, mentre l'ispezione amministrativa consiste in una

Reuters, Aranzadi, Navarra, 2017; J. SOLANES MULLOR, *La desconstitucionalización y europeización del principio de unidad de mercado: el Estado de las Autonomías bajo presión*, in *RVAP*, 2017, n. 109, 89 ss. Si precisa, infine, che la *Ley 20/2013* è stata dichiarata parzialmente incostituzionale dalla sentenza n. 79 del 2017 del Tribunale costituzionale, in www.hj.tribunalconstitucional.es.

¹²⁵ Si rinvia a M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, *op. ult. cit.*, 50 ss.

verifica rispetto all'osservanza di uno standard. I vari atti giuridici degli enti locali, in relazione a richieste di licenze, a preve comunicazioni o a dichiarazioni responsabili, hanno quale obiettivo il controllo di conformità all'ordinamento giuridico; le norme relative all'avvio o all'esercizio delle attività sono incluse in regolamenti settoriali di fonte statale, delle Comunità Autonome o degli enti locali, ad es. circa la tutela della salute pubblica, l'urbanistica e la tutela del suolo, e i Comuni possono adottare ordinanze.

Nell'esercizio del loro potere di controllo o di intervento sulle attività private, gli enti locali possono anche avvalersi della collaborazione di privati con funzioni di certificazione circa i requisiti o le condizioni imposte dalla normativa applicabile. Al fine di rendere più efficace il controllo municipale, esso può essere integrato da quello di una società privata nella verifica e nella valutazione dei progetti di attività; in ogni caso, questa attività di collaborazione privata non sostituisce né l'attività ispettiva, né il controllo che corrisponde alle società locali¹²⁶.

Le attività di controllo e le tecniche di intervento amministrativo *ex post* riguardano anche il settore dei *servizi di interesse economico generale*, mediante forme di controllo successivo effettuate dall'ente pubblico sull'esercizio del servizio gestito dagli operatori economici, come attività economiche libere o di servizi liberalizzati; ciò è ovviamente previsto per le autorizzazioni¹²⁷, le licenze e le figure equivalenti, se viene creata una relazione giuridico-amministrativa tra l'operatore e l'autorità pubblica competente.

Il sistema dell'autorizzazione amministrativa preventiva ha dei precisi limiti anche se consideriamo l'insediamento dell'operatore economico in uno Stato membro diverso da quello della sede primaria, nel senso che lo Stato ospitante non deve prevedere norme che comportino una duplicazione delle condizioni e delle garanzie equivalenti di natura preventiva in assenza di armonizzazione. Le restrizioni vengono meno per una causa superiore di interesse pubblico, presupposto che consente limitazioni delle libertà private garantite dal TFUE; oltre all'interesse generale e ai requisiti imposti dall'ordinamento giuridico europeo, le garanzie fornite dal sistema devono assicurare il rispetto degli interessi privati degli operatori¹²⁸.

Nell'iniziativa economica ricade anche l'*attività contrattuale* dell'ente locale, esercitata applicando la disciplina sui contratti della pubblica amministrazione con la *Ley 9/2017 (Ley de Contratos del Sector Público, LCSP)*, che ha previsto la soppressione del contratto di gestione dei servizi pubblici sostituito dalla

¹²⁶ V. M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, *op. ult. cit.*, 69-71.

¹²⁷ In questi casi, non vi è molto margine per la discrezionalità del potere pubblico che rilascia o nega l'autorizzazione; ciò spiega l'elenco particolarmente dettagliato dei requisiti tecnici e giuridici, presupposti necessari per un operatore economico che intenda entrare nel mercato di uno di questi settori. Il regime che regola la procedura per la concessione o il rifiuto dell'autorizzazione o della licenza, nei servizi di interesse generale, dovrebbe lasciare ben poco spazio ai poteri amministrativi che comportino una sorta di valutazione da parte della pubblica amministrazione, per rispettare le regole europee esaminate.

¹²⁸ Per queste considerazioni v. M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, *op. ult. cit.*, 291 ss.

concessione di servizi pubblici e dal contratto di servizi che contiene prestazioni dirette per i cittadini¹²⁹. Ulteriori iniziative consistono nella *gestione dei beni pubblici* di proprietà dell'ente locale mediante varie soluzioni previste dalla legge e negli *aiuti alle imprese* che rappresentano un intervento pubblico nell'economia che dev'essere compatibile con la disciplina dell'UE sulla concorrenza e gli aiuti di Stato. L'attività contrattuale si basa, come è noto, su regole introdotte progressivamente dalle direttive dell'UE, che rappresentano *principi generali vincolanti per l'attività economica* degli enti pubblici e, in particolare, degli enti locali. I principi di non discriminazione, uguaglianza, concorrenza, pubblicità e trasparenza¹³⁰, sono richiamati espressamente nelle direttive del 2014 (ma anche del 2004) sulla contrattazione pubblica come garanzia di aggiudicazione del contratto all'offerta economicamente più vantaggiosa con una rilevanza che si estende ad altri settori di interesse economico generale e certamente ai servizi pubblici locali. Tra l'altro, la disciplina sui contratti pubblici prevede forme di contrattazione volte all'innovazione e al partenariato pubblico-privato, sempre inserite nella logica vincolante della garanzia dell'interesse generale.

Circa la gestione giuridica ed economica di beni patrimoniali pubblici¹³¹, è prevista una specifica disciplina che impone la massima efficienza e redditività (artt. 8.1, 8.2 *Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, LPAP), la destinazione vincolata all'attuazione dei fini e delle competenze dell'ente pubblico titolare, ad es. per la gestione di un servizio pubblico; inoltre, la disciplina sui beni pubblici, richiama il principio di garanzia della *concorrenza* nelle scelte di disposizione dei beni patrimoniali (artt. 92, 110, 112, 115 RBEL, *Reglamento de Bienes de las Entidades Locales*, *Real Decreto 1372/1986* e successive modifiche) e di concessione in uso dei beni demaniali (artt. 77, 78 RBEL), incidendo sul mercato e sugli operatori. Quindi, la gestione di queste due categorie di beni comporta il regime di concorrenza come regola generale e si collega ai principi costituzionali¹³² di efficienza ed efficacia delle pubbliche amministrazioni e al principio di non discriminazione contenuti nei Trattati, sia per quanto riguarda i contratti aventi ad oggetto beni patrimoniali, sia per quanto riguarda le delibere amministrative per il rilascio di concessioni e di autorizzazioni in materia di proprietà pubblica e di contratti di sfruttamento di beni patrimoniali. La disciplina fa riferimento alla legislazione sul patrimonio pubblico, fatta salva l'applicazione dei principi del TRLCSP per risolvere dubbi e lacune¹³³.

¹²⁹ Sulla nuova disciplina v. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos*, in *RAP*, 2017, n. 204, 41 ss.; M. A. RECUERDA GIRELA (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2018, 2038 ss.

¹³⁰ Si rinvia a S. SASTRE, *La actividad contractual de los gobiernos locales*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 251 ss.

¹³¹ Per approfondimenti J. A. CHINCHILLA PEINADO, *Gestión patrimonial de los bienes municipales*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 274 ss.

¹³² V. artt. 14 e 103 della Costituzione spagnola.

¹³³ Gli artt. 80 TRRL e 112 RBEL prevedono l'asta come un sistema di alienazione onerosa dei beni del patrimonio locale l'asta, tranne nei casi di scambio o di alienazione diretta di terreni ai proprietari vicini Art. 115 RBEL.) L'art.

Vi sono norme specifiche per l'apporto di beni pubblici (ovviamente non demaniali, considerate l'indisponibilità e l'inalienabilità) a società pubbliche e nel caso di società miste la questione centrale non è la vendita di beni, ma la ricerca di un partner privato per la gestione indiretta di un servizio pubblico mediante la corrispondente trasmissione di azioni di proprietà pubblica. Una questione diversa è se l'attribuzione della gestione del servizio pubblico alla società mista possa essere effettuata direttamente, in quanto considerata come il mezzo adeguato dall'amministrazione concedente, caso in cui, peraltro, l'amministrazione dev'essere titolare di una partecipazione maggioritaria in base alla *Ley 9/2017*. I beni pubblici disponibili dell'ente locale possono consistere in proprietà di suolo con diverse destinazioni in base a scelte di urbanistica, che inevitabilmente condizionano il mercato e l'utilizzo economico anche mediante la cessione del diritto di superficie a privati.

Diverse discipline statali prevedono competenze locali in materia economica con regole di legge amministrativa generale e tra le più rilevanti occorre richiamare la legge sul patrimonio delle amministrazioni pubbliche (*Ley 33/2003*), la citata legge sulla concorrenza (*Ley 15/2007*), oltre alla legge a garanzia dell'unità del mercato (*Ley 20/2013*) nonché la legge sul procedimento amministrativo comune (*Ley 39/2015*) e quella sul settore pubblico (*Ley 40/2015*). La legge sul procedimento adotta un'interpretazione in senso *economico* dell'azione amministrativa, considerata la rilevanza per l'iniziativa economica, mentre la legge che riguarda il settore pubblico afferma un intervento assai limitato dell'amministrazione nelle attività private (art. 4.1).

Infine, un ulteriore strumento a disposizione degli enti locali, che condiziona l'iniziativa economica degli operatori economici, consiste in forme di aiuto e di incentivazione alle imprese¹³⁴, pur nel rispetto dei principi e degli obblighi di cui agli artt. 107-109 TFUE al fine di escludere distorsioni della concorrenza. In questa prospettiva è possibile definire per gli enti locali un ruolo contestuale di riceventi e di concedenti gli aiuti, ma le imprese sono i destinatari finali; infatti, una società beneficia indirettamente dell'aiuto ricevuto da un Comune in quanto derivi dal finanziamento pubblico erogato a favore dell'ente, con la conseguenza che può configurarsi un aiuto di Stato se avvantaggi alcune società. Oltre agli istituti disciplinati dalla legge generale sulle sovvenzioni (*Ley 38/2003*), sono previste varie forme di finanziamenti pubblici, vantaggi e agevolazioni anche fiscali inserite in leggi settoriali.

11 RBEL stabilisce che l'onerosa acquisizione di beni patrimoniali dev'essere conforme alle norme sugli appalti pubblici, consentendo così qualsiasi forma di selezione (asta, offerta, acquisizione diretta); inoltre, queste disposizioni possono essere integrate dalla legislazione delle Comunità Autonome sul patrimonio degli enti.

¹³⁴ Si rinvia a F. PASTOR-MERCHANTE, *Las ayudas locales a las empresas*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 297 ss.

7. Considerazioni conclusive: confronto tra le esperienze italiana e spagnola, l'influenza determinante della disciplina dell'UE e delle misure di contenimento della spesa pubblica sull'ambito di autonomia degli enti locali nell'iniziativa economica

Dal confronto tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo emerge un'evidente maggiore specificità e chiarezza dei dati normativi di quest'ultimo sistema che si caratterizza per diversi principi generali espressi nella Costituzione circa l'intervento degli enti pubblici nell'economia, approfonditi in altre fonti in modo sistematico; su tali principi si basano le successive leggi (statali e delle Comunità Autonome) inerenti a vari aspetti delle competenze degli enti territoriali mediante norme inserite in un quadro più lineare. L'ordinamento italiano, oltre ad alcuni limitati e noti riferimenti nella Costituzione, ad oggi, ha faticosamente elaborato e coordinato la disciplina per gli enti territoriali e gli operatori economici; si consideri il d.lgs. 175/2016 sulle società a partecipazione pubblica, oltre ad alcune disposizioni del t.u.e.l. e alle norme sparse in leggi di natura finanziaria e di stabilità o settoriali, che si riferiscono ai servizi pubblici locali e ad altre attività economiche e con interventi legislativi di liberalizzazione e di semplificazione per i procedimenti che riguardano le attività economiche dei privati.

Gli enti locali erogano ai cittadini diversi servizi pubblici mediante schemi societari del diritto privato ed esercitano attività economiche in concorrenza con operatori privati, ma con un significativo problema di possibile distorsione della concorrenza per la riserva di attività o per i monopoli locali che possono essere evitati solo da norme adeguate; sono, quindi, evidenti i condizionamenti del principio europeo della concorrenza, anche se è riconosciuta una significativa discrezionalità alle amministrazioni degli Stati membri riguardo alla scelta delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, di natura privatistica o pubblicistica.

In tema di rapporto tra Stato, impresa e società pubblica, le esperienze italiana e spagnola seguono percorsi diversi per ragioni storiche, tuttavia si caratterizzano per una considerazione di base comune – e probabilmente non corretta¹³⁵ – che è quella di ritenere le società di capitali uno strumento giuridico adatto per qualsiasi finalità pubblica, nonostante l'interesse societario “naturale” sia incentrato sullo scopo di lucro e sulla distribuzione degli utili; in particolare, a fasi alterne, nell'ordinamento italiano è stato adottato positivamente il modello delle società partecipate con una stratificazione di norme a favore oppure in senso contrario, volte al controllo e alla dismissione. Il dibattito ha riguardato l'ammissibilità o meno dell'iniziativa di impresa da parte degli enti locali, invocando l'art. 41 Cost., l'adeguatezza tecnica e finanziaria del socio pubblico e la riduzione delle situazioni di dissesto di bilancio (v. il d. l. n. 95/2012 *spending review* e le leggi di stabilità) anche se la dismissione, in concreto, può comportare un danno

¹³⁵ Così M. DUGATO, *Società pubbliche e crisi economica*, in F. DI LASCIO (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, cit., 190 ss.

economico; a ciò si aggiunge l'intento di ricondurre al libero mercato diverse attività e di limitare l'intervento pubblico nell'economia.

Inoltre, considerate le norme di diritto commerciale, la soluzione della dismissione delle società a partecipazione pubblica non si è dimostrata adeguata; è evidente che una società in perdita difficilmente potrà essere oggetto di interesse per un'acquisizione da parte di terzi e la liquidazione comporta problemi rilevanti circa l'inserimento dei dipendenti pubblici in enti diversi. Peraltro, sarebbe necessaria una maggiore attenzione per le ragioni delle situazioni di perdita, se conseguenti ad investimenti in strutture e reti, che hanno di certo comportato vantaggi per l'efficienza della gestione dei servizi, soprattutto in presenza di un socio privato a fronte della carenza di risorse degli enti locali.

In definitiva, le misure adottate nelle discipline di emergenza in Spagna e in Italia non si sono rivelate sempre efficaci o in concreto praticabili, mentre alcune questioni giuridiche rilevanti (applicabilità del diritto privato e le modalità di scelta di un socio privato) sono state ormai risolte e inserite in leggi recenti.

E' assai nota la particolare considerazione delle autonomie nell'ordinamento spagnolo¹³⁶, scelta giustificata da ragioni storiche complesse e che ha comportato diverse forme associative tra gli enti locali per la gestione dei servizi pubblici, oltre alle soluzioni tradizionali; tuttavia, è emerso l'intento "restrittivo" degli interventi normativi degli ultimi anni in rilevante conflitto con il modello costituzionale di autonomia locale¹³⁷.

Dalla riforma LRSAL, di modifica della *Ley 7/1985* (disciplina di base del regime degli enti locali), emergono obiettivi di chiara definizione delle competenze al fine di evitare duplicazioni di servizi, di razionalizzazione della struttura organizzativa delle amministrazioni locali, per garantire un rigoroso controllo finanziario e di bilancio e favorire l'iniziativa economica privata evitando interventi amministrativi sproporzionati. La finalità di riduzione del settore pubblico locale include gli enti strumentali, gli organismi autonomi e le imprese pubbliche che dipendono dagli enti locali nonché le società commerciali, gli enti senza fini di lucro e i consorzi controllati dagli enti locali, da sottoporre a controllo di natura pubblicistica per l'utilizzo di risorse pubbliche. La LRSAL intende, quindi, ridurre gli incentivi per la costituzione di questi enti e i compensi per i membri degli organi di governo; l'art. 85.2 consente la gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali, ma essa è possibile mediante società

¹³⁶ Per le ragioni storiche si rinvia a J. SOLÉ TURA, *Nazionalità e nazionalismo in Spagna, Autonomie federalismo e autodeterminazione*, in M. CARRILLO - M. DELLA MORTE - M. A. GLIATTA (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, traduzione del volume J. SOLÉ TURA, *Nacionalidades y Nacionalismos en España, Autonomías Federalismo Autodeterminacion*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

¹³⁷ V. le conclusioni sulla ridefinizione dell'autonomia locale R. GRACIA RETORTILLO, *op. cit.*, 293 ss.; per il dibattito sulla garanzia costituzionale v. A. CIDONCHA MARTÍN, *La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 45, 12 ss.

commerciali o enti pubblici di proprietà locale a condizione che l'ente dimostri che queste soluzioni sono più sostenibili ed efficienti rispetto alla gestione diretta da parte dell'ente locale stesso o mediante un'agenzia municipale autonoma. Il reale intento è quello di limitare la diffusione delle società a partecipazione pubblica e, quindi, di condizionare l'*iniziativa economica locale* per ridurre la spesa pubblica.

Un'ulteriore finalità della LRSAL è l'inserimento degli enti locali nel *mercato della concorrenza* come operatori economici in condizioni di parità con gli operatori privati; questa uguaglianza è possibile solamente quando le condizioni di accesso sono le medesime, ma occorre verificare se l'ente strumentale non ottenga alcun vantaggio dalla sua condizione, in modo che il carattere pubblico o privato di una società risulti indifferente per la quantificazione degli utili. L'obiettivo è accertare la neutralità concorrenziale, che è la situazione che si verifica quando nessuna impresa che opera in un mercato consegue indebiti vantaggi o sia pregiudicata da svantaggi competitivi; il rischio è maggiore se gli enti locali sono allo stesso tempo imprenditori e titolari di competenze di controllo e di intervento sui medesimi settori in cui esercitano l'attività economica in concorrenza con gli operatori economici privati. In tal caso, gli enti locali potrebbero facilmente esercitare i loro poteri pubblici a vantaggio dei propri interessi commerciali. In effetti, la LRSAL promuove la libera concorrenza elevando i requisiti per l'esercizio di un'attività economica da parte degli enti locali, tenendo conto dell'impatto che questa attività può avere sul contesto delle imprese. Inoltre, la riforma abolisce il regime di autorizzazione per l'esercizio di attività economiche private, a completamento delle altre misure di razionalizzazione normativa e in attuazione dei principi stabiliti nella direttiva sui servizi, dato che l'autorizzazione amministrativa può essere un ostacolo per ragioni non sempre giustificate. Infine, sono stati eliminati alcuni servizi dai possibili monopoli degli enti locali, innovando, quindi, la disciplina dell'iniziativa economica.

L'intervento normativo considera diverse questioni e le possibili conseguenze giuridiche e non interviene esclusivamente sulle società a partecipazione pubblica, dimostrando "una visione d'insieme" di diversi fattori che possono essere di pregiudizio per la stabilità di bilancio. Questa nuova impostazione dev'essere ovviamente inserita nel quadro generale delle norme costituzionali e nel contesto dell'UE; già è stato esaminato l'art. 38 della Costituzione spagnola sul diritto alla libertà di impresa nell'economia di mercato e l'art. 128 Cost. riconosce l'iniziativa pubblica nelle attività economiche, come espressione dello Stato sociale. Con legge è possibile riservare al settore pubblico risorse o servizi essenziali, in particolare in caso di monopolio e anche concordare l'intervento delle imprese qualora lo esiga l'interesse pubblico, ovviamente si tratta di principi elaborati in una diversa epoca storica e durante il prevalente liberalismo.

L'obiettivo di conciliare l'iniziativa pubblica con la libertà di impresa può essere perseguito con diverse modalità dipendenti dagli orientamenti politici ed ideologici degli amministratori che adottano le decisioni determinanti per il trasferimento di risorse economiche da certi settori ad altri; inoltre, di certo la libertà

di mercato favorisce la competizione tra imprese, l'assegnazione di risorse positive per l'interesse generale e anche il consumatore per i prezzi competitivi e l'innovazione. Tuttavia non è possibile confidare esclusivamente nella concorrenza, dato che un servizio può essere necessario per i cittadini, ma può non risultare redditizio secondo la logica del mercato. In effetti, può emergere un conflitto tra interessi pubblici e privati, qualora l'iniziativa economica del settore pubblico si allontani dalla prevalente e necessaria finalità dell'interesse generale. Nei settori in cui gli enti locali adottano scelte discrezionali, c'è il rischio di uno sviamento del potere e di un conflitto con l'interesse pubblico; in passato, in assenza di adeguati controlli, il contesto è stato favorevole per decisioni volte ad un settore pubblico sovradimensionato e da ciò l'impatto negativo sulla sostenibilità finanziaria e sulla concorrenza.

Nel sistema italiano prevale a tutt'oggi l'intreccio periodico di liberalizzazione, privatizzazione e regole restrittive in senso pubblicistico con fasi in cui gli interventi normativi esprimono intenti opposti e da ciò limiti alla libertà di iniziativa economica degli enti locali; emerge (un'apparente) diffusa liberalizzazione per le attività dei privati e degli operatori economici che, tuttavia, sono indirettamente pregiudicati dalla tendenza a ridurre l'ambito di autonomia degli enti locali per l'eccessiva procedimentalizzazione delle decisioni e il coinvolgimento di autorità esterne (ARERA, AGCM, ANAC¹³⁸) oltre alla Corte dei Conti che però ha competenze dirette per il controllo. Ciò deriva dalla prevalente attenzione per la riduzione della spesa pubblica costantemente concentrata sugli enti locali, "trascurando" il contributo molto negativo delle amministrazioni centrali. Da questa impostazione consegue la restrizione dell'iniziativa economica locale e l'assenza di soluzioni di impulso che contribuirebbero ad una certa autonomia di risorse; in sostanza dalla crisi, dalle incertezze normative e dalle difficoltà nell'attuazione della parità di bilancio è conseguita una c.d. "riespansione" della sfera pubblica in senso centralistico, in conflitto con l'identità delle autonomie.

Dall'esame delle esperienze italiana e spagnola emergono la costante difficoltà di conciliare l'autonomia con le esigenze di stabilità di bilancio e un rilevante contributo legislativo per introdurre nuove misure a salvaguardia del principio recepito nelle Costituzioni (artt. 81 e 97 Costituzione italiana e artt. 134-135 Costituzione spagnola); in sostanza, l'autonomia degli enti territoriali per essere effettiva, deve essere finanziariamente sostenibile e l'iniziativa economica deve essere motivata da giustificazioni specifiche e adeguate. Le leggi di riforma hanno introdotto *limitazioni* per il potere decisionale degli enti locali circa l'organizzazione, le competenze e la gestione delle risorse, con conseguenze dirette non positive

¹³⁸ Autorità nazionale anticorruzione, istituita dal d.l. n. 90/2014 (convertito nella l. n. 114/2014), esercita la vigilanza sui contratti pubblici, prima di competenza dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici prevista dal d.lgs. n. 163/2006 (Codice appalti pubblici, sostituito dal vigente d.lgs. n. 50/2016).



sull'iniziativa economica, e hanno di fatto comportato un *mutamento* del modello costituzionale di autonomia locale in entrambi gli ordinamenti, pur partendo da scelte di base diverse.