

LE PROSPETTIVE DELLA NUOVA DISCIPLINA DELLE SOCIETA' 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. 199/2012. 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.

1

1. Il ruolo dello Stato nell'economia.

L'intervento pubblico nell'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 costituzionale¹, 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 ricchezza².

A differenza del primo modello, basato su un ruolo esterno del soggetto pubblico, nel secondo caso lo Stato agisce in maniera attiva diventando imprenditore e cercando, quindi, di condizionare in maniera decisiva il mercato³.

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.

* Sottoposto a referaggio.

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

¹ Cfr. P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996, 40.

² Cfr. B. Cavallo, G. Di Plinio, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1983, 50.

³ Cfr. V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 52; P. Barcellona, *Stato e mercato tra monopolio e democrazia*, Bari, 1976, 17; 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.

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 decisiva i processi che si sono avuti in un periodo successivo⁴.

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 diritto⁵, in quanto considerato uno strumento idoneo ad eliminare gli squilibri economici e sociali⁶.

Come è noto, l'intervento pubblico nell'economia si presenta come un "tipico e fruttuoso prodotto" affermatosi negli Stati europei dalla diversa tradizione e civiltà giuridica, grazie al

⁴ 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 obiettivi volti 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, caratterizzati da una forte limitazione dell'iniziativa economica dei privati in favore di un massiccio interventismo pubblico grazie anche alle 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, 101; M.S., Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227; 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, 669; S. Valentini, *L'impresa pubblica. Lineamenti giuridici*, Milano, 1980, 135.

⁵ 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"; Così G. Quadri, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980, 30. Cfr., inoltre A. Villani, *Stato sociale di diritto: decifrazione di una formula*, Macerata, 1966, 104 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".

⁶ Per un'analisi più approfondita della materia, cfr. G. De Maria, *Lo Stato sociale moderno*, Milano, 1946, 114; A.M. Sandulli, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963, 77; M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.* II, Milano, 1964, 802; P.G. Grasso, *Osservazioni sullo Stato sociale nell'ordinamento italiano*, in *Quaderni di scienze sociali*, 1965, 14; M.S. Giannini, *Stato Sociale: nozione inutile*, in *Scritti in onore di Constantino Mortati*, Milano, 1979, 145; 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, *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, 89; A. Giorgis, *Diritto sociali*, in *Dizionario diritto pubblico*, Milano, 2009, 109.

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 italiana.

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 *status*⁷.

Infatti, come viene da più parti sottolineato, l'intervento pubblico nell'economia può quindi rivenirsi nella ricerca degli strumenti volti a rimuovere o almeno attenuare le disegualianze derivanti da situazioni economiche e sociali, e nella eliminazione degli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana⁸.

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

⁷ 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 *Pol. dir.*, 2001, 168; A. Cerri, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 2005, 292; 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 *Europa 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.

⁸ 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, 55; G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 135; P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 76; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 111; A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 157; F. Sorrentino, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998, 12; 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, 30; G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma - Bari, 2002, 340.

prefissato l'obiettivo di tutelare la concorrenza e combattere le posizioni monopolistiche ed oligopolistiche, guardando quindi con sfavore ai possibili interventi pubblici nell'economia⁹.

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 amministrazione¹⁰.

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 partecipazione pubblica si è manifestata in modo sensibile anche grazie alla definizione di ipotesi differenziate per categorie specifiche di esse¹¹.

⁹ Cfr. G. Bognetti, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in AA.VV. *La Costituzione economica*, Padova, 1997, 30; F. Coccozza, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 2001, 43; 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, 234; 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, 223; G. Tesauro, *Influenza della Comunità europea nei rapporti tra Stato ed economia*, in C. Franchini, L. Paganetto (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del 21. secolo*, Bologna, 2002, 45.

¹⁰ 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, 70; E. Picozza, *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 65.

¹¹ 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. Turchia, *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 conchiuso 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*

Negli stessi anni il fenomeno delle privatizzazioni, caratterizzato non solo dalla vendita di alcune imprese pubbliche, ma soprattutto dalla prima sistematizzazione della materia, ha definitivamente obbligato all'utilizzo della forma societaria quale strumento necessario per definire il ruolo dello Stato nell'economia¹².

Infine, nonostante l'introduzione di nuovi istituti utilizzati per disciplinare specifici aspetti della materia¹³, si è andato formandosi, nel tempo, 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 amministrazioni¹⁴.

società pubbliche, Torino, 2011, 5; F. Luciani, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Giustamm.it*, 2012, 16.

¹² 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.

¹³ 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, 150; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 29.

¹⁴ Da un'analisi delle disposizioni degli ultimi anni emerge, infatti, 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 di assumere la qualità di socio bensì quello opposto della preclusione all'utilizzazione della forma societaria, salve limitate eccezioni predeterminate dalla legge", idoneo a segnare il "tramonto delle partecipazioni pubbliche", cfr., sul tema, C. Ibba, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in G. Cerrina 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 pubblica, 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 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 che, essendo qualificate quali amministrazioni pubbliche in senso sostanziale, sono disciplinate dalla disciplina speciale in materia di contratti pubblici. Cfr. M. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 273; F. Luciani, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, cit. 35. 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*, in *Dir. amm.*, 2010, 1; F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313; G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010, 140; R. Villata, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, 315 ss.

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 1990¹⁵ che ha segnato, senza dubbio, un importante passo, confermato successivamente¹⁶, verso una significativa trasformazione degli strumenti di gestione dei servizi pubblici locali attraverso la definizione del modello della società per azioni a capitale pubblico maggioritario¹⁷.

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 locali¹⁸, 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*

¹⁵ 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

¹⁶ 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*”.

¹⁷ 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 soddisfare le esigenze della comunità. 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 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.

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

*prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati*¹⁹.

Si tratta di una disposizione che ha segnato un importante cambiamento rispetto alla precedente impostazione caratterizzato dalla concreta apertura del settore al mercato concorrenziale²⁰.

Nonostante tale novità, il legislatore è dovuto intervenire nel 2003²¹ al fine di risolvere i dubbi sollevati dalle istituzioni europee in riferimento alla 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, in questa occasione, l'affidamento diretto non sia stato in grado di sortire gli effetti sperati, rinvenibili nella volontà di indirizzare la materia verso una liberalizzazione del settore²², dal momento che era consentita ad un'amministrazione pubblica la possibilità affidare la gestione di un servizio in via diretta a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società *“un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti pubblici che la controllano”*²³.

Proprio la consacrazione del modello dell'*in house* nell'ordinamento nazionale è stata considerata il vero punto *dolens* della riforma del 2003 poiché, mentre la giurisprudenza europea ha considerato, in quel periodo storico, l'affidamento diretto come strumento eccezionale rispetto alla regola della procedura ad evidenza pubblica, il legislatore italiano lo ha inteso quale modello da preferire rispetto a quello della gara pubblica.

¹⁹ 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.

²⁰ 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*, 23.

²¹ 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)”*.

²² Cfr. 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. Cfr. inoltre 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.

²³ 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.

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 nuovo orientamento caratterizzato da 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 sui quali ci si soffermerà *infra*.

Il primo intervento, che ha inaugurato questo filone legislativo, è senza dubbio l'articolo 13 del D.L. n. 223/06²⁴ grazie al 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 strumentali²⁵, differenziandole, quindi, da quelle indirizzate verso l'esercizio di attività di impresa in favore del mercato²⁶.

Dello stesso periodo è la c.d. Legge Finanziaria per il 2008²⁷, improntata verso un importante contenimento dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, giustificato dalla necessità di tutelare la concorrenza ed evitare una "fuga verso il privato" da parte degli enti pubblici²⁸.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Legge 24 dicembre 2007 n. 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)*.

²⁸ Cfr. M. Clarich, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253; A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, in C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di) *Le società pubbliche*, Torino, 2011, 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, 1197.

Nell'analizzare gli interventi del legislatore in materia non può non tenersi conto di quanto è stato stabilito dall'articolo 23 *bis* del decreto legge n.112/08²⁹, che, come è noto, può essere considerata una delle disposizioni più controverse in dottrina e giurisprudenza con la quale si è limitato l'utilizzo dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche a casi strettamente tipizzati³⁰.

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 un mercato unico basato sulla concorrenza³¹, e, successivamente, con la sentenza n. 24/2011³², con la quale

²⁹ 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".

³⁰ 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 in 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.

³¹ 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 proporzionata e giustificata rispetto alla finalità perseguita, la normativa più rigorosa rispetto a 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 fosse attribuita "una partecipazione non inferiore al 40%" ritenendola pienamente compatibile con la disciplina europea, sottolineando 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

ha dichiarato l'ammissibilità del quesito referendario del referendum abrogativo tenutosi il 12 e 13 giugno 2011 che ha portato all'abrogazione del già ricordato articolo 23 *bis*³³.

In conseguenza dell'esito della consultazione, al fine di colmare il vuoto normativo creatosi in materia, il legislatore ha approvato l'articolo 4 del d.l. n. 138/11³⁴ con il quale ha però riproposto quanto già previsto dalla disposizione abrogata, caratterizzata dall'esternalizzazione del servizio a privati e dall'affidamento a società miste, relegando, per questo motivo, ad ipotesi strettamente residuali l'utilizzo del modello *in house*.

Per questo motivo anche questa disposizione è stata oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale che, con sentenza n. 199/2012³⁵, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione dell'articolo 75 della Costituzione in considerazione della riproposizione della normativa abrogata dal referendum del 2011³⁶.

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

Secondo i giudici, infatti, la disposizione sindacata può 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*

di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue, anche in questo caso, la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria".

³² Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24, con nota di A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia in Giur. Cost.*, 2011, I, 247.

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.

³³ 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.

³⁴ 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*.

³⁵ Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n°199, in *Giur. cost.*, 4, 2012, 2900.

³⁶ 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*".

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 una più approfondita analisi dell’evoluzione normativa sul punto può quindi evidenziarsi come l’impostazione rinvenibile nei recenti interventi legislativi sia caratterizzata da un’eccessiva tutela di principi di derivazione europea³⁷ che, in alcuni casi, può sembrare asimmetrica rispetto a quella attribuita alle disposizioni costituzionali in materia³⁸.

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 materia³⁹.

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, è basata su un progressivo indebolimento del diritto pubblico e sul tradimento dei principi pensati dal nostro Costituente⁴⁰.

³⁷ 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 artt. 14 e 106 TFUE, disposizioni che nell’art. 23 bis non risultano essere neanche menzionate.

³⁸ 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*, 2008, 3-4, 389.

³⁹ Parte della dottrina, individua, 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.

⁴⁰ 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

2.1. Gli interventi normativi successivi alla sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, al fine di colmare il vuoto legislativo in materia, il legislatore è intervenuto nuovamente, anche se in maniera indiretta, con la previsione dell'articolo 34 del c.d. Decreto *Crescita bis*⁴¹, convertito con modificazioni dalla legge n. 221/2012⁴²

La disposizione in esame, in attuazione e nel rispetto della disciplina europea della parità degli operatori e del principio di economicità della gestione e di adeguata informazione, ha previsto che l'affidamento di un servizio pubblico ed, al tempo stesso, il possibile utilizzo dello strumento societario da parte dell'amministrazione per la gestione dello stesso dovessero avvenire sulla base di un'apposita relazione da pubblicare sul sito internet dell'ente affidante⁴³.

Si tratta di una scelta caratterizzata dalla volontà di assicurare agli enti locali, la facoltà di scegliere il modello da utilizzare per l'affidamento e la gestione di un pubblico servizio, nel rispetto dei principi europei di concorrenza, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, ed, infine, 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 in riferimento ai costi ed alla ricaduta del loro funzionamento sulle risorse pubbliche⁴⁴.

⁴¹ Decreto Legge, 18 ottobre 2012, n. 179.

⁴² 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*.

⁴³ 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, nonché contenere un piano economico-finanziario idoneo ad assicurare la realizzazione degli interventi strutturali necessari da parte del soggetto affidatario.

⁴⁴ 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*

Nello specifico, con la legge n. 147/2013⁴⁵, il legislatore ha accomunato alcune tipologie di soggetti sottoposti a differenti regimi giuridici, quali sono le società di diritto privato, le società-soggetti pubblici, le aziende speciali e i 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 istituzionali⁴⁶.

In continuità con la *ratio* degli ultimi interventi legislativi, volti alla razionalizzazione delle società partecipate, si ricordano, inoltre, il decreto legge n. 90/14⁴⁷, 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”⁴⁸, 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

di rilevanza economica tra spending review e mito delle liberalizzazioni, 28 novembre 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 5.

⁴⁵ 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, 50; G. Trovati, *La legge di stabilità. Partecipate, dismissioni addio. Enti obbligati ad accantonare riserve se la società è in perdita*, Milano, 2013, 70.

⁴⁶ 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 al 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, 10.

⁴⁷ 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 Legge 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.*, 2014, 4, 1174.

⁴⁸ Legge 23 dicembre 2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*.

sogettivo in relazione alle amministrazioni pubbliche, agli enti, e agli organismi strumentali su cui intervenire⁴⁹.

Per quanto riguarda invece la c.d. “Legge di stabilità per il 2015”, la *ratio* di tale normativa può rinvenirsi non solo nel coordinamento della finanza pubblica, nel necessario contenimento della spesa e nel rispetto del principio del buon andamento dell’azione amministrativa e della tutela della concorrenza, ma anche e soprattutto nell’espressa volontà di razionalizzare le società a partecipazione pubblica, in modo da perseguire migliori condizioni di efficienza nel settore dei servizi pubblici⁵⁰.

Infine si ricorda come, grazie ai commi 611⁵¹ e 612⁵² del provvedimento di cui sopra, il legislatore abbia definito i criteri informativi che devono essere seguiti dalle amministrazioni

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.

⁵² In quest’occasione il legislatore aveva previsto che il miglioramento del sistema delle partecipazioni societarie dovesse essere realizzato attraverso la predisposizione di un piano, da definire entro marzo 2015, di razionalizzazione delle partecipazioni dirette ed indirette, con l’indicazione dei tempi e delle modalità nonché i relativi risparmi da conseguire. Tali prospetti dovevano poi essere successivamente trasmessi alla sezione di controllo competente della Corte dei Conti per la valutazione della correttezza sotto il profilo contabile, finanziario ed economico. Nello stesso modo, entro marzo 2016 dovevano essere predisposte delle relazioni aventi ad oggetto i risultati conseguiti, da inviare ai giudici contabili competenti ad intervenire in caso di possibili inadempimenti.

locali, in fase di razionalizzazione delle proprie partecipazioni societarie, basati su previsioni normative specifiche indirizzate verso un utilizzo ancora più rigoroso dello strumento societario⁵³.

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 Madia⁵⁴, 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 può evidenziarsi come tra gli obiettivi prefissati dal legislatore rientri il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare la chiarezza, la semplificazione normativa ed, al tempo stesso, la tutela e la promozione della concorrenza (articolo 18)⁵⁵.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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 chiede al Governo di adottare 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.

⁵⁵ 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

A fronte di una indubbia sinteticità 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 queste ultime 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 delle attività ed alla 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 grazie alle quali sono stati definiti i requisiti di onorabilità che i componenti degli organi di amministrazione e controllo sono chiamati a possedere per ricoprire tali cariche.

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'altra disposizione avente per oggetto la delega al Governo per il riordino della disciplina dei *servizi pubblici locali d'interesse economico generale* secondo i principi previsti (art.19)⁵⁶.

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 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.

⁵⁶ Nello 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

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 cc.dd. 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, considerata quale *extrema ratio* e disciplinata da meccanismi *ad hoc* di regolazione economica del monopolio⁵⁷.

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 pubblica⁵⁸ 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, inoltre, i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica.

Al tempo stesso sono state inoltre previste le condizioni ed i limiti per la costituzione, acquisizione o mantenimento delle partecipazioni pubbliche e, infine, il rafforzamento degli oneri motivazionali della scelta di costituire società a partecipazione pubblica.

Degne di nota risultano il coordinamento delle disposizioni vigenti in tema di responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate; l'introduzione 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 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.

⁵⁷ Cfr. A.Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Roma, 2016, 102.

⁵⁸ Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*

una struttura competente per il controllo ed il monitoraggio sull'attuazione del decreto e sul rapporto tra la disciplina nazionale in materia di *in house providing* e quella europea riconducibile alle direttive del 2014 in materia di appalti pubblici⁵⁹.

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 al rispetto dei principi della tutela della concorrenza ma anche per esigenze di razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica⁶⁰.

Positiva, poi, può essere considerata la definizione di alcune nozioni fondamentali in materia⁶¹ in un unico contesto normativo, grazie al quale viene facilitata l'azione degli operatori del diritto e viene 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 definitorio in materia di partecipazioni societarie e il ricorso a definizioni dettate per scopi specifici”*⁶².

⁵⁹ A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 13.

⁶⁰ Nell'ultimo comma dell'articolo 1 il legislatore stabilisce che si applicheranno alle società quotate ed alle loro partecipazioni 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 la 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, alla qualità della partecipazione e dell'attività svolta ed al relativo interesse pubblico. Al suo posto, l'articolo 4, comma 9 del decreto 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 e dell'attività svolta dalla società che dovrà sempre rispettare il vincolo di scopo previsto dal legislatore.

⁶¹ In particolare ci si riferisce alla nozione 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”*.

⁶² Analisi tecnico normativa dal titolo: schema di decreto legislativo recante *“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*.

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 secondo il modello delle società per azioni o di quelle a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa, indirizzando quindi la scelta soltanto verso questi tipi societari⁶³.

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, per l'acquisizione ed, al tempo stesso, per il mantenimento delle singole partecipazioni (art.4)⁶⁴.

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 l'acquisizione di partecipazioni, prevedendo ipotesi più

⁶³ 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, ancorché 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). Sul punto cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, Editoriale, 2 novembre 2016, 18.

⁶⁴ 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 e 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. 251/2016. Dall'analisi combinata dei tre testi è possibile evincere un modello politico-legislativo fortemente proiettato verso l'esaltazione del principio della concorrenza e, sul fronte delle privatizzazioni, indirizzato, 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 del 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, 15. 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".

complesse e rigorose rispetto a quelle del passato, anche attraverso il coinvolgimento della Corte dei Conti e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato⁶⁵.

Un ultimo, ma non meno rilevante, aspetto disciplinato è quello riguardante il possibile assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali.

Nello specifico, la nuova disposizione prevede infatti 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*⁶⁶.

La disposizione, infatti, risolvendo il dibattito sorto sul punto, ha stabilito l’assoggettamento delle società a partecipazione pubblica al regime del fallimento e del concordato preventivo a prescindere dalla tipologia, 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 concorsuali⁶⁷.

Strettamente legata al punto appena trattato è anche 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 assoggettati alle

⁶⁵ 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.

⁶⁶Cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, 6 dicembre 2012, n. 2199, in www.diritto.deiservizipubblici.it e Corte di Cassazione, 27 settembre 2013, n. 22209, in www.diritto.deiservizipubblici.it.

⁶⁷ Da un’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 sensibilmente differente rispetto alla prima bozza 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, basato sul rispetto del principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina societaria e su una chiara distinzione tra le varie realtà societarie. 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*”.

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 da un lato un'impostazione indirizzata sull'analisi della natura giuridica delle società partecipate, e per questo volta a giustificare la giurisdizione ordinaria, e, dall'altro, un'altra che invece tiene conto della natura delle risorse impiegate dalle società al fine di legittimare la giurisdizione del giudice contabile⁶⁸.

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 e demandando al giudice ordinario la valutazione del danno patito dalla società⁶⁹.

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 una giurisdizione contabile concorrente anche per le società miste nei casi in cui sia riscontrato un danno erariale di tipo patrimoniale. 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 subiti dall'amministrazione per la *mala gestio* dei soggetti a ciò preposti⁷⁰.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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*

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 2016⁷¹, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune sue disposizioni per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 Cost⁷².

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 da rinvenirsi non

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 D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175*, Rimini, 2016, 122.

⁷¹ Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n. 251, in www.cortecostituzionale.it.

⁷² 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, con 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 stata, nel tempo, timidamente innalzata a principio costituzionale. Dopo un primo periodo caratterizzato da una giurisprudenza costituzionale generica sulla natura di *necessaria collaborazione*, il giudice delle leggi ha invece 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 concorrono 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 www.cortecostituzionale.it. 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 purché "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 di quel modello di regionalismo cooperativo insito nella Costituzione. Cfr., sul punto, in particolare S. Bartole, *Spunti in tema di collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, 55; A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1974, 34 ;G. D'Orazio, *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, 43; S. Cassese, D. Serrani, *Regionalismo moderno: la cooperazione tra Stato e Regioni e tra Regioni in Italia*, in *Le Regioni*, 1980, 65; A. Anzon, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra competenze statali e competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, 89; T. Martines, *Dal regionalismo garantista al regionalismo cooperativo, un percorso accidentato*, in AA.VV., *Una riforma per le autonomie*, Milano, 1986, 73, 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, 40; 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, 13.

nella forma del parere (ritenuto inidoneo a realizzare un autentico confronto con le autonomie regionali) ma utilizzando lo strumento dell'intesa.

Si tratta di una decisione che “*non lascia indifferenti*”⁷³ in considerazione della ricaduta che potrebbe avere su una possibile ridefinizione della funzione delle intese in riferimento al ruolo delle Conferenze e sulle stesse fonti del diritto⁷⁴.

Deve tuttavia ricordarsi come la Corte, nella sentenza, sebbene avesse inizialmente confermato il proprio orientamento sul punto, in base al quale “*il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo*”, abbia poi nel tempo 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*”⁷⁵.

Sul punto, parte della dottrina ha ricordato come nelle precedenti decisioni del giudice delle leggi si fosse valutata la mera conformità del decreto delegato nei confronti dei cosiddetti 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, ma anche il coinvolgimento delle realtà territoriali attraverso l'utilizzo di particolari strumenti di raccordo, quale può essere il c.d. sistema delle Conferenze⁷⁶.

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*”⁷⁷.

Nel caso in esame, invece, la Corte sembrerebbe aver operato 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,

⁷³ Così R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/16 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, 3, 2017, 13.

⁷⁴ Si tratta di una decisione che è stata oggetto di accese critiche da parte di 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. J. Marshall, *La Corte Costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2016, 705.

⁷⁵ Punto 3 del *Considerato in Diritto* della sentenza.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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*.

quindi, la sede dell'accordo dalla Conferenza unificata alla Conferenza Stato-Regioni⁷⁸. Per questo motivo può quindi sostenersi come tale decisione debba essere considerata 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 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 stabilito 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,

⁷⁸ 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. 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*, 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.

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 illegittimità⁷⁹.

Al fine di risolvere tale incertezza il Consiglio dei Ministri, in data 17 febbraio 2017, ha approvato, seppure 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 pubblica⁸⁰. Uno di tali decreti, quello relativo

⁷⁹ 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 *Rivista AIC*, 1, 2017, 12. Cfr. Legge 5 giugno 2003 n. 131, "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3".

⁸⁰ Entrambi gli schemi di decreto hanno ricevuto il parere favorevole del Consiglio di Stato, in sede consultiva. Nello specifico i giudici di Palazzo Spada hanno confermato 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 è stata 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. Il Consiglio di Stato si è occupato inoltre 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 presidono 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 hanno evidenziato 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. 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 di queste ultime, il Consiglio di Stato ritiene necessario un intervento idoneo a chiarire il rapporto tra la nuova disposizione e quelle a contenuto finanziario riguardanti sempre le 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.

proprio alle partecipazioni pubbliche in società, è stato ora (giugno 2017) emanato e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale⁸¹.

Per la parte che qui interessa tra le principali novità previste dal Decreto 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 società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche ed infine la definizione di un'intesa in Conferenza unificata propedeutica all'adozione 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 *governante* societaria.

Nel complesso, può dirsi che nel nuovo testo sono stati confermati gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali secondo i quali da un lato per le società a totale partecipazione pubblica sussiste la giurisdizione del giudice contabile nei confronti degli organi societari per danni causati al patrimonio della stessa, vista l'inesistenza di un rapporto di alterità soggettiva tra la società e l'ente pubblico partecipante e dall'altro appare legittimo l'assoggettamento delle società *in house providing* alle procedure concorsuali.

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.

⁸¹ Decreto Legislativo 16 giugno 2017 n. 100, *Disposizioni integrative e correttive al Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, recante Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.*

La volontà legislativa rinvenibile nello stesso sembra, senza dubbio, essere indirizzata verso una decisa riduzione delle partecipazioni statali anche in considerazione dello sfavore mostrato nei confronti dell'impresa pubblica in forma societaria, ritenuta invece da parte della dottrina ancora oggi di grande attualità 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 a giustificare un importante regime di regole e vincoli che le allontanano, anche concettualmente, da quelle private⁸².

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*”⁸³, 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 fondamentale⁸⁴.

Per questo motivo può ritenersi certamente positivo il tempestivo intervento del Governo di correzione del T.U., con il quale si è da un lato ottemperato a quanto richiesto dalla già citata sentenza della Corte costituzionale⁸⁵, dall'altro si è data risposta alle criticità sollevate dalla giurisprudenza e della dottrina in riferimento ad alcuni punti del testo originario⁸⁶.

⁸² Cfr. M. Clarich, B.G. Mattarella, *Prefazione*, in G. Meo, A. Nuzzo, (a cura di) *Il Testo Unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016, 8.

⁷⁵ A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit., 67.

⁸⁴ Sul punto viene sottolineato come l'impostazione del legislatore, proiettata verso una limitazione del principio europeo della libertà di definizione assegnata alle amministrazioni locali e dei principi costituzionali in materia (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 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. anche 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.

⁸⁵ Si tratta di una scelta volta a scongiurare una futura impugnazione dello stesso dinanzi al giudice delle leggi, liberando il testo dalla *sorta di limbo* in cui si trova attualmente. Sul punto cfr. R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/16 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, cit.

⁸⁶ Il riferimento è ai già ricordati dubbi interpretativi sollevati dal Consiglio di Stato in sede consultiva in riferimento al contrasto tra la norma con la quale si ammette il fallimento delle società a partecipazione pubblica (art.14 TU) e quella che obbliga le stesse società ad accantonare un apposito fondo per ripianare le possibili perdite (art.21 TU). Il legislatore delegato sembrerebbe aver risolto tale criticità grazie all'aggiunta di un apposito comma, il 3 *bis*, all'articolo 21 del Testo Unico con il quale si è previsto che le pubbliche amministrazioni possano procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione Europea in tema di aiuti di Stato.

Abstract: Il presente lavoro si prefigura l'obiettivo di analizzare le prospettive di riforma del settore delle società a partecipazione pubblica alla luce dei recenti interventi normativi in materia e delle importanti novità introdotte dal Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. In modo particolare la riflessione si è sviluppata in riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 251/16, che ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della Legge Madia, e i conseguenti e recentissimi interventi correttivi da parte del Governo che hanno interessato la materia in esame.

Abstract: The aim of this work is to analyse the reform perspectives of the companies with public participation's sector in the light of the recent changes in this areas. In particular, it will be concentrated on the new aspects introduced by the recent Law on the companies with the public participation (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica). Furthermore, the work will be focused on the judgment of the Constitutional court 251/16 which declared unconstitutional some dispositions of the Madia's Law, it will also deal with the recent intervention of the government on this matter.

Key words: società a partecipazione pubblica – Legge Madia – Testo Unico in materia di società a partecipazione – Sentenza Corte costituzionale n. 251/16 – decreto correttivo

Key words: Companies with public participation's sector; Law about companies with public participation; judgement of Constitutional Court, n. 251/16; recent law about Government on this matter