

LE PROSPETTIVE DELLA NUOVA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA TRA INTERVENTI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI*

di Andrea Napolitano **

Sommario: 1. Il ruolo dello Stato nell'economia. 2. L'evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali. 2.1. Gli interventi normativi successivi alla sentenza della Corte Costituzionale n° 199/12. 3. La Legge 7 agosto 2015 n. 124. 4. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. 5. La sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n. 251 6. Brevi conclusioni.

273

1. Il ruolo dello Stato nell'economia.

L'intervento pubblico dell'economia inteso quale processo all'interno del quale forme giuridiche ed economiche si intersecano in un rapporto di reciproca dipendenza, può essere analizzato, in uno Stato costituzionale⁵⁷⁴, sia con riferimento alle attività ed alle organizzazioni pubbliche pensate per disciplinare, indirizzare e controllare dall'esterno i vari momenti del sistema economico, sia in relazione all'insieme delle strutture organizzative e funzionali utilizzate dai pubblici poteri grazie alle quali, gli stessi, partecipano in maniera diretta, o tramite ausiliari, ai processi di produzione e distribuzione della ricchezza⁵⁷⁵.

A differenza del primo modello, basato su un ruolo esterno del soggetto pubblico, nel secondo caso lo Stato agisce in maniera attiva diventando imprenditore cercando quindi di condizionare in maniera decisiva il mercato⁵⁷⁶.

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in "Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo", Università degli studi di Napoli "Parthenope".

⁵⁷⁴ Cfr. P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

⁵⁷⁵ Cfr. B. Cavallo, G. Di Plinio, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1983. 50.

⁵⁷⁶ Cfr. V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959; P. Barcellona, *Stato e mercato tra monopolio e democrazia*, Bari, 1976; F. Galgano, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, 105; V. Ottaviano, *Il governo dell'economia: i principi giuridici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, 185.

Come è noto, il ventesimo secolo è stato caratterizzato da un intenso intervento pubblico nell'economia che, in alcune fasi, è stato talmente rilevante e determinante da essere considerato una caratteristica dello Stato stesso.

Inoltre tale presenza ha accompagnato, senza soluzione di continuità, il susseguirsi dei periodi storici (liberale, totalitario e democratico) che hanno caratterizzato la storia italiana del secolo scorso.

Non essendo possibile in questa sede soffermarsi sulla presenza dello Stato nell'economia negli anni precedenti l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ci si limita ad evidenziare come tale periodo abbia influenzato in maniera determinante i processi che si sono avuti in un periodo successivo⁵⁷⁷.

Con l'approvazione della Costituzione italiana e l'affermarsi del principio di uguaglianza sostanziale, il ruolo dello Stato nell'economia si è inquadrato nella più ampia realizzazione dello Stato sociale di diritto⁵⁷⁸, in quanto considerato uno strumento volto ad eliminare gli squilibri economici oltre che sociali⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Il primo significativo ingresso dello Stato italiano nell'economia si è avuto verso la fine del XIX secolo anche in considerazione dei profondi mutamenti sociali e dell'esigenza di garantire l'accesso a servizi pubblici in modo diffuso e accessibile. Per questi motivi viene quindi utilizzato un nuovo modello organizzativo, l'impresa pubblica, caratterizzata da un nucleo organizzativo e funzionale di beni e persone, volto alla gestione, in forma imprenditoriale, di una attività economica. Attraverso l'impresa pubblica lo Stato si prefiggeva un obiettivo limitato non tanto al conseguimento di utili economici quanto, piuttosto, alla direzione politica ed al controllo di un settore economico, quali, ad esempio, la conservazione dei livelli di occupazione, l'eliminazione degli squilibri e lo sviluppo economico generale. Per la parte che qui interessa si ricorda inoltre come l'avvento del periodo fascista possa essere ricordato per l'introduzione di una serie di strumenti di disciplina e di controllo dell'economia, caratterizzato da una forte limitazione dell'iniziativa economica dei privati in favore di un massiccio interventismo pubblico grazie anche alla nazionalizzazione ed all'utilizzo dell'ente pubblico economico, modello molto diverso dall'impresa organo precedentemente prevista in epoca giolittiana. La bibliografia su questi aspetti è molto ampia. Cfr., tra gli altri, G. Treves, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950; M.S., Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958; G. Amato, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Politica del dir.*, 1970, 448; V. Ottaviano, voce *Impresa pubblica*, in *Enc. Del dir.*, vol. XX, 1970; S. Valentini, *L'impresa pubblica. Lineamenti giuridici*, Milano, 1980

⁵⁷⁸ Sul punto parte della dottrina ha osservato che “*il concetto di Stato sociale non avrebbe nessun significato se isolato da quello di Stato di diritto, che è la linfa vitale della Costituzione. Lo Stato sociale è strettamente legato allo Stato di diritto, del quale costituisce l'ultima evoluzione, sul quale si fonda. La garanzia dello Stato sociale è costituita dallo Stato di diritto*”, Cfr. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 30. Cfr. inoltre A. VILLANI, *Stato sociale di diritto: decifrazione di una formula*, Macerata, 1966, secondo il quale “*Lo Stato di diritto ha oggi, in questa nostra epoca, senso e possibilità solo se esso è, nel contempo, Stato sociale*” e ancora che “*Lo Stato sociale ha oggi, in questa epoca, senso e possibilità solo nella misura in cui sa nel contempo essere Stato di diritto*”.

⁵⁷⁹ Per un'analisi più approfondita della materia Cfr. G. DE MARIA, *Lo Stato sociale moderno*, Milano, 1946; A. M. SANDULLI, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc.dir.* II, Milano, 1964, 802, 8; P.G. GRASSO, *Osservazioni sullo Stato sociale nell'ordinamento italiano*, in *Quaderni di scienze sociali*, 1965; M.S. GIANNINI, *Stato Sociale: nozione inutile*, in *Scritti in onore di Constantino Mortati*, Milano, 1977; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione Italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755; A. BALDASSARRE, *Lo Stato sociale, una formula in evoluzione*, Bari, 1982, 25; M. LUCIANI,

Come è noto, l'intervento pubblico dell'economia si presenta come un "tipico e fruttuoso prodotto" affermatosi negli Stati europei dalla diversa tradizione e civiltà giuridica, grazie al quale si è avuta una profonda trasformazione di istituti giuridici finalizzati propri a scopi sociali.

Nella Costituzione italiana del 1948 questa concezione trova la propria sistematizzazione negli articoli 2 e 3 ed in quelli che compongono e definiscono la Costituzione economica italiana⁵⁸⁰.

L'elemento che caratterizza tale impostazione è senza dubbio il principio di uguaglianza, punto cardine della nozione di Stato sociale, che nella Costituzione italiana trova formalizzazione nell'articolo 3, considerato una delle disposizioni più elaborate ed "oggetto di esaltazioni e di critiche", all'interno del quale occorre volta per volta individuare il giusto punto di equilibrio tra divieto di discriminazione e necessità di differenziare le situazioni e gli status⁵⁸¹.

Infatti, come viene da più parti sottolineato, l'intervento pubblico nell'economia può quindi riviverci nella ricerca degli strumenti volti a rimuovere o almeno attenuare le disuguaglianze derivanti da situazioni economiche e sociali, e nella eliminazione degli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana⁵⁸².

Sui diritti sociali, Padova, 1995, 103; S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello Stato sociale*, in *Dir. soc.*, 1999, 163; P. BILANCIA - E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004; A. GIORGIS, *Diritto sociali*, in *Dizionario diritto pubblico*, Milano, 2009.

⁵⁸⁰ Si rinvia sul punto al paragrafo 2. di questo capitolo.

⁵⁸¹ Cfr. sul punto G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 53. Cfr. inoltre C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La costituzione italiana*. Padova, 1954, 37, 66; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 422; V. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 147; ; L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 546; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 331; B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale*, Padova, 1984, 150; A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 483; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro. it.*, 1996, I, 1961; A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Polo dir.*, 2001, 168; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 2005, I; M. MANETTI, *La libertà eguale nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2009, 3, 635; C. PINELLI, *Il discorso nei diritti sociali tra Costituzione e diritto europeo*, in *Europea e dir. priv.*, 2011, 3, 401; U.G. ZINGALES, *Cronache costituzionali 2012*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, 781; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, 89.

⁵⁸² Cfr. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 54 secondo cui "il diritto pubblico dell'economia studia pertanto la prima e l'ultima parte del I comma dell'art. 3, laddove si dice che "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale" e che "sono eguali davanti alla legge senza distinzione....di condizioni... sociali, formule di identico significato. Studia inoltre il secondo comma dell'art. 3 per la parte che recita "è compito della repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori dell'organizzazioni economica e sociale del paese". Cfr. inoltre sul punto F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; P.

Il ruolo dello Stato nell'economia ha subito, negli anni, un rilevante mutamento dovuto all'influenza della disciplina europea, che, già nei primi anni della Comunità Europea, si è prefissato l'obiettivo di tutelare la concorrenza e combattere le posizioni monopolistiche ed oligopolistiche, guardando quindi con sfavore ai possibili interventi pubblici nell'economia⁵⁸³.

L'ordinamento europeo, infatti, partendo da un'impostazione fondata sull'indifferenza in merito alla proprietà pubblica o privata delle imprese ha nel tempo spostato la sua attenzione verso una sempre maggiore affermazione del principio concorrenziale ed al conseguente ridimensionamento delle funzioni politiche di governo dell'economia.

Oltre ai dettati europei ed alle urgenti esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, un ulteriore elemento che ha influenzato il ruolo dello Stato nell'economia è stato, senza dubbio, la crescente utilizzazione dei capisaldi della teoria del c.d. *new public management* al processo di riorganizzazione del settore pubblico volti al miglioramento dell'efficienza della stessa amministrazione⁵⁸⁴.

Questo processo di "riordino" ha investito – si potrebbe dire "nuovamente", dopo la fase di ridefinizione degli anni '90 – anche il settore delle imprese pubbliche, all'interno del quale, nel tempo, la differenza sostanziale tra società a totale e società a parziale

BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; F. SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998; E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 6; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma- Bari, 2002;

⁵⁸³ Cfr. G. Bognetti, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in AA.VV. *La Costituzione economica*, Padova, 1997; F. Coccozza, *Il diritto pubblico dell'economica nell'integrazione europea*, Roma, 2001; ID, *Incidenza del diritto delle Comunità europee sul diritto pubblico nazionale dell'economia*, in AA.VV., *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002; A. Papa, *Le imprese pubbliche tra Costituzione ed ordinamento comunitario*, in S. Labriola – A. Catelani (a cura di), *La costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001; G. Tesaro, *Influenza della Comunità europea nei rapporti tra Stato ed economia*, in *Stato ed economia all'inizio del 21° secolo*, Bologna, 2002.

⁵⁸⁴ Sul punto si ricorda inoltre che l'utilizzo di strumenti privatistici è stato previsto anche per sopperire alle inefficienze riscontrabili nelle prestazioni offerte da enti "mascherati" da aziende ma sostanzialmente pubbliche e per limitare la spesa pubblica in riferimento alla gestione e ai bilanci delle stesse amministrazioni pubbliche. Cfr. sul punto M.T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983; E. MELE, *Procedimento amministrativo, i segni di una crisi*, in *Foro amm.*, 1991, 1855; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995 16 ss.; S. CASSESE, *La riforma amministrativa in Europa e in Italia*, in *La modernizzazione dello Stato*, Milano, 2002, 13. E. MELE, *Le società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, 2003; S. DE NARDIS, *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000; E. PICOZZA, *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010.

partecipazione pubblica si è manifestata in modo sensibile anche grazie alla definizione di ipotesi differenziate per categorie specifiche di esse⁵⁸⁵.

Negli stessi anni, il fenomeno delle privatizzazioni, caratterizzato non solo dalla vendita di alcune imprese pubbliche, ma soprattutto dalla prima sistematizzazione della materia⁵⁸⁶, ha definitivamente obbligato all'utilizzo della forma societaria quale strumento necessario per definire il ruolo dello Stato nell'economia⁵⁸⁷.

Infine, nonostante vi sia stata nel tempo l'introduzione di nuovi istituti idonei volti a disciplinare specifici aspetti della materia⁵⁸⁸, si è formato un generale orientamento, confermato dai recentissimi interventi legislativi, basato su una forte limitazione alla costituzione di società da parte di soggetti pubblici e sulla dismissione di quelle già detenute dalle amministrazioni⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Il riferimento è ad una normativa complessa caratterizzata da un modello di natura privatistica limitato da specifici limiti o deroghe imposte dal diritto amministrativo a garanzia delle esigenze della sfera pubblica. Cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2009, 794. Secondo l'Autore "la disciplina speciale dettata per le società pubbliche non ha assunto, almeno per ora, le caratteristiche di un sistema concluso e a se stante, ma continua ad apparire come un sistema di deroghe alla disciplina generale, se pur con ampio ambito di applicazione. Non a caso la disciplina generale viene riaffermata per le società quotate, per le quali la natura di soggetti sottoposti interamente al mercato funge da diaframma contro l'intrusione delle regole pubblicistiche. Anche per le altre società le norme impongono, in ogni caso, specifici obblighi e non un regime giuridico completo e autosufficiente e, per l'appunto, occorre una norma che imponga l'obbligo in deroga alla generale disciplina codicistica"; C. IBBA, *Le società pubbliche*, Torino, 2011, 5; F. LUCIANI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Giustamm.it*, 2012, 16.

⁵⁸⁶ Il riferimento è al Decreto Legge 5 dicembre 1991 n° 386, *Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica*, convertito in legge 29 gennaio 1992 n° 35.

⁵⁸⁷ Decreto Legge 5 dicembre 1991 n° 386, *Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni suscettibili di gestione economica*, convertito senza modificazioni in legge 29 gennaio 1992 n° 35.

⁵⁸⁸ Per un'analisi accurata ed esaustiva degli istituti di cui sopra, si rinvia, tra gli altri, a G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. delle società*, 2005, 999; G. CORSO - P. SAVONA, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2, 2006, 197; M. CAMMELLI - M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 29.

⁵⁸⁹ Infatti, da un'analisi delle disposizioni degli ultimi anni si evidenzia il "radicale mutamento di indirizzo" secondo cui "il principio ordinatore della materia deve essere quello non già della libertà – rectius, della capacità generale dell'ente pubblico ad assumere la qualità di socio bensì quello opposto della preclusione all'utilizzazione della forma societaria salve limitate eccezioni predeterminate dalla legge"⁵⁸⁹, idoneo a segnare il "tramonto delle partecipazioni pubbliche" Cfr. C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in G.C. FERONI (a cura di) *Il partenariato pubblico- privato*, Torino, 2011, 94. Come si avrà modo di evidenziare in seguito, si tratta di un'affermazione che potrebbe essere contraddetta dal panorama giuridico attuale, caratterizzato da un definitivo ritorno allo strumento delle imprese pubbliche e dalla considerazione secondo cui le società a partecipazione pubbliche, nonostante abbiano vissuto momenti di declino, non sono mai del tutto "tramontate".

La distinzione tra società pubbliche e quelle private è proporzionalmente marcata in riferimento all'ipotesi in cui l'attività economica dell'ente sia finalizzata in via diretta alla cura di interessi generali. Si tratta, infatti, di una società che, agendo nella sfera pubblica in veste di amministrazione pubblica ma in forma privatistica, condiziona gli interessi commerciali della società fino ad annullarli in favore degli obiettivi di natura

2. L'evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali.

L'utilizzo dello strumento societario da parte di soggetti pubblici ha avuto una prima e decisiva legittimazione a livello locale grazie alla legge n. 142 del 1990⁵⁹⁰ che ha segnato, senza dubbio, un importante passo, confermato successivamente⁵⁹¹, verso una significativa trasformazione degli strumenti di gestione dei servizi pubblici locali attraverso la definizione del modello della società per azioni a capitale pubblico maggioritario⁵⁹².

pubblicista perpetrati dal socio pubblico, senza però limitare in maniera eccessiva il carattere economico dell'azione svolta. Questa ipotesi si avvicina alle definizioni europee di organismo di diritto pubblico e di impresa privata, all'interno delle quali rientrano le società che agiscono in ambito pubblicistico ed, essendo qualificata quale amministrazione pubblica in senso sostanziale, sono disciplinate dalla disciplina speciale in materia di contratti pubblici quali amministrazioni pubbliche aggiudicatrici o enti aggiudicatori. Cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 273; F. LUCIANI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, cit. Al contrario, questa differenza tende ad attenuarsi nei casi di società di diritto privato a partecipazione pubblica che agiscono al confine con la sfera privatistica, ipotesi in cui le stesse utilizzano risorse pubbliche ma i cui obiettivi di interesse generale non risultano prevalenti rispetto a quelli economici della società. Cfr. tra i tanti: D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del ventunesimo secolo*, cit., 1; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.* 2010, 313; G. DI GASPARÈ, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 315 ss.

⁵⁹⁰ Legge 8 giugno 1990, n° 142, "Ordinamento delle autonomie locali". Cfr. P. POLIMANTI, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

⁵⁹¹ Come è noto, infatti, il legislatore intervenuto successivamente sul punto con l'articolo 12 della legge n° 498/92 aggiungendo al modello societario già previsto, quello caratterizzato dal capitale pubblico di minoranza e dalla maggioranza assoluta detenuta da un socio privato, stabilendo, per questo motivo, una procedura ad evidenza pubblica idonea all'individuazione dello stesso. Cfr. Legge 23 dicembre 1992, n° 498, "Interventi urgenti in materia di finanza pubblica". Al riguardo si ricorda inoltre come il legislatore abbia inoltre previsto, con la legge n° 127/97, la possibilità di costituire società a responsabilità limitata, l'affidamento diretto del servizio a società costituite *ad hoc* o già preesistenti ed al tempo stesso una espressa scelta compiuta in favore del societario a discapito delle aziende speciali Cfr. Legge 15 maggio 1997, n° 127 "Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo".

⁵⁹² Al riguardo si ricorda inoltre la trasformazione delle società municipalizzate in aziende speciali o in enti pubblici economici funzionalmente legati all'amministrazione ma dotati, al tempo stesso, di propria personalità giuridica. Nello specifico, l'articolo 23 della legge n° 142/90 ha definito l'azienda speciale quale "ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto approvato dal Consiglio comunale o provinciale". La strumentalità dell'azienda speciale è indicativa del fatto che l'ente locale si serve della stessa per la gestione del servizio, e quindi, per la soddisfazione delle esigenze della collettività. L'attribuzione della personalità giuridica rende l'azienda speciale un soggetto a sé stante, in quanto essa non è più un organo dell'Ente locale, come lo era l'azienda municipalizzata, poiché l'autonomia imprenditoriale di cui è dotata consente all'azienda di non essere più organo d'esecuzione ma una vera e propria azienda soggetta alle disposizioni del codice civile. Infatti, agli Enti locali è stata attribuita la facoltà di decidere se gestire i servizi pubblici mediante esternalizzazione a privati "quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale", in economicità "per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio", attraverso l'azienda speciale, "anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale" ed infine attraverso società di capitali a prevalente partecipazione pubblica.

La materia ha poi subito, verso la fine degli anni '90, una successiva evoluzione dettata dalle prime decisioni della Corte di Giustizia e dall'approvazione del c.d. Testo Unico degli Enti locali⁵⁹³, che nel definire le forme di gestione dei servizi pubblici, ha previsto l'affidamento diretto del servizio, la possibilità di concentrare in un unico soggetto la proprietà e la gestione dello stesso, ed, infine l'utilizzo del modello societario da parte delle amministrazioni locali.

Nello specifico, infatti, l'art. 113 del Testo unico, ha affidato ai Comuni ed alle Province la facoltà di provvedere alla gestione dei servizi pubblici anche *“a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati”*⁵⁹⁴.

Si tratta di una disposizione che ha segnato un sostanzioso distacco con la precedente impostazione vista la concreta apertura del settore al mercato concorrenziale⁵⁹⁵.

Nonostante l'elemento innovativo, il legislatore è dovuto intervenire nel 2003⁵⁹⁶, in conseguenza dei dubbi sollevati dalle istituzioni europee sulla mancata conformità delle disposizioni nazionali a quelle europee in materia di appalti e concessioni di pubblico servizio.

Sul punto parte della dottrina ha sottolineato come l'affidamento diretto non sia stato in grado di sortire gli effetti sperati, rinvenibili nella volontà di indirizzare la materia verso una liberalizzazione del settore⁵⁹⁷, dal momento che era consentita ad un'amministrazione pubblica la possibilità affidare la gestione di un servizio in via diretta a società a capitale

⁵⁹³ Decreto Legislativo, 18 agosto 2000, n° 267, *“Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”*.

⁵⁹⁴ Com'è noto questa disposizione è stata poi abrogata dall'articolo 12 comma 1 lettera a del Decreto del Presidente della Repubblica, 7 settembre 2010, n° 168.

⁵⁹⁵ Cfr. G. PITTALIS, *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in *Gius. Amm.*, 2002, 1476. Sul punto si ricorda, inoltre, l'atto di messa in mora 8 novembre 2000 n° 2184/1999 inviato dalla Commissione allo Stato italiano con il quale si è sindacato la legittimità dell'ampiezza degli affidamenti diretti presenti nella disciplina interna relativa alla gestione dei servizi pubblici locali, Cfr. inoltre I. SECCO, *La compatibilità con il diritto comunitario del modello dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

⁵⁹⁶ Legge 24 novembre 2003, n. 326 *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici”*. Legge 24 dicembre 2003, n. 350, *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)”*

⁵⁹⁷ Cfr. sul punto G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Napoli, 2005, 81, secondo cui la normativa in esame, oltre a segnare un vero e proprio passo indietro, risulta anche contraria alle disposizioni europee e V. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 185, il quale evidenzia come queste disposizioni fossero contrarie alla corposa elaborazione giurisprudenziale, che ha permesso di circoscrivere progressivamente i monopoli e ha consentito di subordinare la legittimità degli interventi pubblici diretti ad occupare e precludere interi spazi di mercato al rispetto dei principi di proporzionalità e residualità, quali strumenti di tutela dei valori e delle libertà dell'Unione.

interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale avessero esercitato sulla società *“un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti pubblici che la controllano”*⁵⁹⁸.

Proprio la consacrazione del modello dell'*in house* nell'ordinamento nazionale è stata considerata il vero punto *dolens* della riforma del 2003 poichè, mentre la giurisprudenza europea considerava l'affidamento diretto, in quel periodo storico, l'eccezione alla regola della procedura ad evidenza pubblica, il legislatore italiano lo intendeva quale ipotesi da preferire allo strumento della gara pubblica.

Inoltre, le procedure di infrazione aperte nei confronti dell'Italia per la lesione della tutela della concorrenza e le esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica hanno spinto il legislatore nazionale ad inaugurare un'impostazione fortemente restrittiva dello strumento societario da parte dei soggetti pubblici che sembrerebbe aver trovato il proprio punto di approdo nei recentissimi provvedimenti normativi di cui si avrà modo di parlare.

Il primo intervento che ha inaugurato questo filone legislativo è senza dubbio l'articolo 13 del D.L. n°223/06⁵⁹⁹ con il quale si è limitato l'utilizzo delle società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate da parte delle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali⁶⁰⁰, differenziando, quindi, tali società da quelle indirizzate verso l'esercizio di attività di impresa in favore del mercato⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Cfr. Articolo 113 comma 5 T.U.E.L. come modificato dall'articolo 14, decreto legge n°269/03 convertito in legge n°326/03.

⁵⁹⁹ Decreto Legge, 4 luglio 2006, n° 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n° 248. Per un'analisi più approfondita si rinvia a B. CARAVITA DI TORITTO, *È veramente pro- concorrenziale l'art 13 del decreto Bersani I?* in *www.federalismi.it*, 2007; A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del Decreto Bersani ed art. 23-bis del d.l. 112/08*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 741.

⁶⁰⁰ Per il Consiglio di Stato si può parlare di strumentalità *“allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo”* Cfr. Consiglio di Stato, 7 luglio 2009, n° 4346, *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, 1727.

⁶⁰¹ Tale disposizione, introdotta allo scopo di tutelare la concorrenza ed evitare ingiustificate distorsioni del mercato, ha previsto, ai fini di una effettiva efficacia della stessa, che decorso un ampio termine dalla sua entrata in vigore, sarebbero dovute cessare tutte le attività non consentite e che i contratti stipulati in violazione delle nuove regole sarebbero stati colpiti da nullità. La scelta, in questo caso, si è dimostrata più restrittiva di quanto previsto dalla normativa europea (che non chiedeva l'esclusività dell'attività svolta in favore dell'amministrazione di riferimento, ma la sola prevalenza), inducendo, per questo motivo, parte della dottrina a ritenere tale disposizione ai limiti della costituzionalità. Cfr. A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del “ decreto Bersani” e art. 23 bis del d.l. 112/08*, in *Urb., e app.*, Padova, 2009, 6, 741, secondo cui tale disposizione potrebbe ritenersi ai limiti della legittimità costituzionale in considerazione di questa irragionevole limitazione che si pone in contrasto con le regole europee.

Dello stesso periodo è la c.d. Legge Finanziaria per il 2008⁶⁰², improntata verso un importante contenimento dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, giustificato dalla necessità di tutelare la concorrenza evitare una “ fuga verso il privato” da parte degli enti pubblici⁶⁰³.

Nell’analizzare gli interventi del legislatore in materia non può non tenersi conto dell’articolo 23 *bis* del decreto legge n° 112/08⁶⁰⁴, una delle disposizioni e controverse con la quale si è limitato l’utilizzo dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche a casi strettamente tipizzati⁶⁰⁵.

Come è noto l’impianto normativo è stato oggetto di attenzione da parte della Corte Costituzionale, che si è occupata della questione prima nella sentenza n° 325/2010, che ha stabilito la conformità dello stesso con i principi europei riferiti alla realizzazione di uno

⁶⁰² Legge 24 dicembre 2007 n° 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)*.

⁶⁰³ Cfr. M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253; A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., 79 ss. S. ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale nelle società a partecipazione pubblica: i riflessi sistematici dell’art. 3, comma 27 e ss. della l. 24 dicembre 2007 n.° 244 in materia di attività di impresa e di gruppo, partecipazione sociale e responsabilità degli amministratori*, in www.giustamm.it.

⁶⁰⁴ Decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 “*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*” convertito con Legge 6 agosto 2008, n. 133 “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*”.

⁶⁰⁵ La disposizione ha come è noto stabilito che “*Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società di qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità del socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%*”. Per questo motivo, quindi, la deroga rappresentata dal modello dell’ *in house providing* era utilizzabile nei casi di particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali o geografiche del contesto territoriale di riferimento che non consentivano “ *un efficace e utile ricorso al mercato*”. Il quarto comma dell’articolo 23 *bis* ha stabilito che, in tali circostanze, l’ente avrebbe dovuto “*dare adeguata pubblicità della scelta, motivandola in base ad un’analisi di mercato e trasmettendo una relazione contenente gli esiti della suddetta verifica all’ Antitrust e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l’espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro 60 giorni dalla ricezione della predetta relazione*”. Si è trattato di uno strumento previsto per limitare il potere discrezionale affidato all’amministrazione, idoneo alla definizione di una “deroga illimitata”. Non avendo natura vincolante, in caso di parere negativo da parte dell’autorità di riferimento, l’ente locale sarebbe potuto ricorrere ugualmente all’affidamento diretto senza poter essere sanzionato.

mercato unico basato sulla concorrenza⁶⁰⁶ e, successivamente, con la sentenza n°24/11⁶⁰⁷ con cui ha dichiarato la legittimità costituzionale del quesito referendario del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 che, come è noto, ha portato all'abrogazione del già ricordato articolo 23 *bis*⁶⁰⁸.

In conseguenza dell'esito referendario, al fine di colmare il vuoto normativo creatosi in materia, il legislatore ha approvato l'articolo 4 del decreto legge n° 138/11⁶⁰⁹ con il quale ha però riproposto quanto già previsto dalla disposizione abrogata, basata sull'esternalizzazione del servizio a privati e sull'affidamento dello stesso a società miste, relegando ad ipotesi strettamente residuali l'utilizzo del modello *in house*.

Per questo motivo, la stessa è stata oggetto di sindacato da parte della Corte Costituzionale che, con sentenza n° 199/12⁶¹⁰, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione

⁶⁰⁶ Corte Costituzionale, 17 novembre 2010, n° 325, in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1774. Cfr. A. LUCARELLI, *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it. Secondo i giudici le disposizioni in esame erano caratterizzate dalla limitazione di casi di affidamenti diretti, che non impedivano “ *del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio locale di rilevanza economica, negandogli ogni possibilità di svolgere la sua “ speciale missione” pubblica (come si esprime il diritto comunitario) , ma trova, tra i molti possibili, un punto di equilibrio rispetto ai diversi interessi operanti nella materia in esame*”. I giudici inoltre hanno ritenuto ragionevole, nonché proporzionale e giustificata alla finalità perseguita, la normativa più rigorosa di quella europea non essendo per questo illegittima, intendendo contemperare la regola della tutela della concorrenza con le eccezioni riconducibili al perseguimento della speciale missione pubblica da parte dell'ente locale. Sul punto si ricorda, inoltre, come la Corte si sia soffermata anche sulla condizione che al socio privato era attribuita “ una partecipazione non inferiore al 40%” ritenendola pienamente compatibile con la disciplina europea stabilendo come “ *tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, come sopra ricordato, ma neppure vietata), si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue, anche in questo caso, la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria*”.

⁶⁰⁷ Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n° 24, in *Giur. Cost.*, 2011, I, 247, con nota di A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*.

Come è noto, in quell'occasione i giudici di legittimità costituzionale hanno evidenziato che l'abrogazione della norma suddetta non avrebbe comportato una *vacatio* legislativa in quanto sarebbe risultata applicabile la normativa e i principi europei idonei a garantire la regolazione della materia ed il rispetto del principio della concorrenza.

⁶⁰⁸ In conseguenza dell'esito referendario si è, quindi, nuovamente attribuita alle amministrazioni locali, in piena conformità con l'ordinamento europeo, la facoltà di scegliere, senza restrizioni o limitazioni, lo strumento ritenuto più idoneo per la gestione di un servizio pubblico. Cfr. sul punto G. AZZARITI, G. FERRARA, A. LUCARELLI, U. MATTEI, L. NIVARRA, S. RODOTÀ, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, in www.astrid-online.it, 5 febbraio 2010.

⁶⁰⁹ Decreto Legge, 13 agosto 2011, n° 138 convertito con Legge 14 settembre 2011, n. 148, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*.

⁶¹⁰ Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n°199, in *Giur. cost.*, 4, 2012, 2900.

dell'articolo 75 della Costituzione vista la riproposizione della normativa abrogata dal referendum del 2011⁶¹¹.

In quella occasione, il giudice delle leggi non si è limitato a sindacare la violazione della norma costituzionale ma ha affrontato nel merito la questione in riferimento alla *ratio* del legislatore, indirizzata verso un drastico contenimento ed, in alcuni casi, soppressione di società pubbliche, contrastante con la volontà espressa dai cittadini nel 2011.

Secondo i giudici, infatti, la disposizione sindacata è risulta essere collegata ad una *“una normativa generale di settore inerente a quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica”* volta a *“restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto, e in particolare, di gestione in house dei servizi consentite solo in casi eccezionali o al ricorrente di specifiche condizioni”*.

Nello stesso modo la Corte ha sottolineato la volontà di ridurre le ipotesi di affidamento diretto oltre i limiti prescritti dalla normativa europea che *“consente anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la speciale missione dell'ente pubblico alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria”*.

Da un'attenta analisi dell'evoluzione normativa sul punto può quindi sottolinearsi come la *ratio* degli stessi sia indirizzata verso un'eccessiva tutela e rispetto di principi di derivazione europea⁶¹² che vada a discapito della disposizioni costituzionali in materia⁶¹³.

⁶¹¹ Sul punto la stessa Corte si è pronunciata per affermare il divieto del sostanziale ripristino della normativa abrogata con referendum nelle sentenze n° 32 e 33/ 1993, in www.giurcost.org. La Corte sul punto ha sottolineato che *“un simile vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica alla luce di un'interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'articolo 75 Cost. venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto”*.

⁶¹² Nella stessa tutela dei principi europei in materia, si evidenzia come il legislatore interno abbia deciso di anteporre i principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi a discapito di quello di coesione economico - sociale e territoriale ex art. 14 e 106 TFUE, disposizioni che nell'art. 23 bis non risultano essere neanche menzionate.

⁶¹³ Parte della dottrina ha definito tale scelta idonea a contribuire *“ alla caratterizzazione più profonda del nostro modello di Stato sociale”*. A. LUCARELLI, *La riforma dei servizi pubblici locali. I modelli di gestione*, in *Quale Stato*, 3-4, 2008, 389.

Per questo motivo, attenta dottrina ha evidenziato la palese strumentalizzazione del principio della concorrenza da intendersi quale strumento per il perseguimento di un interesse generale e non come sinonimo del principio della c.d. coesione sociale e degli altri diritti fondamentali coinvolti in materia⁶¹⁴.

Analizzate le disposizioni di cui sopra, la stessa dottrina ha definito queste ultime frutto di “un’ipocrisia legislativa”, puntando l’attenzione sulla circostanza secondo cui la normativa europea non impone agli Stati membri soluzioni come quella italiana che invece risulta essere basata su un progressivo indebolimento del diritto pubblico e sul tradimento dei principi pensati dal nostro Costituente⁶¹⁵.

2.1. Gli interventi normativi successivi alla sentenza della Corte Costituzionale n° 199/12.

Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n°199/12, al fine di colmare il vuoto legislativo in materia, il legislatore è intervenuto nuovamente, anche se in maniera indiretta, con l’emanazione dell’articolo 34 del c.d. Decreto *Crescita bis*⁶¹⁶, convertito con modificazioni dalla legge n° 221/12⁶¹⁷

La disposizione in esame, in attuazione e nel rispetto della disciplina europea della parità degli operatori nonché del principio di economicità della gestione e di adeguata informazione, ha previsto che l’affidamento di un servizio pubblico ed il possibile utilizzo dello strumento societario da parte dell’amministrazione per la gestione dello stesso

⁶¹⁴ Parte della dottrina, sottolinea, inoltre, una notevole differenza anche da un punto di vista simbolico tra la nozione di “servizi pubblici essenziali” e “livelli essenziali di prestazioni” riconducibili a servizi pubblici di rilevanza economica, in considerazione del fatto che, solo nel primo caso il principio della essenzialità appare effettivamente riconducibile al servizio a differenza della seconda ipotesi, in cui lo stesso può essere ritenuto derogabile e mutevole. Cfr. L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 143.

⁶¹⁵ A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma, 2013, 32; L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 141. Gli interventi legislativi hanno messo in crisi l’idea tradizionale dello Stato, in quanto improntati su un eccessivo allontanamento dello stesso da funzioni di responsabilità in settori strategici, visto anche l’eccessivo strapotere delle ragioni di mercato e profitto, ritenuti quali elementi fondamentali dal legislatore per soddisfare i diritti fondamentali. Si è trattato di un nuovo periodo di privatizzazioni caratterizzato da un’importante dismissione di spazi e competenze tradizionalmente rientranti nella sfera pubblica a benefici di interessi privati

⁶¹⁶ Decreto Legge, 18 ottobre 2012, n° 179.

⁶¹⁷ Legge 17 dicembre 2012, n. 221, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese.*

dovessero avvenire sulla base di un'apposita relazione da pubblicare sul sito internet dell'ente affidante⁶¹⁸.

Si tratta di una scelta improntata sulla volontà di assicurare, agli enti locali, la facoltà di scegliere le modalità del servizio da utilizzare per l'affidamento e la gestione di un pubblico servizio, nel rispetto dei principi europei di concorrenza, libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi come pure quelli di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Il fenomeno delle società partecipate dallo Stato per la gestione dei servizi pubblici è stato inoltre oggetto di attenzione dal legislatore per quel che riguarda i costi e la ricaduta del loro funzionamento sulle risorse pubbliche⁶¹⁹.

Nello specifico, con la legge n° 147/2013⁶²⁰ il legislatore ha preso in considerazione ed ha accomunato alcune tipologie di soggetti sottoposti a differenti regimi giuridici quali sono società di diritto privato come le società e soggetti pubblici come le aziende speciali o

⁶¹⁸ Il legislatore ha previsto che questa relazione debba essere redatta dall'autorità o dall'ente di governo e debba risultare idonea a definire i requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la scelta del modello prescelto, motivare la scelta della forma di affidamento prescelto, con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonchè contenere un piano economico-finanziario idoneo ad assicurare la realizzazione degli interventi strutturali necessari da parte del soggetto affidatario.

⁶¹⁹ Il riferimento è ad esempio, tra i tanti, al Decreto Legge 24 gennaio 2012 n°1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n°27, *Conversione in legge, con modificazione, del decreto legge, 24 gennaio 2012, n°1 recante Disposizioni per urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*. Un altro intervento normativo la cui ricaduta può essere collegata alle società a partecipazione pubblica (in modo particolare sull'aspetto finanziario del loro funzionamento) è stato il c.d. Decreto *Spending Review*, con il quale è stata prevista una singolare procedura di scioglimento per le c.d. *società controllate direttamente o indirettamente dalle Pubbliche amministrazioni* con fatturato, da prestazioni di servizi a favore di pubbliche amministrazioni, superiori al 90% dell'intero fatturato. Decreto Legge 6 luglio 2012 n°95, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misura di rafforzamento patrimoniale delle imprese nel settore bancario* convertito con modificazioni con legge 7 agosto 2012 n° 135. Per un'analisi completa di vedano sul punto: S. FANTINI, *Le novità della spending review*, in *Urb. e app.*, 2012, 11, 1115; G. GUZZO, *La disciplina dei spl di rilevanza economica tra spending review e mito delle liberalizzazioni*, 28 novembre 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶²⁰ Legge, 27 dicembre 2013, n° 147, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, (*Legge di Stabilità 2014*). L'ambito soggettivo previsto dalla disposizione, in particolare all'articolo 1, comma 550, risulta più ampio anche di quello di società partecipata in considerazione del fatto che si riferisce "alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n° 196". Il riferimento è all'elenco annuale dell'Istat che ha natura meramente ricognitiva e non esaustiva delle stesse, all'interno del quale sono inserite tra le amministrazioni pubbliche locali, non solo le province e i comuni ma anche le regioni e le province autonome, nonché le regioni a statuto speciale e gli enti locali presenti in queste ultime. Cfr. sul punto L. CIMBOLINI, *Legge di stabilità. Le nuove regole. Perdite, platea da ridefinire per vincoli sulle partecipate*, in *Norme e tributi*, Milano, 2013; G. TROVATI, *La legge di stabilità. Partecipate, dismissioni addio. Enti obbligati ad accantonare riserve se la società è in perdita*, Milano, 2013.

soggetti dotati di autonomia giuridica e privi di qualsiasi autonomia giuridica, come le istituzioni.

Inoltre, con tale disposizione il legislatore ha offerto, alle amministrazioni pubbliche vincolate dalle stringenti normative precedenti, una transitoria e straordinaria opportunità per “uscire” dalle compagini societarie, ritenute non strettamente necessarie per il conseguimento delle finalità istituzionali⁶²¹.

In continuità con la *ratio* degli ultimi interventi legislativi volti alla razionalizzazione delle società partecipate, si ricordano, inoltre, il decreto legge n° 90/14⁶²², con il quale si è data parziale attuazione al *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, il c.d. Piano Cottarelli, e la “legge di Stabilità per il 2015”⁶²³, strumento normativo piuttosto articolato, volto alla riorganizzazione ed al riordino dei servizi pubblici locali sul territorio.

Nel primo caso il legislatore, è ritornato ad occuparsi delle società partecipate, sulla base di quanto previsto dal “Piano Cottarelli”, differenziandosi da quest’ultimo da un punto di vista soggettivo, in relazione alle amministrazioni pubbliche, agli enti, e agli organismi strumentali su cui intervenire⁶²⁴.

In riferimento, invece, alla c.d. Legge di stabilità per il 2015, la *ratio* di tale normativa può rinvenirsi, non solo nel coordinamento della finanza pubblica, in quello di contenimento della spesa, di buon andamento dell’azione amministrativa e di tutela della concorrenza e

⁶²¹ Si tratta di una disposizione che non è immune da criticità, tanto da parte delle amministrazioni pubbliche, quanto da parte delle società partecipate. Il comma 569 ha disposto, infatti, che il termine previsto dalla normativa precedente per la dismissione della partecipate fosse prorogato oltre i quattro mesi successivi dalla data di entrata in vigore della legge n° 147/2013. La società partecipata, inoltre, nei successivi dodici mesi dalla cessazione era obbligata a liquidare in denaro il valore della quota del socio cessato, in base ai criteri stabiliti ex art. 2473 *ter* comma 2. Si tratta dei casi di recesso dalle s.p.a., che prendono in considerazione la “consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell’eventuale valore di mercato delle azioni”. Cfr. M. ROSSI, *Società partecipate, la legge di stabilità rafforza l’obbligo di dismissione di cui alla legge n° 244707 tra luci ed ombre*, in www.lexitalia.it, 1, 2014.

⁶²² Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90 *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*. convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, *Conversione in legge, con modificazione, del decreto legge 24 giugno 2014, n° 90 recante misure urgenti per la semplificazione la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*. Cfr. F. DI CRISTINA, *Un programma di razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2014, 1174.

⁶²³ Legge 23 dicembre 2014, n° 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*.

⁶²⁴ In modo particolare, mentre nella disposizione iniziale si faceva riferimento alle “amministrazioni locali”, nella legge di stabilità il novero dei soggetti interessati è stato fortemente esteso essendo state ricomprese anche “*Le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, gli Enti locali, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali*”. Al contrario, la stessa normativa ha ristretto il proprio raggio d’azione esclusivamente alle società ed alle partecipazioni societarie a differenza di quella precedente destinata non solo alle società partecipate, anche in via diretta, ma anche alle istituzioni ed alle aziende speciali.

del mercato, ma anche e soprattutto nell' espressa volontà di razionalizzare le società a partecipazione pubblica, perseguendo, per questo motivo, migliori condizioni di efficienza nel settore dei servizi pubblici⁶²⁵.

Infine si ricorda come i commi 611⁶²⁶ e 612⁶²⁷ dello stesso provvedimento normativo, il legislatore abbia inoltre disciplinato i criteri informativi che devono essere seguiti dalle amministrazioni locali in fase di razionalizzazione delle proprie partecipazioni societarie, basati su previsioni normative specifiche indirizzate verso un utilizzo ancora più rigoroso dello strumento societario⁶²⁸.

⁶²⁵ Al fine di dare attuazione a tali obiettivi il legislatore ha individuato in modo analitico gli strumenti idonei al perseguimento di tale scopo riscontrabili nella: eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni; aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, con l'obiettivo di accrescere la dimensione e di favorire il conseguimento di economie di scala ed infine il contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali e la riduzione delle relative remunerazioni. Cfr. M. ROSSI, *Partecipate, nuove disposizioni dalla legge di stabilità*, in *Le società partecipate dagli Enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, Rimini, 2015, 102.

⁶²⁶ Da un'analisi attenta delle previsioni normative si evidenzia come il comma 611 individui le finalità perseguite, affermando la necessità di avviare un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute in modo da prevederne una loro riduzione. Tale azione, deve tenere conto dei cinque criteri previsti dalla norma rinvenibili nella 1) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali anche mediante messa in liquidazione o cessione; 2) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiori a quello dei dipendenti; 3) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni o di internalizzazione delle funzioni; 4) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; 5) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

⁶²⁷ In quest'occasione il legislatore ha sostenuto come la razionalizzazione delle partecipazioni societarie, debba essere realizzata attraverso un processo che tenga conto della scadenza del 31 marzo 2015, data in cui dovranno essere predisposti i relativi piani di razionalizzazione delle partecipazioni dirette ed indirette, con l'indicazione dei tempi e delle modalità nonché i relativi risparmi da conseguire. I prospetti dovranno essere successivamente trasmessi alla sezione di controllo competente della Corte dei Conti che dovrà valutarne la correttezza sotto il profilo contabile, finanziario ed economico.

Nello stesso modo, entro il 31 marzo 2016 dovranno essere predisposte delle relazioni aventi ad oggetto i risultati conseguiti, da inviare ai giudici contabili competenti ad intervenire con tempestività ed efficacia, in caso di possibili inadempimenti.

⁶²⁸ La scelta di utilizzare lo strumento societario deve quindi essere dettagliatamente motivata, individuandone le ragioni complessive, tenendo conto della convenienza e delle conseguenze sulla gestione economico-finanziaria e patrimoniale degli enti proprietari e della loro conformità alla normativa europea.

3. La Legge 7 agosto 2015 n° 124.

La disciplina riguardante le società a partecipazione pubblica è stata di recente fortemente influenzata da quanto previsto dalla c.d. Legge Madia⁶²⁹, avente ad oggetto non solo un'ampia riorganizzazione della Pubblica amministrazione statale della disciplina del lavoro pubblico, ma anche, per la parte che qui interessa, la ridefinizione di materie oggetto di “stratificazioni normative” tra cui rientra a pieno titolo quella in esame.

Nello specifico, dall'analisi del testo della stessa può infatti evidenziarsi come tra gli obiettivi prefissati rientri il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare, inoltre, la chiarezza, la semplificazione normativa e la tutela e la promozione della concorrenza (articolo 18)⁶³⁰.

⁶²⁹ Legge 7 agosto 2015, n° 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*. Si tratta di una legge delega con la quale si obbliga il Governo all'adozione di Decreti legislativi aventi ad oggetto il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e i connessi profili di organizzazione amministrativa, le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale. L'articolo 16 dispone inoltre che il Governo dovrà attenersi a determinati principi e criteri generali, quali l'elaborazione di un Testo Unico in ciascuna materia, l'eliminazione di eventuali incompatibilità tra norme che disciplinano la medesima fattispecie, l'aggiornamento delle procedure attraverso l'utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione al fine di agevolare anche i cittadini e le imprese oltre al rispetto dei principi e criteri previsti per i tre settori specifici.

⁶³⁰ Nello specifico, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della disposizione il Governo avrebbe dovuto adottare il decreto legislativo tenendo conto della: 1) distinzione tra tipi di società per attività svolta, misura e qualità della partecipazione, modalità di affidamento ed individuazione della relativa disciplina; 2) ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione, assunzione e mantenimento di società da parte della P.A. in attuazione della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche; 3) definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti, nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate, nonché dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli Organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, nonché dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli Organi di amministrazione e controllo delle società; 4) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisiti ed il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, rapportando, inoltre, la determinazione del compenso economico variabile degli Amministratori ai risultati positivi o negativi raggiunti; 5) del consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari con possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo e regolazione dei flussi finanziari tra amministrazione pubblica e società partecipate; 6) della promozione della trasparenza e dell'efficienza e coordinamento tra disciplina pubblicistica e privatistica al fine di eliminare inutili sovrapposizioni. Nella stessa disposizione il legislatore ha inserito specifici criteri di delega anche con riferimento alle sole società partecipate dagli enti locali per i quali dovranno essere previsti: 1) per le società strumentali criteri per la scelta del modello societario e limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni; 2) per le società che gestiscono “*servizi pubblici di interesse economico generale*”, criteri volti a garantire il perseguimento dell'interesse pubblico e la tutela del mercato, nonché il numero massimo di esercizi in perdita, stante l'obbligo di liquidazione delle partecipazioni; 3) razionalizzazione delle partecipazioni per garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità; 4) pubblicazione su sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessate dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza per un'adeguata trasparenza; 5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzioni, prevedendo la riduzione dei trasferimenti statali alle amministrazioni interessate; 6) previsione di strumenti volti a favorire la tutela dei livelli

A fronte di una indubbia stringatezza della rubrica (*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*), il contenuto dell'articolo contenente la delega evidenzia la volontà del legislatore di procedere ad una ampia ridefinizione della materia.

Nello specifico si evidenzia l'individuazione delle tipologie di società a cui le pubbliche amministrazioni possono partecipare, la definizione dei fini che le stesse sono legittimate a perseguire e le attività che possono realizzare.

Al tempo stesso possono dedursi regole in materia di *governance* riferite all'attivazione di una specifica funzione volta alla razionalizzazione e riduzione delle società già esistenti e non rispondenti a criteri che vengono contestualmente stabiliti, nonché al monitoraggio sulla stessa attività e sulla specificazione della rilevanza della gestione di servizi di interesse economico generale.

Sono inoltre previste disposizioni per la definizione del regime di responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti, dei dipendenti e degli organi di gestione e controllo delle stesse società, richiedendo il possesso di requisiti di onorabilità per i componenti degli organi di amministrazione e controllo.

Infine si evidenzia la volontà di ristabilire i criteri pubblicistici per gli acquisti, il reclutamento del personale, le politiche retributive, e la definizione di strumenti volti a garantire la promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali.

Di rilevante importanza può essere considerata un'ulteriore disposizione della legge in esame, avente ad oggetto la delega al Governo per il riordino della disciplina dei *servizi pubblici locali d'interesse economico generale* secondo i principi previsti⁶³¹ (art.19) .

occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate; 7) revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli Enti locali soci, per rafforzare il sistema dei controlli interni.

⁶³¹Nello stesso modo il Governo avrebbe dare attuazione alla : 1) individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali; 2) soppressione dei regimi di esclusiva non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e determinazione della disciplina generale per la regolazione e organizzazione dei *Sieg* in ambito locale, con particolare riferimento alle società del “ servizio idrico”; 3) definizione dei criteri per l'organizzazione territoriale ottimale dei “ *servizi pubblici locali di rilevanza economica*”; 4) individuazione delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo; 5) definizione dei regimi tariffari che tengano conto degli incrementi di produttività e correlati meccanismi di premialità; 6) previsione di adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale degli utenti, disciplinando forme di consultazione dei cittadini; 7) armonizzazione e coordinamento della disciplina generale con le discipline di settore, anche per la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro; 8) distinzione tra le funzioni di regolazione e controllo e le funzioni di gestione dei servizi

In questo caso il riferimento è ad un intervento organico orientato a rendere i comuni e le città metropolitane soggetti responsabili per l'individuazione dell'adeguata perimetrazione e del controllo delle attività di interesse generale ed, al tempo stesso, della predisposizione di un quadro normativo finalizzato alla valorizzazione dei benefici del regime concorrenziale di mercato.

Al riguardo, nei casi in cui la normativa in materia di concorrenza non consenta la realizzazione dei c.d. obiettivi di interesse generale previsti dalle amministrazioni locali, è stata inoltre prevista l'imposizione di obblighi di servizio fino all'attribuzione di esclusive nella gestione degli stessi, considerata quale *extrema ratio*, disciplinata da meccanismi *ad hoc* di regolazione economica del monopolio⁶³².

4. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica

Dando attuazione alla delega ricevuta il legislatore delegato ha approvato il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica⁶³³, che, da una prima analisi sembrerebbe rispondere alle esigenze individuate dal Parlamento.

Nello specifico, il Governo ha definito in maniera chiara ed in un contesto unitario, le più importanti fattispecie riconducibili alle società a partecipazione pubblica, precisandone l'ambito di applicazione ed indicando i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica e prevedendo, inoltre, le condizioni ed i limiti per la costituzione, acquisizione o mantenimento delle partecipazioni pubbliche ed, infine, il rafforzamento degli oneri motivazionali della scelta di costituire società a partecipazione pubblica.

Degne di nota risulta il coordinamento delle disposizioni vigenti in tema di responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, l'introduzione della struttura competente per il controllo ed il monitoraggio sull'attuazione

e allocazione dei poteri di regolazione e controllo tra i diversi livelli di governo e le Autorità indipendenti, con la revisione della disciplina dei regimi di proprietà e gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni; 9) previsione di termini e modalità per l'adeguamento degli attuali regimi alla nuova disciplina e definizione del regime sanzionatorio; 10) definizione di strumenti per la trasparenza e la pubblicazione dei contratti di servizio e per la rilevazione dei dati economici e industriali, degli obblighi di servizio pubblico imposti e degli *standard* di qualità.

⁶³² Cfr. A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Roma, 2016,

⁶³³ Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*

del decreto e quello tra la disciplina nazionale in materia di *in house providing* e quella europea riconducibile alle Direttive del 2014 in materia di appalti pubblici⁶³⁴.

L'intervento normativo appare per di più volto alla promozione di una efficiente gestione amministrativa, all'eliminazione degli sprechi e ad un tendenziale restringimento della presenza dei soggetti pubblici nel mercato con un conseguente *favor* nei confronti di entità private.

Nell'importante intento di rendere la norma di facile applicazione da parte dell'operatore pubblico, il legislatore delegato ha inoltre specificato come tali disposizioni dovranno applicarsi, in modo funzionale, non solo ai fini di un'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche ed alla tutela della promozione della concorrenza e del mercato ma anche per esigenze di razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica⁶³⁵.

Altro aspetto positivo è senza dubbio la definizione di alcune nozioni fondamentali in materia⁶³⁶ in un unico contesto normativo grazie al quale viene facilitata l'azione degli operatori del diritto e fornito un punto di riferimento anche per i futuri atti normativi e regolamentari in materia.

Come si legge nella relazione di analisi tecnico normativa del Governo, infatti, tale elenco *“consentirà al legislatore di fare riferimento, in futuro a uno spettro di definizioni di diversa ampiezza e portata che consentiranno di evitare il proliferare del quadro*

⁶³⁴ A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 13.

⁶³⁵ Nell'ultimo comma dell' articolo 1 il legislatore stabilisce che si applicheranno alle società quotate ed alle loro partecipate le sole norme inerenti la condotta dell'azionista pubblico piuttosto che quelle riconducibili all'organizzazione o all'attività della società partecipata. Come è noto, inoltre, l'articolo 2 del testo unico, precisamente alla lettera p) del comma 1 definisce società quotate quelle *“società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni quotate in mercati regolamentati e le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”*. Nella versione definitiva del testo unico, in coerenza con quanto suggerito dal Consiglio di Stato nel parere del 16 marzo 2016 è stata eliminata la previsione secondo quale il Consiglio dei Ministri avrebbe potuto decretare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle norme del decreto a singole società a partecipazione pubblica tenendo conto di criteri riconducibili alla misura ed alla qualità della partecipazione e dell'attività svolta ed al relativo interesse pubblico.

Tale ipotesi è stata sostituita dal comma 9 dell'articolo 4 del decreto con il quale si attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la facoltà di escludere con proprio decreto totalmente o parzialmente singole società partecipate dall'applicazione del testo unico, tenendo conto del tipo di partecipazione, degli interessi pubblici connessi ed all'attività svolta dalla società che dovrà sempre rispettare il vincolo di scopo previsto dal legislatore.

⁶³⁶ Il riferimento è a quella di amministrazioni pubbliche, controllo analogo e controllo analogo congiunto, servizi di interesse economico generale, società, società a controllo pubblico, a partecipazione pubblica, *in house* e società quotate.

*definitorio in materia di partecipazioni societarie e il ricorso a definizioni dettate per scopi specifici*⁶³⁷”.

Per quanto riguarda invece la natura giuridica delle società a partecipazione pubblica, le nuove disposizioni hanno stabilito l'utilizzo “*esclusivamente*” di società, anche consortili, costituite quali società per azione o a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa, limitando, quindi, la scelta soltanto tra questi tipi societari⁶³⁸.

Peraltro nel Testo Unico viene definito anche l'ambito in cui le società pubbliche possono operare, attraverso la previsione di condizioni e limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica e per l'acquisizione ed, al tempo stesso, per il mantenimento delle singole partecipazioni. (art.4)⁶³⁹.

⁶³⁷ Analisi tecnico normativa dal titolo: schema di decreto legislativo recante “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”.

⁶³⁸ Sul punto si è evidenziato come tale disposizione abbia previsto una forte limitazione nel tipo e nella forma giuridica del gestore, circoscritto nella sostanza a soggetti di diritto privato, ancorchè a capitale pubblico, rilevando come tale scelta risulti antinomica rispetto al diritto europeo in forza del quale resta irrilevante la natura e la forma giuridica dell'ente gestore. (articolo 345 TFUE) Cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, Editoriale, 2 novembre 2016

⁶³⁹ Nello specifico si stabilisce che soggetti pubblici possono direttamente o indirettamente costituire società ed acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato con un imprenditore selezionato attraverso una procedura ad evidenza pubblica; l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; per svolgere servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestate a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici secondo quanto previsto dalle nuove norme sui contratti pubblici. Sul punto attenta dottrina rinviene correttamente un *fil rouge* tra questa norma quelle in materia di gestione del servizio idrico integrato e la bozza di testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale che, come è noto, è stato ritirato dal Governo all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n° 251/16. Dall'analisi combinata dei tre testi è possibile evincere un modello politico-legislativo fortemente proiettato verso l'esaltazione del principio della concorrenza e sulle privatizzazioni indirizzato, inoltre, anche per esigenze di natura finanziaria, verso una forte riduzione degli spazi ai soggetti pubblici, alle società pubbliche e conseguentemente agli affidamenti diretti. Il ricorso al mercato viene quindi interpretato quale criterio preferenziale per l'attribuzione di risorse pubbliche. Nei testi normativi in questione si riscontra un chiaro modello privatistico volto a ripristinare la preferenza per l'affidamento di un servizio pubblico tramite gara ad evidenza pubblica, impostazione già rifiutata dal corpo elettorale con il referendum del 2011. Cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, cit. 2. Per una più approfondita analisi della bozza i Testo unico in materia di servizi pubblici locali si rinvia a F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, Editoriale, 13 luglio 2016. Al riguardo si ricorda inoltre come il Consiglio dei Ministri, nell'approvare in esame preliminare, due decreti legislativi aventi ad oggetto disposizioni integrative e correttive, tra gli altri, anche del Decreto Legislativo n° 175/16, abbia stabilito “*che sono ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale la produzione di energia da fonti rinnovabili e che le università possono costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche*”

Dando attuazione alla *voluntas* legislativa indirizzata verso un'importante limitazione dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, il Testo Unico ridefinisce il processo decisionale e gli obblighi motivazionali necessari per la costituzione di una nuova società a partecipazione pubblica e per l'acquisizione di partecipazioni, prevedendo ipotesi più complesse e rigorose rispetto a quelle del passato, anche attraverso il coinvolgimento della Corte dei Conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁶⁴⁰.

Un ultimo, ma non meno rilevante, aspetto disciplinato è quello relativo all'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali.

Nello specifico, infatti viene previsto che le “*società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese*” (art.14).

Su questo aspetto la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo confrontate dapprima in modo problematico e successivamente in maniera sempre più condivisa facendo una netta distinzione tra le società a partecipazione pubblica e le c.d. società *in house providing*⁶⁴¹.

La norma, infatti, risolvendo il dibattito nato sul punto, ha stabilito l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica al regime del fallimento e del concordato preventivo a prescindere dalla tipologia delle società non prevedendo per questo motivo regimi differenti tra società miste e società *in house providing*, che, quindi, a differenza del passato possono essere assoggettate, ove ne ricorrano i presupposti, alle procedure concorsuali⁶⁴².

⁶⁴⁰ L'art. 5 della T.U. prevede che l'atto deliberativo dovrà tener conto della necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali; delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta sia sotto il profilo della convenienza economica, sia sotto il profilo della sostenibilità finanziaria; della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate; della possibilità della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa; della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei, ed, in particolare, con la materia degli aiuti di stato alle imprese. Cfr. A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 73.

⁶⁴¹ Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, 6 dicembre 2012, n° 2199, in www.dirittodeiservizipubblici.it e Corte di Cassazione, 27 settembre 2013, n°22209, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶⁴² Da un'accurata analisi dell'intero percorso che ha portato all'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, può evidenziarsi come la versione definitiva risulti essere contraria alle prime bozze del decreto, basata su una maggiore “*amministrativizzazione*” del procedimento.

Nello specifico, nello stesso documento era stata immaginata la costituzione di un'Autorità di vigilanza con potere di ispezione ai sensi dell'articolo 2409 c.c., che, così come previsto per le crisi delle banche in caso di irregolarità, avrebbe potuto decidere di commissariare la società o prevedere la liquidazione coatta amministrativa.

Tale modello sarebbe stato senza dubbio più equilibrato ed idoneo a soddisfare, in maniera più efficiente, quanto previsto nella legge delega, basata sul rispetto del principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina societaria e su una chiara distinzione tra le varie realtà societarie.

Strettamente legata al punto appena trattato è la disciplina della responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica.

Al riguardo il Testo Unico ha previsto che i componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società siano soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina in materia di società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti della società *in house providing*.

Anche in questo caso la norma ha definito il dibattito giurisprudenziale sorto sull'individuazione della sede della giurisdizione, accogliendo gli ultimi orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto.

Nelle pronunce della Corte di Cassazione che si sono interessate alla questione può evidenziarsi infatti una impostazione basata sulla natura giuridica delle società partecipate, idonea a dichiarare la giurisdizione ordinaria e, dall'altra, la natura delle risorse impiegate dalle società, che legittima, quindi, la giurisdizione del giudice contabile⁶⁴³.

Come è noto i giudici di Piazza Cavour hanno recentemente stabilito un criterio generale per la ripartizione della giurisdizione, limitando il sindacato della Corte dei Conti alla mera cognizione dei danni subiti dal socio pubblico, mentre all'operato del giudice ordinario il danno patito dalla società⁶⁴⁴.

Il legislatore delegato ribadendo l'assoggettamento per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate alle azioni civilistiche di responsabilità e confermando la giurisdizione della magistratura contabile sulla *mala gestio* di amministratori e dipendenti di società a totale partecipazione pubblica, sembrerebbe far riferimento ad giurisdizione contabile concorrente anche per le società miste nei casi in cui sia riscontrato un danno erariale patrimoniale.

Al riguardo si ricorda inoltre la decisione del Consiglio di Stato che, in sede consultiva, ha sottolineato come, sempre nel rispetto di quanto previsto dalla legge delega, si sarebbe potuto introdurre un regime *ad hoc*, in modo particolare per le società *in house providing*, differenziando, quindi, questo modello da quello delle società miste, soluzione non accolta dal Governo in quanto ritenuta “*contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame*”.

⁶⁴³ Sul punto i giudici di Piazza Cavour hanno evidenziato come, ai fini della legittimazione della giurisdizione contabile, risulta irrilevante la veste formale societaria poiché, in tema di riparto di giurisdizione “*il baricentro si è spostato dalla qualità del soggetto (privato o pubblico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti*”. Cfr. Corte di Cassazione 3 marzo 2010 n° 5019, in *Foro it.*, 2010, 11, 1, 3101.

⁶⁴⁴ Cfr. Corte di Cassazione 19 dicembre 2009 n° 26806, in *Giustizia civile*, 2010, 11, I, 2497, Corte di Cassazione 15 gennaio 2010 n° 519, in *Foro it.*, 2010, 11, 1, 3101.

Sul punto parte della dottrina ha evidenziato come la volontà di confermare la precisazione di danno erariale (così come previsto dallo schema del testo unico quale danno esclusivamente patrimoniale o non patrimoniale *direttamente* subito dal socio pubblico) possa, di fatto, legittimare un'interpretazione estensiva della giurisdizione contabile anche per i danni indiretti subito dall'amministrazione per la *mala gestio* dei soggetti a ciò preposti⁶⁴⁵.

5. La sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n. 251.

La legge Madia è stata come è noto oggetto di attenzione da parte della Corte Costituzionale che con la sentenza n° 251 del 2016⁶⁴⁶ ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune sue disposizioni per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 Cost⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Al riguardo parte della dottrina ha sottolineato come “*resta aperta la possibilità di intervento del giudice contabile per i danni che, ponendo in una situazione di sofferenza il patrimonio societario, solo indirettamente, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della quota di partecipazione sociale si ripercuotono sul patrimonio dell'ente partecipante.*”. Cfr. C. D'Aries, S. Glinianski, T. Tezzaro, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del Dlgs 19 agosto 2016 n° 175*, Rimini, 2016, 122.

⁶⁴⁶ Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n° 251, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁴⁷ Come è noto la nostra Carta Costituzionale riconosce e promuove, sempre nel rispetto dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica, un'organizzazione policentrica di autonomie territoriali caratterizzate da funzioni e poteri autonomi costituzionalmente garantiti. Con l'entrata in vigore delle disposizioni statutarie delle regioni, prima a statuto speciale e successivamente di quelle ad autonomia ordinaria, questa impostazione si è rivelata insufficiente o quantomeno inadeguata, comportante le conseguenti difficoltà applicative. Sul punto, la Corte Costituzionale, investita della questione, ha da sempre affermato la necessaria esigenza di una stretta collaborazione fra lo Stato e le autonomie regionali, che da mero meccanismo è stato, nel tempo, timidamente innalzato a principio costituzionale. Dopo un primo periodo, caratterizzato da una giurisprudenza costituzionale generica ed ambigua sulla natura di *necessaria collaborazione*, il giudice delle leggi ha nel tempo specificato e definito in maniera inequivocabile il contenuto del principio ed il suo ancoraggio all'articolo 5 della Costituzione, stabilendo che “*il principio di leale collaborazione deve governare i rapporti tra Stato e Regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrano o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi. Tale regola (...) va al di là del mero riparto delle competenze per materia ed opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze esclusive, ripartite o integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate*”. Cfr. Corte Costituzionale 18 luglio 1997 n°242, in *Dir. Trasporti*, 1998, 421. In seguito, grazie alla riforma del Titolo V della Costituzione il principio di leale collaborazione ha ricevuto la giusta rilevanza costituzionale nell'articolo 120 della Carta grazie al quale si afferma come lo Stato possa esercitare i poteri sostitutivi “*nel rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione*”. Il testo costituzionale del 2001, nonostante possa essere definito innovativo per la parte che qui rileva, risulta al tempo stesso limitato sotto il profilo delle forme di raccordo interistituzionale, caratteristica che, ad oggi, non permette una piena e completa attuazione quel modello di regionalismo cooperativo insito nella Costituzione. Cfr. sul punto S. Bartole, *Spunti in tema di collaborazione tra Stato e Regioni, in Giurisprudenza costituzionale*, 1970; A. Barbera,

Nello specifico, i giudici sindacando alcune norme inerenti la disciplina del pubblico impiego, delle società partecipate, dei servizi pubblici e della dirigenza hanno stabilito che i decreti dovevano essere adottati sulla base di una forma di raccordo con le Regioni che deve rinvenirsi non nella forma del parere (ritenuto inidoneo a realizzare un autentico confronto con le autonomie regionali) ma attraverso lo strumento dell'intesa.

Si tratta di una decisione che “*non lascia indifferenti*”⁶⁴⁸ vista la ricaduta che potrebbe avere su una possibile ridefinizione della funzione delle intese in riferimento al ruolo delle Conferenze e sul possibile impatto sulle fonti del diritto⁶⁴⁹.

Deve infatti sottolinearsi come, nonostante la Corte avesse inizialmente confermato il proprio orientamento sul punto secondo cui “*il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo*”, abbia al tempo stesso ritenuto opportuno allargare il proprio sindacato sulla legge delega nel caso in cui la stessa non preveda adeguate forme di accordo con le autonomie territoriali, sottolineando, inoltre, come “*là dove, tuttavia il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all'intesa*”⁶⁵⁰.

Sul punto parte della dottrina ha ricordato che nelle precedenti decisioni del giudice delle leggi si fosse valutata la mera conformità del decreto delegato nei confronti dei c.d. limiti ulteriori previsti dalla legge delega, tra i quali è possibile annoverare non soltanto l'acquisizione del parere da parte delle commissioni parlamentari competenti in materia,

Regioni e interesse nazionale, Milano, 1974; G. D'Orazio, *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977; S. Cassese, D. Serrani, *Regionalismo moderno: la cooperazione tra Stato e Regioni e tra Regioni in Italia*, in *Le Regioni*, 1980; A. Anzon, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra competenze statali e competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986; T. Martines, *Dal regionalismo garantista al regionalismo cooperativo, un percorso accidentato*, in AA.VV., *Una riforma per le autonomie*, Milano, 1986, A. Gratteri, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione nel quadro costituzionale*, in *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003, E. Bettinelli, F. Rigano, Torino, 2004, 426, C. Salerno, *Note sul principio di leale collaborazione prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it, 22 luglio 2008.

⁶⁴⁸ Così R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/16 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, 3, 2017

⁶⁴⁹ Si tratta di una decisione che è stata oggetto di accese critiche da parte della dottrina secondo cui “*con questa sentenza, la Corte, innovando profondamente la propria giurisprudenza su importanti punti di diritto processuale e sostanziale, ha colpito al cuore una delle più importanti riforme del Governo in carica, delimitando in termini assolutamente nuovi la potestà legislativa dello Stato. Insomma, un colpo duro e inaspettato*”. Cfr. John Marshall, *La Corte Costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2016, 705.

⁶⁵⁰ Punto 3 del *Considerato in Diritto* della sentenza.

ma anche il coinvolgimento delle realtà territoriali attraverso l'utilizzo di particolari strumenti di raccordo, quale può essere il c.d. sistema delle Conferenze⁶⁵¹.

Per questo motivo, quindi, nei casi in cui fossero sopraggiunti interessi riconducibili a materie di competenza regionale, il Parlamento, in veste di legislatore delegante, sarebbe stato chiamato a stabilire gli strumenti “*del confronto tra i diversi sistemi ordinamentali della Repubblica*” al fine di raggiungere “*soluzioni concordate di questioni controverse*”⁶⁵².

Nel caso in esame, invece, la Corte sembrerebbe aver operato invece una vera e propria sostituzione procedurale, obbligando il legislatore delegato a ristabilire il coinvolgimento delle realtà territoriali attraverso lo strumento dell'intesa per l'adozione del decreto legislativo, spostando, quindi, la sede dell'accordo dalla Conferenza unificata alla Conferenza Stato-Regioni.⁶⁵³

Per questo motivo, quindi, potrebbe sostenersi come tale decisione sia da considerare un importante precedente volto ad ampliare il sindacato della Corte anche ad ipotesi in cui leggi delega prevedano strumenti ritenuti non adeguati o irragionevoli tenendo conto degli interessi coinvolti, evidenziando, quindi, come il controllo sugli strumenti di accordo basati sulla tutela del principio di leale collaborazione possa aversi qualsiasi sia la natura legislativa o sub-legislativa dell'atto impugnato.

Per la parte che qui rileva si ricorda come al punto 9 del *Considerato in Diritto*, la Corte si sia preoccupata di limitare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità statuendo che “*le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n° 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle*

⁶⁵¹ Cfr. A. Poggi, G. Boggero, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte Costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *federalismi.it*, 25, 2016.

⁶⁵² Corte Costituzionale, 1 febbraio 2006 n° 31, in *Giur. cost.*, 1, 2006, 256, con nota di M. Michetti, *La Corte alle prese con la leale collaborazione*.

⁶⁵³ Al riguardo, parte della dottrina ha ricordato come la Corte avesse fatto uso di tale “sostituzione procedurale” già in riferimento all'adozione di fonti secondarie. A. Poggi, G. Boggero, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte Costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, cit. 6. Sul punto si ricordano, tra le tante Corte Costituzionale 14 ottobre 2005 n° 383, in *Giur. it.*, 2006, 8, 1583; Corte Costituzionale 31 marzo 2006 n° 134, in *Foro amm CDS*, 2006, 3, 742; Corte Costituzionale 23 maggio 2008 n° 168, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2026; Corte Costituzionale 10 aprile 2014 n° 88, in *Foro it.*, 2015, 2, 1, 401.

soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”.

I contenuti di questa decisione sono stati ripresi dal Consiglio di Stato nel parere fornito il 9 gennaio 2017 in merito alle questioni interpretative sollevate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri sull’attuazione di tre decreti già emanati, tra i quali il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

In questa occasione, facendo rientrare la pronuncia della Corte nell’alveo della categoria delle sentenze manipolative di tipo sostitutivo, i giudici di Palazzo Spada hanno confermato la validità e l’efficacia dei tre provvedimenti fino ad un’eventuale pronuncia ad *hoc* della Corte.

Tenendo conto anche di quanto detto al riguardo dalla Corte si è quindi consigliata l’adozione di decreti correttivi idonei a sanare il vizio procedimentale di illegittimità costituzionale e possano intervenire in maniera diretta tenendo conto della disciplina della delega così come riscritta dalla Corte.

In assenza di un rapido intervento da parte del legislatore, infatti, potrebbe essere dichiarata l’illegittimità degli stessi in quanto adottati in assenza di intesa con le autonomie territoriali e, per questo, in difformità con quanto previsto dalla legge delega ridefinita dalla sentenza costituzionale.

Al riguardo attenta dottrina ha sottolineato come il testo normativo si trovi in *una sorta di limbo* caratterizzato da previsioni legislative formalmente vigenti ma nella sostanza potenzialmente inefficaci e, quindi, a rischio di una definitiva pronuncia di illegittimità⁶⁵⁴.

Al fine di risolvere tale incertezza il Consiglio dei Ministri, in data 17 febbraio 2017, ha approvato seppur in via preliminare, due decreti legislativi aventi ad oggetto disposizioni integrative e correttive ai decreti di attuazione della c.d. Legge Madia ed al già ricordato Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Nello specifico, per la parte che qui interessa, tra le principali novità si ricordano l’ammissione di partecipazioni pubbliche in società aventi per oggetto sociale la produzione di energia da fonti rinnovabili, la possibilità per le Università di costituire

⁶⁵⁴ Cfr. C. Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope allo specchio*, in *rivistaaic*, 1, 2017. Cfr. Legge 5 giugno 2003 n° 131, *“Disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.*

società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche ed, infine, la definizione di un'intesa in Conferenza Unificata per la definizione del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri avente ad oggetto la determinazione dei requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia dei componenti degli organi amministrativi e di controllo di società a partecipazione pubblica.

Al tempo stesso viene prevista la proroga del termine per la ricognizione in funzione della revisione straordinaria di tutte le partecipazioni possedute, del personale in servizio e l'adeguamento delle stesse società alle norme in tema di *governance* societaria.

Come è noto, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha espresso parere favorevole sullo schema di decreto legislativo recante “ *Disposizioni integrative e correttive al Decreto legislativo 19 agosto 2017 n° 175, recante Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*”.

Ricordando quanto già espresso in un altro parere, il Collegio ha sottolineato la straordinaria importanza e necessità dei decreti correttivi che il Governo sarà chiamato ad adottare per dare attuazione alla recente sentenza della Corte.

I giudici hanno infatti evidenziato come l'adozione del decreto correttivo non possa limitarsi alla mera necessità di “sanare il deficit partecipativo” così come sindacato dalla Corte ma deve considerarsi uno strumento capace ad apportare tutti quegli accorgimenti necessari per un completo ed efficace funzionamento delle norme introdotte nel Testo Unico.

Nello specifico il parere analizza non solo le disposizioni del correttivo ma anche le previsioni normative del Testo Unico che non vengono modificate e che, invece, secondo i giudici amministrativi, dovrebbero essere sottoposte all'attenzione del legislatore al fine di eliminare le incertezze e i dubbi emersi in dottrina, nonché le disfunzioni già sottolineate e che ancora risultano prive di correzione⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Nello specifico i giudici di Palazzo Spada confermano le criticità già sollevate in un precedente parere in riferimento alla norma avente ad oggetto il Decreto del Presidente del Consiglio idoneo ad escludere totalmente o parzialmente l'applicazione della normativa del TU per singole società a partecipazione pubblica. (articolo 4 comma 9 TU). Il collegio ritiene sindacabile tale disposizione in relazione alla possibile violazione del principio di legalità ed alla dubbia sussistenza di un fondamento nella legge delega. Al tempo stesso viene fortemente censurata l'estensione di tale potere derogatorio anche ai Presidenti delle Regioni, ipotesi che consentirebbe ad un'autorità regionale di derogare, con un suo provvedimento, ad una disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile. La Commissione speciale si occupa inoltre anche della disposizione avente ad oggetto la responsabilità degli amministratori delle società partecipate (articolo 12 TU), la quale, nonostante abbia suscitato un ampio dibattito dottrinario, non è stata modificata dallo schema del decreto correttivo, sottolineando la necessità di una maggiore chiarezza nella definizione delle regole che

6. Brevi conclusioni.

L'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazioni pubblica è senza dubbio uno degli elementi più importanti e più attesi dell'intera riforma della pubblica amministrazione tutt'ora in corso, la cui concreta ed efficace attuazione è suscettibile di avere un impatto particolarmente rilevante nel panorama giuridico.

Si tratta di un intervento legislativo che, visto il susseguirsi intensivo, compulsivo e frammentario degli interventi normativi analizzati in precedenza, è stato da più parti ritenuto inevitabile e fondamentale per risolvere alcune delle problematiche più rilevanti riguardanti le società stesse.

La volontà legislativa rinvenibile nello stesso sembra, senza dubbio, essere indirizzata verso una drastica riduzione delle partecipazioni statali, visto anche lo sfavore mostrato nei confronti dell'impresa pubblica in forma societaria, ritenuta da parte della dottrina ancora oggi di grande importanza nel panorama giuridico nazionale. Nel disegno tracciato dal legislatore quest'ultima dovrebbe svolgere finalità di interesse pubblico e non attività di impresa, con la conseguente interpretazione pubblicistica delle società partecipate idonea

presiedono il riparto tra società *in house providing* e società miste, e, quindi, tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile. In riferimento invece alla norma che disciplina il modello delle società *in house providing* (articolo 16 TU), i giudici evidenziano la necessità di un intervento di coordinamento di questa disposizione con la disciplina contenuta nell'articolo 5 del D.lgs. n° 50/16. Tale correttivo risulta, inoltre, ancora più urgente in ragione del fatto che nel Testo Unico non vi sia il riferimento, per non incorrere in un eccesso di delega, all'ipotesi di enti *in house* non aventi forma societaria disciplinata dal nuovo codice dei contratti pubblici. Viene inoltre sottolineata l'opportunità di adottare una disposizione idonea a regolare in maniera dettagliata il caso delle società *in house providing* miste, ossia la partecipazione di capitali privati nei limiti indicati dalla stessa disposizione, chiarendo gli strumenti idonei per la scelta del socio privato, che, a differenza delle società miste può rivestire solo la qualità di socio. Infine viene inoltre segnalato come nel correttivo non vengano superati i problemi di compatibilità tra il modello in esame e quello azionario.

Le società *in house providing* sono inoltre oggetto di attenzione anche in riferimento ad un'altra disposizione, quella avente ad oggetto la fallibilità delle società a partecipazione pubblica. (articolo 14 TU). In riferimento a questa norma, chiarito il principio generale della fallibilità delle società a partecipazione pubblica, il Consiglio di Stato ritiene necessario un intervento idoneo a chiarire il rapporto tra quest'ultima e quelle finanziarie sulle società a partecipazione pubblica (art. 21 TU), allo scopo di evitare l'eventuale impossibilità per la società *in house providing* di fallire in virtù dell'accantonamento in bilancio di un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato che potrebbe risolversi in un (possibile) indebito aiuto di Stato. Infine, il Collegio si occupa della disposizione sull'attività di monitoraggio indirizzo e coordinamento sulle società a partecipazione pubblica (articolo 15 TU), ribadendo le criticità già formulate riconducibili all'esigenza che la struttura prevista con Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze debba essere dotata di poteri di intervento più incisivi rispetto a quelli già previsti al fine di assicurare la corretta attuazione delle prescrizioni contenute nel Testo Unico.

a giustificare un importante regime di regole e vincoli che le allontanano, anche concettualmente, da quelle private⁶⁵⁶.

Ne deriva, pur senza nascondere le criticità sottolineate da più parti, che con questo testo unico il settore delle società a partecipazione pubbliche abbia finalmente acquisito “ *il bene prezioso di una disciplina unitaria* ”⁶⁵⁷, capace di esaltare, con una previsione organica ed idonea ad eliminare le storture, le inefficienze e gli abusi dell’utilizzo del modello societario, il ruolo dello Stato nell’economia, che, vista l’attuale crisi finanziaria, risulta essere ancora più rilevante e fondamentale⁶⁵⁸.

Per questo motivo può ritenersi certamente positivo il tempestivo intervento del Governo di correzione del T.U., in ossequio alla già citata sentenza della Corte Costituzionale⁶⁵⁹, auspicando che il decreto correttivo sia in grado di recepire le istanze migliorative invocate dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa.

⁶⁵⁶ Cfr. M. Clarich, B.G. Mattarella, *Prefazione al volume G. Meo, A. Nuzzo, (a cura di) Il Testo Unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016

⁷⁵ A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit,

⁶⁵⁸ Sul punto si ricorda infine attenta dottrina secondo cui l’impostazione del legislatore, proiettata verso una limitazione del principio europeo della libertà di definizione assegnata alle amministrazioni locali, e dei principi costituzionali (articoli 5, 43, 114,117,118) potrebbe comportare l’apertura di importanti forme di contenzioso. Inoltre, ricordando come le disposizioni nazionali risultino essere eccessivamente restrittive rispetto a quelle europee, viene inoltre sottolineata la possibilità di appellarsi all’istituto della c.d. *preemption* europea, che prevede, nella sua forma più estrema, un effetto preclusivo nei confronti della legislazione nazionale difforme alla normativa europea avente una portata tale da vietare norme statuali che si dimostrino più rigide o più permissive. Cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, cit, 16. Per un’analisi più approfondita dell’istituto della *preemption* Cfr. A.Arena, *Il principio della preemption in diritto dell’Unione europea: esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013, 52

⁶⁵⁹ Si tratta di una scelta volta a scongiurare una futura impugnazione dello stesso dinnanzi al giudice delle leggi, liberando il testo dalla *sorta di limbo* in cui si trova attualmente R. Bifulco, *L’onda lunga della sentenza 251/16 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, cit.