

Azienda speciale e strutture consortili: qualche considerazione su potenzialità e limiti nel nuovo quadro ordinamentale

Giuseppe Bassi

Prima di affrontare il tema dei consorzi amministrativi fra enti locali riteniamo opportuna una seppur sintetica rassegna dei fondamenti ordinamentali che caratterizzano, nel quadro normativo della riforma dei servizi pubblici locali del 2002-2003, il modello dell'*azienda speciale*. Ciò non soltanto perché l'art. 31 del D. Lgs. 267/2000 e s.m.i. (d'ora innanzi TUEL) fa comunque espresso rinvio, in sede di costituzione dei consorzi, alle disposizioni dell'azienda speciale per quanto compatibili, ma anche perché, come la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, «...il consorzio tra enti locali è una forma di associazione volontaria [ovvero obbligatoria, per espressa riserva di legge statale, ndr] istituibile per la gestione di servizi pubblici [attualmente solo per servizi privi di rilevanza economica, ndr] o di funzioni, strutturato sul modello dell'azienda speciale in quanto compatibile [...]. Il consorzio è definibile come un'azienda speciale di ognuno degli enti associati...»¹.

In termini generali, infatti, la funzione mutualistica del contratto associativo di consorzio trova la propria causa negoziale nella volontà di due o più soggetti di unire (ovvero di coordinare) le rispettive organizzazioni d'impresa, al fine di disciplinare le proprie attività economiche (ovvero di sostituirsi alle singole aziende dei consorziati)

¹ Cons. di Stato, sezione V, n. 2605 del 9 maggio 2001.

nell'espletamento di talune funzioni produttive di beni o servizi, anche strumentali, per conto dei medesimi consorziati (cfr., art. 2602 c.c.). Il consorzio amministrativo tra EE.LL., laddove abbia ad oggetto la gestione di servizi pubblici o di attività strumentali (ad esclusione dei consorzi obbligatori di funzioni, con compiti di programmazione, vigilanza e controllo), non potrà comunque prescindere, al proprio interno, dall'esistenza di un'*azienda speciale* (che ben potrà avere genesi anche dalla fusione tra le eventuali preesistenti aziende speciali dei singoli enti consorziati), che rappresenta la struttura produttiva ed imprenditoriale a servizio dell'organizzazione comune².

Andiamo, dunque, ad esaminare qualche aspetto rilevante dell'«*azienda speciale*».

L'**azienda speciale** rappresenta una struttura giuridica nata per la gestione, con ordinamento pubblicistico, di servizi di rilevanza imprenditoriale. Essa può considerarsi una versione perfezionata e più evoluta dell'originaria «*azienda municipalizzata*», risalente alla legge *Giolitti* del 1903 ed al successivo T.U. sulle municipalizzate n. 2578/1925³. Le

² Come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza amministrativa, le disposizioni in materia di aziende speciali si rendono applicabili ai soli consorzi svolgenti attività imprenditoriale ovvero, laddove statutariamente previsto, a quelli svolgenti servizi sociali. Non sono invece applicabili le disposizioni previste per l'azienda speciale, in tema di personale e di contabilità e di patrimonio, ai consorzi di funzione. Cfr. TAR Lombardia, Milano, sentenza 13 marzo 1995, n. 355.

³ Il fenomeno della «*municipalizzazione*», cristallizzato nell'ordinamento giuridico con la legge 29 febbraio 1903, n. 103, meglio nota come «*legge Giolitti*», vede la sua genesi nell'Europa continentale della seconda metà del XIX secolo, sviluppandosi dapprima in Inghilterra e quindi nel resto

disposizioni in materia di ordinamento dell'azienda speciale sono state emanate con il regolamento attuativo, approvato con DPR 902/1986; quest'ultimo risulta peraltro ancora in vigore, per quelle parti non manifestamente incompatibili con le successive disposizioni del TUEL. Tale modulo organizzatorio si caratterizza per esser dotato d'autonoma **personalità giuridica**⁴, rispetto a quella dell'ente o degli enti di emanazione; per avere un proprio statuto, che ne disciplina l'organizzazione ed il funzionamento, e dei propri organi di governo⁵. Sono organi dell'azienda speciale il *Consiglio di*

d'Europa (Francia, Spagna, Belgio, Germania, Austria, Italia): «...nell'Inghilterra di fine XIX secolo ci si rese infatti conto che i nuovi «bisogni» collettivi non potevano esser soddisfatti dalla sola iniziativa privata, la cui finalità lucrativa era con quelli in una sorta di irriducibile conflittualità. Tale consapevolezza, peraltro, consentì al sistema inglese di porsi all'avanguardia nell'opera di miglioramento della condizione delle classi sociali [...] In Italia, la municipalizzazione [...] nasce da ispirazioni ideologicamente contrapposte – la liberale, volta a promuovere l'efficienza del mercato rompendo il monopolio delle imprese private affidatarie in concessione, e la socialista, volta alla collettivizzazione dei servizi pubblici – ma, in questo caso, pragmaticamente accomunate dalla volontà di rispondere al fallimento del mercato dei concessionari monopolistici dei servizi di generale necessità...». Cfr., ROSSI P., *Liberalizzazione dei servizi pubblici locali e Antitrust*, collana del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "V. Bachelet", Università LUISS, Quaderno n. 32, Giuffrè 2003, pagg. 11-14.

⁴ L'acquisizione della personalità giuridica è peraltro subordinata all'iscrizione dell'azienda speciale nel registro delle imprese, ex art. 2331, comma 1 del codice civile, come previsto dall'art. 123, comma 1 del TUEL.

⁵ Ciò ha permesso alla giurisprudenza prevalente di qualificare la aziende speciali come «**enti pubblici economici**». Cfr., per tutti, Cass. SS.UU., sentenza n. 7639/1998; Cons. di Stato, sez. V, sentenza n. 4586/2001, dove testualmente si recita «...L'azienda speciale ha natura di ente pubblico economico, strumentale, con autonomia imprenditoriale e, come tutti gli enti economici, con copertura dei costi corrispondente alla remunerazione dei fattori della produzione impiegati. L'azienda speciale è istituzionalmente dipendente dall'Ente locale ed è con esso legata da stretti vincoli – relativi alla formazione degli organi, agli indirizzi, ai

amministrazione, il *Presidente* ed il *Direttore*. I prime due sono organi di «*emanazione politica*», il secondo è **organo tecnico**, cui compete la responsabilità gestionale. Dovrà poi essere previsto un *Organo di revisione* che, contrariamente al caso dell'Istituzione, non potrà coincidere con quello dell'ente locale.

Sono da rilevare i seguenti aspetti di *governance*:

- le modalità di nomina e revoca degli amministratori (Consiglio e Presidente) sono stabilite dallo statuto dell'ente locale. Laddove l'azienda assuma la forma «*consortile*», con la presenza di altri enti locali del territorio di riferimento, è evidente che le procedure di nomina e revoca dei componenti gli organi dovranno trovare una disciplina conforme, concordata per via statutaria ovvero nella convenzione stipulata per l'esercizio associato di servizi, a mente dell'art. 30 del TUEL, come richiamato dall'art. 5 del DPR. 902/86. L'approvazione dei citati atti dovrà avvenire contestualmente alla deliberazione consiliare che autorizza l'operatività dell'azienda speciale in forma consortile e/o a livello extraterritoriale, con le maggioranze di cui all'art. 2, comma 1 del medesimo DPR 902/86.⁶ In proposito occorre

controlli e alla vigilanza – al punto da costituire elemento del sistema amministrativo facente capo all'ente territoriale. La personalità giuridica non trasforma l'azienda speciale in un soggetto privato, ma la configura solo come nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici, distinto dal Comune e con propria autonomia decisionale...».

⁶ In particolare, il DPR 902/1986, così recita:

Art. 2.

rilevare che la giurisprudenza amministrativa, con recenti sentenze, abbia ribadito la **natura**

L'assunzione diretta di pubblici servizi è deliberata dal consiglio comunale con il voto favorevole della maggioranza dei consiglieri in carica. Tale maggioranza non può comunque essere inferiore al terzo dei consiglieri assegnati. La deliberazione, oltre alla forma prescelta per la gestione dei singoli servizi, deve indicare i seguenti elementi di natura tecnica ed economico-finanziaria, opportunamente coordinati e sviluppati in un apposito progetto di massima:

- a) le opere d'impianto, il loro costo presunto ed i relativi mezzi di finanziamento;*
- b) la previsione dei costi e dei ricavi d'esercizio per almeno un triennio ed il conseguente attendibile risultato economico che deve presentarsi in equilibrio, tenuto conto degli eventuali contributi in conto esercizio previsti dalle leggi;*
- c) le linee generali dell'ordinamento tecnico ed amministrativo del servizio.*

Art. 5.

Il comune può deliberare, con la maggioranza di cui al primo comma dell'art. 2, l'estensione dell'attività della propria azienda di servizi al territorio di altri enti locali, previa intesa con i medesimi, sulla base di preventivi d'impianto e d'esercizio formulati dall'azienda stessa.

Con lo stesso atto deliberativo è approvato lo schema di convenzione per la disciplina del servizio e per la regolazione dei conseguenti rapporti economico-finanziari, fermo restando che nessun onere aggiuntivo dovrà gravare sull'ente gestore del servizio.

E' tuttavia da segnalare come l'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato (*Antitrust*) abbia considerato la possibilità di costituire aziende consortili che operano anche fuori del territorio comunale di riferimento, come potenzialmente idonea a determinare «**effetti distorsivi della concorrenza**», in quanto consentirebbe alla siffatte aziende di svolgere la propria attività fuori territorio in assenza di alcuna procedura di gara, evidenziando quindi la portata anticoncorrenziale dell'art. 5, del DPR 902/1986 nella parte in cui dispone la possibilità di «*estensione dell'attività della propria azienda di servizi al territorio di altri enti locali, previa intesa con i medesimi, sulla base di preventivi d'impianto e d'esercizio formulati dall'azienda stessa*». Cfr., AGCM, parere 27.04.1995 (Boll. n. 17/95) e parere 20.02.1997 (Boll. n. 7/97).

pubblicistica dell'azienda speciale⁷, pur rilevando che essa opera sul mercato con le regole ed alla stregua dei privati imprenditori⁸, essendo comunque soggetto istituzionalmente dipendente dall'ente locale ed allo stesso collegato da vincoli sì stringenti (sul piano della nomina degli organi, del rispetto degli indirizzi strategico-gestionali e del controllo e vigilanza), da dover essere considerato un elemento del sistema amministrativo dell'ente medesimo⁹. L'azienda speciale ha dunque natura di «**ente pubblico economico**»¹⁰, strumentale all'ente locale di riferimento, seppur dotato della necessaria autonomia imprenditoriale e dell'obbligo di copertura economica dei costi, compresa la remunerazione del capitale investito. E' stato, infatti, chiarito che «...*la personalità giuridica non trasforma l'azienda speciale in un soggetto privato, ma la configura come nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici, distinto dal Comune e con una propria autonomia decisionale*»¹¹.

⁷ L'azienda speciale vede il suo agire regolato essenzialmente dal diritto pubblico e si esprime, di conseguenza, attraverso atti amministrativi autoritativi, la cui cognizione, anche in sede giurisdizionale, appartiene dunque al giudice amministrativo. Cfr., Cons. di Stato, sez. V, sentenza 19.09.2000, n. 4850.

⁸ Non a caso l'art. 123, comma 1 del TUEL stabilisce l'obbligo di iscrizione dell'azienda speciale nel *registro delle imprese* con efficacia costitutiva, giusto art. 2331, comma 1 del codice civile, ivi richiamato.

⁹ Cfr., Corte Costituzionale, sentenza 12.02.1998, n. 28; TAR Sicilia, sez. III, n. 739/2005 e TAR Lazio, II, n. 2051/96.

¹⁰ Come tale ha la qualifica di *imprenditore commerciale*, ai sensi e per gli effetti delle vigenti disposizioni civilistiche (art. 2201 c.c.), pur essendo esclusa dalle procedure fallimentari (art. 2221 c.c.).

¹¹ Cfr., *Cons. di Stato*, sez. V, n. 4586 del 3 settembre 2001, cit.

- Sul versante economico-finanziario occorre rilevare come la costituzione dell'azienda speciale implica che il momento deliberativo sia preceduto da un'attenta fase di analisi, anche sul piano previsionale, circa le infrastrutture e le dotazioni di risorse strumentali e finanziarie occorrenti per l'impianto del servizio: dovrà esser predisposto un *piano-programma*, che prefiguri le dinamiche economiche del settore/i di riferimento, oltre agli *investimenti salienti* per lo sviluppo del servizio, proiettandole su di un orizzonte almeno triennale, con garanzia del costante mantenimento delle condizioni di equilibrio, anche a fronte di eventuali trasferimenti pubblici¹²; dovranno esser altresì dettate le *linee*

¹² Il principio di **economicità** nell'agire della pubblica amministrazione ha determinato un radicale mutamento, in ossequio al dettato costituzionale (art. 97) ed ai canoni della L. 241/90 (secondo cui l'azione amministrativa è sempre retta da principi di *efficienza, efficacia ed economicità*), dell'antica **logica ripianatrice** delle perdite, contenuta nel T.U. sulle municipalizzate n. 2578 del 1925 (art. 2, comma 6): «...*Fra l'antico principio del ripiano delle perdite ed il nuovo principio del rimborso dei costi sociali c'è, insomma, questa decisiva differenza: che il secondo, diversamente dal primo, presuppone il calcolo economico dei costi e dei ricavi. Con l'antico principio l'ente locale erogava ex post quanto l'azienda aveva speso in deficit; con il nuovo principio esso determina ex ante il fabbisogno finanziario necessario perché l'azienda o l'istituzione realizzi specifiche finalità sociali, facendo propri i costi relativi...*». GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società*, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro quinto: art. 2497-2497-*septies*, Zanichelli 2005, pagg. 88-89. In proposito, si fa rinvio anche alla recente giurisprudenza della Corte dei Conti, che ha stigmatizzato l'esistenza di un inscindibile nesso teleologico tra costituzione di una società a capitale pubblico (ma tali considerazioni sono estensibili anche alla costituzione di qualsivoglia struttura esternalizzata) e strumentalità di detto organismo alla produzione ed erogazione di un pubblico servizio locale, ovvero ancora di un'attività strumentale alle funzioni proprie

generali dell'ordinamento tecnico ed amministrativo del servizio, compreso pertanto uno schema di **contratto di servizio** tra enti locali ed azienda (ed uno **schema di convenzione** ex art. 30 del TUEL, che regoli i reciproci rapporti, anche finanziari, tra gli enti partecipanti, nel caso di azienda consorziale). Inoltre, laddove l'azienda rappresenti l'evoluzione di una preesistente forma gestionale interna, dovranno essere operati confronti tra le condizioni che presiedevano a garantire l'equilibrio economico della precedente gestione (a mezzo di Istituzione o direttamente in economia) e quelle conseguibili per il tramite dell'azienda speciale, con individuazione dei migliori livelli di efficienza ottenibili, del capitale di dotazione da conferire a carico dell'ente o dei singoli enti partecipanti e delle risorse finanziarie su cui l'azienda può far riferimento, nonché l'elenco del personale da trasferire (art. 4, DPR 902/86). Tali documenti ed analisi, unitamente allo Statuto, dovranno ovviamente essere allegati

dell'ente locale socio. La costituzione o la partecipazione a società di capitali da parte dell'ente locale, per finalità non direttamente riconducibili alle predette motivazioni e, comunque, non suffragate da documentate asseverazioni, sia in termini di efficienza del servizio gestito e di economicità della gestione, che di efficacia dei ritorni nei confronti della collettività amministrata, integra, dunque, finanche una forma elusiva dei vincoli di finanza pubblica ed è, pertanto, foriera di possibile danno erariale. Ciò è tanto più vero se solo si considerano i costi generali, di costituzione e di gestione complessiva che, inevitabilmente, dovranno esser sostenuti dalla costituenda o partecipanda società. Cfr., *Corte dei Conti*, sez. Umbria, sentenza n. 354 del 8 novembre 2006, ed anche, *Corte dei Conti*, sez. di controllo per la Lombardia, parere n. 49 dell'8 novembre 2006.

alla deliberazione consiliare di costituzione dell'azienda speciale.

- L'azienda speciale, in quanto organismo che si avvale di strumenti normativi di tipo essenzialmente pubblicistico, trova evidenti limiti, sul piano operativo, vuoi per la necessità di rispettare le disposizioni vigenti per gli enti locali, anche in materia di evidenza pubblica nell'acquisizione di beni e servizi (essa possiede infatti i caratteri identificativi della figura tipica dell'**organismo di diritto pubblico**, di derivazione comunitaria¹³), vuoi per le più restrittive procedure che operano sul piano del reperimento di risorse umane, organizzative e finanziarie. Per contro, l'azienda consente, laddove si voglia mantenere la gestione dello specifico servizio non economico sul versante di un penetrante e diretto controllo politico-pubblicistico, da parte degli enti locali interessati, di avere un'adeguata rappresentatività negli organi di governo, sulla scorta delle disposizioni statutarie e dei reciproci obblighi e garanzie, assunti e/o prestate a mente della convenzione per la gestione associata del servizio (art. 30 TUEL), nonché di esercitare penetranti poteri di

¹³ Come ogni altro *organismo di diritto pubblico* l'azienda speciale opera a mezzo di atti autoritativi procedimentalizzati, di tipo giuspubblicistico, anche per quanto attiene alla formazione della volontà negli atti e nelle procedure negoziali, la cui cognizione processuale rientra nella competenza del giudice amministrativo (cfr., *Cons. di Stato*, sez. V, 19.09.2000, n. 4850). Esse pertanto esercitano tutti i poteri che le vigenti normative comunitarie e nazionali conferiscono alle stazioni appaltanti, in tema di servizi, forniture di beni e esecuzione di opere pubbliche (cfr., *Cons. di Stato*, sez. VI, 9.03.2005, n. 985).

vigilanza e controllo, anche sul piano gestionale (art. 114, comma 6, TUEL).

- A livello organizzativo e gestionale è sicuramente ipotizzabile una struttura di costi fissi più elevata rispetto a quella di una gestione in economia, ai fini di un corretto funzionamento di un'azienda speciale, anche in forma consortile. Infatti, la sola presenza di organi propri (collegio dei revisori) in misura o dimensione evidentemente superiore rispetto a quella di un'Istituzione, legittima detta ipotesi. Si consideri, inoltre, che l'autonomia giuridica implica tutta una serie di oneri indiretti, connessi al reperimento di servizi interni sul piano tecnico-organizzativo che, rispetto ad una gestione diretta, dovranno necessariamente essere acquisiti sul mercato o sostenuti internamente attraverso un'adeguata struttura organizzativa. Una più compiuta disamina, in tal senso, potrà tuttavia essere operata solo nel contesto di specifiche analisi in sede di predisposizione dell'eventuale piano-programma.

Da ultimo ricordiamo che la giurisprudenza ha da tempo ammesso che l'azienda speciale possa partecipare, anche in posizione minoritaria, a società di capitali, pur se ciò non consente di superare, per via surrettizia, il vincolo funzionale che la lega all'ente ed al territorio di riferimento, e ciò quand'anche la società partecipata risultasse affidataria di servizi pubblici locali di valenza sovracomunale. L'eventuale *partner* privato di una società di capitali, partecipata anche in via maggioritaria da un'azienda speciale, dovrà avvenire nel

rispetto delle procedure previste dalle vigenti normative (art. 113 TUEL) in tema di evidenza pubblica¹⁴.

Torniamo adesso ad approfondire la tematica dei **consorzi amministrativi**, previsti dall'art. 31 del TUEL.

Occorre preliminarmente chiarire che tale modello organizzatorio, similmente a quanto previsto per l'azienda speciale, risulta attualmente ammissibile solo per l'esercizio di servizi di rilevanza non economica (ovvero per l'esercizio associato di pubbliche funzioni). Ciò si desume dalla inequivocabile previsione dell'art. 35, comma 8, della L. 448/2001, ove è stabilita l'obbligatoria trasformazione in SpA dei consorzi pubblici costituiti per l'esercizio di servizi di valenza economico-imprenditoriale.

La struttura consortile di stampo pubblicistico rappresenta uno dei moduli storicamente utilizzati, da parte degli enti locali, per la gestione associata di servizi. È un modello organizzatorio che soffre della rigidità tipica degli organismi di tipo istituzionale, connessa anche alla complessità dei processi di formazione della volontà negoziale che ne disciplinano il funzionamento, pur essendo dotato di autonoma **personalità giuridica**¹⁵ rispetto agli enti consorziati. A differenza

¹⁴ Cfr., in proposito, *Cons. di Stato*, sez. V, 3.09.2003, n. 4586 e *Cons. di Stato*, sez. V, 19.09.2000, n. 4850

¹⁵ L'attribuzione della *personalità giuridica* ai consorzi amministrativi tra enti locali era stata chiaramente stabilita dall'art. 162 del previgente T.U. delle leggi comunali e provinciali del 1934, laddove si qualificavano i consorzi in questione, sia facoltativi che coattivi, come «enti morali». Sulla natura di *enti*

dell'azienda speciale il consorzio potrà annoverare tra gli associati anche altri **enti pubblici**, diversi dagli enti locali territoriali titolari del servizio gestito, purché debitamente autorizzati in conformità delle rispettive disposizioni ordinamentali. Ciò può esser valutato, da un lato, come un maggior grado di libertà rispetto all'azienda speciale, laddove vi fossero anche altri enti interessati a dare il loro apporto al servizio ovvero laddove, per il particolare impatto sociale ed economico del servizio medesimo, si rendesse utile una più vasta rappresentatività politico-istituzionale.

Per la costituzione del consorzio si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste per le aziende speciali, compresa l'approvazione della convenzione di cui all'art. 30 del TUEL, che deve disciplinare, tra l'altro, le nomine e le competenze degli organi consortili coordinandole sulla scorta dei poteri previsti, in materia, per il sindaco ed il presidente della provincia, nonché con le funzioni di indirizzo e controllo spettanti ai rispettivi consigli. Circa la corretta interpretazione del concetto di «compatibilità» con l'ordinamento consortile delle disposizioni dettate per le aziende speciali, si deve osservare che la Suprema Corte ha chiarito come «... *il limite della "compatibilità" si riferisce al fatto che nella costituzione dei consorzi gli enti locali non incontrano le limitazioni riferibili alla natura ed alla rilevanza sociale o imprenditoriale dei servizi, previste dal precedente art. 22 della legge citata [attuale art. 112 TUEL, ndr] per le aziende. Ai consorzi volontari tra enti locali è esteso il riconoscimento della personalità giuridica, dell'autonomia patrimoniale e statutaria nonché della natura di enti strumentali degli enti locali, avendo tali consorzi, pertanto, natura di*

strumentali dei rispettivi enti locali, assunta dai consorzi amministrativi, si veda *Cons. Stato*, V, sentenza 9 maggio 2001, n. 2605.

enti pubblici...»¹⁶. Il Giudice di legittimità intende far riferimento al fatto che i limiti cui soggiacciono le disposizioni in materia di modelli organizzatori per la gestione dei pubblici servizi locali (tra cui anche l'azienda speciale), rappresentati dalla necessità di riferirsi alla «...*produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali...*» (ex art. 22, L. 142/90 ora art. 112, comma 1 TUEL), non si rendono applicabili alle strutture consortili, attesa la loro riferibilità ad ambiti sovracomunali di più enti locali e/o di altri soggetti pubblici, anche non territoriali.

Sempre in tema di quadro ordinamentale di riferimento si deve rilevare come il legislatore abbia espressamente statuito l'integrale applicabilità delle disposizioni dello stesso TUEL, per quanto non diversamente previsto, anche ai consorzi cui partecipano enti locali, esclusi quelli che svolgono servizi di rilevanza economico-imprenditoriale (che, come detto, non risulterebbero adesso più ammissibili, ai sensi dell'art. 35, comma 8 della L. 448/2001). Ciò determina precise conseguenze, anche in tema di competenze degli organi dei singoli enti consorziati nei processi di formazione della volontà dell'ente locale, rispetto ai diversi argomenti sottoposti all'attenzione ed alla deliberazione dell'assemblea consortile. Pur essendo indeffetibilmente chiaro che la legale rappresentanza dell'ente in sede assembleare spetta al Sindaco (o al Presidente della provincia o al legale rappresentante del diverso ente pubblico consorziato), giusto art. 31, comma 4 del TUEL, è di tutta evidenza che non potrebbe ritenersi ammissibile l'identificazione, in capo al Sindaco o suo

¹⁶ Cassazione, Sezioni unite civili, ordinanza n. 33691 del 10 ottobre 2002.

delegato, di un potere autonomo tanto vasto e qualificante, come quello di andare ad assumere ogni determinazione di voto, in nome e per conto dell'ente rappresentato, in seno alle assemblee consortili. Ciò cozzerebbe, infatti, con i fondamentali canoni di trasparenza e di imparzialità nell'azione della P.A. e con i più generali principi di rappresentanza organica, sanciti da norme costituzionali ed ordinarie. Ai fini della rappresentanza negoziale nelle assemblee di società (o consorzi) è interessante rifarsi alle valutazioni contenute in una vecchia sentenza della Cassazione civile, la n. 4038 del 06.11.1976, che con dovizia di analisi - e fatte le debite giustapposizioni rispetto al mutato quadro di competenze degli organi di governo dell'ente - fa chiarezza sulla questione. Afferma la Suprema Corte che *«...e' noto come le persone giuridiche - private e pubbliche - compiono la loro attività negoziale mediante il titolare dell'organo che, secondo i rispettivi ordinamenti, è investito della rappresentanza legale (Sindaco, presidente dell'ente...), previa determinazione dell'organo deliberativo competente, in quanto, generalmente, il titolare della rappresentanza legale (esterna) [leggasi Sindaco, nel caso di specie, ndr] dell'ente (organo meramente esecutivo) non è titolare anche della potestà dispositiva e decisionale, assegnata nella normalità dei casi all'organo deliberante dell'ente...Riguardo all'esercizio della potestà dispositiva (in materia negoziale) da parte dei Comuni, va rilevato che,...[a norma dell'art. 48, comma 2 del TUEL, la Giunta comunale ha competenza a compiere tutti gli atti che non siano per legge riservati al Consiglio e che non rientrino nelle competenze, normative o statutarie, del sindaco...ndr]. L'organo del Comune competente a prendere le determinazioni in campo negoziale (riguardo al contenuto ed alle modalità del negozio [indirizzo*

di voto o modalità di comportamento negoziale, ndr] è, quindi [in via generale, ndr] *la Giunta comunale...*¹⁷.

Come ben chiarisce la sentenza è dunque indispensabile che il rappresentante del Comune in assemblea (Sindaco o suo delegato) riceva dal **titolare della potestà dispositiva** (cioè **Consiglio o Giunta**, a seconda dell'oggetto)¹⁸ uno specifico indirizzo di voto (*a favore, contrario o astensione*) o di comportamento (*es.: far mancare il quorum*). Qualora ciò non avvenga, perché il rappresentante legale dell'ente non ottiene dall'Organo competente una specifica manifestazione di volontà in merito, si potrebbe configurare la fattispecie del *falsus procurator*, con conseguente annullabilità della deliberazione assembleare adottata. Infatti, «...il Sindaco, ove svolga attività negoziale nell'interesse del Comune, senza che la fattispecie costitutiva dei suoi poteri gestori si sia perfezionata per il mancato intervento della determinazione deliberativa [dell'organo competente, ndr], deve ritenersi privo di rappresentanza e l'atto giuridico, da esso posto in essere, (o alla cui esistenza abbia concorso con la propria manifestazione di volontà), deve considerarsi inficiato da invalidità...»¹⁹.

¹⁷ Cfr., sentenza Cassazione civile, sez. I, n. 4038/76.

¹⁸ Circa l'individuazione dell'Organo titolare della potestà dispositiva, per materia, si fa rinvio a quanto già detto sul riparto di competenze giunta/consiglio nel precedente paragrafo. *E' appena il caso di specificare che se l'indirizzo negoziale fosse già contenuto – o comunque chiaramente rinvenibile – in un altro atto fondamentale del Consiglio, la competenza meramente esecutiva ricadrebbe sulla Giunta.*

¹⁹ Cfr., sentenza Cassazione civile, sez. I, n. 4038/76. si veda anche, in proposito, la sentenza TAR Piemonte, sez. II, 9 dicembre 1993, n. 379, laddove si osserva che «... il Sindaco è preso in considerazione – espressamente – nella sua qualità di rappresentante dell'ente comunale e non già come titolare di un potere proprio. L'Assemblea consortile non è, infatti, una struttura composta da sindaci, ma è un organo composto essenzialmente da enti locali, i quali agiscono (e non potrebbe essere altrimenti) attraverso le persone fisiche che rappresentano i rispettivi comuni...». Circa gli eventuali profili penali del comportamento illegittimo, laddove si provi la sussistenza di **dolo specifico**, cfr., AA.VV., *I servizi pubblici locali, aspetti gestionali, amministrativi e penalistici alla luce della L. 236/2003*, GIUFFRÈ, Milano 2004.

Sono da rilevare i seguenti aspetti di *governance*:

- Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste per la costituzione delle aziende speciali e quindi tutta la serie di documenti amministrativi ed economico-finanziari presupposti, per esse previsti²⁰, oltre allo statuto consortile ed alla convenzione che regola i reciproci rapporti tra gli enti associati, ex art. 30 del TUEL;
- Il consorzio, in quanto organismo che opera con strumenti normativi di tipo pubblicistico, trova evidenti limiti sul piano operativo, vuoi per la necessità di rispettare le disposizioni vigenti per gli enti locali in materia di evidenza pubblica nell'acquisizione di beni e servizi, vuoi per le più restrittive procedure che operano anche sul piano del reperimento di risorse umane, organizzative e finanziarie. Per contro il consorzio consente, laddove si voglia mantenere la gestione dello specifico servizio di valenza non economica sul versante di un penetrante e diretto controllo politico-pubblicistico, da parte degli enti locali interessati, di avere un'adeguata rappresentatività negli organi di governo, sulla

²⁰ Devono pertanto ritenersi obbligatori e fondamentali anche i seguenti atti, in quanto compatibili con la natura e le funzioni del consorzio:

- a) *il piano-programma, comprendente un contratto di servizio* [in questo caso varrà la convenzione costitutiva, ndr] *che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale;*
- b) *i bilanci economici di previsione pluriennale ed annuale;*
- c) *il conto consuntivo;*
- d) *il bilancio di esercizio*

scorta degli accordi assunti convenzionalmente e dei reciproci obblighi e garanzie, a mente della convenzione per la gestione associata del servizio (art. 30 TUEL).

- Nella realtà fattuale, peraltro, le dinamiche ed i meccanismi di *governance* di queste strutture consortili (partitamente per i **consorzi obbligatori di funzione**²¹), disciplinate precipuamente dalla normativa pubblicistica di fonte regionale e da disposizioni statutarie e convenzionali a volte assai standardizzate (in certi casi gli schemi di statuto sono stati adottati con la medesima legge regionale), debbono spesso temperare esigenze di rappresentatività politica, di cui sono portatori i singoli Enti facenti parte dell'ambito di riferimento e che quindi riflettono, nel contesto

²¹ Trattasi, nella specie, di strutture cui sono trasferite *ex lege* le funzioni amministrative, già in capo ai singoli enti consorziati, in tema di organizzazione, affidamento, vigilanza e controllo su taluni servizi pubblici a gestione ottimale di bacino. In particolare, si citano il servizio idrico integrato, il servizio rifiuti ed il servizio di gestione dell'edilizia residenziale pubblica (ERP), quest'ultimo già di competenza delle disciolte ATER (ex IACP). Sono servizi la cui disciplina è rinvenibile in specifiche leggi di settore, sia nazionali che regionali, che peraltro non prevedono la possibilità di dividere la gestione delle reti e delle infrastrutture patrimoniali dedicate alla produzione dall'attività di erogazione materiale del servizio nei confronti dell'utenza finale. La gestione di tali servizi deve essere effettuata in ambito territoriali ottimali ovvero nel contesto di bacini sovracomunali di riferimento. Le funzioni di vigilanza e controllo sono appunto espletate da autorità sovraordinate di bacino, costituite sovente nella forma di consorzi pubblici di funzione obbligatori, secondo quanto previsto dalle leggi regionali attuative.

degli organi consortili²², tutte le problematiche di composizione delle controversie e delle divergenze di schieramento politico delle amministrazioni che si trovano a governare le diverse realtà in un dato momento storico. Ciò trova sovente esplicitazione in norme statutarie che prevedono dimensioni e composizione dei consigli di amministrazione tali da rasentare quelle di un vero e proprio consiglio comunale, ovvero, ancora, *quorum* deliberativi talmente aggravati - sia in sede assembleare che di consiglio di amministrazione - da inficiare di fatto ogni capacità di efficace funzionamento della struttura, con evidente impossibilità, anche per il soggetto che detenga la maggioranza relativa delle quote, di svolgere quel ruolo di direzione e coordinamento che pertiene al vertice strategico, nell'assunzione di decisioni chiave e quindi nell'adozione dei comportamenti tipici del **soggetto economico**.

²² Sono organi del consorzio amministrativo (art. 31 del TUEL): l'assemblea consortile ed il consiglio di amministrazione. L'assemblea è composta dai rappresentanti dei singoli enti associati, nella persona del legale rappresentante (sindaco o presidente della provincia), ciascuno con responsabilità pari alla quota di partecipazione che rappresenta, pur potendosi, comunque, esercitare un solo voto. Si applicano, per quanto compatibili, le norme sulle aziende speciali di cui all'art. 114 del TUEL. Tutti gli aspetti qualificanti della *governance* consortile (composizione e competenze degli organi del consorzio; reciproci obblighi e garanzie dei consorziati, norme di carattere organizzativo, nel rispetto dello statuto e delle disposizioni normative) sono disciplinati dalla «**convenzione**» ex art. 30 TUEL, che i rispettivi consigli comunali degli enti aderenti debbono adottare a maggioranza assoluta dei loro componenti.

- A livello organizzativo e gestionale è sicuramente ipotizzabile una struttura di costi fissi più elevata rispetto a quelli di una gestione in economia o anche a quelli di un'azienda speciale mono comunale, ai fini del corretto funzionamento di un consorzio. Infatti, la sola presenza di organi propri (assemblea consortile, collegio dei revisori) ovvero la possibilità di far riferimento a a gestioni «*pluriservizio*» legittima detta ipotesi. Si consideri, inoltre, che l'autonomia giuridica della struttura implica che tutta una serie di oneri indiretti, connessi alla prestazione di servizi interni sul piano tecnico-organizzativo, originariamente a carico dei singoli enti consorziati, in tale evenienza dovranno necessariamente essere acquisiti sul mercato o sostenuti internamente attraverso un'adeguata struttura organizzativa.
- Il consorzio è struttura che implica, anche ai fini del conseguimento di necessarie *economie di dimensione*, la presenza di un congruo numero di enti interessati alla gestione associata di uno o più servizi (o funzioni) e di un conseguente bacino ottimale di riferimento, al fine di creare le condizioni economiche di «*massa critica*» per conseguire una *dimensione minima ottimale*. Non è pertanto conveniente utilizzare detta formula laddove gli enti interessati fossero solamente due²³. Il legislatore, infatti, ha in tal senso espresso uno specifico *favor* per i consorzi

²³ Si tenga infatti presente che, per espressa disposizione di legge (art. 31, comma 6 del TUEL), tra gli stessi enti locali non potrà essere costituito che un solo consorzio.

multiservizi, al fine di ridurre i costi generali connessi a dette strutture associative²⁴.

Circa le modalità operative e le tempistiche per la costituzione delle forme associative pubblicistiche occorre tener presenti la serie di fondamentali **atti amministrativi presupposti**, indispensabili per una regolare formazione della volontà degli enti partecipanti. Pertanto, oltre alle analisi tecnico-economiche sopra individuate trattando della costituzione delle aziende speciali, si dovrà qui far riferimento anche allo statuto ed alla convezione per l'esercizio associato di funzioni o servizi, che dovranno necessariamente essere allegati alla deliberazione consiliare, adottata su testo conforme da tutti i consigli degli enti interessati, a maggioranza assoluta dei consiglieri in carica²⁵.

Il quadro normativo pubblicistico trova poi integrazione e completamento nelle più generali disposizioni civilistiche «*di chiusura*», dettate in materia di *contratti associativi di tipo consortile* (art. 2602 e ss. del codice civile). Ovviamente l'applicabilità dei principi inferibili dal diritto comune avviene in via residuale e per quanto non diversamente disposto; ciò si evince dalla possibilità di riferire gli atti fondanti il consorzio (convenzione ex art. 30 TEUL e statuto) al più generale *genus* degli «*accordi tra*

²⁴ La norma che impone il divieto ha, tuttavia, carattere eccezionale ed è pertanto di stretta interpretazione; essa fa, quindi, riferimento a compagini consortili assolutamente identiche. E' dunque sufficiente che vi sia una differenziazione, anche rispetto ad uno solo dei consorziati, affinché ciò integri un facile superamento del divieto normativo.

²⁵ Per approfondimenti si veda, per tutti, VIRGA P., *Diritto Amministrativo, Amministrazione locale*, vol. 3, pag. 245 e ss., ed anche: ITALIA V. (ed altri), *Consorzi ed aziende speciali*, Milano, 1992.

pubbliche amministrazioni», di cui all'art. 15 della L. 241/90 e s.m.i. La norma in questione, infatti, al comma 2, fa espresso rinvio, in quanto applicabili, alle «...*disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2, 3 e 5...*» della stessa legge. Risultano quindi riferibili anche ai consorzi amministrativi, in via di cornice normativa di completamento ed «...*ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili...*»²⁶, di cui agli articoli 2602 e ss.

²⁶ In tal senso si vedano le sentenze TAR Lombardia, Milano, n. 5620/2004 e TAR Lombardia, Brescia, n. 303/2005.