

## **Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione**

di Giuseppe Urbano

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. La società a partecipazione pubblica statale: evoluzione storico-giuridica e ragioni del fenomeno - 3. La società a partecipazione pubblica nel contesto locale - 4. La società a partecipazione pubblica come tipo di impresa pubblica - 5. La capacità delle pubbliche amministrazioni di costituire (o partecipare in) società di capitali - 6. La legislazione degli ultimi anni sulle società a partecipazione pubblica tra spinte alla specialità e contropunte al diritto comune - 7. I limiti alla costituzione e all'attività delle società a partecipazione pubblica - 7.1. I limiti all'attività posti dall'art. 13 del d.l. n. 223/2006 (cd. Decreto Bersani) - 7.2. I divieti legali alla costituzione di società a partecipazione pubblica posti dall'art. 3, commi da 27 a 29, della l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008) - 7.3. Taglio delle partecipazioni societarie nei Comuni piccoli e medio-piccoli (art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010) - 8. I limiti alla società *in house* - 9. I limiti alla società mista - 10. L'ordinamento delle società a partecipazione pubblica tra spinte alla specialità e contropunte al diritto comune - 10.1. La spinta alla specialità: le norme speciali sulla moralizzazione del fenomeno - 10.2. La spinta alla specialità: l'estensione antielusiva delle norme pubblicistiche o "amministrativizzazione" delle società a partecipazione pubblica - 10.2.1. Gli appalti delle società a partecipazione pubblica - 10.3. Le contropunte al diritto comune: le vicende relative alla *golden share* - 10.4. La contropunta al diritto comune: la responsabilità per illeciti amministrativi dipendenti da reato - 10.5. La contropunta al diritto comune: il ridimensionamento della responsabilità erariale per gli amministratori delle società a partecipazione pubblica - 11. Le norme sulla *spending review* tra tutela della concorrenza e moralizzazione - 12. I criteri legislativi di differenziazione delle società a partecipazione pubblica - 13. Criteri sostanziali di classificazione delle società a partecipazione pubblica - 14. Spunti conclusivi.

### **1. Premessa.**

Con il decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 - recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario (la c.d. *spending review*) - il legislatore è tornato ad occuparsi di società a partecipazione pubblica.

In particolare l'art. 4 del d.l. n. 95/2012 - modificato in modo significativo dalla legge di conversione - è dedicato a "*Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*".

Non si tratta di un evento episodico, perché le società a partecipazione pubblica negli ultimi anni sono state già oggetto di un rinnovato interesse da parte del legislatore e, conseguentemente, degli studiosi. Il Parlamento ha, infatti, approvato una serie di disposizioni che hanno modificato - accentuandola - la componente speciale della loro disciplina, che si aggiunge a quella generale applicabile alle società commerciali e contenuta nel suo nucleo essenziale nel codice civile.

All'accentuazione della specialità per mano legislativa si è contrapposto soprattutto in via giurisprudenziale - anche in sede comunitaria - un moto contrario che ha condotto al ridimensionamento della specialità.

L'obiettivo del presente contributo è, in primo luogo, quello di contestualizzare quest'ultimo intervento normativo nel quadro giuridico generale che disciplina il fenomeno delle partecipazioni

pubbliche. In secondo luogo, si cercherà - una volta razionalizzata la disciplina attuale - di individuarne le criticità, al fine di proporre una linea di riordino.

L'esercizio di attività di impresa da parte delle pubbliche amministrazioni nella forma della società per azioni non è un fenomeno recente, né rispondente ad un medesimo fondamento di principio.

L'evoluzione del modello - fatto di ascese e declini ciclici - è stato condizionato dai mutamenti principali che hanno investito il nostro ordinamento, dall'avvento della costituzione repubblicana all'integrazione giuridica comunitaria, nonché da contingenze storiche ed economiche che spesso hanno dato impulso a direttrici contrapposte.

Attualmente, l'economia italiana è caratterizzata da una presenza diffusa, di dimensioni particolarmente significative anche nel confronto con altre realtà nazionali, di società a partecipazione pubblica<sup>1</sup>. Si tratta di realtà tra loro molto diverse, per storia, caratteristiche economiche e fondamento giuridico.

Tale eterogeneità dipende dalle stratificazioni normative del passato e dalle diverse cause che hanno dato origine al fenomeno. Ecco perché l'analisi giuridica delle disposizioni e la rilevazione delle principali criticità anche in vista di un riordino deve essere necessariamente preceduta da un breve sguardo all'*excursus* storico che possa dar conto di ciascuna specificità.

## **2. La società a partecipazione pubblica statale: evoluzione storico-giuridica e ragioni del fenomeno.**

Storicamente il fenomeno delle società a partecipazione pubblica è correlato a tre cause principali: l'affermarsi dello Stato imprenditore soprattutto a partire dagli anni Trenta del secolo scorso<sup>2</sup>; la privatizzazione formale di enti pubblici negli anni Novanta del secolo scorso; la esternalizzazione di attività svolte da apparati amministrativi<sup>3</sup>.

Le prime due cause riguardano più in generale il rapporto tra lo Stato e l'iniziativa economica nel mercato e sono incasellabili nella evoluzione storica che dallo Stato liberista di fine '800 porta fino ai nostri giorni - sotto l'influsso del diritto comunitario - allo Stato regolatore. La terza, invece, è riconducibile, alla dimensione organizzativa delle funzioni amministrative proprie dello Stato e si è manifestata in tempi relativamente recenti con l'esigenza di rendere più snella ed efficiente l'azione amministrativa.

Lo Stato imprenditore fu un modello diffuso nel nostro paese dagli anni '20 fino alla metà del secolo scorso e che patrocinò il protagonismo dell'azione pubblica nell'economia.

In realtà - al di là delle rigidità classificatorie - lo Stato come attore economico ha caratterizzato, sia pure in modo marginale, anche epoche precedenti e ideologicamente ispirate ad un concezione minimalista dell'azione pubblica. La prima impresa pubblica - la Cassa depositi e

<sup>1</sup> Per una sintesi dei dati più significativi cfr. Dossier del Servizio Studi - Dipartimento bilancio della Camera dei Deputati su *Le società a partecipazione pubblica*, Serie Documentazione e Ricerche n. 237 del 27 maggio 2011 che fa riferimento alle ricerche svolte da L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano*, 2009, pp. 93 e ss.; cfr. anche: Corte dei Conti, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province* - Relazione conclusiva approvata nell'adunanza del 22 giugno 2010; Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008; Rapporto del Centro Europa Ricerche su *Ruolo e Governance delle imprese controllate dallo Stato: analisi e proposte per il futuro*, gennaio 2008.

<sup>2</sup> Per una descrizione dei rapporti tra Stato ed economia, cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, II ed., 2005, pp. 7 e ss.

<sup>3</sup> Cfr. M. Clarich, *L'organizzazione*, in *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo*, a.a. 2012-2013.

prestiti - nacque, infatti, nel 1863 come grande banca del Ministero delle finanze in un'epoca ispirata ai principi liberisti e, dunque, caratterizzata dall'assenza di una macchina statale di governo dell'economia<sup>4</sup>.

Con la prima industrializzazione - cioè il periodo che va dalla fine dello Stato liberista a fine '800 e fino agli anni '20 del secolo scorso - si verificò una forte crescita dell'intervento dello Stato. Tale intervento assunse in questo periodo - a parte l'eccezione del passato costituita dalla Cassa depositi e prestiti - caratteristiche inedite. Se nel modello liberista, lo Stato - in un'ottica minimale - si limitava a creare la cornice giuridica per lo svolgimento del libero mercato, in questo periodo lo Stato cominciò a diventare protagonista del mercato, attraverso l'intervento diretto di gestore di imprese e di produttore di beni e servizi. In questo periodo vennero costituite numerose imprese pubbliche che coprirono un ambito molto vasto, comprendente due settori fondamentali: quello delle telecomunicazioni e, più in generale, dei servizi pubblici, e quello del credito<sup>5</sup>. Il superamento del modello liberista condusse in alcuni casi alla sostituzione coatta dei privati con l'impresa pubblica in posizione di monopolio attraverso il riscatto delle precedenti concessioni ai privati<sup>6</sup>.

Dagli anni '20 del secolo scorso fino alla metà dello stesso - come già accennato sono gli anni dello Stato imprenditore e dell'economia mista - l'intervento diretto dello Stato nell'economia si estese in modo esponenziale.

Rispetto al passato - già caratterizzato da una significativa presenza pubblica nel mercato attraverso gli enti pubblici - l'epoca in questione si manifestò in due modi peculiari. Da un lato l'estensione degli ambiti di attività, che dai servizi pubblici e il settore del credito si diramarono nei settori più disparati del mercato. Dall'altro si affermò, accanto agli enti pubblici tradizionali, una nuova entità organizzativa di esercizio dell'attività economica pubblica: la società a partecipazione pubblica statale. Lo Stato assunse, dunque, la veste di azionista in società di diritto comune, con altri azionisti<sup>7</sup>.

La vicenda emblematica di questa epoca fu legata all'IRI (Istituto per la ricostruzione industriale) istituito nel 1933 come ente provvisorio di salvataggio delle imprese in crisi e divenuto, poi, nel 1937 ente permanente di conseguimento degli obiettivi di politica economica dello Stato<sup>8</sup>.

In particolare, la crisi economica del 1929 stava minando il sistema economico italiano basato sul ruolo ibrido delle principali banche dell'epoca (Banca commerciale italiana, Credito Italiano e Banco di Roma): da un lato partecipavano alle più importanti imprese del settore industriale come *holding* e dall'altro finanziavano le stesse imprese. In questo intreccio furono doppiamente esposte alla crisi, mettendo a rischio a loro volta la stabilità della Banca d'Italia e la tenuta sociale del sistema.

Per risolvere la crisi ed evitare le drammatiche conseguenze che si ebbero negli U.S.A., l'IRI divenne coattivamente proprietario delle Banche e delle imprese controllate dalle stesse, trasformandosi in *holding* di controllo del sistema bancario e industriale italiano.

---

<sup>4</sup> Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., p. 11. L'autore rileva che la Cassa depositi e prestiti nel 1876 iniziò a raccogliere i propri mezzi attraverso le casse postali.

<sup>5</sup> Cfr. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., p. 13. L'autore rileva la nascita dell'Azienda Ferrovie dello Stato (1905); Impresa per la telefonia interurbana (1907); Istituto Nazionale delle Assicurazioni-INA (1913); Banca Nazionale del Lavoro-BNL (1913); Consorzio per le sovvenzioni sui valori industriali (1914); Consorzio di credito per le opere pubbliche (1919).

<sup>6</sup> E' il caso delle Ferrovie dello Stato che riscatta le concessioni di servizio pubblico esistenti in capo ai privati.

<sup>7</sup> In questo periodo nacque l'AGIP (Azienda generale italiana petroli) e la ROMSA (Raffinerie olii minerali e società per azioni, entrambe sorte nel 1926).

<sup>8</sup> Cfr., per una ricostruzione della vicenda, L. Cameriero, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, in *Le società pubbliche in house e miste* (R. De Nictolis e L. Cameriero), pp. 1 e ss.

In seguito al tamponamento della crisi, anche la funzione dell'IRI venne riconsiderata e dal 1937 l'ente ebbe il compito di provvedere con criteri unitari, all'efficiente gestione delle partecipazioni di sua pertinenza secondo le direttive della politica economica del Regime.

In tal modo, da risposta a situazioni contingenti di crisi bancaria e industriale, l'intervento dello Stato tramite l'impresa pubblica divenne il modello sistematico per perseguire il benessere della collettività.

La fase successiva - conosciuta come Stato del benessere - si protrasse fino alla metà degli anni '70 e fu caratterizzata ai suoi esordi dalla promulgazione della Costituzione repubblicana. Quest'ultima non recò disposizioni limitative del fenomeno e, anzi, nelle sue norme compromissorie - tra istanze liberali e quelle di impronta socialista - si trovò l'aggancio per giustificare lo sviluppo di un'economia mista che già aveva caratterizzato il recente passato.

La Costituzione contiene, infatti, un riferimento generico all'iniziativa economica pubblica (art. 41) e con esso sembra abbia voluto riconoscere che lo Stato ed in generale i pubblici poteri hanno sempre svolto, in modo più o meno accentuato, attività a carattere imprenditoriale<sup>9</sup>.

Pertanto, la riserva o il trasferimento di un'attività imprenditoriale (art. 43 Cost.) non sono gli unici casi in cui lo Stato si possa trovare ad esercitare un'attività economica, ma i modi in cui lo Stato può farsi imprenditore sono i più vari. Può trattarsi dell'acquisizione di imprese già esistenti, con atti di diritto comune (acquisto d'azienda o di partecipazioni in società), ovvero della costituzione *ex novo* di complessi aziendali. Per quanto tali interventi possano essere estesi in concreto - può darsi che lo Stato acquisti tutte le imprese operanti in un certo settore - essi vanno sempre ricompresi nell'ambito delle assunzioni singolari, giacché non ne deriva mai l'esclusione del diritto di impresa dei privati. La differenza rispetto ai trasferimenti ex art. 43 Cost. è che, in questo caso, l'assunzione non importa forme di coazione nei confronti dei privati.

La regola di tale azione pubblica nell'economia è assai più larga di quella, già non particolarmente stringente, indicata dall'art. 43 Cost.. Non vi sono limiti nella tipologia delle attività assumibili, sicché non si dovrà trattare necessariamente di servizi pubblici, fonti di energia o monopoli. La materia, inoltre, non è soggetta a riserva di legge, per cui vi si potrebbe provvedere in via amministrativa. In tal caso, occorrerebbe che l'assunzione fosse giustificabile per un qualche interesse pubblico, alla pari di ogni altra azione amministrativa. In concreto, anche questa condizione spesso è stata superata autorizzando le assunzioni singolari direttamente con leggi<sup>10</sup>.

Il sopravvento della Costituzione repubblicana, in definitiva, non ha provocato cesure rispetto al passato, continuando la tendenza alla crescita del settore pubblico che aveva caratterizzato il regime fascista.

Nei primi anni '50, infatti, venne costituito l'ENI (Ente nazionale idrocarburi), ente pubblico per la gestione, in regime di esclusiva, della ricerca e delle coltivazioni di giacimenti di idrocarburi nella valle padana. All'ENI vennero affidate le partecipazioni azionarie, già dello Stato, nell'AGIP nonché il patrimonio dell'Ente nazionale metano.

Nella stessa epoca - e in particolare nel 1962 - venne costituito l'ENEL (Ente nazionale per l'energia elettrica) e la nazionalizzazione dell'industria elettrica. In una prima fase lo Stato espropriò, previo indennizzo, le imprese elettriche e, in una seconda fase, venne disposta la riserva originaria a favore del neocostituito ente pubblico ENEL, precludendo l'iniziativa economica privata. Si tratta di un fatto particolarmente importante perché rappresentò l'unico esempio di applicazione del potere previsto dall'art. 43 Cost.

<sup>9</sup> Cfr. G. Fonderico, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, p. 51.

<sup>10</sup> Cfr. G. Fonderico, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, p. 51.

Tra la istituzione dell'IRI e quella dell'ENEL si verificò un altro fatto significativo.

Come già visto, l'iniziativa economica dello Stato passava attraverso due grandi enti pubblici l'IRI e l'ENI, i quali detenevano partecipazioni pubbliche indirettamente riconducibili allo Stato, e altre partecipazioni dirette attribuite a vari Ministeri. Per quanto diffuso, il fenomeno dell'azionariato di Stato sino a questo momento si era manifestato, però, in modo frammentario e disorganico.

Ebbene, il sistema raggiunse un significativo elemento di razionalità con la l. n. 1589/1956, istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali al quale furono devoluti tutti i compiti e le attribuzioni prima spettanti in questo campo ad altri ministeri e organi dell'esecutivo. Al Ministero, soppresso solo nel 1993 a seguito di un referendum popolare, furono attribuiti poteri di direzione e di controllo tali da penetrare, attraverso gli enti di gestione (all'IRI e all'ENI si aggiunsero EFIM<sup>11</sup>, EGAM<sup>12</sup>, EAGC<sup>13</sup> ed EAGAT<sup>14</sup>), nella società private influenzandone la vita ed orientandone le scelte produttive.

Le imprese pubbliche vennero inserite, dunque, nel cosiddetto sistema delle partecipazioni statali organizzato in modo piramidale. Al vertice si ponevano due comitati interministeriali (Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe) e Comitato interministeriale per la politica industriale (Cipi)) e il Ministero delle partecipazioni statali con funzione di vigilanza e poteri di direttiva nei confronti degli enti di gestione delle partecipazioni statali, cioè di enti pubblici economici con funzione di *holding* finanziaria. Questi ultimi erano titolari in modo diretto o indiretto delle azioni delle società a partecipazione pubblica ed esercitavano l'influenza su queste ultime essenzialmente attraverso il diritto di voto nelle assemblee e la nomina degli amministratori. Gli enti di gestione delle partecipazioni statali (aventi natura di enti pubblici economici) fungevano per così dire da "cerniera" in quanto si interponevano tra gli input politici, nelle forme del diritto pubblico (atti di indirizzo) e l'attività di impresa esercitata da società di diritto comune.

L'intervento pubblico in economia cominciò ad affievolirsi solo a partire dagli anni '60 con l'emersione di allarmanti criticità nel sistema delle partecipazioni pubbliche, avviandosi di conseguenza un processo di erosione della figura dell'ente pubblico economico.

Negli anni '70, in particolare, la riforma del settore delle partecipazioni statali fu nuovamente rimessa in discussione. Il sistema delle partecipazioni pubbliche si era mostrato inefficace non sortendo gli effetti voluti. Inoltre il sistema piramidale delle partecipazioni pubbliche si era così esteso da ostruire anche l'azione del Cipe nel ruolo di indirizzo generale, quale organo centrale della programmazione economica nazionale<sup>15</sup>.

I dati empirici hanno dimostrato l'implosione del sistema che, lungi dal garantire i risultati sperati, ha finito per determinare gravi perdite economiche allo Stato. L'operatività degli enti secondo criteri di economicità, vale a dire dell'autosufficienza di gestione, prevista dall'art. 3 della legge istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali, risultava del tutto disattesa in quanto non si riusciva neanche a conseguire un pareggio di bilancio per evitare che i costi fossero superiori alle entrate. Sicché il sistema, incapace di autofinanziarsi, accumulò continue perdite che potevano essere ripianate solo dalle contribuzioni periodiche dello Stato<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Ente per il finanziamento delle industrie manifatturiere.

<sup>12</sup> Ente di gestione aziende minerarie.

<sup>13</sup> Ente autonomo gestione cinema.

<sup>14</sup> Ente autonomo gestione acque termali.

<sup>15</sup> Cfr. L. Cameriero, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, op. cit., pp. 1 e ss.

<sup>16</sup> Per una valutazione dell'impatto sul debito pubblico dei conferimenti in conto capitale erogati dallo Stato anno dopo anno cfr. Commissione di Studio del Ministero del Tesoro (1981-1992), II, *Pensioni privatizzazioni e spesa pubblica*, Roma, 1993, 165-166.

Le ragioni della crisi del sistema sono state variamente individuate: (i) nell'eccessiva espansione dei settori d'intervento, che ha reso pressoché impossibile il controllo ed il coordinamento del sistema<sup>17</sup>; (ii) nel graduale abbandono dell'ottica imprenditoriale in favore di quella di sostegno di settori in crisi strutturale, per il perseguimento di finalità politiche e sociali<sup>18</sup>; (iii) nella dipendenza del sistema dal meccanismo di finanziamento gestito dal potere politico, con conseguente asservimento del primo all'influenza del secondo<sup>19</sup>; (iv) nell'inesistenza per le società a partecipazione pubblica della "sanzione economica" a tutela dell'equilibrio finanziario della gestione: il socio pubblico può destinare d'autorità, a differenza di quanto avviene nelle società a partecipazione privata, le risorse finanziarie necessarie alla propria impresa, libero dai condizionamenti del mercato<sup>20</sup>.

In prosieguo, i principi del libero mercato introdotti ad opera di numerosi interventi della Comunità Europea hanno determinato un cambiamento del sistema non più caratterizzato dall'intervento pubblico in economia. In realtà il diritto comunitario è neutrale al regime proprietario delle imprese (cd. principio di neutralità ricavabile dall'art. 345 TFUE), ma anche tale principio - insieme al principio concorrenziale e delle libertà comunitarie ad esso strumentale - ha scardinato il sistema di privilegi che in passato caratterizzavano l'impresa pubblica, favorendo la seconda causa di diffusione della società a partecipazione pubblica.

Si pensi per esempio alle politiche di liberalizzazione che hanno portato allo smantellamento dei monopoli nei servizi pubblici (telecomunicazioni, energia elettrica e gas, servizi postali ecc.) o alla disciplina degli aiuti di Stato che non ha permesso più il rifinanziamento delle imprese sostanzialmente in perdita.

A tali condizionamenti, si è aggiunta l'esigenza nazionale di recuperare risorse nell'immediato per rispettare i vincoli di salubrità finanziaria imposti a livello comunitario e, in particolare, al ridimensionamento del debito.

In questa ottica, gli ultimi anni sono stati contrassegnati da un progressivo ridimensionamento della partecipazione statale nell'esercizio dell'attività di impresa al quale si è accompagnata, sul piano organizzativo-istituzionale, l'abolizione del Ministero per le partecipazioni Statali. Molte imprese pubbliche, sono state dunque liquidate o privatizzate attraverso la cessione dei pacchetti azionari detenuti dallo Stato.

In particolare, tale ridimensionamento è avvenuto con un processo che va sotto il nome di privatizzazione e comporta: (i) il mutamento della forma giuridica dell'impresa pubblica verso assetti più flessibili ed adeguati all'esercizio di attività imprenditoriali ed, in particolare, la trasformazione delle aziende autonome e degli enti di diritto pubblico in società di diritto privato (privatizzazione formale o "fredda"); (ii) la vendita a privati delle partecipazioni nelle società - a volte anche la quotazione in borsa (come nel caso di ENI ed ENEL) - anche al fine di destinare i proventi al risanamento del bilancio pubblico (privatizzazione sostanziale o materiale o anche "calda"). Va detto che non sempre questa fase è seguita alla precedente, o per scelta politica, o per l'oggettiva difficoltà a trovare acquirenti, sicché in certi casi la privatizzazione si è limitata all'aspetto giuridico-formale<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. F. Merusi - D. Iaria, *Partecipazioni Pubbliche*, in Enc. Giur. XXII, Roma, 1990, 4.

<sup>18</sup> Cfr. G. Minervini, in *Società a partecipazione pubblica*, GCO, 1982, 182.

<sup>19</sup> Cfr. F. Roversi Monaco, *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, 1987, 478 e ss.

<sup>20</sup> Cfr. G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 174-175.

<sup>21</sup> Per una ricostruzione cfr. P.G. Jaeger, in *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 990.

Mentre la privatizzazione formale interessa la forma degli attori economici e si attua con il passaggio da una forma di diritto pubblico (ente pubblico, azienda autonoma ed ente gestore di partecipazioni statali) ad una forma di diritto privato (società per azioni) senza alcun mutamento in termini di *corporate governance*<sup>22</sup>, quella sostanziale riguarda, invece, il trasferimento dalla mano pubblica alla mano privata del controllo di società titolari di imprese<sup>23</sup>. È evidente che senza privatizzazione sostanziale, il mero mutamento della forma giuridica dell'ente titolare di partecipazioni societarie assume il significato di una diversa forma organizzativa dell'intervento pubblico nell'economia<sup>24</sup>.

La terza causa della diffusione delle società a partecipazione pubblica è più recente e si ricollega ai processi di razionalizzazione degli apparati pubblici. In molti casi, per ragioni di efficienza e di snellezza operativa, molte pubbliche amministrazioni hanno ritenuto preferibile, anziché organizzare al proprio alcune attività strumentali all'esercizio delle funzioni amministrative in senso proprio (per esempio, la gestione dei servizi informatici), esternalizzarle, cioè affidarle a società strumentali, cioè da esse costituite e partecipate che svolgono la propria attività in prevalenza per conto delle amministrazioni ed enti pubblici di riferimento (le cosiddette società strumentali). Si pensi, a livello statale, alla Sogei che cura per conto del ministero dell'Economia la riscossione delle imposte o a livello regionale le società pubbliche per la gestione dei servizi informatici.

Negli altri casi lo Stato diventa - con modelli pubblicistici o privatistici - imprenditore, esercitando attività economiche che di solito vengono esercitate da operatori privati. In questo caso lo Stato esercita funzioni pubblicistiche con la forma giuridica societaria di diritto privato.

### **3. La società a partecipazione pubblica nel contesto locale.**

A livello locale, il modello di impresa pubblica originario era quello dell'azienda municipalizzata (v. *infra* par. 4), agente come organo dell'ente locale (il Testo Unico del 1925 prevedeva la figura dell'azienda autonoma).

Con la legge 8 giugno 1990 n. 142 sulle autonomie locali vennero introdotte significative novità. Oltre alla trasformazione della vecchia azienda municipalizzata in azienda speciale - ente pubblico economico funzionalmente legato al Comune, ma dotato di personalità giuridica - è stata prevista la società per azioni quale ulteriore modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

In origine, erano ammesse solo società a prevalente capitale pubblico. Successivamente, è stata ritenuta ammissibile anche la società a partecipazione pubblica minoritaria<sup>25</sup>.

Le novità legislative sulle modalità di affidamento del servizio pubblico locale e l'apertura alla società a partecipazione pubblica avevano dato origine ad alcuni contrasti giurisprudenziali, finanche in ordine alla questione a monte della natura giuridica di siffatte società<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> A titolo di esempio si possono citare i casi dell'ex Azienda autonoma delle FF.SS., poi ente Ferrovie dello Stato ed oggi Ferrovie dello Stato S.p.a.

<sup>23</sup> È ciò che è avvenuto con la cessione dell'Alfa Romeo al gruppo FIAT, negli anni '80.

<sup>24</sup> Cfr. L. Cameriero, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, op. cit., p. 6

<sup>25</sup> Cfr. l'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 e successivamente il d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533 (*Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali*), che, oltre a prevedere che il socio privato di maggioranza fosse scelto attraverso una procedura concorrenziale modellata sugli schemi disciplinati dal d.lgs. n. 157 del 1995 per l'aggiudicazione degli appalti, aveva fissato la partecipazione dell'ente locale promotore in misura non inferiore del 20% del capitale sociale e quella dei soggetti privati in misura non inferiore al 51%.

Per qualche tempo prevalse l'idea che la società mista fosse una speciale emanazione dell'ente pubblico affidante - e non un ente privato distinto - per cui si ammetteva in via prevalente l'affidamento diretto, in luogo dell'affidamento tramite gara della concessione<sup>27</sup>. Il *vulnus* concorrenziale di un siffatto sistema era mitigato dalla scelta del socio privato tramite gara<sup>28</sup>.

Successivamente, per far fronte alle contestazioni comunitarie<sup>29</sup> in ordine alle criticità concorrenziali del sistema, il legislatore creava un sistema di gestione dei servizi pubblici locali incentrato sul modello societario che, da alternativa ad altre soluzioni, diveniva scelta obbligatoria. L'affidamento tramite gara a società di capitali era dunque l'unico modo di affidamento ammesso<sup>30</sup>.

A tutela della concorrenza è stato affermato anche il principio della proprietà pubblica delle reti e della separazione dell'attività di gestione della rete da quella di erogazione o gestione del servizio. Anche in questa dimensione la società a partecipazione pubblica acquistava un ruolo significativo, atteso che il legislatore consentiva il conferimento delle reti e delle altre dotazioni strumentali a una società a partecipazione pubblica maggioritaria<sup>31</sup>.

Per i servizi pubblici non aventi "rilevanza industriale", invece, il modello della società a partecipazione pubblica conviveva con gli altri modelli alternativi anche pubblicistici, secondo le regole in precedenza previste per tutti i servizi pubblici locali.

Il ritorno della società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi pubblici locali si deve ad un successivo intervento del legislatore del 2003<sup>32</sup>. Con tale intervento, l'affidamento tramite gara a società terze diveniva un'alternativa rispetto all'affidamento a società mista con socio privato scelto tramite gara e all'affidamento alla società cd. *in house*, ossia a società a totale partecipazione pubblica a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale esercitino sulla società un controllo gestionale "analogo" a quello che esercitano sui propri uffici e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti controllanti<sup>33</sup>.

Le novità in tema di società a partecipazione pubblica riguardavano anche altri profili. In particolare, per quanto riguarda le proprietà e la gestione delle reti e delle altre dotazioni strumentali, il nuovo art. 113 del TUEL emendato dall'art. 14 del d.l. n. 269/2003 ha stabilito che la suddetta proprietà possa essere conferita solo a società a totale partecipazione pubblica e non più - come in passato - a società a partecipazione pubblica maggioritaria. Tale disciplina rimane in vigore tutt'ora.

Inoltre, le nuove disposizioni - dopo aver superato la vecchia qualificazione che si basava sulla "rilevanza industriale" con quella relativa alla "rilevanza economica" - stabiliva alcune novità anche per i servizi privi di tale rilevanza. In particolare, è stata, per un verso, eliminata la possibilità di affidamento a terzi e, per altro verso, è stato sostituito l'affidamento diretto a società di capitali

---

<sup>26</sup> La Corte di cassazione affermava la partecipazione pubblica prevalente non rappresentava una peculiarità tale da alterare il modello societario tradizionale. La struttura e le regole della società per azioni rimanevano immutate e il socio pubblico si inseriva nel contesto societario con gli stessi poteri del socio privato senza poteri speciali di natura pubblicistica (C. cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 499). Il giudice amministrativo contrastava questa lettura aprioristica a favore di una valutazione caso per caso che imponeva la verifica del regime giuridico della società. Si trattava di accertare se le regole di funzionamento e di organizzazione presentavano alterazioni tali da alterare il modello societario e realizzare in sostanza un ente pubblico (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206).

<sup>27</sup> Cfr. in dottrina M. Pallottino, *Gli appalti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. ed.*, 1991, pp. 34 e ss.. Per la tesi contraria cfr. P. Virga, *Diritto amministrativo*, 1994, p. 321.

<sup>28</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 6 aprile 1998, n. 435.

<sup>29</sup> Atto di costituzione in mora 8 novembre 2000, n. SG 2000/108243.

<sup>30</sup> Art. 35 l. n. 448/2001.

<sup>31</sup> Art. 113 del TUEL come modificato dall'art. 35 l. n. 448/2001.

<sup>32</sup> Art. 14 del d.l. n. 296/2003.

partecipate dagli enti locali con l'affidamento a società pubbliche totalitarie alle condizioni previste dall'art. 113, lett. c) TUEL.

La modalità di affidamento a società a partecipazione pubblica locale è stato successivamente interessato da ulteriori interventi - legislativi e giurisprudenziali - che ne hanno nuovamente mutato la connotazione e tendenzialmente in modo più restrittivo rispetto al passato.

Una prima novità ha riguardato i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica. Con sentenza n. 272/2004, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme nazionali che imponevano determinati modelli di gestione in violazione delle prerogative regionali. Il passaggio fondamentale della sentenza è che tali servizi non sono soggetti alle regole pro concorrenziali e, dunque, la disciplina del relativo affidamento non rientra nella materia di competenza esclusiva dello Stato "tutela della concorrenza" (art. 117, comma 2, lett. e).

Con riferimento ai servizi di rilevanza economica, con l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 - nell'intento di imprimere alla disciplina nazionale una marcata direzione pro concorrenziale - il legislatore ha relegato alla marginalità la società *in house*, rispetto all'affidamento a terzi tramite gara e all'affidamento a società mista. Oltre al già visto "controllo analogo" e all'attività "prevalente" - condizioni *endogene* alla struttura e al funzionamento della società - l'art. 23-bis richiedeva alcune severe condizioni *esogene* e cioè, sostanzialmente, che l'ente locale dimostrasse l'inutilità del ricorso al mercato a causa di particolari condizioni sociali, economiche e ambientali proprie di un contesto territoriale di riferimento.

L'affidamento a società mista era divenuto, invece, pienamente alternativo all'affidamento a terzi tramite gara, ma a condizione che il socio privato fosse scelto con gara a doppio oggetto (cioè che consentisse l'introduzione di un socio operativo e non solo finanziario) e che la partecipazione privata fosse almeno pari al 40%.

Il sistema delineato è stato abrogato in seguito all'esito del referendum del giugno 2011<sup>34</sup>. Il legislatore, però, ha reiterato la precedente disciplina con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 prevedendo delle mitigazioni solo per la disciplina del servizio idrico. La volontà abrogativa referendaria era, infatti, principalmente rivolta a questo servizio.

Il problema è che il quesito referendario - al di là della volontà dichiarata dai referendari - aveva portata più estesa e riguardava la disciplina relativa a tutti i servizi pubblici locali. Ed, infatti, la Corte costituzionale ha preso atto di questa situazione e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 4 del d.l. n. 138/2011 che, in violazione dell'esito referendario e, dunque, dell'art. 75 Cost. aveva riproposto sostanzialmente la disciplina contenuta nell'art. 23-bis.

L'effetto principale di tale pronuncia è la riemersione di un maggiore protagonismo della società a partecipazione pubblica in ambito locale. Nonostante la caducazione delle norme principali in materia, trovano applicazione - fino ad un nuovo intervento del legislatore, che ha comunque le mani abbastanza legate - i principi comunitari sull'*in house* e sulle società miste, che costituiscono un sistema concorrenziale minimo e indefettibile per tutti gli Stati membri.

La società *in house* sarà, dunque, ammessa in alternativa all'affidamento tramite gara a terzi alle sole condizioni comunitarie del "controllo analogo" e dell'attività "prevalente". Vengono spazzate via tutte le condizioni pro concorrenziali più severe che aveva discrezionalmente posto il legislatore nazionale sull'inutilità del ricorso al mercato.

La società mista sarà anch'essa ammessa in alternativa all'affidamento tramite gara a terzi e all'affidamento *in house*, senza il limite del 40% minimo di partecipazione privata. Per il resto il modello interno era riprodotto dei principi comunitari, in particolare sulla gara a doppio oggetto.

<sup>34</sup> L'effetto abrogativo è riconducibile al d.P.R. 113/2011 che ha preso atto dell'esito referendario.

Si può, dunque, dire che la sorte della società a partecipazione pubblica in ambito locale è stata caratterizzata dalle note contraddizioni del legislatore italiano sulla disciplina dei servizi pubblici locali. In questo frangente, soprattutto grazie alla volontà popolare espressa nel referendum, la società a partecipazione pubblica locale sta recuperando il ruolo di protagonista che le era stato tolto dal legislatore negli ultimi anni.

C'è anche chi vede in questa tendenza uno sviluppo prossimo che potrebbe però condurre allo smantellamento della società di capitali a favore di un ritorno a modelli pubblicistici puri<sup>35</sup> che oggi sono vietati per espressa previsione legislativa<sup>36</sup>.

#### **4. La società a partecipazione pubblica come tipo di impresa pubblica**

Dalla ricostruzione storica svolta emerge che una volta assunte le attività economiche, tradizionalmente lo Stato - ma anche gli altri pubblici poteri territoriali (in particolare si è fatto cenno alla gestione dei servizi pubblici locali da parte dei Comuni) - le hanno organizzate in tre diversi modelli: l'impresa-organo, l'impresa-ente pubblico e l'impresa società per azioni.

L'impresa-organo si dà quando l'attività economica sia svolta da un organo dell'amministrazione, vale a dire da una sua articolazione non provvista di personalità giuridica distinta. L'organo può avere un certo grado di autonomia rispetto all'amministrazione in cui è incardinato, ed allora si parla di azienda o amministrazione autonoma<sup>37</sup>.

Quest'ultima soluzione è prevalsa ogniqualvolta fosse impraticabile conciliare l'attività economica con i modelli tipici dell'azione amministrativa. Un'amministrazione, tra le altre cose, segue regole di bilancio e contabilità diverse da quelle di un'impresa<sup>38</sup>. Uno tra gli esempi più duraturi di azienda autonoma è stata quella delle ferrovie dello Stato, che ha conservato tale forma dal 1905 al 1985, data di trasformazione in ente pubblico.

L'impresa-ente pubblico è invece quella, per l'appunto, entificata, munita di personalità giuridica di diritto pubblico distinta dall'amministrazione territoriale a cui fa riferimento (a seconda dei casi, statale, regionale, comunale ecc..). Storicamente vi sono state imprese-ente con finalità operative (come l'ENEL, che erogava il servizio elettrico) e con finalità di gestione delle partecipazioni in altre imprese (era il caso dell'IRI, che si comportava come una *holding* industriale). Nella pratica, questa distinzione di principio ha incontrato molte classificazioni intermedie, ed ha altresì visto la commistione delle attività imprenditoriali con funzioni pubbliche.

L'ultimo tipo di impresa pubblica è l'impresa-società per azioni in partecipazione pubblica. Qui la personalità giuridica è distinta dall'amministrazione, come nell'impresa-ente, ma è calata nella veste di diritto privato della società di capitali. L'amministrazione controlla l'impresa attraverso la sua partecipazione al capitale, così come farebbe un'azionista privato.

Se si volesse schematizzare il diritto positivo, si potrebbe dire che a ciascun tipo di impresa pubblica corrisponde una diversa combinazione di pubblico e privato negli aspetti strutturali e nel

<sup>35</sup> Cfr. la relazione introduttiva ai quesiti referendari redatta da un gruppo di autorevoli giuristi: "Invertire rotta. Per un governo pubblico dell'acqua" su [www.acquabenecomune.org](http://www.acquabenecomune.org).

<sup>36</sup> Come ricordato dalla Corte costituzionale - che si era pronunciata, lasciandolo sostanzialmente indenne, sull'art. 23-bis - già l'art. 35 della l. n. 448/2001, nel sostituire l'art. 113 del TUEL, aveva posto il divieto di ogni gestione diretta o tramite aziende speciali. Il divieto è stato confermato con l'art. 14 del d.l. n. 269/2003 che, pur modificando la disciplina delle modalità di gestione, ha escluso in ogni caso l'utilizzo dei modelli pubblicistici appena indicati (C. cost. 17 novembre 2010, n. 325).

<sup>37</sup> Cfr. G. Fonderico, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, cit., p. 51.

<sup>38</sup> Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit. pp. 119-120.

regime dell'attività<sup>39</sup>. L'impresa-organo, essendo un'articolazione della pubblica amministrazione, ha l'organizzazione e l'attività rette dal diritto amministrativo. L'impresa-ente ha l'organizzazione sottoposta al diritto amministrativo mentre la sua attività è soggetta in larga misura al diritto privato. I rapporti con il personale, i contratti, il regime dei beni di un'impresa-ente seguono le stesse regole che si applicherebbero ad un'impresa privata. Si fa eccezioni soltanto per aspetti specifici, come il fallimento, a cui gli enti pubblici non sono soggetti, o come i bilanci, che sono sottoposti ad approvazione ministeriale<sup>40</sup>. L'impresa-società per azioni, infine, ha sia l'organizzazione sia l'attività rette dal diritto privato.

Anche qui vi sono dei casi singolari, perché per alcune società in partecipazione pubblica le leggi prevedono dei regimi particolari. Si possono incontrare regole speciali, come per esempio quelle in tema di organizzazione (si pensi alla RAI, i cui organi di vertice sono designati in larga misura dalla commissione parlamentare di vigilanza, anziché dall'azionista Ministero dell'economia<sup>41</sup>).

Questa schematizzazione, anche al di là delle deroghe esplicite, vale però in linea di principio, perché nella pratica le discipline di diritto pubblico e diritto privato si possono sovrapporre ed intrecciare.

Da un lato, vi sono alcuni aspetti dell'attività delle pubbliche amministrazioni – e dunque anche delle imprese organo – che sono naturalmente attratti nel diritto privato. Si pensi all'esecuzione dei contratti, che è comunque retta dal diritto civile<sup>42</sup>.

Dall'altro lato, il diritto amministrativo estende diversi suoi istituti anche a organizzazioni e attività altrimenti soggette al diritto privato. Le norme sugli appalti, ad esempio, possono prescindere dalla natura giuridica formale dell'impresa pubblica e possono altresì applicarsi ad imprese private che siano titolari di diritti speciali ed esclusivi (su questi aspetti v. *infra* par. 10.2.1.). Lo stesso può dirsi per il diritto di accesso ai documenti amministrativi, che deve essere consentito da ogni gestore di pubblici servizi, indipendentemente dalla sua forma giuridica (art. 23, l. n. 241/1990) e, più in generale, dai soggetti privati che svolgano attività di pubblico interesse (art. 22, comma 1, lett. e) l. n. 241/1990).

Vi è, infine, il diritto della concorrenza, il cui ambito di applicazione comprende tutte le attività di impresa, senza che conti la forma giuridica in cui siano esercitate. Un'impresa pubblica - organo, ente o società che sia – sarà comunque tenuta a rispettare le norme comunitarie e nazionali antitrust<sup>43</sup>.

## **5. La capacità delle pubbliche amministrazioni di costituire (o partecipare in) società di capitali.**

Alcune norme oggi prevedono espressamente la possibilità per le pubbliche amministrazioni di costituire o partecipare a società. In tema di servizi pubblici locali - anche se per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 23 luglio 2012, n. 199 è venuta meno la norma (l'art. 4 del d.l. n. 138/2011) che da ultimo regolava la società a partecipazione pubblica in questo ambito - è il diritto comunitario che consente direttamente tale possibilità.

<sup>39</sup> Cfr. G. Fonderico, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, cit., p. 52.

<sup>40</sup> Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., p. 121.

<sup>41</sup> Art. 20, l. n. 112/2004.

<sup>42</sup> Sul diritto civile dei rapporti di utenza cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, 2001.

<sup>43</sup> Cfr. G. Fonderico, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, cit., p. 53.

Altre volte la costituzione di una società a partecipazione pubblica è addirittura un obbligo. Si pensi alla società per la gestione aeroportuale, configurata come società necessariamente a capitale misto<sup>44</sup>.

Il problema però è se sia sempre necessaria una norma autorizzatoria che consenta il ricorso al modello societario o se, invece, ciò possa avvenire in virtù della generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione.

Occorre chiedersi, dunque, se una pubblica amministrazione - nell'ambito dell'autonomia di diritto privato (oggi ribadita dall'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990<sup>45</sup>) - sia libera di costituire o partecipare a società per azioni in presenza di un riscontrato interesse pubblico o incontri nell'ordinamento un qualche limite.

Sulla questione si sono fronteggiate la tesi dell'eccezionalità del modello societario per la pubblica amministrazione, e quella prevalente della generale capacità di diritto privato di quest'ultima, che le consentirebbe di ricorrere al modello societario ogni qual volta sia funzionale per il perseguimento degli interessi pubblici<sup>46</sup>.

Tale questione, insieme ad altre, è stata oggetto di rimessione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>47</sup> che però non si è poi espressa specificamente a causa dell'irrelevanza della questione nel caso concreto. Proprio in tale occasione il collegio remittente ha criticato una precedente pronuncia del Consiglio di Stato<sup>48</sup> - secondo cui il ricorso alla società è consentito solo se espressamente previsto da una norma, in omaggio al principio di legalità - rilevando proprio il consolidato orientamento del giudice amministrativo secondo cui i soggetti pubblici godono di una generale capacità di diritto privato, che li abilita a concludere ogni tipo di contratto, salva la sola valutazione di compatibilità con le finalità istituzionali assegnate al singolo ente.

Su tale dibattito si è innestata la legislazione più recente, volta in vario modo a circoscrivere l'impiego del modello societario.

In particolare, le partecipazioni pubbliche sono da tempo oggetto di un ripensamento critico da parte del legislatore, fondamentalmente per tre ragioni: (i) le società pubbliche, finanziate con denaro pubblico, ove operino sul mercato in concorrenza con soggetti privati, fruiscono di un indebito vantaggio concorrenziale; (ii) le società pubbliche aggravano i costi dei pubblici apparati, ad esempio attraverso la crescita dei compensi corrisposti alle persone preposte agli organi societari; (iii) le società pubbliche sono uno strumento di elusione della regola del concorso in materia di personale e in generale dei vincoli tipici dell'azione amministrativa.

Sicché la più recente legislazione, come si vedrà nello specifico, si è mossa nella direzione di: (i) limitare l'attività delle società pubbliche circoscrivendola ai soci pubblici; (ii) porre un freno agli sprechi finanziari, limitando la costituzione di società o le spese di funzionamento; (iii) estendere i vincoli pubblicistici (per esempio il principio concorsuale per le assunzioni).

Il filone legislativo tendente al ridimensionamento delle società a partecipazione pubblica è stato confermato di recente (norme sulla *spending review*, v. *infra* par. 11).

<sup>44</sup> Art. 10, comma 13, della legge n. 537/1993 e il D.M. n. 521/1997.

<sup>45</sup> Art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente". Cfr. G. De Marzo, P. Grauso, G. Fabbrizzi, *L'attività amministrativa alla ricerca del consenso*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, AA.VV., 2005 anche per gli altri riferimenti bibliografici.

<sup>46</sup> Per una impostazione della questione in questi termini cfr. R. De Nictolis, *Inquadramento generale e questioni aperte*, in *Le società pubbliche in house e miste* (R. De Nictolis e L. Cameriero), pp. 24.

<sup>47</sup> La rimessione è avvenuta da parte di Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, ord., in *Foro it*, 2008, III, 68, con nota di H. Simonetti.

<sup>48</sup> Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514

L'argine legislativo alle partecipazioni societarie degli enti pubblici ha raggiunto un livello tale da indurre la dottrina che da tempo si occupa del fenomeno a registrare un cambio di tendenza in termini principio: dalla capacità generale degli enti pubblici alla creazione di società al principio di capacità speciale (è consentito solo dove permesso dalla legge)<sup>49</sup>.

## **6. La legislazione degli ultimi anni sulle società a partecipazione pubblica tra spinte alla specialità e contropunte al diritto comune**

Le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme relative alle tradizionali società per azioni a meno che norme speciali non dispongano diversamente<sup>50</sup>.

In linea di principio si applica, dunque, il diritto societario comune inserito nel codice civile, ma occorre tener conto delle norme speciali che a volte si aggiungono a quelle ordinarie e altre volte le derogano, con prevalenza di quelle speciali secondo i tradizionali criteri ermeneutici.

Alcune di queste norme speciali sono contenute anch'esse nel codice civile. In particolare, la Sezione XIII, del Libro V, Titolo V, Capo V, è dedicata alle "*società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*" e la successiva Sezione XIV è dedicata alle "*società di interesse nazionale*".

La parte più significativa di norme speciali sulle società a partecipazione pubblica si trova, però, fuori dal codice civile e cioè in varie disposizioni di rango legislativo che si sono avvicinate soprattutto negli ultimi anni limitando in vario modo la capacità di agire delle società pubbliche e aggravando la loro organizzazione.

Altre norme speciali possono riscontrarsi in atti sub-legislativi, cui spesso la norma primaria affida il compito di definire le norme di funzionamento della società, come lo Statuto.

Le ipotesi di deviazioni più deboli dallo statuto societario, infine, sono quelle che derivano dalla eventuale attribuzione alla società in oggetto di un rapporto concessorio, che può comportare un potere di vigilanza e controllo o una serie di obblighi, ai fini del corretto adempimento del rapporto pubblicistico.

Tralasciando le fonti formali della specialità e passando all'analisi del contenuto sostanziale delle norme speciali, queste ultime possono essere distinte in base alla tipologia e alla funzionalità.

Sotto il primo versante, è possibile distinguere due diverse tipologie di "specialità" normativa, entrambi segnali del ruolo dell'interesse pubblico nella conformazione dello statuto societario, ma con una portata derogatoria rispetto ai principi generali probabilmente diversa<sup>51</sup>.

Da un lato è possibile raggruppare tutte quelle norme che disciplinano il comportamento dello Stato come azionista, ad esempio subordinando l'esercizio dei relativi poteri a preve deliberazioni amministrative, spesso frutto di intese fra diverse amministrazioni o, come è accaduto con il recente d.l. n. 98/2011, imponendo a tutti gli enti e gli organismi pubblici di pubblicare sul loro sito informazioni dettagliate su tutte le partecipazioni societarie detenute, anche indirette e minoritarie, e sui collegamenti esistenti tra le società partecipate e l'ente partecipante (art. 8).

Si tratta di profili speciali che riguardano aspetti esterni all'ordinamento della società e alla sua capacità di agire. Essi più propriamente riguardano il socio azionista nella sua dimensione

<sup>49</sup> Cfr. C. Ibba, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), gennaio 2011.

<sup>50</sup> Cfr. F. Goisis, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. Clarich e G. Fonderico), 2007, p. 729. Tale principio è espressamente affermato nella relazione ministeriale al codice: "*La disciplina comune delle società per azioni deve...applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente*" (par. 998).

<sup>51</sup> Cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrero), 2010, p. 5.

pubblicistica e non hanno alcuna incidenza sulla vita della società o, al massimo, riguardano il modo attraverso cui si forma la volontà del socio pubblico azionista.

E' vero che, in particolare in quest'ultimo caso, si delinea un procedimento diverso e aggravato rispetto a quello che normalmente accade al socio privato, ma non è rispetto a questo del tutto inconciliabile. D'altronde la formazione della volontà del socio nella gestione della partecipazione azionaria conosce momenti di razionalizzazione e procedimentalizzazione anche nel diritto privato, come accade con il fenomeno delle *holding* o dei patti parasociali. Si tratta di deroghe facilmente conciliabili con il modello societario tradizionale perché attengono alla sfera volitiva interiore del socio partecipante, la quale - quando viene esternata - è pur sempre soggetta alle regole ordinarie della società per azioni e in particolare al filtro dell'assemblea.

Dall'altro lato possono distinguersi quei profili di specialità che incidono direttamente sulla funzionalità delle società pubbliche, condizionandone la capacità d'agire e l'ordinamento delle stesse. In questo caso la deviazione dal modello societario è più evidente, perché gli elementi decisivi che regolano la futura attività dell'ente, le sue modalità di adempiere alla missione attribuita, non passano più attraverso il filtro assembleare, ma hanno direttamente un rango normativo, spesso di natura legislativa. Si pensi alla definizione *ex lege* del capitale sociale, che predefinisce dal punto di vista quantitativo la dimensione della società. Oppure ai vincoli legislativi sulla composizione azionaria. Alla predeterminazione normativa della corporate *governance*. Ma soprattutto si pensi alla predeterminazione *ex lege* dell'oggetto sociale, che pone forti vincoli all'operatività della società ed al suo adattamento. I diversi statuti legali delle società pubbliche offrono diversi esempi di deroghe al diritto comune incidenti sulla struttura della persona giuridica, piuttosto che sull'azione dello stato azionista.

Nello sviluppo delle deroghe al diritto comune in epoche più recenti, può inoltre notarsi un paradosso: i tratti di specialità tendono a "generalizzarsi" per categorie di società pubbliche. Non più o non soltanto nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico specifico della società, quanto piuttosto per coordinare la natura ibrida di tali soggetti con alcuni interessi generali, per così dire "trasversali". Questo permette quindi una classificazione delle più recenti deroghe al diritto comune in ragione della loro funzionalità.

La legislazione speciale degli ultimi anni ha operato lungo tre linee guida principali<sup>52</sup>.

La prima direttrice si è concretizzata nella introduzione di limiti all'operatività, all'attività o all'oggetto delle società a partecipazione pubblica al fine di evitare che il fenomeno possa provocare distorsioni concorrenziali a sfavore delle imprese private operanti sul mercato e senza le "garanzie" correlate alla partecipazione pubblica.

Una seconda direttrice mira a "moralizzare" il fenomeno delle partecipazioni pubbliche attraverso l'introduzione di vincoli volti ad evitare che la partecipazione pubblica possa essere foriera di sprechi ingiustificati (es. limiti ai compensi e al numero dei componenti degli organi societari). Tale direttrice si è sviluppata negli ultimi tempi per effetto della ventata populistica contro le varie forme di spreco nelle pubbliche amministrazioni e nelle cariche di tipo politico<sup>53</sup> e, più di recente, ha raggiunto il suo epilogo con le norme sulla *spending review*.

Si cerca, dunque, di arginare l'utilizzo dello strumento societario, soprattutto, ma non solo, in ambito locale, dove la proliferazione delle società pubbliche assume una dimensione imponente. Si

<sup>52</sup> M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrera), 2010, pp. 7 e ss.

<sup>53</sup> Basti ricordare il volume di G.A. Stella - S. Rizzo, *La casta. Così i politici italiani sono diventati intoccabili*, Milano, 2007. Ma già in precedenza cfr. di S. Salvi - M. Villone, *Il costo della democrazia*, Milano, 2005, nel quale si denuncia, tra l'altro, l'abuso dell'utilizzo delle società miste a capitale pubblico e privato da parte degli enti locali (pag. 104 e ss.).

spiegano in questa logica, per esempio, i limiti alla composizione degli organi sociali delle società locali<sup>54</sup> ed al livello dei compensi<sup>55</sup> (v., *infra* par. 10.1. e 11).

La moralizzazione imposta dall'alto con norme imperative di rango legislativo non sarebbe a stretto rigore una necessità, poiché idealmente i medesimi risultati dovrebbero essere conseguiti dal comportamento virtuoso dell'azionista pubblica.

Tuttavia, i risultati degli ultimi anni hanno mostrato che in assenza di freni legislativi gli azionisti pubblici hanno assunto comportamenti irresponsabili forieri di sprechi e logiche clientelari. Da qui il rigore legislativo di norme vincolistiche che denotano una sfiducia soprattutto nei confronti delle amministrazioni locali e si pongono in controtendenza con il riconoscimento a questi enti di maggiori ambiti di autonomia anche in attuazione dei principi costituzionali (art. 114, comma 2, Cost.).

Nel porre argini dall'alto il legislatore deve però essere cauto e tener conto dei limiti costituzionali sulla potestà legislativa. Non a caso, in questa ottica, alcune disposizioni della legislazione nazionale sono state considerate esorbitanti dalla Corte costituzionale e, dunque, costituzionalmente illegittime (v. *infra* par. 10.1.).

La terza direttrice, volta ad evitare che lo schermo privatistico possa comportare l'elusione di disposizioni proprie dei soggetti pubblici, determina l'estensione di alcuni vincoli tipicamente pubblicistici (es. vincoli pubblicistici all'assunzione di personale). Questi interventi rappresentano una risposta del legislatore al ricorso alle società a partecipazione pubblica anche per lo svolgimento di attività strumentali alla funzione pubblica che potrebbero essere gestite all'interno delle amministrazioni, principalmente allo scopo di sottrarsi allo statuto giuridico pubblicistico (soprattutto in tema di assunzioni del personale e di applicazione di procedura ad evidenza pubblica). Del resto, già all'inizio del secolo scorso, per inquadrare il fenomeno dell'esplosione degli enti pubblici e di altre amministrazioni parallele agli apparati ministeriali tradizionali e sottratte a molti vincoli e rigidità imposti a quest'ultimi, si era parlato di "fuga dallo Stato"<sup>56</sup>.

Mentre, la prima direttrice a tutela della concorrenza comporta limiti a monte alla capacità d'agire delle società a partecipazioni pubbliche, le ultime due direttrici accennate hanno ad oggetto in via prevalente disposizioni speciali che incidono sugli aspetti ordinamentali.

Negli ultimi tempi, però, la direttrice volta alla "moralizzazione" ha avuto l'effetto tipico della prima direttrice, ossia una limitazione alla possibilità di costituire società pubbliche (v. art. 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e, come accennato, l'art. 4 del d.l. n. 95/2012 sulla *spending review*).

Queste disposizioni denotano un atteggiamento del legislatore italiano di sfavore nei confronti dell'impresa pubblica che va ben oltre quanto richiesto dal diritto comunitario, che invece assume un atteggiamento di completa neutralità tra proprietà pubblica e proprietà privata delle imprese. Ciò che conta per il diritto comunitario è soltanto che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati (art. 106 del Trattato TFUE).

<sup>54</sup> Si tratta di una tendenza che ha avuto inizio da qualche anno: v. per esempio, art. 1, comma 729, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007).

<sup>55</sup> Art. 3, comma 44, l. 244/07 (Finanziaria 2008). Il regolamento di attuazione è contenuto nel d.P.R. n. 195/2010 "Regolamento recante determinazione dei limiti massimi del trattamento economico onnicomprensivo a carico della finanza pubblica per i rapporti di lavoro dipendente o autonomo". Quanto all'ambito di applicazione del regolamento si stabilisce che sono enti conferenti: "le amministrazioni dello Stato di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le agenzie, gli enti pubblici economici e non economici, gli enti di ricerca, le università, le società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica e le loro controllate".

<sup>56</sup> Per un'analisi storica dell'espansione delle amministrazioni parallele in periodo giolittiano cfr. G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, pp. 191 e ss.

Per quanto la legislazione degli ultimi anni sulle società a partecipazione pubblica si sia caratterizzata per un incremento costante delle norme speciali, non è mancata - sotto vari aspetti che attengono alla loro sfera ordinamentale - una contropinta che va nel senso del ritorno al diritto comune.

Anche in questa contropinta possono enuclearsi diversi fondamenti giustificativi.

Una prima ragione risiede proprio nel diritto comunitario che non tollera privilegi in capo al socio pubblico a scapito dei principi della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali (art. 49 e 63 del Trattato TFUE), strumentali all'apertura dei mercati alla concorrenza.

Si è visto che alcune disposizioni speciali sulle società pubbliche sono contenute direttamente nel codice civile. Entrambe le richiamate Sezioni XIII e XIV, del Libro V, Titolo V, Capo V, dedicate rispettivamente alle "*società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*" e alle "*società di interesse nazionale*" sono oggi composte da un solo articolo: l'art. 2449 nella Sezione XIII dedicato alla disciplina della nomina degli organi sociali e l'art. 2451 nella Sezione XIV che reca la disciplina delle norme applicabili richiamando peraltro l'impostazione generale che prevede l'assoggettamento al codice civile tranne le disposizioni speciali su determinati aspetti della organizzazione societaria.

Mentre la Sezione XIV è stata da sempre composta dal solo art. 2451, la Sezione XIII è stata oggetto di un recente intervento legislativo fa con la modifica dell'art. 2449 e l'abrogazione dell'art. 2450.

Tali interventi, come si vedrà (v. *infra* par. 10.3.), sono state determinati proprio dall'ordinamento comunitario (Corte giust. Ue, sez. I, 6 dicembre 2007 in cause riunite C - 463/04 e C - 464/04), poiché gli articoli in questione assegnavano al socio pubblico un potere sproporzionato di incidere sulla *governance* della società. Stessa sorte è toccata a quelle norme esterne al codice civile (art. 2, comma 1, del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474 e D.p.c.m. 10 giugno 2004) che assegnavano al socio pubblico analoghi poteri sproporzionati e diritti speciali ingiustificati volti, tra l'altro, a sindacare con effetto di veto l'acquisto di quote societarie di rilievo da parte dei privati (C. giust. Ue, sez. III, 26 marzo 2009 in causa C-326/07).

Il diritto comunitario ha agito, in definitiva, in funzione di "taglia specialità" per abolire quelle poche ma significative norme di privilegio che l'ordinamento italiano prevedeva a favore del socio pubblico.

Una seconda ragione - rispetto alla quale il diritto comunitario è estraneo - consiste, più che in una precisa volontà dell'ordinamento in questa direzione, nella razionalizzazione sistematica del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica con riferimento ad alcune disposizioni normative già esistenti.

Su questi temi si tornerà più approfonditamente nei prossimi paragrafi, ma è opportuno darne un'anticipazione al fine di chiarire il senso di questo moto opposto che ha caratterizzato gli ultimi anni.

In primo luogo, il giudice nazionale ha ritenuto applicabile alle società a partecipazione pubblica il d.lgs n. 231/2001, sulla responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato. Si tratta del corollario derivante dalla circostanza che tali società non sono enti pubblici (che non sono soggetti alle norme su siffatta responsabilità), assumendo la forma imprenditoriale per eccellenza data dalla configurazione societaria.

In secondo luogo, spicca per importanza la questione della responsabilità degli amministratori delle società pubbliche, sulla quale di recente alcune pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione hanno razionalizzato la compresenza dell'azione di responsabilità disciplinata dal codice civile e l'azione erariale che viene tradizionalmente esercitata dalle procure contabili in relazione alla

scorretta gestione degli enti pubblici. Rispetto ad alcuni orientamenti del passato, l'azione erariale è stata ridimensionata, lasciando di regola applicabile la sola azione civile nei confronti degli amministratori, in modo tale da evitare una ingiustificata compresenza sanzionatoria in caso di condotte illecite degli amministratori. Solo in casi peculiari (come nel caso della RAI S.p.A.) l'azione erariale riprende spazio poiché in casi del genere le deroghe al diritto comune sono tali da rendere irrilevante la forma societaria, la quale cela in realtà nella sostanza un ente pubblico a tutti gli effetti.

Pur nella medesima direzione di principio (il ritorno al diritto comune) emergono significative sfumature nell'approccio giurisprudenziale. Nel primo caso, la forma giuridica è stata dirimente per l'applicazione del regime giuridico di diritto comune, a prescindere da ulteriori valutazioni sulle peculiarità organizzative e funzionali delle singole società. Nel secondo caso, l'applicazione del solo regime di diritto privato non dipende solo dalla forma giuridica, ma assume importanza decisiva un *quid pluris* sostanziale: l'assenza di deroghe speciali organizzative e funzionali tali da configurare la società per azioni alla stessa stregua dell'ente pubblico tradizionale.

In conclusione, si può ritenere che l'evoluzione degli ultimi anni è contrassegnata, per un verso, da spinte significative alla specialità concepite più che altro a livello nazionale e frutto di un impegno del legislatore nel perseguire anche in modo più severo rispetto a quanto imposto dal diritto comunitario la tutela della concorrenza o nel far fronte a criticità nazionali di immoralità o di elusione di vincoli imperativi.

Per altro verso, si sono verificate contropinte di ritorno al diritto comune sia pure riconducibili a cause del tutto eterogenee. La prima causa è di derivazione comunitaria ed è consistita nello smantellamento delle norme di privilegio per il socio pubblico in contrasto con i principi di libertà comunitaria strumentali alla realizzazione di mercati concorrenziali. La seconda causa - pur con qualche incoerenza nell'approccio della giurisprudenza al fenomeno - dipende dall'applicazione razionale e sistematica di norme già esistenti. Tra questi spicca il ridimensionamento della responsabilità erariale tipica degli enti pubblici, ma che in passato era estesa anche alle società a partecipazione pubblica con effetti paradossali perché cumulabile con la responsabilità civile degli amministratori. Non si tratta, dunque, di imposizioni cogenti di diritto comunitario, né di nuovi impulsi volitivi del legislatore nazionale, ma della mera presa d'atto che la società a partecipazione pubblica non è un ente pubblico tradizionale, se non in casi estremi in cui le deroghe pubblicistiche sono tali da rendere puramente formale la veste della società per azioni.

Questi moti contrari sono spesso solo formalmente tali, perché in alcuni casi vanno nella stessa direzione sostanziale. Il diritto comunitario, per esempio, ha ridotto la specialità per ridimensionare alcuni privilegi del socio pubblico e garantire la piena libertà di prestazioni di servizi e di stabilimento, strumentali alla realizzazione di mercati concorrenziali. Il legislatore nazionale, dal canto suo, con l'introduzione di alcune norme speciali extracodicistiche ha previsto limiti alla capacità d'agire delle società pubbliche, proprio per evitare che una serie di "garanzie" economiche derivanti dal rapporto con il socio pubblico possano tradursi in un vantaggio indebito delle società pubbliche nel confronto con le imprese private che non godono di legami pubblici o rendite assicurate.

Il perseguimento sostanziale di un determinato fine (in questo caso la tutela della concorrenza) può richiedere lo smantellamento di *norme speciali anticoncorrenziali* e al contempo l'introduzione di norme *speciali pro concorrenziali* che realizzino al meglio il fine prefigurato, soprattutto in un campo come quello della concorrenza dove il diritto comunitario fissa lo *standard* minimo di tutela della concorrenza, lasciando ai singoli Stati membri la discrezionalità di affinarla e

renderla più severa<sup>57</sup>. Ciò è avvenuto nel nostro ordinamento, dove una specialità virtuosa si è spinta oltre il diritto comunitario.

## **7. I limiti alla costituzione e all'attività delle società a partecipazione pubblica.**

### **7.1. I limiti all'attività posti dall'art. 13 del d.l. n. 223/2006 (cd. Decreto Bersani)**

L'art. 13 del d.l. n. 223/2006 (cd. Decreto Bersani)<sup>58</sup> rappresenta una delle più significative manifestazioni restrittive della legislazione degli ultimi anni nei confronti delle società a partecipazione pubblica.

La norma si applica alle società interamente pubbliche o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali<sup>59</sup> non per l'esercizio dell'attività di impresa, bensì per lo svolgimento di attività strumentale all'ente od amministrativa (con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi e centrali di committenza)<sup>60</sup>.

L'art. 13 del d.l. n. 223/2006 introduce una disciplina speciale consistente, in primo luogo, in una serie di limitazioni della loro autonomia negoziale. Viene, in particolare, ristretta l'ordinaria capacità di agire delle società strumentali, limitandone l'attività operativa sotto il profilo dei soggetti destinatari. Le stesse, infatti, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non possono rendere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati (né con gara, né tantomeno in virtù di un affidamento diretto).

In secondo luogo, viene pesantemente ridotta l'autonomia statutaria (imponendo di avere oggetto sociale esclusivo e vietando la partecipazione ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale). Ciò comporta, in conseguenza, l'incapacità delle società strumentali anche di partecipare a gare per l'aggiudicazione di contratti con enti pubblici diversi da quelli "proprietari"<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. in questo senso, sia pure con riferimento alla disciplina pro concorrenziale nei servizi pubblici locali, Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325.

<sup>58</sup> L'art. 13 del d.l. 223/2006 è stata oggetto di ripetute modificazioni apportate da leggi successive: dall'art. 1, comma 720, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 ; dall'articolo 18, comma 4 septies, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185; dall'articolo 48, comma 1, della legge 23 luglio 2009, n. 99, nonché dall'articolo 4, comma 7 del D.L. 3 giugno 2008, n. 97, e dall'articolo 20, comma 1-bis, del decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207. Fra i numerosissimi contributi dedicati alle novità di cui al cd. decreto Bersani, ci si limiterà qui a richiamare: B. Caravita di Toritto, *E' veramente proconcorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani?*, in: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); G. Caia, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali: l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008; A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, 741 ss.

<sup>59</sup> La locuzione è stata intesa (parere Consiglio di Stato n.322/2007, TAR Toscana n.417/2009) in senso ampio, cioè riferita a tutte le amministrazioni che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici locali, essendo l'ambito spaziale locale che rende operativa la norma. Pertanto, nelle preclusioni previste ricadono non soltanto gli enti locali territoriali e le amministrazioni regionali, ma anche le Camere di commercio e le unioni tra di esse, nonché gli altri enti pubblici operanti a livello esclusivamente locale o regionale.

<sup>60</sup> Si tratta di amministrazioni aggiudicatrici che acquistano forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o aggiudicano appalti pubblici o concludono accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici. Le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza sono considerate in linea con la direttiva n.18/2004 a condizione che detta centrale l'abbia rispettata.

<sup>61</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, Sez. I, 3 maggio 2007, n. 3893; Sez. I ter, 20 febbraio 2007, n. 1486; TAR Lombardia, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140 e 19 ottobre 2007, n. 7137.

Nelle numerose pronunce esaminate, la giurisprudenza afferma che la *ratio* della disposizione va ravvisata nell'intento di scongiurare i potenziali effetti distorsivi della concorrenza e la violazione del principio di parità degli operatori connessi all'operare delle società a partecipazione pubblica (anche quelle miste) che possano godere della posizione privilegiata determinata dalla predetta strumentalità<sup>62</sup>, evidenziando il rischio che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscano, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi.

Infatti, il privilegio economico non necessariamente si concretizza, nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza in modo semplicistico introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una partecipazione sicura al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali, in sintesi: un minimo garantito.

Non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. In una tale situazione, ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali.

Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la *par condicio* delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare. Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali<sup>63</sup>.

D'altronde non può neppure escludersi il perseguimento dell'ulteriore fine di porre un freno alla proliferazione delle società pubbliche o miste (ascrivibile ad una peculiare caratteristica tutta interna al nostro ordinamento) il cui fenomeno ha certamente contribuito all'inesorabile lievitazione della spesa pubblica<sup>64</sup>.

Il divieto sancito dalla norma in questione - secondo un orientamento giurisprudenziale - rimarca la differenza tra concorrenza "per" il mercato e concorrenza "nel" mercato disvelando plurime *rationes essendi*: tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza, repressione della greppia partitica e burocratica. Tale norma, attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà, esprimerebbe un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento (valutazione

<sup>62</sup> Consiglio Stato, sez. V, 05 marzo 2010, n. 1282.

<sup>63</sup> T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161.

<sup>64</sup> Consiglio di Stato, Sez.II, 25 settembre 2009 n. 322.

dell'ammissibilità delle offerte, aggiudicazione provvisoria o definitiva, approvazione, stipula del contratto)<sup>65</sup>.

L'esigenza di tutelare la concorrenza, anche prevenendo sussidi incrociati tra settori attività "protetta" e settori in cui la società mista opera come un privato imprenditore, è stata con particolare chiarezza evidenziata dalla Corte costituzionale, investita con ricorso in via d'azione da alcune Regioni, che ha chiarito che le disposizioni in esame definiscono *"il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime"* e sono fondate *"sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di entri pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza"*. Il legislatore in tal modo ha inteso *"...separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione" al fine di prevenire una commistione che sarebbe distorsiva della concorrenza, evidenziando che "l'obiettivo delle disposizioni impugnate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori distorsivi della concorrenza"*<sup>66</sup>.

La *ratio* del divieto introdotto dalla disposizione in questione ha indotto la giurisprudenza ad individuarne l'ambito applicativo - in base al presupposto necessario ed indefettibile della strumentalità dei beni e servizi prodotti finalizzati a soddisfare l'esigenza dell'ente pubblico partecipante mentre le società del secondo tipo sono state ricondotte a moduli paritetici ove il ruolo degli enti territoriali non si differenzia da quello dell'azionista di una società per azioni<sup>67</sup> - ed a richiamare recenti interventi normativi rispondenti alla medesima finalità<sup>68</sup>, sottolineando che questa può essere perseguita mediante il divieto di partecipazione alle gare o di prestare comunque attività a favore di soggetti diversi dagli enti pubblici imposto alle società (anche quelle miste) oppure mediante il divieto degli enti pubblici di costituire tali società, ovvero l'obbligo di questi di dismettere le partecipazioni, che non siano indispensabili per il perseguimento delle proprie missioni istituzionali<sup>69</sup>.

L'interpretazione della normativa in esame è incentrata pertanto sulla *ratio*, che induce a ravvisare proprio nell'elemento oggettivo della strumentalità la giustificazione del divieto in parola, come confermato dalla previsione del secondo comma dell'articolo 13, secondo cui tali società sono ad oggetto sociale esclusivo. Quest'ultimo non deve essere inteso come divieto delle società

<sup>65</sup> Cons. St., Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080.

<sup>66</sup> Corte cost. 13 agosto 2008, n. 326.

<sup>67</sup> T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 06 novembre 2009, n. 10891.

<sup>68</sup> In particolare l'art. 3 comma 27 della legge 24.12.2007, n. 244, legge finanziaria 2008, che stabilisce che *"al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"*.

<sup>69</sup> TAR Catania, n. 1161/2009, richiamando Corte costituzionale, sentenza del 8 maggio 2009 n. 148, nel senso che la disposizione in parola è volta *"ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale ..., al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza"*.

*multiutilities*, ma come rafforzamento delle regola della esclusività<sup>70</sup>, cioè che le attività devono essere rivolte esclusivamente a favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti<sup>71</sup>. Rispetto agli orientamenti comunitari sull'*in house* si sostituirebbe il concetto di prevalenza con quello più restrittivo dell'esclusività.

La circostanza che le attività di dette società devono essere rivolte esclusivamente a favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti (senza per ciò vietare le *multiutilities*) e che le stesse possano operare in ambito nazionale soltanto con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non possono, quindi, svolgere alcuna attività (d'impresa o non) con altri soggetti, né partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale, non significa negare né limitare la libertà d'iniziativa economica degli enti territoriali e locali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, per non beneficiare dei privilegi dei quali possono godere in quanto pubbliche amministrazioni, rimediando così a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza<sup>72</sup>.

Sotto il profilo oggettivo, la lacuna normativa relativa alla mancanza di indicazioni precise circa i caratteri distintivi dell'attività strumentale, che avrebbe potuto connotare la disposizione in argomento di basso contenuto imperativo, è stata colmata dalla giurisprudenza amministrativa che ha affermato che possono definirsi strumentali all'attività degli enti pubblici in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società a diretto ed immediato supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali<sup>73</sup>.

Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività e servizi rivolti essenzialmente alla stazione appaltante e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività, anche se occasionalmente fruiti dall'ente locale<sup>74</sup>.

Particolarmente interessante risulta l'apporto fornito dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'individuazione specifica di alcuni casi di servizio strumentale in sede di emanazione del parere previsto nella versione originaria dell'art. 23-*bis* del d.l. n.112/2008<sup>75</sup>.

Con riferimento alla produzione di beni o servizi strumentali all'attività dell'ente locale o allo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative, è stata, pertanto, creata in ambito nazionale la società partecipata c.d. "monocliente" ad oggetto sociale esclusivo.

<sup>70</sup> Cons. St., Ad. pl., marzo 2008, n. 1; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282.

<sup>71</sup> Pertanto, laddove l'affidamento fosse diretto, il requisito della "prevalenza" andrà sostituito da quello della "esclusività", fermo restando il rispetto degli altri requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario e nazionale.

<sup>72</sup> Cfr. Corte Costituzionale n. 326/2008.

<sup>73</sup> Con valenza meramente esemplificativa, si segnala l'elencazione dei "servizi a favore della Pubblica amministrazione" rilevabile nel Rapporto sullo stato del processo di esternalizzazione delle funzioni e dei servizi nei Comuni, elaborato da Extra-Ancitel: pulizie interne, manutenzione verde pubblico, illuminazione pubblica, manutenzione strade, manutenzione edifici, progettazione lavori pubblici, direzione lavori pubblici, formazione del personale, edilizia residenziale pubblica costruzione e gestione, servizio legale/contenzioso, vigilanza e sicurezza del patrimonio comunale, gestione entrate tributarie, allestimento mostre e impianti di pubblico spettacolo, informatica, riproduzione stampati, gestione sito web, progettazione urbanistica.

<sup>74</sup> Cons. St. n.1600/2008, n.3766/2009, TAR Liguria n. 3989/2009.

<sup>75</sup> In particolare, è stato deliberato il non luogo a provvedere per la presenza di servizi strumentali all'amministrazione non riconducibili alla categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in caso di ristrutturazione di aree sportive, gestione e riscossione tariffe, organizzazione di attività e iniziative volte alla promozione e alla valorizzazione delle risorse culturali ed economiche del territorio di riferimento, gestione del campo da golf di proprietà comunale, gestione, valorizzazione e fruizione dell'area archeologica, gestione dell'ippodromo, gestione dei locali della palestra di proprietà comunale, gestione del verde urbano.

Tale concetto era contenuto anche nel comma 33 dell'art. 4, del d.l. n. 138/2011<sup>76</sup>, estendendolo sostanzialmente anche alle società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di procedure non ad evidenza pubblica. Tali norme non sono più in vigore poiché dapprima l'esito del referendum del 2011 ha portato all'abrogazione dell'art. 23-*bis* e poi, più di recente, la Corte costituzionale con la sentenza n. 199/2012 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011.

La chiusura totale nei confronti del mercato interno (non richiesta in termini così rigidi in sede comunitaria neanche con riferimento alle società *in house*), se da un lato esclude che operativamente entrino in gioco interessi concorrenziali, dall'altro crea non poche difficoltà ad individuare la soglia della compatibilità tra questo modello "societario" e la società di capitali di diritto comune.

Appare, infatti, difficile conciliare quest'ultima, tipicamente creata per l'esercizio di un'attività economica allo scopo di conseguire una remunerazione del capitale investito per cui, quindi, l'apertura al mercato è condizione ontologica, con un organismo societario strutturalmente chiuso agli utili e al mercato<sup>77</sup>.

Come si vedrà, i limiti all'attività relativi alle società strumentali valevano anche (e anzi forse erano ancor più restrittivi) con riferimento alle società operanti nei servizi pubblici locali. Tuttavia la pronuncia della Corte già richiamata ha spazzato via i criteri restrittivi in questa materia. E' possibile che il legislatore intervenga nuovamente per ripristinare vincoli analoghi, ma v'è qualche dubbio che ciò possa avvenire legittimamente visto che l'abrogazione delle relative norme è avvenuta per volontà popolare - espressa tramite referendum - che non è superabile, se non eccezionalmente, dal legislatore.

Un secondo tema problematico - oltre a quello della strumentalità - ha riguardato l'estensione del divieto alle cd. società di seconda (o ulteriore) generazione, ossia alle società partecipate direttamente o indirettamente da società rientranti nel campo di applicazione dell'art. 13.

Dottrina e giurisprudenza sono al loro interno divise tra sostenitori dell'interpretazione restrittiva e sostenitori dell'applicabilità estensiva analogica.

I primi fanno riferimento al tenore testuale della disposizione che - a differenza di altre fattispecie legislative - non prende espressamente in considerazione le società di seconda generazione. A ciò si aggiunga che il procedimento analogico sarebbe precluso nel caso di specie dalla circostanza che, per un verso, non vi sarebbe una lacuna lasciata inconsapevolmente dal legislatore e, per altro verso, il divieto in questione avrebbe carattere eccezionale, rappresentando un limite alla libertà di esercizio dell'attività economica tutelata dagli artt. 3 e 41 Cost.<sup>78</sup>.

I secondi non vedono preclusioni all'estensione analogica, richiamando la *ratio* della disposizione e, dunque, prediligendo una lettura sostanziale del divieto. Secondo questa prospettiva, ammettere che i vincoli posti dalla norma speciale riguardino esclusivamente le partecipazioni dirette degli enti pubblici alle società di cui trattasi, varrebbe a sostenere che i vincoli stessi possano agevolmente essere aggirati mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate. Al contrario, anche nelle società cd. di terzo grado rimane pur sempre il rilievo che l'assunzione del rischio

<sup>76</sup> E prima dal comma 9 dell'art.23-*bis* del d.l. n. 112/2008, abrogato in seguito all'esito del referendum del giugno 2011.

<sup>77</sup> Sullo studio della compatibilità privatistica dei connotati della società mista v. di recente F. Guerrera, *Le società a partecipazione pubblica*, 2010, Quaderni Cesifin.

<sup>78</sup> Sul punto cfr. P. Pizza, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 d.l. n. 223/2006*, in *Le società "pubbliche"* (a cura di C. Ibbà, M. C. Malaguti, A. Mazzoni), p. 137.

avviene con una quota di capitale pubblico, con ciò ponendo in essere meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della par condicio dei concorrenti<sup>79</sup>.

Pur con le incertezze interpretative rilevate, i divieti posti dall'art. 13 del d.l. n. 223/2006 sono stati ritenuti costituzionalmente legittimi dalla Corte costituzionale, che sulla questione si è espressa con la sentenza n. 326/2008.

La Corte ha esaminato la disciplina valutandone sia l'oggetto, sia la sua finalità.

Dal primo punto di vista, la disciplina in questione non rientra nella materia dell'organizzazione amministrativa perché non è rivolta a regolare una forma di svolgimento dell'attività amministrativa. Essa rientra, invece, nella materia – definita prevalentemente in base all'oggetto – “ordinamento civile”, perché mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private.

Dal secondo punto di vista, le disposizioni impugnate hanno il dichiarato scopo di tutelare la concorrenza.

A tal riguardo, la Corte costituzionale aveva già in passato così delimitato la “tutela della concorrenza”: la titolarità della relativa potestà legislativa consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi; queste misure possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati; l'intervento statale può consistere nell'emanazione di una disciplina analitica, la quale può influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni; spetta alla Corte effettuare un rigoroso scrutinio delle relative norme statali, volto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente con i principi della concorrenza, e se esso sia proporzionato rispetto a questo fine<sup>80</sup>.

Ciò posto, viene premesso che l'obiettivo delle disposizioni impugnate di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali e, dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia – definita prevalentemente in base al fine<sup>81</sup> – della “tutela della concorrenza”.

La Corte in definitiva afferma che le disposizioni impugnate sono riconducibili alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, in quanto volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, e alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto volte a eliminare distorsioni della concorrenza stessa.

<sup>79</sup> Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>80</sup> Corte cost., sentenze nn. 63 e 51 del 2008 e nn. 421, 401, 303 e 38 del 2007.

<sup>81</sup> Sull'individuazione delle materie e sul riparto di competenza cfr. A. Venturi, *La “tutela della concorrenza”: da “valore-materia” a “materia-valore”*. La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal codice De Lise, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). Sull'incertezza che domina il riparto di competenze legislative delineato dall'art.117 della Costituzione v. di recente e in chiave evolutiva F. Benelli, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Ist. del Federalismo*, 2008, 11 ss. La difficoltà di individuare i criteri di riparto delle funzioni a partire dal semplice dato testuale è rilevata da F. Pizzetti, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico “esplosivo”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2001, 1191 ss. ove acutamente sottolinea come “siamo di fronte a una riforma che per essere pienamente attuata, richiede non solo uno sforzo certamente inusuale di interpretazione e di sistematizzazione, ma anche uno sforzo non meno rilevante di completamento e di implementazione”.

## **7.2. I divieti legali alla costituzione di società a partecipazione pubblica posti dall'art. 3, commi da 27 a 29, della l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008)**

La preoccupazione che la veste societaria possa essere utilizzata per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e del mercato, nonché quella di evitare l'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni dello strumento imprenditoriale in settori estranei alle proprie missioni istituzionali, ha determinato il legislatore ad emanare disposizioni assai incisive e di portata generale, in quanto vincolanti tutte le pubbliche amministrazioni ed aventi ad oggetto la previsione di limiti comuni alla costituzione di società ed all'assunzione di partecipazioni<sup>82</sup>.

Pur agendo, in questo caso, sulla capacità di agire delle pubbliche amministrazioni e non delle società partecipate, è indubbio che le norme in argomento producano effetti limitativi all'operatività delle società a partecipazione pubblica.

In particolare, con il comma 27 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008, il legislatore ha circoscritto l'oggetto di tutte le società a partecipazione pubblica direttamente partecipate alla missione dell'ente, prevedendo la legittimità soltanto di quelle che producono beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali, facendo sempre salva la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici ex art. 3, comma 25, d.lgs. 166/2003, con il vincolo dei livelli di competenza<sup>83</sup>.

Il comma 28 ha inoltre rimesso alla delibera dell'organo competente l'autorizzazione all'assunzione e mantenimento delle partecipazioni, da motivarsi in ordine alla sussistenza dei requisiti di legge e da inviare alla sezione competente della Corte di conti.

Coerentemente all'indirizzo degli ultimi anni in materia di società pubbliche, le disposizioni speciali in questione non riguardano le società quotate (art. 3, comma 32-ter come aggiunto dalla

---

<sup>82</sup> L'art. 3, commi da 27 a 29, della legge n. 244/2007 (finanziaria 2008) dispone che, "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte" di dette amministrazioni nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza (comma 27); inoltre, stabilisce le modalità per l'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento di quelle già possedute, nel caso di sussistenza dei presupposti del comma 27 (comma 28), nonché della dismissione delle partecipazioni detenute in violazione del comma 27 (comma 29). I successivi commi da 30 a 32 del citato art. 3 hanno recato le direttive in tema di trasferimento delle risorse umane e finanziarie e di determinazione delle dotazioni organiche, nel caso di costituzione di società o enti, ovvero di assunzione di partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, effettuate nel rispetto del comma 27 (commi 30 e 31) e disposto che i collegi dei revisori e gli organi di controllo interno delle amministrazioni e dei soggetti interessati dai processi di cui ai commi 30 e 31 debbano asseverare il trasferimento delle risorse umane e finanziarie, trasmettendo una relazione alla Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica – e al Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato – e segnalando eventuali inadempimenti anche alle sezioni competenti della Corte dei conti (comma 32).

<sup>83</sup> Per le amministrazioni dello Stato restano ferme le competenze del Ministero dell'economia e delle finanze già previste dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge. In caso di costituzione di società che producono servizi di interesse generale e di assunzione di partecipazioni in tali società, le relative partecipazioni sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze, che esercita i diritti dell'azionista di concerto con i Ministeri competenti per materia (art. 3, comma 27-bis, l. 244/2007).

lett. f) del comma 1 dell'art. 71, l. n. 69/2009), rispetto alle quali si tende a salvaguardare il più possibile il loro esclusivo carattere privatistico.

Con la sentenza n. 148/2009 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della norma rigettando il ricorso della Regione Veneto, secondo cui norme di tal fatta avrebbero ad oggetto la materia "*organizzazione amministrativa della Regione*", riconducibile alla competenza legislativa di tipo residuale delle Regioni e, comunque, si porrebbero in contrasto con il principio di leale collaborazione, poiché non sono stati previsti adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a salvaguardia delle loro competenze.

La Corte costituzionale identifica innanzitutto la materia nella quale si collocano le norme impugnate, con riguardo all'oggetto ed alla disciplina dalle stesse stabilita, per ciò che dispongono, alla luce della loro *ratio*, così da identificare correttamente e compiutamente l'interesse tutelato<sup>84</sup>.

In proposito, è stato osservato che la Relazione al disegno di legge poi divenuto legge finanziaria 2008, dopo avere indicato che "*la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica è e rimane uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività*", espone che "*scopo della norma è quello di evitare forme di abuso (la cui esistenza è verosimile, tenuto conto che sono circa tremila, ad esempio, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica)*" e di "*tutelare la concorrenza e il mercato*".

Secondo la Corte, in coerenza con questo obiettivo, le norme censurate, come già accaduto in passato con le disposizioni del decreto Bersani (v. *supra* par. 7.1.) di contenuto omologo, definiscono il proprio ambito di applicazione esclusivamente in relazione all'oggetto sociale delle società e mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione.

Questa essendo la finalità delle norme, la disciplina in esame va ricondotta alla materia "*tutela della concorrenza*", attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e), Cost.), anziché, come sostenuto dalla ricorrente, alla materia dell'organizzazione e del funzionamento della Regione, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost.<sup>85</sup>

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, la prima di dette materie comprenderebbe, infatti, "*le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione*" e quelle "*di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche*"<sup>86</sup>.

Questo sarebbe lo scopo delle norme censurate, le quali, in considerazione del loro contenuto, sono appunto dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente identificati dal citato art. 3, comma 27); al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono

<sup>84</sup> V. anche Corte cost., sentenze n. 368, n. 326 e n. 320 del 2008.

<sup>85</sup> Cfr. anche Corte cost. n. 159 del 2008.

<sup>86</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 63 del 2008 e n. 430 del 2007.

preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza.

Inoltre, esse mirerebbero a realizzare detta finalità con modalità non irragionevoli, siccome il divieto stabilito dalle disposizioni censurate e l'obbligo di dismettere le partecipazioni possedute in violazione del medesimo non hanno carattere di generalità, ma riguardano esclusivamente i casi nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento delle finalità istituzionali.

Ricondotte le norme in esame all'ambito della tutela della concorrenza, la Corte ritiene che il legislatore statale ha titolo a porre in essere una disciplina dettagliata<sup>87</sup>; inoltre, in virtù del criterio della prevalenza, è anche palese l'appartenenza a detta materia del nucleo essenziale della disciplina dalle stesse stabilita<sup>88</sup>, con conseguente infondatezza della denuncia di violazione del principio di leale collaborazione.

Passando all'analisi del contenuto prescrittivo della norma, si potrebbe ritenere che essa sia aperta a più interpretazioni, da quelle più rigorose, che impongono l'osservanza del divieto a prescindere da ogni altra considerazione, a quelle più permissive, che consentirebbero di calibrare l'applicazione concreta alla sua dichiarata *ratio* ispiratrice: così, ad esempio, trattandosi di divieti espressamente finalizzati alla tutela della concorrenza e del mercato, ciò potrebbe legittimare interpretazioni volte a "salvare" la partecipazione pubblica ogni qual volta, in concreto, essa non risulti in contrasto con la disciplina della concorrenza.

D'altro canto, la richiamata Relazione governativa al disegno di legge (poi tradottosi, appunto, nella l. finanziaria 2008) esprime parole di apprezzamento per la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica, reputata "*uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività*".

In realtà il tenore letterale dell'enunciato normativo sembra assai drastico e non è tale da lasciare spazi valutativi nell'applicazione della norma<sup>89</sup>.

Analoga severità è rinvenibile nel contenuto precettivo della norma, laddove richiede non la semplice strumentalità rispetto alle finalità istituzionali dell'ente locale ma una vera e propria necessità. La stretta necessità – si è giustamente osservato – evoca l'idea di una funzionalità o strumentalità particolarmente qualificata: in pratica, l'idea di una *condicio sine qua non*, cioè di una impossibilità per l'ente pubblico di raggiungere l'obiettivo (finalità istituzionale perseguita) senza l'ausilio di quella partecipazione in quella particolare società. In questa logica, dunque, affinché la partecipazione sia consentita, svolgere quell'attività (e svolgerla tramite quella società) dovrebbe essere assolutamente indispensabile per l'ente locale; il che non dovrebbe accadere troppo di frequente.

Per quanto riguarda le società partecipate da enti locali, un problema di carattere sistematico e operativo attiene alla compatibilità del citato comma 27 con l'art. 13 del d.l. 223/2006 Decreto Bersani.

La Corte dei conti non ha riscontrato difficoltà applicative, tenuto conto che il citato art. 13 riduce *ex lege* la capacità di agire delle (sole) società strumentali partecipate dalle (sole) amministrazioni regionali e locali vincolandone indefettibilmente la libera attività commerciale e assume, quindi, effetti diretti sulle dinamiche societarie e sul loro ambito operativo.

<sup>87</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 411 e n. 320 del 2008.

<sup>88</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 411, n. 371 e n. 326 del 2008.

<sup>89</sup> Tra i commenti più autorevoli cfr. C. Ibbà, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 1/2011.

Il sopravvenuto comma 27 adotta un approccio diverso e va oltre, ponendo limiti alla capacità di agire di tutte le pubbliche amministrazioni, le quali possono costituire società o assumere partecipazioni nelle sole società aventi lo specifico oggetto compiutamente individuato dalla norma.

Pertanto, pur inserendosi nel medesimo percorso finalizzato a restringere il ricorso allo strumento societario entro limiti ed a condizioni chiaramente definite, le norme in esame prendono evidentemente a riferimento ambiti soggettivamente ed oggettivamente distinti<sup>90</sup>: una collocazione sistematica delle due norme vedrebbe l'art. 13 del d.l. n. 223/2006 in relazione di *species a genus* rispetto all'art. 3, comma 27 della legge finanziaria 2008.

Sotto il profilo oggettivo, è emerso un secondo ordine di problemi relativo all'opportunità di individuare categorie logiche cui riferire i concetti di beni e servizi strettamente necessari alle finalità dell'ente ed i servizi di interesse generale.

La Corte dei conti, con riferimento agli enti locali, richiamando il principio di sussidiarietà, ha affermato che il Consiglio comunale, cui compete l'adozione della delibera di autorizzazione di cui al comma 28<sup>91</sup>, nell'inquadrare in concreto all'interno di una delle tipologie societarie ammesse le fattispecie esaminate, esercita quel ruolo, tipicamente attribuito al Comune, di primario interprete dei bisogni della collettività locale ed il correlato compito di valutarne le necessità e di soddisfarle, nell'ambito delle compatibilità gestionali e finanziarie<sup>92</sup>. Rientrerebbe, quindi, nell'esclusiva competenza di detto organo verificare, caso per caso, quali finalità il Comune intenda perseguire con quello specifico strumento societario e se queste sono da considerarsi fra i compiti riservati ad esso dall'ordinamento, nonché accertare se l'oggetto societario in questione possa considerarsi prodromico in senso stretto alle finalità istituzionali, anche alla luce del proprio statuto<sup>93</sup>, dello statuto societario<sup>94</sup> e delle linee programmatiche di mandato. Altre utili indicazioni possono derivare dal bilancio dell'ente, e precisamente dalle funzioni, che individuano in modo articolato le spese in relazione alla tipologia delle attività espletate, e dai servizi, che individuano le attività che fanno capo alle varie compagini organizzative dell'ente<sup>95</sup>.

In ogni caso, la Corte dei conti ritiene legittima la costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni societarie in mancanza delle quali il fine istituzionale dell'ente locale non sarebbe in altro modo perseguibile. Nella casistica esaminata, la legittimità della costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni societarie è affermata quando si tratta di scelta residuale (sia pure da suffragare con idonea motivazione in ordine alla mancanza di alternative<sup>96</sup>), che non comporti momenti elusivi delle norme dettate in materia di finanza pubblica e di attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni<sup>97</sup>.

Qualora l'attività societaria non risulti prodromica alla realizzazione dell'attività dell'ente, viene comunque ammesso l'utilizzo dello strumento societario qualora questo produca servizi di interesse generale.

Per la definizione di servizio di interesse generale, occorre rilevare la mancanza di una definizione a livello normativo nazionale. Essa è riscontrabile, in ambito comunitario, nel Libro

<sup>90</sup> Cfr. Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Veneto n.106/2009.

<sup>91</sup> Per le amministrazioni dello Stato, l'autorizzazione di cui al comma 28 è data con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (art. 3, comma 28-bis, l. 244/2007)

<sup>92</sup> Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Veneto n.16/2010.

<sup>93</sup> Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Piemonte n.33/2008.

<sup>94</sup> Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Puglia n.100/2009.

<sup>95</sup> Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Veneto n.5/2009.

<sup>96</sup> Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Molise n.32/2009.

<sup>97</sup> Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Lombardia n.187/2009.

bianco sui servizi di interesse generale adottato dalla Commissione europea nel 2003 (Com/2003/0270 def.) e ripreso nel 2004 (Com/2004/0374 def). In detta sede è affermato che l'espressione "*servizi di interesse generale*" è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione "*servizi di interesse economico generale*" di cui costituisce un ampliamento, riguardando sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico<sup>98</sup>.

Si tratta, pertanto, di servizi commerciali, servizi non commerciali e funzioni, e quindi sia di attività che, in virtù di un criterio di interesse economico generale, vengono offerte dalle grandi industrie di rete, quali energia, servizi postali, trasporti, telecomunicazioni e sono, comunque, soggette ad obblighi di servizio pubblico (Libro bianco citato, artt. 14 e 106 TFU); e sia di attività di interesse generale non economico aventi ad oggetto servizi sociali (es. sistemi scolastici, protezione sociale, ecc.) e funzioni (giustizia, sicurezza, ecc.), rilevanti all'interno dei vari livelli di competenza<sup>99</sup>.

Sotto il profilo del contenimento dei costi derivanti dalla scelta di costituire società o enti o assumere partecipazioni in società o altri organismi, va rilevato l'obbligo delle amministrazioni, previsto dal comma 30 dell'art. 3 citato, di adottare, una volta scelto di costituire società o assumere partecipazioni, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie in misura adeguata alle funzioni esercitate attraverso gli organismi costituiti o partecipati, e di provvedere contestualmente alla corrispondente riduzione della dotazione organica, con attivazione della procedura per la dichiarazione dell'eccedenza di personale (nonché alla riduzione degli stanziamenti in bilancio e del fondo per la contrattazione integrativa). Il pregio della disposizione, che applicandosi a tutti gli organismi partecipati assume una valenza determinante nei confronti del complessivo processo di esternalizzazione<sup>100</sup> risiede senz'altro nel rendere trasparente e certa la consistenza di detti trasferimenti.

Il collegamento tra ente costituente ed organismo partecipato va a riflettersi in via immediata sull'organizzazione, sul patrimonio e sulle risorse finanziarie dell'ente e deve trovare adeguata rappresentazione nei documenti di bilancio, per impedire, così, manovre elusive delle norme di finanza pubblica eventualmente sottostanti la scelta di utilizzare lo strumento societario<sup>101</sup>.

Ma, per altro verso, il citato comma 30 coinvolge gli organi di controllo interno anche nell'analisi economico-finanziaria del *business plan* e, più in generale, del piano industriale dell'organismo costituito o partecipato, operazione necessaria da cui trarre gli elementi sufficienti a quantificarne il fabbisogno "in misura adeguata". E ciò dovrebbe da un lato contribuire a dare la piena consapevolezza all'amministrazione degli oneri correlati all'esternalizzazione del servizio (la cui errata quantificazione gravemente colposa, con conseguente sottocapitalizzazione della società,

---

<sup>98</sup> È sempre il Libro bianco che ne fornisce la nozione stabilendo che l'espressione "obblighi di servizio pubblico" si riferisce a requisiti specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico, ad esempio in materia di trasporti aerei, ferroviari e stradali e di energia. Tali obblighi possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale o regionale.

<sup>99</sup> Specifica la Commissione che i servizi di interesse generale e di interesse economico generale non vanno confusi con il termine servizio pubblico, che ha contorni meno netti e può avere significati diversi, ingenerando quindi confusione. In alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio.

<sup>100</sup> Anche la determinazione di costituire un'azienda speciale deve trovare riscontro in un piano economico finanziario definito dall'ente costituente ai sensi dell'art.3, comma 30 legge finanziaria 2008, da cui devono emergere le risorse umane, strumentali e finanziarie alla gestione dei servizi in termini di efficacia, efficienza ed economicità (Delibera Sez. Lombardia n.640/2009).

<sup>101</sup> Delibera Sez. reg. Lombardia n.187/2009.

potrebbe essere valutata quale autonoma fonte di responsabilità per l'amministrazione<sup>102</sup>), e dall'altro indurre le necessarie valutazioni circa l'efficacia e l'efficienza della scelta gestoria (qualità e dimensioni del servizio, costi diretti e indiretti, modalità di controllo, grado di soddisfazione dell'utenza, tecniche di *accountability*) anche in relazione alle caratteristiche della struttura aziendale del soggetto affidatario<sup>103</sup>, a garanzia del buon andamento dell'ente.

### **7.3. Taglio delle partecipazioni societarie nei Comuni piccoli e medio-piccoli (art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010)**

Si è visto che una prima direttrice legislativa degli ultimi anni - improntata principalmente alla tutela della concorrenza - ha determinato significativi limiti alla costituzione e all'attività delle società a partecipazione pubblica.

In questa direttrice vengono ricompresi l'art. 13 del d.l. n. 223/2006 (cd. Decreto Bersani) e l'art. 3, commi da 27 e ss., della finanziaria 2008.

La seconda direttrice tesa invece alla "moralizzazione" del fenomeno - insieme alla terza dettata da esigenze "antielusive" delle norme dell'ordinamento pubblicistico - ha prodotto effetti, non tanto sulla capacità d'agire delle società pubbliche come la prima, quanto sull'ordinamento delle stesse irrigidendo la loro organizzazione e la loro attività.

Negli ultimi tempi, però anche la seconda direttrice ha prodotto norme con gli effetti tipici della prima, ossia limiti alla costituzione delle società pubbliche. Ne è esempio l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010 e, come si vedrà più approfonditamente nel par. 11, anche alcune disposizioni contenute nell'art. 4 del d.l. n. 95/2012 sulla *spending review*.

Nel ribadire la vigenza dei vincoli previsti dal sopra citato art. 3, commi 27 e ss., della legge finanziaria 2008, con l'art. 14, comma 32, d.l. n. 78/2010<sup>104</sup> il legislatore ha, infatti, vietato espressamente la costituzione di società ai Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti, con l'obbligo di mettere in liquidazione o cedere le partecipazioni esistenti entro il 31 dicembre 2012.

Al divieto sono previste due eccezioni.

La prima eccezione è stata stabilita scriminando le gestioni virtuose. Sono escluse dall'obbligo di liquidazione o di dismissione della partecipazione le società che: a) abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi,

---

<sup>102</sup> In proposito ha affermato la Corte dei conti: "In primo luogo la delibera del Consiglio comunale dell'ente (unico organo a ciò competente) deve dare dimostrazione della convenienza, sotto il profilo economico giuridico anche della esternalizzazione in forma societaria, del servizio nonché della sufficienza delle risorse trasferite. In quest'ottica è opportuno richiamare l'art. 3, comma 30, della legge finanziaria 2008. La norma è particolarmente impegnativa: l'accertata insufficienza delle risorse trasferite in relazione alla funzione da esercitare specialmente se in limiti temporali brevi potrebbe dar luogo anche a responsabilità degli amministratori sotto il profilo del danno derivante all'ente per l'impiego delle risorse necessarie a ripianare i disavanzi dell'organismo partecipato, ove il fatto sia stato causato da una analisi gravemente carente delle necessità dell'organismo ed ancor più ove sia stato finalizzato a mantenere risorse finanziarie e/o personale presso l'ente. Si tratta, in ogni caso, di regole intese ad assicurare l'efficacia del servizio reso e l'economicità complessiva della struttura organizzativa dell'ente" (Delibera Sez. reg. Lombardia n.85/2008).

<sup>103</sup> In tutti i sistemi di amministrazione e controllo, l'adeguatezza degli assetti strutturali (organizzativi, amministrativi e di controllo) costituisce il principale criterio di valutazione. L'insindacabilità del merito delle scelte gestorie ("*business judgement rule*") da parte del giudice investito dell'esame di un'azione sociale di responsabilità inizia quando sia acclarabile la predisposizione di assetti strutturali adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

<sup>104</sup> La disposizione è stata così modificata dall'art. 20, comma 13, legge n. 111/2011, e poi dall'art. 16, comma 13, d.l. n. 138/2011.

riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

Si tratta di una deroga che - sulla base di una valutazione sostanziale dei dati economici della gestione - è compatibile con la *ratio* delle norme volta a colpire solo le gestioni inefficienti e foriere di sprechi.

La seconda eccezione è stata posta prendendo in considerazione un parametro dimensionale e scriminando ipotesi particolari in cui la partecipazione del singolo piccolo Comune si pone in un contesto di riorganizzazione sovracomunale. Il divieto di costituire società non si applica, infatti, ai Comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti, se la società - con partecipazione paritaria ovvero proporzionale al numero degli abitanti - sia costituita da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti.

Un secondo divieto - leggermente meno stringente - è posto a carico dei Comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti. Questi ultimi possono detenere partecipazioni in una sola società e alla stessa data del 31 dicembre 2012 devono mettere in liquidazione le altre società già costituite. In questo caso non sono previste deroghe, né dirette a premiare gestioni efficienti, né riorganizzazioni sovracomunali.

La norma ha posto una serie di difficoltà interpretative, sia intrinseche alla stessa sia estrinseche in raffronto alle norme ad effetto analogo già esaminate nei precedenti paragrafi e rispondenti alla finalità pro concorrenziale.

Una prima perplessità riguarda l'ambito di applicazione soggettivo. Il legislatore ha introdotto limitazioni assai più severe rispetto al passato pur se - per ragioni che non sono di immediata comprensione - destinate solamente ai Comuni, ed anzi a certi Comuni, individuati sulla base di parametri puramente quantitativi; limitazioni delle quali peraltro non appare certa la legittimità costituzionale sotto il profilo della irragionevolezza e della disparità di trattamento<sup>105</sup>.

Un secondo profilo di criticità riguarda, come anticipato, il coordinamento con altre norme e, in particolare, con l'art. 3, commi 27 e ss., della legge finanziaria 2008 anch'essa - sia pure per una finalità diversa - volta a limitare l'uso dello strumento societario.

Il legislatore è consapevole del problema di coordinamento, tant'è che la norma si apre con un inciso di raccordo ("*Fermo restando quanto previsto...*"). Tuttavia il raccordo lessicale non è tale da dare certezze interpretative.

L'incertezza nasce dal fatto che l'articolo 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, nel far divieto ai Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti di costituire nuove società, mantiene fermi gli effetti dell'articolo 3, commi 27 e ss. della l. finanziaria 2008, a norma del quale, se da un lato è vietata la costituzione di società che non siano strettamente strumentali alle relative finalità istituzionali, d'altro lato resta pur sempre ammessa la costituzione di società partecipate che forniscono servizi di interesse generale.

In un primo momento, l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010 è stato interpretato in modo meno stringente<sup>106</sup>, considerando il richiamo all'art. 3, commi 27 e ss. della legge finanziaria 2008 come una interiorizzazione delle sue eccezioni. In questa prospettiva appariva certo che i divieti di

<sup>105</sup> C. Ibba, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), gennaio 2011.

<sup>106</sup> Per una ricostruzione dei profili problematici all'indomani dell'entrata in vigore della disposizione Cfr. E. Barneschi, *Commento all'art. 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n.78*, in *Guida ai servizi pubblici locali*, Italia Oggi, 2010, 66.

cui all'art. 14, comma 32 non si applicassero - come l'art. 3, commi 27 e ss. - ai servizi di interesse generale<sup>107</sup>.

Qualche dubbio esisteva con riferimento, invece, alle attività "strumentali". Le prime applicazioni<sup>108</sup> della norma - anche da parte della giurisprudenza<sup>109</sup> - avevano ritenuto tali attività anch'esse esenti dal divieto poiché rientranti tra le attività istituzionali necessarie degli enti, anch'esse scriminate a norma dell'art. 3, commi 27 e ss.

Negli ultimi tempi l'argomento è stato affrontato con esiti assai più rigorosi da varie sezioni regionali della Corte dei Conti, nell'esercizio delle funzioni di consulenza a favore delle Amministrazioni locali. In particolare, l'art. 14, comma 32, è stato ritenuto applicabile anche ai servizi pubblici locali<sup>110</sup>. Tale indirizzo è stato alla fine recepito anche dalla stessa Sez. Puglia, che con delibera n. 12/2011/PAR ha anch'essa ritenuto che *"i comuni inferiori a 30.000 abitanti non possano, in assoluto, costituire società, né detenere più alcuna partecipazione azionaria"*. Questo esito applicativo è stato ripreso dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la quale ha affermato che per effetto dell'articolo 14 comma 32 sopra citato è da escludersi la possibilità che un Comune con meno di 30.000 abitanti possa costituire una società mista ai sensi dall'articolo 52 comma 5 lettera b) n. 4 del d.lgs. n. 446/1997 per la gestione del servizio di accertamento e riscossione dei tributi<sup>111</sup>.

Quanto agli aspetti più intrinseci della disposizione, il comma 32 fa riferimento a peculiari strutturazioni societarie, prevedendo che il divieto non si applichi alle società con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti. Ebbene, la locuzione "ovvero" potrebbe essere letteralmente interpretata sia nel senso di una congiunzione fra due ipotesi alternative e diverse, sia come congiunzione che introduce una esplicazione del concetto che precede la congiunzione stessa<sup>112</sup>. In questo senso, la Corte dei Conti<sup>113</sup> ha sostenuto che la partecipazione paritaria non possa comunque prescindere dalla proporzionalità al numero di abitanti. Gli effetti di una tale interpretazione potrebbero essere però irragionevoli, visto che la razionalizzazione delle partecipazioni societarie avverrebbe sulla base di criteri dimensionali-demografici meno pertinenti rispetto ad altri più significativi (come per esempio all'entità dei servizi da rendere sul territorio).

In termini più generali, è opinione comune in dottrina che i rimedi previsti per la realizzazione del divieto di mantenimento delle partecipazioni non più legittime (liquidazione o dismissione) possano costituire fonte di effetti devastanti per i Comuni sotto il profilo economico. E ciò sia per l'evidente scarsa appetibilità di partecipazioni di Comuni di modeste dimensioni, che comporteranno o una svendita di tali *asset* patrimoniali pubblici o finanche l'impossibilità materiale di vendita per assenza di compratori, sia per i noti problemi connessi allo scioglimento delle società. In tale direzione, infatti, potrebbero individuarsi tre ordini di difficoltà: la sorte del personale, che dovrebbe essere riassorbito nell'organico dell'ente locale, il carico fiscale connesso a tali operazioni, il pagamento dei debiti residui che, anziché poter essere estinti nel tempo e con la normale gestione societaria, devono essere accollati interamente all'ente locale.

<sup>107</sup> Cfr. Corte dei conti, Puglia, delibere n. 76/2010/PAR e n. 129/2010/PAR.

<sup>108</sup> Cfr. *Nota di lettura sulle norme di natura finanziaria di interesse dei Comuni*, in [www.piccolicomuni.anci.it](http://www.piccolicomuni.anci.it).

<sup>109</sup> Cfr. TAR Puglia - Sez. I, n. 1898 del 2010.

<sup>110</sup> Cfr. la delibera n. 92/2010/PAR della Sez. Controllo Piemonte e la delibera n. 861/2010/PAR della Sez. Controllo Lombardia.

<sup>111</sup> Cfr. AVCP, delibera n. 83 del 6 ottobre 2011.

<sup>112</sup> Cfr. E. Barneschi, *Commento all'art. 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n.78*, cit.

<sup>113</sup> Cfr. Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, Delib. n. 14/2010.

In particolare, si può sottolineare che la previsione di un termine così ravvicinato, per quanto non perentorio<sup>114</sup>, potrebbe indebolire la posizione dell'ente rispetto ai terzi interessati, che potrebbe essere chiamato a deliberare la dismissione di una quantità anche rilevante di partecipazioni, determinando un presumibile depauperamento economico del valore dell'impresa (e delle casse dell'ente), trattandosi proprio di *assets* generalmente privi di particolare *appeal* nei confronti del mercato. Inoltre, si profila una significativa ricaduta in termini sociali, ad esempio, con riferimento al personale, che non potrà essere sempre assorbito dall'ente locale a seguito di liquidazioni societarie, o che verrà ceduto insieme al ramo d'azienda.

## 8. I limiti alla società *in house*

L'espressione *in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione. L'autoproduzione consiste nell'acquistare un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato<sup>115</sup>.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti<sup>116</sup>.

In altri termini, il giudice comunitario ha statuito che in presenza dei requisiti del c.d. controllo analogo e della realizzazione della parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente pubblico controllante, un soggetto di diritto privato, seppure giuridicamente distinto dalla Pubblica Amministrazione, non può essere considerato un organismo terzo rispetto a questa. Manca, dunque, quell'incontro di volontà tra due soggetti in grado di instaurare tra loro un vero e proprio vincolo contrattuale e, di conseguenza, l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindere dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici.

Talune pronunce del giudice amministrativo hanno precisato quali possono essere gli accorgimenti statuari o i possibili vincoli negoziali necessari per poter configurare un rapporto "*in house*", sviluppando in particolare il profilo relativo al "controllo analogo".

Il Consiglio di Stato<sup>117</sup> ha innanzitutto ribadito, in via generale, i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale:

- il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non deve aver "*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*" da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento

<sup>114</sup> Come più volte affermato dalla Corte dei conti, il termine può considerarsi rispettato quando entro il termine previsto siano state almeno deliberate le procedure di cessione ed avviate le procedure di dismissione, non essendo necessario che le stesse siano concluse (Delibera Sez. reg. Lombardia 48/2008).

<sup>115</sup> A partire da C. giust. Ce, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*.

<sup>116</sup> Cfr. Cons. St., ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1 e Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456.

<sup>117</sup> Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1.

dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero<sup>118</sup>);

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (cfr. pure la decisione della V sez. di questo Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un "controllo analogo");

- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati<sup>119</sup>.

Quanto all'attività "prevalente", la giurisprudenza comunitaria ritiene che gli art. 43 e 49 Ce, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende, non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e "questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"<sup>120</sup>.

Il giudice comunitario ha chiarito che la condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese<sup>121</sup>.

Secondo il giudice comunitario, infatti, "un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori. È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere"<sup>122</sup>.

Nel precisare il principio la Corte ha stabilito che "occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni"<sup>123</sup>.

Infine, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene "si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi

<sup>118</sup> Cfr., in particolare, le già citate sentenze 13 ottobre 2005, causa C 458/03 - *Parking Brixen GmbH* e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - *Mödling o Commissione c/ Austria*.

<sup>119</sup> Tar Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Cons. St., V sez., 30 agosto 2006, n. 5072.

<sup>120</sup> Cfr. da ultimo Corte giust. CE, sez. III, 10 settembre 2009, n. 573.

<sup>121</sup> Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punto 60.

<sup>122</sup> Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punti 61 e 62.

<sup>123</sup> Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punti 65 e 66.

remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività"<sup>124</sup>.

Più di recente la Corte di giustizia Ue ha confermato che il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di fornire servizi ad operatori economici privati non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono. Secondo la Corte "*Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza Teckal, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti (v., in tal senso, citata sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 63). Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza Teckal fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato*"<sup>125</sup>.

Alla giurisprudenza comunitaria si è adeguato anche il giudice nazionale. La Corte costituzionale con sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439 ha precisato che l'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa "*attiva sul mercato*", con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri termini, una lettura non rigorosa della espressione "*parte più importante della sua attività*" inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto *in house* alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera "*articolazione interna*" dell'ente stesso. Una consistente attività "*esterna*" determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto "*terzo*" (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente (v. Corte cost., n. 439/2008, cit.).

Numerose altre pronunce del giudice amministrativo hanno recepito l'orientamento comunitario, anche se non mancano difficoltà applicative in concreto, atteso che si tratta di nozioni che rientrano nella categoria dei concetti giuridici indeterminati (attività "*prevalente*", "*più importante*", "*quasi esclusiva*", "*marginale*") la cui applicazione comporta fisiologicamente un margine di incertezza.

"Controllo analogo" e "attività prevalente" sono dunque i criteri concreti atti a disegnare il perimetro dell'autoproduzione amministrativa. In presenza di tali presupposti, la giurisprudenza comunitaria ritiene che l'Amministrazione possa procedere all'affidamento diretto a favore dell'operatore controllato senza ricorrere alla gara. Ciò secondo un principio di tendenziale libertà che non imporrebbe all'Amministrazione neppure di motivare sulle ragioni per cui non si è scelto l'*outsourcing* a favore di imprese private<sup>126</sup>. Per il diritto comunitario l'autoproduzione e l'*outsourcing* hanno la medesima dignità e non è richiesto all'Amministrazione di motivare l'indispensabilità del ricorso alla prima.

<sup>124</sup> Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punto 72.

<sup>125</sup> Corte giust. CE, 10 settembre 2009, n. 573, cit. punti 79 – 80.

<sup>126</sup> Cfr. M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrero, p. 27.

Rispetto ai principi comunitari, l'ordinamento nazionale - inteso nel suo formante giurisprudenziale e normativo - ha optato per una soluzione più "liberistica"<sup>127</sup> rendendo sotto diversi profili più restrittivo il ricorso all'*in house*.

Tale irrigidimento in senso più liberistico è avvenuto in due direzioni. Per un verso, sono state introdotte condizioni *esogene* rispetto a quelle individuate dalla giurisprudenza comunitaria e cioè condizioni ulteriori rispetto a quelle relative all'organizzazione decisionale ("controllo analogo") e ai destinatari dell'attività o, comunque, limiti economici relativi al valore dell'affidamento al di sopra dei quali la scelta del modello *in house* è preclusa *a priori*. Per altro verso, anche i presupposti *endogeni* richiamati sono stati recepiti all'interno del nostro ordinamento con una certa restrittività.

Sotto quest'ultimo profilo, mentre nella giurisprudenza comunitaria il requisito dell'attività prevalente è stato ritenuto sussistente anche in casi di operatività sul mercato pari al 10% del fatturato, il giudice amministrativo italiano ha ritenuto che tale requisito sussiste quando l'attività sul mercato sia puramente marginale, insignificante, non essenziale, assai prossima ad un'inesistenza<sup>128</sup>. In questo caso il rigore del giudice amministrativo nazionale sembra essere condivisibile, visto che in gioco v'è l'attribuzione alla società *in house* di ingiustificate rendite di posizione a detrimento della concorrenza.

Sotto il primo profilo, lo sfavore per l'*in house* si è manifestato, anzitutto nel richiedere un onere motivazione più stringente, tale da rendere il modello in questione residuale rispetto all'*outsourcing*. Già l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con atto di segnalazione del 28 dicembre 2006 n. AS375 ha ritenuto che l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale mediante l'*in house* risulta giustificato solo se non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato: l'intervento pubblico dovrebbe essere limitato a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato. Secondo l'Autorità antitrust, le ipotesi in cui è consentita agli enti locali l'erogazione diretta di servizi pubblici, senza ricorso al mercato, sono da applicare in senso restrittivo anche in ragione dell'obiettiva situazione di conflitto di interesse che tale modalità di affidamento determina in capo a tali enti, che risultano essere al contempo affidatari del servizio, amministratori e azionisti della società di gestione dei servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima società.

Anche la giurisprudenza nazionale del pari ha affermato l'eccezionalità del modello *in house*, in quanto deroga alle regole generali comunitarie di apertura al mercato. In particolare, l'Adunanza plenaria 3 marzo 2008 n. 1 ha ribadito che la società *in house* costituisce una deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), per cui è ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale. La plenaria, ancorché in via di *obiter*, aderisce all'impostazione secondo cui l'affidamento diretto ad una società *in house* viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: *a)* da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; *b)* dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare

<sup>127</sup> Cfr. M. Libertini, *op. ult. cit.*, p. 29

<sup>128</sup> Cons. giust. sic. 4 settembre 2007 n. 719.

anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*<sup>129</sup>.

L'eccezionalità del modello *in house* era stata di recente affermata e aggravata dal legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. In particolare l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 aveva previsto che l'affidamento *in house* fosse consentito solo in via eccezionale, a condizione che fossero rispettati i requisiti già esaminati del diritto europeo e che, inoltre, "peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento" non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato. La scelta dell'ente locale di procedere all'affidamento *in house* doveva essere motivata in base a un'analisi di mercato; al di sopra di una determinata soglia dimensionale (valore del servizio oggetto di affidamento superiore a 200.000 euro annui) sarebbe stato necessario il parere preventivo, non vincolante, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Sebbene l'esito del referendum di giugno 2011, che ha portato all'abrogazione dell'art. 23-*bis*, avesse fatto immaginare un ritorno alla normalità anche per i servizi pubblici locali, ossia ai requisiti tradizionali dell'*in house* come costruiti dal giudice comunitario senza ulteriori aggravamenti di sorta, il legislatore è tornato nuovamente a disciplinare la materia introducendo sotto altre vesti restrizioni ancor più significative nella scelta del modello. Infatti, l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, pur abolendo la più severa disciplina sui presupposti *esogeni*, ha stabilito che l'affidamento *in house* possa avvenire solo nei casi in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento sia pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui. In altre parole, nell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008 l'*in house* era generalmente ammesso sia pure a condizioni molto più rigorose rispetto a quelle imposte dal diritto comunitario, nell'art. 4 d.l. 138/2011 invece sarebbe stato ammesso alle stesse condizioni imposte dal diritto comunitario, ma in casi eccezionali che riguardano vicende economicamente marginali.

L'impostazione di sfavore del legislatore nei confronti dell'*in house* è stata corretta dalla Corte costituzionale che con sentenza del 23 luglio 2012, n. 199 ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina sui servizi pubblici locali contenuta nell'art. 4 d.l. n. 138/2012 proprio per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost..

A parte il profilo di diritto interno, la soluzione accolta dal legislatore non era neppure in linea con i principi comunitari. In questa prospettiva, se è vero che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali - come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici - di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario (cfr. Corte Cost., n. 325/2010 che si era espressa proprio sulla legittimità dell'art. 23-*bis*), è anche vero che l'autonomia organizzativa degli enti pubblici - principio anch'esso riconosciuto dall'ordinamento comunitario - veniva svuotata del tutto in relazione agli affidamenti economicamente più significativi.

Lo sfavore nei confronti dell'*in house* si inserisce in un clima più generale di sfiducia verso le società a partecipazione pubblica. Si è visto, infatti, nei paragrafi precedenti che il legislatore italiano si è spinto - in nome della tutela della concorrenza - ben oltre i paletti fissati dall'ordinamento comunitario, limitando in modo assai severo la costituzione e l'operatività delle società pubbliche<sup>130</sup>. Sono espressione di questa direttrice legislativa pro concorrenziale l'art. 13 del d.l. 223/2006, cd. Decreto Bersani e l'art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007 (Finanziaria 2008).

<sup>129</sup> Cfr. anche Cons. giust. sic. 4 settembre 2007 n. 719, segnalata in *Urb. app.*, 2007, 1443; *Urb. e app.*, 2008, 211, con nota di S. Colombari, in *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*.

<sup>130</sup> Cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 7 e ss.

A ciò si sono aggiunte alcune disposizioni (art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78) che - per finalità di contenimento della spesa - hanno imposto divieti assoluti di costituzione di mantenimento di partecipazioni pubbliche per i Comuni.

Come di vedrà, questa linea di tendenza è stata di recente aggravata. Il recente d.l. 95/2012 sulla cd. *spending review* ha ulteriormente ridimensionato le società pubbliche e il modello *in house*<sup>131</sup> con particolare riferimento alle società che svolgono attività "strumentali" alle pubbliche amministrazioni.

## 9. I limiti alla società mista

Forse il modo migliore per inquadrare il modello della società mista consiste nell'individuare anzitutto i soggetti che sono in grado di plasmare e condizionare "lo spazio regolatorio" entro il quale esse operano.

Protagonisti indiscussi sono il legislatore e la giurisprudenza comunitaria e nazionale, ma attori comprimari sono stati in questi anni anche la Commissione Ue [in particolare il cosiddetto Libro Verde sulla collaborazione tra pubblico e privato (PPP) del 15 novembre 2005, COM (2005) e la comunicazione della Commissione europea, 5 febbraio 2008 sul partenariato pubblico-privato istituzionale (IPPP)], l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha emanato in questi anni numerose segnalazioni (per esempio, già con il parere del 6 settembre 2005 invitava i regolatori e la giurisprudenza a promuovere l'affidamento dei servizi pubblici locali all'esterno tramite procedure competitive) e la stessa Corte Costituzionale (in particolare le sentenze n. 272/2004 e 325/2010 hanno valorizzato il principio della tutela della concorrenza per fondare la competenza legislativa statale in materia di affidamento dei servizi pubblici locali).

Il legislatore nazionale ha proceduto in modo incerto e oscillante. L'apertura a forme di collaborazione tra pubblico e privato in materia di gestione dei servizi pubblici privati risale alla riforma delle autonomie locali dell'inizio degli anni Novanta del secolo scorso (art. 22, legge n. 142/1990). Ma si trattava di un'apertura cauta che imponeva la prevalenza del capitale pubblico locale rispetto al capitale privato.

Fino a qualche tempo fa, un punto di equilibrio definitivo non era stato ancora raggiunto.

I nodi cruciali sono stati essenzialmente due: se il socio privato deve essere scelto attraverso una procedura a evidenza pubblica; se l'affidamento del servizio richiede a sua volta l'espletamento di una procedura competitiva.

Il primo quesito è stato risolto in senso positivo in materia di servizi pubblici locali già con l'art. 113, comma 5, lett. b) del Testo unico degli enti locali (e poi confermato dal legislatore con l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e il successivo art. 4 del d.l. n. 138/2011), sia in via ancor più generale dal Codice dei contratti pubblici il quale pone il principio che nel caso in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste, la scelta del socio privato avviene con procedure a evidenza pubblica (art. 1, comma, 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Quanto al secondo quesito, il quadro legislativo è stato meno chiaro e il problema è stato per lungo tempo oggetto di opinioni e orientamenti giurisprudenziali discordanti. Una parte della giurisprudenza nazionale si era spinta sino al punto di affermare - con un'operazione interpretativa

---

<sup>131</sup> Per un primo commento delle nuove disposizioni cfr. E. Bruno G. Fuoco, *La nuova società in house "marginale" negli affidamenti di beni e servizi a seguito della spending review*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

non condivisa in modo unanime<sup>132</sup> - che anche se il socio privato fosse stato scelto con gara, l'amministrazione dovesse comunque affidare il servizio con procedura a evidenza pubblica<sup>133</sup>.

Solo con il parere n. 456/2007, il Consiglio di Stato ha delineato una soluzione mediana tra quelle precedenti.

In primo luogo, il parere ha ribadito che società mista e affidamento "in house" sono modelli incompatibili. Pertanto, se l'ente locale decide di costituire una società mista, l'affidamento del servizio deve avvenire necessariamente attraverso una procedura a evidenza pubblica. Resta impregiudicato, come si vedrà subito, se quest'ultima possa essere strutturata anche come gara per la scelta del socio privato.

Inoltre, il ricorso alla società mista deve essere adeguatamente motivato. La società mista, infatti, sarebbe già un ripiego rispetto alla soluzione che sembra più in linea con il diritto comunitario, vale a dire la gara per l'affidamento del servizio aperta a tutti. L'obbligo di partecipare a una società mista, infatti, può essere percepita, dal punto di vista dell'imprenditore privato, come un vincolo ulteriore (una sorta di coabitazione forzosa), non necessariamente gradito, rispetto a un normale rapporto contrattuale (nella forma del contratto di servizio) instaurato all'esito di una procedura competitiva.

In terzo luogo, la società mista va concepita solo come una modalità organizzativa con la quale l'amministrazione "controlla l'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società". Affidare il servizio con gara e imporre al privato la partecipazione a una società mista serve dunque a rafforzare l'influenza dell'ente locale. Nella sua veste di socio, infatti, quest'ultimo potrà monitorare dall'interno la gestione della società mista e dunque il servizio.

Infine, se la figura del socio privato è ancillare alle esigenze del servizio, occorre prevedere un meccanismo di uscita e liquidazione della sua posizione al termine del periodo di affidamento nel caso in cui il socio privato perda la nuova gara.

Dopo il parere n. 456/2007, il Consiglio di Stato si è pronunciato in altre occasioni sulle condizioni di ammissibilità dell'affidamento alla società mista.

Un primo intervento, è avvenuto con l'Adunanza plenaria n. 1/2008. Tuttavia, in quella occasione, la questione non è stata risolta poiché il giudice amministrativo si è limitato a prendere atto che "allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo". Allo stato, qualunque scelta provocherebbe dunque "il rischio di dar luogo a interpretazioni praeter legem, che non potrebbero trovare l'avallo della Corte di Giustizia"<sup>134</sup>.

Con un secondo intervento, il giudice amministrativo si è pronunciato nuovamente sul merito della questione, ritenendo che, ai fini della legittimità dell'affidamento diretto di servizi ad una società mista è necessario che ricorrano le seguenti condizioni: 1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale "strumento"; 2) che il partner privato sia scelto con gara; 3) che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima; 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati"); 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non

<sup>132</sup> Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2005, n. 7058.

<sup>133</sup> Cons. Giust. amm. della Regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589.

<sup>134</sup> La ricostruzione della giurisprudenza sulle società miste nei termini riportati è stata tratta da H. Bonura – A. Rughetti, *I "nuovi" servizi pubblici locali*, 2008, al quale si rimanda per gli approfondimenti.

alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata<sup>135</sup>.

Le conclusioni alle quali è giunto il giudice amministrativo sono state in sostanza confermate in sede comunitaria dalla Commissione europea<sup>136</sup> e dalla Corte di giustizia<sup>137</sup>, ma presentano rispetto agli orientamenti di queste ultime alcuni profili di difformità.

In primo luogo, il parere n. 456/2007 richiede una motivazione specifica per il ricorso alla società mista rispetto all'affidamento a terzi tramite gara. Tale profilo non è in linea con l'orientamento comunitario che ritiene la società mista perfettamente alternativa all'affidamento tramite gara a terzi. I due modelli hanno, dunque, una omologa dignità sul piano concorrenziale.

In secondo luogo, la sentenza n. 1555/2009 richiede una norma *ad hoc* che consenta il ricorso al modello della società mista. Come ha affermato il Consiglio di Stato in un'altra occasione<sup>138</sup>, invece, i soggetti pubblici godono di una generale capacità di diritto privato, che li abilita a concludere ogni tipo di contratto, salva la sola valutazione di compatibilità con le finalità istituzionali assegnate al singolo ente.

Questi dettagli testimoniano, per un verso, la recente avversione del nostro ordinamento nei confronti delle società a partecipazione pubblica e, per altro verso, dimostrano una certa chiusura ad interiorizzare il modello della società mista come pienamente alternativo all'affidamento a terzi tramite gara, così come disegnato a livello comunitario.

Espressione di questo secondo aspetto è anche la disciplina della società mista nell'ambito specifico dei servizi pubblici locali.

E' vero che a livello legislativo nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (e poi con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 che aveva riproposto la disciplina dell'art. 23-*bis* in seguito all'abrogazione in via referendaria di quest'ultimo) tra le forme "ordinarie"<sup>139</sup> di affidamento - in alternativa all'affidamento tramite gara a terzi - figurava l'affidamento diretto (cioè senza gara ad evidenza pubblica) a società a capitale misto pubblico e privato (nel caso di scelta del socio privato mediante procedure competitive ad evidenza pubblica), secondo il sistema della gara a doppio oggetto (cioè la gara che riguardi la qualità di socio e, al contempo, l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio).

Tuttavia, un primo profilo di appesantimento del modello derivava dalla circostanza che al socio privato doveva essere attribuita una partecipazione minima non inferiore al 40%. Secondo la Corte costituzionale tale specificità aveva una connotazione pro concorrenziale, poiché introduceva un onere in assenza del quale si doveva riespandere la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tant'è che proprio sull'assunto del suo carattere pro concorrenziale, la norma è stata ritenuta costituzionalmente legittima: il legislatore nazionale può, infatti, introdurre misure concorrenziali più stringenti rispetto a quelle minime stabilite dal diritto comunitario<sup>140</sup>. In realtà la lettura della Corte costituzionale non sembra in linea con la *ratio* del modello costruito anche con l'apporto concettuale delle autorità comunitarie e giurisdizionali.

<sup>135</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555.

<sup>136</sup> Cfr. in particolare, da ultimo la Comunicazione della Commissione europea sul partenariato pubblico-privato istituzionale (IPPP) del 5 febbraio 2008. In precedenza Libro verde 30 aprile 2004 e Risoluzione del Parlamento europeo 26 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati (2006/2043(INI).

<sup>137</sup> C. giust. Ue, 15 ottobre 2009, C-196/2008

<sup>138</sup> La rimessione è avvenuta da parte di Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, ord., in *Foro it*, 2008, III, 68, con nota di H. Simonetti.

<sup>139</sup> Cfr. A. Vigneri, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, op. cit., p. 97: la società mista doveva considerarsi non più una "deroga" alla regola della gara, ma una sua "variante".

<sup>140</sup> Cfr. *infra* prossimo paragrafo che si soffermerà sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 325/2010.

L'affidamento a società mista alle condizioni indicate dalle autorità comunitarie e giurisdizionali, infatti, ha pari dignità rispetto all'affidamento tramite gara a terzi e, dunque, vi sarebbe la piena equidistanza dei due modelli rispetto alle aspirazioni pro concorrenziali del sistema. In questa logica la correzione del modello della società mista con la previsione di una misura minima di capitale privato suonerebbe come un ingiustificato aggravamento.

Un secondo profilo restrittivo riguardava l'applicazione del divieto di extraterritorialità o di cumulo di attività, oltre che alla società *in house*, anche alla società mista affidataria del servizio pubblico (art. 23-*bis*, comma 9, poi riproposto - dopo l'abrogazione di quest'ultimo in via referendaria - dall'art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011)

E' stato uno dei profili più discussi della disciplina. Appariva quantomeno anomalo, infatti, che il modello della società mista fosse, per un verso, parificato alla società scelta con gara e poi, per altro verso, le si estendeva un limite tipico della società *in house* rispetto alla quale si era profondamente differenziata. Queste perplessità erano state accolte dalla giurisprudenza<sup>141</sup> proprio facendo riferimento all'assoluta simmetria tra la scelta del privato cui affidare la gestione di un servizio pubblico locale mediante gara (comma 2, lett. *a*), art. 23-*bis*) e la scelta del partner privato del costituendo modulo societario misto, destinato a divenire "socio operativo", anch'esso selezionato all'esito di una procedura di evidenza pubblica (comma 2, lett. *b*), art. 23-*bis*).

E' utile richiamare l'argomentazione del collegio, anche perché risulta utile anche a fini più generali e a giustificazione di quanto si è appena detto in ordine alla parità dell'affidamento a società mista rispetto all'affidamento tramite gara a terzi. In particolare, secondo il collegio, un'interpretazione restrittiva (cioè estesa anche alle società miste, oltre che a quelle *in house*) del divieto di extraterritorialità e/o cumulo, seppure consentita dalla lettera della stessa, non poteva essere condivisa, giacché l'affidamento a società mista (sempreché costituita secondo le modalità previste dall'ordinamento comunitario, ossia la gara a doppio oggetto) si sarebbe appalesato, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché sarebbe risultata irragionevole ed immotivata l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione<sup>142</sup>.

Il sistema a regime è stato successivamente corretto. Dapprima, il legislatore con la legge n. 183/2011 (v. art. 9, comma 2, lett. *h*), *i*) e *l*), ha modificato la norma, escludendo dal divieto di extraterritorialità o cumulo di attività le società miste regolarmente costituite secondo il modello della gara a doppio oggetto. Più di recente, la Corte costituzionale con la sentenza n. 199/2012 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 che - come già ricordato - conteneva la disciplina generale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, in seguito all'abrogazione in via referendaria del previgente art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, avvenuta nel 2011.

La pronuncia della Corte ha eliminato la specificità dell'ordinamento italiano - e dunque il solo limite del 40% minimo di capitale privato, visto che il divieto di extraterritorialità o cumulo di attività era stato già corretto dallo stesso legislatore - riportando il modello nazionale a quello comunitario, il quale presenta un tasso di concorrenzialità minimo e insormontabile per difetto da parte degli ordinamenti nazionali<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> Cfr. dapprima TAR Calabria, n. 561/2010 e poi Cons. St., sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222.

<sup>142</sup> La sentenza richiama i principi dettati dall'Unione europea in materia di partenariato pubblico privato (v. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico - privati istituzionalizzati (PPPI) 2008/C91/02 in G.U.U.E. del 12 aprile 2008).

<sup>143</sup> Cfr. Corte Cost., 26 gennaio 2011, n. 24.

## 10. L'ordinamento delle società a partecipazione pubblica tra spinte alla specialità e contropunte al diritto comune

### 10.1. La spinta alla specialità: le norme speciali sulla moralizzazione del fenomeno

La moralizzazione del fenomeno delle società pubbliche ha indotto il legislatore anzitutto a introdurre *limiti numerici ai consigli di amministrazione* delle società pubbliche. Il legislatore differenzia *le società degli enti locali* (art. 1, comma 729, l. n. 296/2006 - legge finanziaria per il 2007) dalle *società a partecipazione statale* (art. 1, comma 465, l. n. 296/2006 e art. 3, comma 12, l. n. 244/2007 - legge finanziaria per il 2008 - come successivamente modificata dal d.l. n. 78/2009 e dalla legge n. 69/2009). La disciplina dettata per le società degli enti locali è vincolante per *le società a partecipazione regionale* solo in relazione ai principi da essa desumibili. Tale obbligo di adeguamento costituisce principio di coordinamento della finanza pubblica (art. 1, comma 730, l. 296/2006). Con riferimento alle *società degli enti locali*, il legislatore distingue ulteriormente le società *a totale partecipazione pubblica* e *società a partecipazione miste*, imponendo misure tendenzialmente più severe per le prime. Sono escluse dall'ambito di applicazione della normativa le *società quotate*<sup>144</sup>. Con riferimento alle *società a partecipazione statale* non vi è distinzione tra società a totale o parziale partecipazione pubblica. Tuttavia anche in questo caso vi sono alcune distinzioni significative: i limiti contenuti nella l. finanziaria 2007 si applicano a tutte le società *partecipate* e anche alle società di seconda generazione *controllate* o *collegate*, quelli della l. finanziaria 2008 si applicano invece solo alle società *controllate* direttamente o indirettamente.

Altre disposizioni riguardano la fissazione di un *teito ai compensi*. Anche in questo caso sono dettate regole differenziate, nella l. n. 296/2006 (finanziaria per il 2007), per le *società degli enti locali* e per le *società a partecipazione statale*. Ulteriori norme sono dettate per le *società controllate da amministrazioni statali*, nella l. n. 244/2007 (finanziaria per il 2008). Allo stesso modo, tale disciplina dettata per le società degli enti locali - come quella sui limiti numerici - è vincolante per le Regioni solo in relazione ai principi da essa desumibili (art. 1, comma 730, l. 296/2006). Si sottraggono alla disciplina dei compensi massimi le società quotate in borsa (art. 1, comma 733, l. n. 296/2006; art. 3, comma 16, l. n. 244/2007). Per quanto attiene alla disciplina del compenso degli amministratori di società di enti locali, l'art. 1, l. finanziaria 2007 opera una distinzione tra *società a totale partecipazione di comuni o province* (comma 725), *società a totale partecipazione pubblica di una pluralità di enti locali* (comma 726) e *società a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti pubblici e privati* (comma 728)<sup>145</sup>. Per gli amministratori di *società a partecipazione statale*, il tetto massimo ai compensi era disciplinato dall'art. 1, comma 466, l. finanziaria 2007 che si applicava alle società *non quotate in borsa, partecipate* dallo Stato (quale che fosse l'entità della partecipazione statale), e delle società *collegate* o *controllate* dalle società a partecipazione statale. Il contenuto dell'art. 1, comma 466, è stato interamente sostituito dalla l. finanziaria 2008 che fissa anche la disciplina delle deroghe ai limiti previsti (art. 3, commi 44 e 45). Altre norme limitatrici dei compensi sono previste dallo stesso art. 3, comma 12, l. finanziaria 2008.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma (il comma 730) che estendeva l'applicazione delle disposizioni sui compensi agli amministratori e ai limiti numerici alle Regioni, oltre che alle province autonome. In particolare, se è vero che il legislatore statale può

<sup>144</sup> A chiarimento della norma - con effetti estensivi anche per le società a partecipazione indiretta - è intervenuta la circolare ministeriale del 13 luglio 2007.

<sup>145</sup> In relazione all'ambito applicativo dei co. 725, 726 e 728, è intervenuta la circolare interministeriale 13 luglio 2007

dettare principi di coordinamento della finanza pubblica anche nelle materie riservate alla competenza legislativa regionale, tuttavia deve trattarsi, appunto, di principi, laddove la disciplina in materia di società a partecipazione pubblica dettata dalla l. n. finanziaria 2007 è, secondo la Corte, eccessivamente dettagliata. La Corte costituzionale ha infatti statuito che il comma 730 è costituzionalmente illegittimo perché irriducibile a quanto prescritto nell'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 117, Cost.: *“quand'anche la norma impugnata venga collocata nell'area del coordinamento della finanza pubblica, è palese che il legislatore statale, vincolando Regioni e Province autonome all'adozione di misure analitiche e di dettaglio, ne ha compresso illegittimamente l'autonomia finanziaria, esorbitando dal compito di formulare i soli principi fondamentali della materia”*<sup>146</sup>.

Nell'ottica di moralizzazione del fenomeno, il legislatore ha previsto disposizioni sulla *incompatibilità* per gli amministratori che sono stati responsabili di perdite nella gestione delle società pubbliche. Anche in questo caso emergono alcuni profili differenziali tra la disciplina prevista per *le società partecipate dagli enti locali* rispetto a quelle *a partecipazione statale*.

Per queste ultime l'art. 3, comma 14, l. finanziaria 2008 stabilisce che nelle società controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., da amministrazioni statali, non quotate in borsa, e in cui le amministrazioni statali detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che non siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere permanente e continuativo, ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante. In tali casi gli emolumenti rivenienti dalla partecipazione agli organi della società controllata sono comunque riversati alla società controllante.

La disposizione non ha posto particolari problemi applicativi come è, invece, accaduto con la disposizione relativa alle società partecipate dagli enti locali. Con riferimento a queste, l'art. 1, comma 734, l. finanziaria 2007 (dichiarato incostituzionale per le Regioni e le Province autonome<sup>147</sup>) stabilisce che non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi. Viene configurata una responsabilità di risultato, commisurata alla chiusura del bilancio in pareggio o con profitto. La norma ha dato luogo a non poche perplessità che di recente hanno indotto il legislatore a darne una interpretazione autentica (v. comma 32-*bis* dell'art. 3 della l. n. 244/2007 aggiunto dalla lettera f) del comma 1 dell'art. 71, l. n. 69/2009). In particolare, il legislatore ha interpretato la norma nel senso che non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato, per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali. Il legislatore ha, dunque, stabilito condizioni più flessibili che nel passato all'ineleggibilità di amministratori di organismi partecipati, legata non più

<sup>146</sup> Corte cost., 20 maggio 2008, n. 159.

<sup>147</sup> Cfr. Corte cost., n. 159/2008 secondo cui la disposizione è lesiva dell'autonomia organizzativa delle Regioni e delle Province autonome. Tale autonomia è, infatti, garantita non solo dalle loro speciali disposizioni statutarie, ma altresì dall'art. 117, comma 4, Cost., da intendersi applicabile a tutte le Regioni, ai sensi dell'art. 10, l. cost. n. 3/2001, il quale riserva alla potestà legislativa residuale regionale la disciplina dell'autonomia dell'organizzazione amministrativa. Peraltro, anche ove si volesse accedere all'interpretazione secondo cui il comma 734 atterrebbe alla materia del coordinamento della finanza pubblica, resta non superabile il rilievo, costante nella giurisprudenza della Corte cost., che disposizioni di principio in tema di coordinamento della finanza pubblica possono prescrivere solo criteri ed obiettivi, ma non imporre vincoli specifici e puntuali.

all'aver chiuso in perdita un triennio consecutivo nel precedente quinquennio, bensì al progressivo peggioramento dei conti registrato per tre esercizi consecutivi nei cinque anni precedenti, per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali. In tal modo, distinguendo tra scelte gestionali discrezionali e attività in qualche modo condizionata dalla struttura stessa dei conti aziendali, non si viene più ad attribuire valore negativo a ripetute chiusure in perdita per importi comunque in riduzione nel tempo, mentre, diversamente, si riconoscono effetti negativi a gestioni positive ma con margini di utile via via più esigui.

Sempre nell'ottica di moralizzazione, nella manovra economica del 2010 (d.l. n. 78/2010 conv. in l. n. 122/2010) sono stati previsti ulteriori riduzioni dei compensi, introducendo al contempo limiti al finanziamento delle società con bilancio in perdita. La prima novità riguarda le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istat in base all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (legge di contabilità e finanza pubblica)<sup>148</sup> e le società interamente possedute, in via diretta o indiretta, dalle amministrazioni pubbliche alla data del 31 maggio 2010. In queste società, i compensi che spettano ai componenti degli organi di amministrazione e di controllo in base a quanto previsto dall'articolo 2389, comma 1, del codice civile, a decorrere dalla prima scadenza del consiglio o del collegio successiva all'entrata in vigore del decreto legge sono ridotti del 10 per cento rispetto al compenso stabilito al momento della nomina<sup>149</sup>. Sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione le società quotate e le loro controllate. Con la legge di conversione del decreto legge n. 78/2010 è stato opportunamente chiarito che non si applicano, invece, alle società le disposizioni in base alle quali *"la partecipazione agli organi collegiali (...) degli enti che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche nonché la titolarità di organi dei predetti enti è onorifica"* e *"può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute"*, e gli eventuali gettoni di presenza non possono eccedere i trenta euro a seduta giornaliera<sup>150</sup>.

Una seconda novità, come anticipato, ha riguardato il finanziamento delle società in perdita. In particolare il legislatore ha introdotto alcuni limiti al finanziamento delle società a partecipazione pubblica non quotate che hanno i bilanci in perdita. Il decreto legge fa espressamente riferimento all'obiettivo di aumentare l'efficienza delle società pubbliche e richiama *"i principi nazionali e comunitari in termini di economicità e concorrenza"*, tra cui evidentemente vi sono i principi in materia di aiuti di Stato. Salvo l'ipotesi in cui il capitale sociale si riduce al di sotto del limite legale<sup>151</sup>, le amministrazioni pubbliche non possono partecipare ad aumenti di capitale, né effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, rilascio di garanzie a favore di società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre anni consecutivi, perdite di esercizio oppure che abbiano

<sup>148</sup> La legge n. 196/2009 prevede che l'Istat individui l'insieme dei soggetti che costituiscono il settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche sulla base delle definizioni europee volte alla costruzione del conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni ai fini dell'applicazione della procedura sui deficit eccessivi. La ricognizione di tali soggetti è operata annualmente dall'Istat con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta ufficiale entro il 31 luglio. L'elenco aggiornato è disponibile sul sito dell'Istat ([http://www.istat.it/strumenti/definizioni/elenco\\_amministrazioni\\_publiche](http://www.istat.it/strumenti/definizioni/elenco_amministrazioni_publiche)). Nell'elenco sono incluse alcune società, tra cui Anas, Equitalia, Italia Lavoro, Patrimonio dello Stato, Coni Servizi, Arcus e, tra le società partecipate da amministrazioni locali, Azienda Strade Lazio Spa, Patrimonio del Trentino Spa, Riscossione Sicilia Spa, Società Infrastrutture Lombarde Spa.

<sup>149</sup> Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 6.

<sup>150</sup> Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 2.

<sup>151</sup> Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale sociale, questo si riduce al di sotto del minimo legale, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza, devono convocare l'assemblea affinché essa deliberi la riduzione del capitale sociale e il contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al limite legale oppure la trasformazione della società (articolo 2447 del codice civile).

utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti effettuati a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse oppure alla realizzazione di investimenti. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, la norma prevede alcune deroghe al divieto qualora sussistano gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico o la sanità. In questi casi su richiesta dell'amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri soggetto a registrazione presso la Corte dei conti, è possibile autorizzare specifici interventi finanziari a favore delle società partecipate<sup>152</sup>. Va osservato, infine, che, tenuto conto della giurisprudenza costituzionale relativa ai limiti della competenza legislativa statale in materia di società a partecipazione pubblica<sup>153</sup>, il decreto legge n. 78/2010 prevede espressamente che tutte le disposizioni contenute nell'articolo 6 volte a ridurre i costi degli apparati amministrativi, incluse le disposizioni sui limiti ai compensi, sul finanziamento delle società in perdita (e, come si vedrà, anche quelle sui vincoli alle spese e alle assunzioni di personale), "non si applicano in via diretta alle regioni" e "alle province autonome"<sup>154</sup>. Per tali soggetti, queste previsioni costituiscono "disposizioni di principio ai fini del coordinamento della finanza pubblica". Per le Regioni a statuto ordinario che aderiscono volontariamente alle regole previste dall'articolo 6 è introdotto un meccanismo premiale, che dovrebbe essere operativo dal 2011; le modalità, i tempi e i criteri di attuazione saranno definiti con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

## **10.2. La spinta alla specialità: l'estensione antielusiva delle norme pubblicistiche o "amministrativizzazione" delle società a partecipazione pubblica.**

La specialità organizzativa e di funzionamento delle società a partecipazione pubblica dipende, come già anticipato, dall'estensione a queste di vincoli tipicamente pubblicistici. Si vuole in tal modo evitare che lo schermo della forma giuridica privata possa determinare l'elusione di vincoli necessari all'azione pubblica, a prescindere dalla sua forma di esplicazione.

L'effetto di tale estensione è, in definitiva, la "amministrativizzazione" delle società a partecipazione pubblica che - a parte la veste giuridica di diritto privato - vengono assoggettate alle regole proprie degli enti pubblici.

Vanno annoverati anzitutto i profili tradizionali che connotano in senso speciale l'organizzazione e il funzionamento di queste società.

L'art. 29, comma 1, secondo periodo, della legge n. 241/1990 (come sostituito dalla legge n. 69/2009) stabilisce che "Le disposizioni della presente legge si applicano altresì alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative". La norma in questione è stata ritenuta speciale rispetto ad un'altra norma contenuta nella stessa legge n. 241/1990, in particolare l'art. 1, comma 1-ter secondo cui "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1"<sup>155</sup>. Per cui, mentre i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative devono applicare i principi della l. 241/1990, le società con totale o prevalente capitale pubblico sono del tutto

<sup>152</sup> Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 19.

<sup>153</sup> Cfr. ad esempio Corte costituzionale, sentenze 20 maggio 2008, n. 159, e 6 giugno 2008, n. 190

<sup>154</sup> Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 20.

<sup>155</sup> Cfr. C. Polidori, *L'attività amministrativa delle società in mano pubblica, alla luce delle recenti modifiche della legge n. 241/1990*, in *Corriere del merito*, n. 5/2010 p. 469.

parificate alle pubbliche amministrazioni tradizionali, dovendo applicare integralmente la stessa legge.

Nella stessa legge generale sul procedimento amministrativo è stato aggiunto l'obbligo di garantire *l'accesso ai documenti amministrativi* anche a carico di enti che non sono configurabili come pubbliche amministrazioni in senso tradizionale. Il diritto di accesso si esercita, infatti, oltre che nei confronti delle amministrazioni, anche nei confronti delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi (art. 23). La stessa legge stabilisce, comunque, che per "*pubblica amministrazione*" si intendono "*tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*" (art. 22, comma 1, lett. e)). Così come la disciplina generale anche l'obbligo di consentire l'accesso agli atti riguarda l'attività che sia oggettivamente di rilievo pubblicistico. In questo caso, però, l'obbligo non dipende dall'entità della partecipazione pubblica perché anche i soggetti totalmente privati ne sono assoggettati.

La partecipazione pubblica assoggetta l'attività sociale anche al *controllo* della Corte dei conti. Si tratta di un controllo referente: la Corte, oltre a riferire annualmente al Parlamento, formula, in qualsiasi altro momento, se accerti irregolarità nella gestione di un ente e, comunque, quando lo ritenga opportuno, i suoi rilievi al Ministro dell'economia ed al Ministro competente<sup>156</sup>. Ciò allo scopo di fornire indicazioni per la riqualificazione della spesa pubblica e di riflesso per la migliore ripartizione delle risorse finanziarie complessive.

Dal punto di vista soggettivo il controllo della Corte dei conti riguarda, in primo luogo, gli enti che godono di contribuzione periodica a carico dello Stato e gli enti che si finanziano con imposte, contributi, tasse che sono autorizzati ad imporre o che siano ad essi devolute<sup>157</sup>. Tra gli enti sottoposti a tale forma di controllo rientrano le Ferrovie dello Stato S.p.A. e la RAI S.p.A.. In secondo luogo, il controllo riguarda gli enti che godono di un apporto al patrimonio in capitale, servizi, beni ovvero mediante concessione di garanzia<sup>158</sup>, come per esempio l'ANAS S.p.A.. Infine, la Corte costituzionale ha esteso il controllo della Corte dei conti alle società a partecipazione pubblica derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni, fino a quando permanga la partecipazione maggioritaria dello Stato o degli altri pubblici poteri al capitale sociale<sup>159</sup>.

Il legislatore è intervenuto di recente anche sul problema *dell'assunzione di personale, degli acquisti e del rispetto degli obblighi di finanza pubblica*. La peculiare relazione che lega gli enti locali alle società per la gestione dei servizi pubblici locali *in house* e miste ha reso consequenziale nell'ottica del legislatore prevedere il concorso anche di tali soggetti al rispetto degli obblighi di finanza pubblica, come più volte affermato dalla Corte dei conti<sup>160</sup>. A tal fine il legislatore, già nell'art.23-bis, comma 10, lett. a), ha assunto lo specifico impegno, da attuare in via regolamentare, di prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari *in house* di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società *in house* e delle società miste di procedure ad

<sup>156</sup> L'art. 8 era stato abrogato dal primo comma dell'articolo 3 del d.lgs. n. 286/1999 "*Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'articolo 11 della l. 15 marzo 1997, n. 59*", ma la Corte costituzionale, con sentenza n. 139/2001, ha accolto il ricorso della Corte dei conti dichiarando l'annullamento dell'articolo 3, comma 1, del d.lgs. n. 286/1999.

<sup>157</sup> Art. 2 l. n. 259/1958.

<sup>158</sup> Art. 12 l. n. 259/1958.

<sup>159</sup> C. cost., n. 466/1993.

<sup>160</sup> Un'ampia trattazione dell'argomento è contenuta nella Relazione della Corte dei conti di cui alla citata Deliberazione 13/2008.

evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale (gli artt. 5, 6 e 7 del d.P.R. n. 168/2010, regolamento attuativo dell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008 decaduto in seguito al referendum abrogativo e, poi, i commi 14, 15, 16 e 17 dell'art. 4, del d.l. n. 138/2011). Ad oggi, queste disposizioni sono decadute ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 che - come si è già accennato - ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 per violazione dell'esito referendario da parte del legislatore e, dunque, per violazione dell'art. 75 Cost..

Rimangono però in vigore alcune disposizioni contenute nell'art. 18 del d.l. n. 112/2008 che reca disposizioni immediatamente operative in materia di reclutamento e spesa di personale, di limiti alle assunzioni, di conferimento di incarichi, di assoggettamento al patto di stabilità, aventi, stavolta, come destinatari le società a totale partecipazione pubblica e di controllo<sup>161</sup>.

Inoltre, norme ispirate alla stessa *ratio* sono contenute anche nell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, introdotto dall'art. 25, comma 1, legge n. 27/2012 di conversione del d.l. n. 1/2012 (cd. decreto liberalizzazioni).

Va aggiunto che con la manovra 2010 (art. 9, comma 29, del d.l. 78/2010), il legislatore ha previsto per le società non quotate, inserite nel conto economico consolidato della PA, come individuate dall'ISTAT, controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni, l'obbligo di adeguarsi alle politiche assunzionali previste per le pubbliche amministrazioni stesse, con ciò estendendo espressamente i vincoli assunzionali anche alle controllate indirettamente.

Su questi profili è intervenuto anche il recedente art. 4 del d.l. n. 95/2012 sulla c.d. *spending review*, in particolare superando le norme contenute nell'anzidetto art. 9, comma 29, del d.l. n. 78/2010 (v. *infra* par. 11).

La Corte dei conti, oltre allo specifico impatto sul bilancio dell'ente locale delle spese di personale sostenute dagli organismi partecipati, si è pronunciata anche sugli effetti che la disciplina dettata per gli enti locali in merito all'affidamento di incarichi di collaborazione e di consulenze ha sulle società partecipate e specificamente sulle società *in house*. In particolare, tenuto conto degli obblighi di adeguamento contenuti nell'art. 18, comma 2-*bis*, del d.l. 112/2008 e di quanto disposto dall'art. 3, commi da 55 a 57 della legge finanziaria 2008, nell'esercizio del riesame della legalità e della regolarità contabile della Corte dei conti relativo alle disposizioni regolamentari adottate dagli enti locali in materia di affidamento di incarichi di collaborazione autonoma, aveva affermato che andasse espressamente precisato che le società *in house* debbono osservare i principi e gli obblighi fissati in materia per gli enti cui appartengono nonché criteri per il controllo dell'ente locale

---

<sup>161</sup> In particolare, i primi due commi dell'art.18 hanno inizialmente assoggettato le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali e le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo a specifici obblighi da rispettare per il reclutamento del personale e per il conferimento di incarichi. In seguito, l'art.19 del d.l. 78/2009, convertito in legge 102/2009, aggiungendo il comma 2-*bis*, ha previsto l'applicazione delle disposizioni che stabiliscono divieti o limitazioni alle assunzioni di personale a carico del socio pubblico, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo: a) che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali; b) che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale; c) che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione. Le medesime società devono, inoltre, adeguare le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. Infine, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza unificata, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle predette società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo.

sull'osservanza delle regole da parte delle società partecipate<sup>162</sup>. Peraltro, l'obbligo in questione va inquadrato anche in quanto disposto dall'art. 61, comma 7 del d.l. 112/2008 relativo al dovere di conformazione per le società inserite nel conto economico della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT, (che dovrebbe ricomprendere, quanto meno, tutte le società *in house*), al principio di riduzione della spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e sponsorizzazioni. Tale disposizione è stata di recente ribadita nell'art. 6, comma 11, del d.l. 78/2010, il quale ha aggiunto la previsione dell'obbligo che l'inerenza della spesa sia attestata da apposita relazione sottoposta a controllo del collegio sindacale. La disposizione conferma che le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione sono soggette a una serie di vincoli più stringenti rispetto alle altre società a partecipazione pubblica. Anche con riferimento alle disposizioni sui vincoli all'assunzione vale la regola dell'inapplicabilità diretta alle Regioni e alle Province autonome già vista per i limiti di spesa. In particolare, tenuto conto della giurisprudenza costituzionale relativa ai limiti della competenza legislativa statale in materia di società a partecipazione pubblica<sup>163</sup>, il decreto legge n. 78/2010 prevede espressamente che tali disposizioni "*non si applicano in via diretta alle regioni*" e "*alle province autonome*"<sup>164</sup>. Per tali soggetti, queste previsioni costituiscono "*disposizioni di principio ai fini del coordinamento della finanza pubblica*". Per le Regioni a statuto ordinario che aderiscono volontariamente alle regole previste dall'articolo 6 è introdotto un meccanismo premiale, che dovrebbe essere operativo dal 2011.

Sempre in questo ambito possono essere annoverate le norme sulla *pubblicità di incarichi, compensi e partecipazioni societarie*, secondo cui le società pubbliche, come gli enti pubblici più tradizionali, sono soggetti a stringenti obblighi di trasparenza<sup>165</sup>.

Infine, anche recenti disposizioni finanziarie hanno introdotto ulteriori vincoli per le società a partecipazione pubblica. In particolare, con il recente d.l. n. 98/2011, è stato imposto a tutti gli enti e gli organismi pubblici di pubblicare sul loro sito informazioni dettagliate su tutte le partecipazioni societarie detenute, anche indirette e minoritarie, e sui collegamenti esistenti tra le società partecipate e l'ente partecipante (art. 8). Inoltre, Il d.l. n. 98/2011, ha precisato che, ai fini del divieto di assunzione per gli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale sia pari o superiore al 40% delle spese correnti, si tiene conto anche delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, con eccezione delle società quotate (art. 20, sul patto di stabilità).

### 10.2.1. Gli appalti delle società a partecipazione pubblica

Il Codice dei contratti pubblici si applica anche ai contratti stipulati da soggetti che, pur non essendo pubbliche amministrazioni tradizionali<sup>166</sup>, sono in qualche modo incaricati di gestire risorse o compiti di interesse pubblico<sup>167</sup>. L'estensione soggettiva dell'ambito di applicazione del Codice viene vista come la conseguenza del nuovo paradigma della contrattualistica pubblica che vede in primo piano la tutela della concorrenza e dell'interesse del singolo a non essere discriminato e non

<sup>162</sup> Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Lombardia n.37/2009.

<sup>163</sup> Cfr. ad esempio Corte costituzionale, sentenze 20 maggio 2008, n. 159, e 6 giugno 2008, n. 190

<sup>164</sup> Decreto legge n. 78/2010, articolo 6, comma 20.

<sup>165</sup> Cfr. art. 3, comma 44, l. n. 244/2007; art. 1, comma 735, l. n. 296/2006, art. 1, comma 587 e ss., l. n. 296/2006.

<sup>166</sup> L'aggancio di diritto positivo più immediato per ricostruire la nozione di pubblica amministrazione in senso più tradizionale è l'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165/2001.

<sup>167</sup> Cfr. C. Iaione, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. Clarich), p. 243.

più solo l'interesse tipico delle pubbliche amministrazioni tradizionali a selezionare il miglior concorrente, inteso come colui che offre le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni economiche più vantaggiose<sup>168</sup>.

In particolare, le principali figure soggettive che vengono in rilievo sono le "amministrazioni aggiudicatrici" e gli "enti aggiudicatori"<sup>169</sup>. La prima è rilevante nei settori ordinari e comprende al suo interno anche gli "organismi di diritto pubblico". La seconda rileva nei settori speciali e comprende al suo interno le "imprese pubbliche"<sup>170</sup>.

Quest'ultimi settori sono spesso caratterizzati proprio in senso soggettivo dall'azione di soggetti di diritto privato con fine imprenditoriale piuttosto che di pubbliche amministrazioni tradizionali. In senso oggettivo, si tratta di ambiti strategici e di consistente valore economico (acqua, energia, trasporto, servizi postali, ecc.). Per tali peculiarità sono stati originariamente esclusi dalla disciplina dell'evidenza pubblica comunitaria<sup>171</sup> e solo successivamente, proprio in ragione della loro significatività economica, sono stati soggetti alle regole comunitarie, sia pure in una versione più flessibile rispetto ai settori ordinari.

L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui settori speciali è individuato all'art. 207, espressamente dedicato agli "enti aggiudicatori". La norma costituisce l'esito del recepimento degli artt. 2 e 8, direttiva n. 2004/17/CE e va a sostituire le omologhe disposizioni contenute agli artt. 1 e 2, d.lg. n. 158/1995.

In particolare sono tenuti all'applicazione della disciplina dettata per i settori speciali le amministrazioni aggiudicatrici o le imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 208 a 213 del codice [art. 207, lett. a)], ovvero i soggetti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più delle attività sopra richiamate e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente [lett. b)]<sup>172</sup>.

L'applicabilità della Parte III del Codice - come ricordato, meno rigida della Parte II nei settori ordinari, ma comunque anch'essa limitativa dell'autonomia negoziale - si basa, dunque su un criterio cumulativamente *soggettivo* e *oggettivo*.

Dal punto di vista *oggettivo* si deve fare riferimento alle attività tassativamente indicate e richiamate in precedenza e che coincidono con le attività che in passato, prima delle liberalizzazioni degli anni '90, erano svolte in posizione di monopolio dallo Stato.

Dal punto di vista *soggettivo*, tra gli "enti aggiudicatori" sono ricompresi le amministrazioni aggiudicatrici (tra queste figurando anche gli organismi di diritto pubblico)<sup>173</sup>, le imprese pubbliche

<sup>168</sup> S. Mezzacapo, *Procedure ad evidenza pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. Clarich e G. Fonderico), pp. 522-523.

<sup>169</sup> Per le relative nozioni si v. l'art. 3, commi 25, 26, 28 e 29, del Codice.

<sup>170</sup> Per l'analisi approfondita di tali figure, che esula dal presente contributo, cfr. C. Iaione, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, cit., pp. 242 e ss..

<sup>171</sup> cfr. S. Cadeddu e S. Fienga, *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. Clarich), p. 1000-1001, secondo cui la *ratio* dell'esclusione, ufficialmente, era legata al fatto che soggetti pubblici e privati si sarebbero trovati soggetti a regimi diversi. In realtà proprio il valore economico e strategico di tali settori è da sempre alla base della resistenza all'apertura dei relativi mercati.

<sup>172</sup> Ai sensi del comma 3 dell'art. 207 del codice "sono diritti speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 208 a 213 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività".

<sup>173</sup> Ai sensi del comma 25 dell'art. 3 del codice "le 'amministrazioni aggiudicatrici' sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti".

e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti.

In definitiva, rispetto ai settori ordinari, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina speciale è arricchito dalla equiparazione alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi (che non siano amministrazioni prese pubbliche).

L'art. 3, comma 28, del Codice ascrive alla categoria dell'impresa pubblica le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta, quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: *a)* detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; *b)* controllano la maggioranza voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; *c)* hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione direzione o di vigilanza dell'impresa.

Evidente è come la categoria dell'impresa pubblica presenti caratteri differenti rispetto ai modelli di amministrazioni pubbliche gestiti con moduli privatistici, di cui l'organismo di diritto pubblico ne costituisce figura emblematica. L'impresa pubblica, nella costruzione operata da fonte comunitaria<sup>174</sup>, persegue interessi di rilievo pubblicistico in campo industriale e commerciale<sup>175</sup> ma secondo canoni tipici delle imprese commerciali, prefiggendosi il fine lucrativo anche laddove il rilievo pubblicistico delle attività potrebbe prescindere dal conseguimento di un profitto.

Ne deriva che alla categoria in questione afferiscono sia le aziende autonome e gli enti pubblici economici, sia le società di capitali a prevalente partecipazione pubblica o, comunque, a dominanza pubblica<sup>176</sup>.

In sintesi, alla luce di quanto sin qui esposto, risulta che elementi comuni tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico attengono all'impiego dello strumento societario e dunque alla fase di costituzione nonché all'esigenza di perseguire l'interesse pubblico. Le differenze tipologiche riguardano, invece, le modalità di svolgimento dell'attività – economica e non economica – e la conseguente possibile compatibilità, esistente soltanto per le imprese pubbliche, tra scopo di interesse pubblico e scopo di lucro. Esiste poi un elemento costituito dall'influenza dominante che si atteggia diversamente a seconda della specificità della fattispecie: mentre per l'organismo di diritto pubblico si tratta di un elemento indefettibile di identificazione dell'ente, per l'impresa pubblica la sua presenza dipende, alla luce di quanto previsto dall'art. 2449 cod. civ., dalla composizione, maggioritaria o minoritaria, della compagine societaria<sup>177</sup>.

Vi sono peraltro altre disposizioni potenzialmente capaci di estendere l'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici.

Lo stesso codice, in primo luogo, nel disciplinare in termini generali le concessioni di servizi prevede che *"Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi*

<sup>174</sup> Sull'impresa pubblica nel diritto europeo, da ultimo, M. Cafagno, *Impresa, pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, diretto da Chiti e Greco, II, Milano, 2007, 1205 ss.

<sup>175</sup> Il rilievo industriale e commerciale, sulla base degli ormai consolidati principi, è invece espressamente escluso per l'organismo di diritto pubblico.

<sup>176</sup> Cfr. M.A. Sandulli, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in *Trattato sui contratti pubblici*, V, I settori speciali. *L'esecuzione*, diretto da Sandulli, De Nictolis, Garofoli, Milano, 2008, 3150.

<sup>177</sup> In questo senso Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

*nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità*" (art. 30, comma 6). Negli atti di affidamento dei servizi in favore di un concessionario vi potrebbero essere disposizioni che impongono il ricorso a forme più o meno accentuate di evidenza pubblica, quantomeno quando i contratti abbiano per oggetto "forniture".

La norma, ad ogni modo, sembra disciplinare un profilo che, per le attività in concessione sottoposte alle norme sui "settori speciali", trova già una sua compiuta disciplina. Pare dunque più corretto ritenere che essa abbia carattere integrativo-residuale e che operi ove non sia già rilevante una disciplina di respiro più ampio.

Il d.l. n. 138/2011, in secondo luogo, aveva previsto che "Le società cosiddette "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni" (art. 4, comma 15). La norma si riferiva non solo alle società *in house* - cioè agli uffici in forma societaria di un'amministrazione pubblica - ma anche alle società miste. Per quanto la *ratio* della norma inducesse a ritenere che la disposizione fosse riferibile ai soli casi in cui la partecipazione pubblica, ancorché minoritaria, fosse tale da incidere in modo significativo sulla gestione e sul controllo della società, non era possibile escludere letture più estensive che dessero peso a partecipazioni pubbliche esigue e indirette (v. *infra* il riferimento a Cons. St., Ad. pl., 4 agosto 2011, n. 17).

A parte ciò, la norma avrebbe potuto comportare anche sotto altri profili l'estensione delle regole pubblicistiche sulle gare. Sul piano dell'oggetto contrattuale, la norma faceva riferimento all'acquisto di "beni e servizi" mentre la disciplina dei contratti pubblici distingue in genere tra lavori, servizi e forniture. Si poteva ritenere che, con tale espressione, il legislatore non avesse inteso individuare un ambito applicativo più limitato ma che anzi avesse impiegato una formula di sintesi per riferirsi a ogni genere di acquisto. Al di là di ciò, la norma avrebbe potuto ingenerare il dubbio che l'affidatario del servizio avesse dovuto applicare il codice a prescindere dalla afferenza o strumentalità dell'acquisto all'attività oggetto di affidamento. In tal caso, se l'affidatario avesse svolto anche altre attività, oltre a quella di servizio pubblico locale, si poteva verificare un'estensione della disciplina dell'evidenza pubblica rispetto a quanto desumibile dalle disposizioni del codice sui "settori speciali". Il problema oggi non si pone, atteso che la Corte costituzionale con sentenza del 23 luglio 2012, n. 199 ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina sui servizi pubblici locali contenuta nell'art. 4 d.l. n. 138/2012 per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost..

Ed invero l'effetto estensivo delle norme sull'evidenza pubblica deriva anche dall'art. 32 del Codice dei contratti pubblici. Tale disposizione, nel disciplinare i soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici (e in particolare la Parte II sui settori ordinari), si riferisce non solo alle amministrazioni aggiudicatrici, ma anche ad altri soggetti aggiudicatori. Tra questi soggetti aggiudicatori, l'art. 32, comma 1, lett. c) stabilisce che la Parte II del Codice dei contratti pubblici si applica anche a "società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opera, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del d.lgs n. 267/2000, testo unico sull'ordinamento degli enti locali".

Come già anticipato, l'effetto estensivo potrebbe derivare dal riferimento alle "società con capitale pubblico, anche non maggioritario". Va premesso che tale nozione ha un contenuto distinto rispetto a quello di "impresa pubblica". Un'impresa è "pubblica", infatti, secondo il codice dei contratti, quando su di essa un'amministrazione aggiudicatrice può esercitare un'influenza dominante (art. 3, comma 28). Nel caso della società con capitale pubblico, invece, sembra

irrilevante l'esistenza o meno di una influenza sulla società partecipata per effetto della quota del capitale in mano al socio pubblico. La norma è stata verosimilmente pensata per applicarsi (anche) alle società miste a capitale pubblico minoritario, che in effetti hanno avuto e hanno largo diffusione per *“la realizzazione di lavori o opera, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del d.lgs n. 267/2000, testo unico sull'ordinamento degli enti locali”*. In tali società, il socio pubblico ha una presenza diretta che, pur non maggioritaria, è di regola in grado di incidere sulla gestione dell'impresa. Non si può escludere, però, che la norma – stante la sua generica formulazione - possa essere ritenuta applicabile in tutti i casi di partecipazione pubblica al capitale, sempre a prescindere che tale partecipazione porti o meno a individuare un'impresa pubblica nel senso sopra detto. D'altronde, la partecipazione pubblica anche indiretta è stata considerata in passato sufficiente per l'applicazione di norme pro concorrenziali proprie delle società direttamente partecipate in capo alle società indirettamente partecipate<sup>178</sup>. L'ottica del giudice amministrativo è quella sostanzialistica, volta ad evitare che la portata prescrittiva delle norme pro concorrenziali possa essere elusa attraverso strumenti formali di aggiramento della loro *ratio*.

In definitiva, l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo del Codice dei contratti pubblici comprende sempre più soggetti di diritto privato, modificandone l'attività di selezione dei propri interlocutori e l'organizzazione interna.

### **10.3. La contropinta al diritto comune: le vicende relative alla *golden share***

Il principio comunitario di libera circolazione dei capitali (art. 63 del TFUE) ha condotto, in un moto di direzione contraria rispetto al passato, ad eliminare alcuni elementi di specialità di alcune grandi imprese pubbliche (ENI, ENEL, Finmeccanica). Il riferimento è anzitutto alla sentenza della Corte di giustizia Ue (sez. I, 6 dicembre 2007 in cause riunite C - 463/04 e C - 464/04) che ha accertato l'illegittimità comunitaria dell'art. 2449 del codice civile.

Il TAR Lombardia, con decisione del 29 settembre 2004, ha chiesto in sostanza di chiarire se l'art. 56 Ce (oggi art. 63 del TFUE) vada interpretato nel senso che osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile, in virtù della quale lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più membri del consiglio di amministrazione, la quale, di per sé o unitamente ad una disposizione (quale l'art. 4 della legge n. 474/1994, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso) è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di disporre di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società.

La Corte di giustizia ha precisato in via preliminare che l'art. 56, n. 1, Ce (oggi art. 63 TFUE) vieta in maniera generale le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri<sup>179</sup>. In assenza di definizione, nell'ambito del Trattato, della nozione di "movimenti di capitali" ai sensi della richiamata disposizione, la Corte ha in precedenza riconosciuto un valore indicativo alla

<sup>178</sup> Cfr. Cons. St., Ad. pl., 4 agosto 2011, n. 17.

<sup>179</sup> Cfr., sentenze 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04, *Commissione/Paesi Bassi*, Racc. pag. I-9141, punto 18 e giurisprudenza ivi citata, nonché 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione/Germania*, Racc. pag. I-8995, punto 17.

nomenclatura allegata alla direttiva del Consiglio 24 giugno 1988, 88/361/CEE, per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato [articolo abrogato dal Trattato di Amsterdam] (GU L 178, pag. 5).

Costituiscono quindi movimenti di capitali, in particolare, gli investimenti diretti, vale a dire, come emerge da tale nomenclatura e dalle relative note esplicative, gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica. Con riferimento a partecipazioni in imprese nuove o esistenti, come confermano tali note esplicative, l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli presuppone che le azioni detenute dall'azionista conferiscano a quest'ultimo, a norma delle disposizioni di legge nazionali sulle società per azioni o altrimenti, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo<sup>180</sup>.

Con riferimento a tale forma di investimenti, la Corte ha precisato che *“devono essere qualificate come «restrizioni» ai sensi dell'art. 56, n. 1, CE misure nazionali idonee a impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime”*.

Ciò posto, la Corte ha constatato che una disposizione nazionale quale l'art. 2449 del codice civile costituisce una siffatta restrizione.

L'art. 2449, infatti, consentiva agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggiore rilievo rispetto a quanto sarebbe loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti<sup>181</sup>.

Secondo la Corte *“Viene così messo a disposizione di detti azionisti pubblici uno strumento che fornisce la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là dei loro investimenti. Corrispettivamente, l'influenza degli altri azionisti può risultare ridotta rispetto ai loro investimenti”*.

Inoltre, l'art. 2449 non prevedeva alcun limite per quanto riguarda il numero degli amministratori che potevano essere direttamente nominati dallo Stato o da un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di una società per azioni.

In tal modo - fornendo agli azionisti pubblici uno strumento che permetteva loro di limitare la possibilità degli altri azionisti di partecipare alla società con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest'ultima, che avessero consentito una partecipazione effettiva alla sua gestione o al suo controllo - la normativa italiana era idonea a dissuadere gli investitori diretti di altri Stati membri dall'investire nel capitale della società<sup>182</sup>.

La Corte ricorda che la libera circolazione dei capitali può essere limitata da provvedimenti nazionali che si giustifichino per le ragioni di cui all'art. 58 Ce (oggi articolo 65 TFUE) o per motivi imperativi di interesse generale, purché non esistano misure comunitarie di armonizzazione che indichino i provvedimenti necessari a garantire la tutela di tali interessi<sup>183</sup>.

In mancanza di tale armonizzazione comunitaria, spetta in linea di principio agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela di tali legittimi interessi, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Essi non possono tuttavia farlo se non nei limiti indicati dal Trattato e, in particolare, nel rispetto del principio di proporzionalità, che richiede che le misure

<sup>180</sup> Cfr. sentenza *Commissione/Germania*, cit., punto 18 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>181</sup> Cfr., per analogia, sentenza *Commissione/Germania*, cit., punto 62.

<sup>182</sup> Cfr., in questo senso, sentenza *Commissione/Germania*, cit., punto 66.

<sup>183</sup> Cfr. sentenza *Commissione/Germania*, cit., punto 72 e giurisprudenza citata.

adottate siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento<sup>184</sup>.

A tal riguardo, la Corte rileva che, secondo i propri precedenti orientamenti, non possono essere negate le preoccupazioni che, a seconda delle circostanze, possono giustificare che gli Stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse generale o strategici<sup>185</sup>.

Tuttavia, nel caso di specie, l'art. 2449 del codice civile non sottoponeva a nessuna condizione l'inserimento nello statuto di una società per azioni di un diritto per lo Stato o per un ente pubblico che hanno partecipazioni in quest'ultima di nominare direttamente uno o più membri del consiglio di amministrazione.

Pertanto una siffatta disposizione non è stata considerata legittima.

In seguito alla pronuncia in commento, il legislatore italiano – con l'art. 13, l. n. 34/2008 (Legge comunitaria 2007) – ha inserito il nuovo art. 2449 c.c. secondo cui, tra le altre disposizioni, *“Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale”*.

Per completezza, occorre rilevare che l'art. 2450 c.c. prevedeva in aggiunta che *“Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente. Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra essi”*.

Tale articolo è stato abrogato ad effetto dell'art. 3 del d.l. n. 10/2007 (Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali), convertito con modificazioni, con l. n. 46/2007.

In particolare, l'art. 3 del d.l. n. 10/2007, nasce dall'esigenza di adeguare l'ordinamento italiano alla procedura di infrazione n. 2006/2014 con la quale la Repubblica Italiana era stata messa in mora per violazione degli artt. 56 e 43 del Trattato in materia di libera circolazione dei capitali e diritto di stabilimento.

Di qui la decisione di abrogare la disposizione, anche perché l'art. 2450 risultava comunque privo di concreta attuazione nel sistema societario. Una norma sostanzialmente inutile che, attribuendo a soggetti pubblici la possibilità di ingerirsi nella gestione e nel controllo di società di cui non sono neppure soci, contrastava con la normativa comunitaria.

Se a molti il nuovo quadro normativo nazionale è apparso in linea con le prescrizioni comunitarie<sup>186</sup>, non sono mancate autorevoli opinioni dissonanti<sup>187</sup>. A parte le incongruenze del criterio proporzionale allorché il prodotto fra la percentuale di capitale sociale e il numero degli amministratori non sia un numero intero, il criterio proporzionale potrebbe garantire al socio

<sup>184</sup> Cfr. sentenza *Commissione/Germania*, cit., punto 73 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>185</sup> Cfr. sentenza 13 maggio 2003, causa C-463/00, *Commissione/Spagna*, Racc. pag. I-4581, punto 66 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>186</sup> Cfr. in particolare: F. Ghezzi e M. Ventrone, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, pp. 668 e ss.; C. Pecoraro, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, ivi, 2009, pp. 962 e ss.

<sup>187</sup> C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"* (a cura di C. Ibba, C. Malaguti, A. Mazzoni), pp. 6 e ss.

pubblico un potere superiore a quello che normalmente è esercitabile in assemblea. La richiamata dottrina ha rilevato, infatti, che il nuovo art. 2449 rende proporzionale alla partecipazione il *diritto di nomina* e non il *diritto di voto*, assicurando al socio pubblico minoritario il diritto alla nomina di amministratori che, in base alla tradizionali norme di diritto societario, sarebbero stati appannaggio dell'assemblea e quindi dei soci di maggioranza<sup>188</sup>.

I principi comunitari della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali (art. 49 e 63 del TFUE) - strumentali all'apertura dei mercati alla concorrenza - sono stati anche più di recente richiamati dalla Corte di giustizia Ue per dichiarare l'illegittimità comunitaria dell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 332/1994, convertito in l. n. n. 474/1994<sup>189</sup>.

La normativa in questione ha previsto, per le società controllate dallo Stato e operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri servizi pubblici, una serie di diritti speciali (la cosiddetta *golden share* all'italiana) da recepire negli statuti.

Oggetto della contestazione non erano i poteri speciali in quanto tali, ma la modalità del loro esercizio, in particolare sotto il profilo della proporzionalità rispetto al fine da perseguire.

In via preliminare la Corte rileva che una normativa nazionale che non è destinata ad applicarsi esclusivamente alle partecipazioni tali da conferire una sicura influenza sulle decisioni di una società e da consentire di indirizzarne le attività ma che si applichi indipendentemente dall'entità della partecipazione detenuta da un azionista in una società, può rientrare nell'ambito di applicazione sia dell'art. 43 del Trattato Ce (oggi art. 49 del TFUE, relativo alla libertà di stabilimento), sia dell'art. 56 del Trattato Ce (oggi, art. 63 del TFUE relativo alla libera circolazione dei capitali).

Ciò premesso in via generale, nel caso di specie, la Corte ha distinto la disciplina dei poteri di opposizione dello Stato all'acquisizione di partecipazioni e alla conclusione di patti tra azionisti che rappresentino una determinata percentuale dei diritti di voto, dal potere di porre un veto a talune decisioni della società.

Innanzitutto, i poteri di opposizione (di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) e b), del decreto legge n. 332/1994) sono stati esaminati sotto il profilo sia dell'art. 43, sia dell'art. 56 del Trattato Ce. Con riferimento a quest'ultima previsione, la Corte rileva - come aveva fatto già con riferimento all'art. 2449 c.c. - che, la discrezionalità lasciata agli Stati membri è perimetrata, in particolare, dal rispetto del principio di proporzionalità.

Nel caso di specie, secondo la Corte i criteri in esame (sebbene relativi a diversi tipi di interessi generali) sono stati formulati in modo generico ed impreciso. Inoltre, l'assenza di un nesso tra tali criteri e i poteri speciali ai quali si riferiscono accentua l'incertezza in ordine alle circostanze in cui i medesimi possono essere esercitati, tenuto in particolare conto del potere discrezionale di cui dispongono le autorità nazionali per il loro esercizio, potere che la Corte di giustizia Ce considera non proporzionato.

Peraltro, la Corte ha sottolineato che la mera enunciazione di cui all'art. 1, comma 1, del decreto del DPCM 2004 - secondo cui i poteri speciali devono essere esercitati soltanto in conformità con il diritto comunitario - non può naturalmente rendere l'applicazione di siffatti criteri compatibile con quest'ultimo. Infatti, il carattere generale e astratto dei criteri non è tale da garantire che l'esercizio dei poteri speciali sarà effettuato conformemente ai requisiti di diritto comunitario. Infine, anche se l'esercizio dei poteri speciali può essere soggetto al controllo del giudice nazionale, in forza dell'art. 2, comma 1, lett. a) c), del d.l. n. 332/1994, tuttavia tale

<sup>188</sup> Cfr. C. Ibba, *op. ult. cit.*, p. 7.

<sup>189</sup> Cfr. C. giust., Sez. III, 26 marzo 2009 in causa C-326/07.

possibilità di controllo non è sufficiente, di per sé, per sanare l'incompatibilità con tali norme dei criteri di applicazione dei poteri speciali.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento all'art. 43 del Trattato Ce (oggi, art. 49 del TFUE). Infatti, poiché l'esercizio dei poteri di opposizione riguarda anche partecipazioni che conferiscono ai loro detentori il potere di esercitare una sicura influenza sulla gestione delle società considerate nonché di indirizzarne le attività, e può dunque limitare la libertà di stabilimento, la Corte ha ritenuto, per le stesse ragioni sopra esposte in relazione all'art. 56 Ce (art. 63 del TFUE), che tali criteri conferivano alle autorità italiane un potere discrezionale sproporzionato nell'esercizio dei poteri di opposizione.

Per quanto concerne, infine, i criteri sanciti dall'art. 1, comma 2, del DPCM del 2004 in relazione all'esercizio del potere di veto, sebbene tale potere possa essere esercitato soltanto in situazioni di pericolo grave ed effettivo o di emergenze sanitarie (art. 1, comma 2) per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica e di difesa (art. 1, comma 1), in mancanza di precisazioni sulle circostanze concrete che consentono di esercitare il potere in parola gli investitori non erano nelle condizioni di spaere quando tale potere di veto potesse trovare applicazione. Di conseguenza, secondo la Corte, le situazioni che consentono di esercitare il potere di veto erano potenzialmente numerose, indeterminate e indeterminabili e lasciavano, pertanto, alle autorità italiane un ampio potere discrezionale.

Inoltre, la Corte ha rilevato che anche se gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, tali esigenze, in quanto deroghe ad una libertà fondamentale, devono essere intese in senso restrittivo, in modo che la loro portata non può essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni della Comunità europea. Pertanto, l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza possono essere invocati solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Nel caso di specie italiano, il decreto del 2004 non conteneva precisazioni sulle circostanze concrete in cui può essere esercitato il potere di veto e i criteri da esso fissati non erano dunque fondati su condizioni oggettive e controllabili.

L'ordinamento nazionale si è uniformato alle prescrizioni comunitarie con il DPCM 20 maggio 2010, che ha abrogato il comma 2, dell'art. 1, del DPCM 10 giugno 2004, ridimensionando ulteriormente i poteri speciali delle società a partecipazione pubblica statale.

Nuove norme speciali - in contraddizione con la tendenza in atto al ridimensionamento della specialità - sono state introdotte dal legislatore con il decreto legge n. 21/2012 (conv. l. n. 56/2012) che ha disciplinato nuovi poteri speciali del Governo di intervenire su una vasta gamma di operazioni societarie afferenti società, infrastrutture o altri *assets* localizzati in Italia e attivi nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché dell'energia, delle comunicazioni e dei trasporti.

In realtà rispetto al passato si tratta di un intervento che appare ben calibrato sia in ordine al fondamento giustificativo, sia per la misura della specialità, strettamente necessaria al perseguimento degli obiettivi dello Stato.

Al Governo è rimesso di identificare nel dettaglio, da un lato, le specifiche attività (per quanto riguarda la difesa e la sicurezza nazionale) e *assets* (per il settore trasporti, comunicazioni e energia) interessati dalle nuove regole in commento (es. le reti di trasporto dell'energia e del gas, la rete ferroviaria nazionale, gli impianti di generazione elettrica, porti e aeroporti, ecc.), e dall'altro le norme procedurali per l'intervento del Governo.

Il Decreto introduce alcune norme quadro che appaiono di grande rilevanza per i soggetti che intendano entrare *ex novo* o espandere le proprie attività in Italia nei suddetti settori, sia per

l'ampiezza dei poteri di intervento del Governo, sia per le sanzioni previste in caso di violazione di tali norme.

In virtù del Decreto, il Governo ha il potere di condizionare a specifici impegni o misure, o addirittura vietare del tutto, una vasta gamma di operazioni e/o delibere societarie per effetto delle quali le imprese, gli *assets* o le attività strategiche interessate siano acquisite da nuovi soggetti (anche solo per una minoranza del capitale) ovvero possano risultarne influenzate, laddove tali operazioni e/o delibere, una volta poste in essere, possano costituire una minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi essenziali del paese. Con specifico riferimento ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni il veto assoluto alla prospettata operazione sarà possibile solo ove detta situazione di minaccia effettiva sia "eccezionale".

Nell'esercitare i propri poteri il Governo dovrà valutare, nel rispetto dei principi fondamentali di proporzionalità e ragionevolezza, la sussistenza di rischi concreti per la difesa e la sicurezza nazionale ovvero, nel caso dei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, per la sicurezza e il buon funzionamento delle reti e degli impianti interessati o per la continuità degli approvvigionamenti da parte di imprese e cittadini italiani. Per tale valutazione rileverà *inter alia* l'identità del soggetto acquirente, il suo piano di gestione e sviluppo degli *assets* interessati, nonché i suoi eventuali legami con organizzazioni criminali o terroristiche o con i c.d. "Stati canaglia".

Per permettere tale valutazione, i soggetti coinvolti nelle suddette operazioni sono tenuti a notificare al Governo i progetti di delibere, contratti o decisioni rilevanti almeno 10 giorni prima della loro adozione e/o sottoscrizione. Effettuata tale notifica, il Governo potrà chiedere ulteriori informazioni o documenti e dovrà emettere la propria decisione (eventualmente anche di autorizzazione incondizionata) entro al massimo 25 giorni, periodo durante il quale l'operazione notificata non potrà essere realizzata ovvero i diritti di voto esercitati. Il Decreto prevede sanzioni molto gravi in caso di violazioni di tale obbligo di notifica: in primo luogo, la nullità *ex lege* di tali delibere, contratti o decisioni; in secondo luogo, alle imprese responsabili della violazione potrà essere imposta un'ammenda fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'1% del fatturato realizzato da ciascuna impresa interessata nell'ultimo esercizio finanziario.

Il Decreto riveste senz'altro una grande importanza per il mercato italiano e le gravi sanzioni previste suggeriscono di adottare particolare cautela in relazione agli obblighi di notifica previsti. In termini più generali sembra che il legislatore italiano abbia appreso la "lezione" del giudice comunitario del passato, contornando l'esercizio dei nuovi poteri speciali di stringenti limiti, sia con riferimento agli ambiti materiali di operatività delle norme sia con riguardo alla modalità di esercizio di tali poteri in omaggio al principio di proporzionalità.

#### **10.4. La contropinta al diritto comune: la responsabilità per illeciti amministrativi dipendenti da reato**

Con la sentenza n. 28699 del 21 luglio 2010 la Corte di Cassazione, Sez. II Penale, si è pronunciata sull'applicabilità alle società a partecipazione pubblica del d.lgs n. 231/2001, sulla responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato<sup>190</sup>. Il ricorso sottoposto alla

---

<sup>190</sup> Sul decreto legislativo n. 231/2001, cfr. circolare Assonime n. 68/2002 e *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo n. 231/2001*, maggio 2008. Il tema della responsabilità della società per illeciti amministrativi dipendenti da reato non va confuso con il tema della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, del quale ci si occuperà nel paragrafo successivo.

Corte riguardava l'applicabilità della disciplina a un ospedale specializzato interregionale che opera in forma di società per azioni partecipata al 51% da capitale pubblico e al 49% da capitale privato.

L'analisi della Corte di Cassazione si incentra sull'ambito soggettivo di applicazione della disciplina come definito dall'articolo 1 del d.lgs n. 231/2001. In base a tale articolo, le disposizioni sulla responsabilità dell'ente per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio si applicano agli enti forniti di personalità giuridica, alle società e alle associazioni, anche prive di personalità giuridica; sono esclusi dall'ambito di applicazione solo lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici. Secondo la Corte di Cassazione, *"il tenore testuale della norma è inequivocabile nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso"*, dovendo ricorrere anche la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica.

La Corte di Cassazione osserva che la condizione dell'assenza di attività economica è *"contraddetta dalla veste stessa di società per azioni"*: ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili (articolo 2247 del codice civile), a prescindere da quella che sarà poi la loro destinazione.

Non è stato accolto l'ulteriore argomento secondo il quale la società a partecipazione pubblica, in ragione dell'attività espletata nel settore sanitario, sarebbe stata esonerata dall'applicazione del d.lgs n. 231/2001 in quanto ente chiamato a svolgere funzioni di rilievo costituzionale. Secondo la Cassazione, infatti, supporre che per l'esonero dal d.lgs n. 231/2001 basti la mera rilevanza costituzionale di uno dei valori coinvolti nella funzione dell'ente *"è opzione interpretativa che condurrebbe all'aberrante conclusione di escludere dalla portata applicativa della disciplina un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore sanitario, ma in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene del lavoro, della tutela ambientale e del patrimonio storico e artistico, dell'istruzione, della ricerca scientifica, del risparmio e via enumerando valori (e non 'funzioni') di rango costituzionale"*.

L'orientamento riportato, con le stesse fondamentali argomentative, è stato ribadito dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 234/2011 dove il soggetto coinvolto era la società Ennauno S.p.A. (ente che svolge le funzioni di ATO).

In particolare la Corte di cassazione ribadisce che la *ratio* dell'esenzione è quella di escludere dall'applicazione delle misure cautelari e delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001 enti non solo pubblici, ma che svolgano funzioni non economiche, istituzionalmente rilevanti, sotto profilo dell'assetto costituzionale dello Stato amministrazione. In questo caso, infatti, verrebbero in considerazione ragioni dirimenti che traggono la loro origine dalla necessità di evitare la sospensione di funzioni essenziali nel quadro degli equilibri dell'organizzazione costituzionale del Paese. Secondo la Corte, nella fattispecie in esame tuttavia proprio la preminente, se non esclusiva, attività di impresa che deve essere riconosciuta alla Società Ennauno s.p.a. non può essere messa in dubbio dallo svolgimento di una attività, che ha sicuramente ricadute indirette su beni costituzionalmente garantiti, quali ad esempio il diritto alla salute (art. 32 cost.), il diritto all'ambiente (art. 9 cost.), ma che innanzitutto si caratterizza per una attività e per un servizio che, per statuto, sono impostati su criteri di economicità, ravvisabili nella tendenziale equiparazione tra i costi ed i ricavi, per consentire la totale copertura dei costi della gestione integrata ed integrale del ciclo dei rifiuti.

In definitiva, secondo la Corte l'attribuzione di funzioni di rilevanza costituzionale, quali sono riconosciute agli enti pubblici territoriali, come i comuni, non possono tralaticciamente essere riconosciute a soggetti che hanno la struttura di una società per azioni, in cui la funzione di realizzare un utile economico, è comunque un dato caratterizzante la loro costituzione.

### **10.5. La contropinta al diritto comune: il ridimensionamento della responsabilità erariale per gli amministratori delle società pubbliche**

Nel nostro ordinamento la Corte dei conti ha giurisdizione "*nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*" (art. 103, comma 2, Cost.). Tra le ipotesi legislativamente attribuite alla sua giurisdizione v'è la responsabilità per danni arrecati all'erario da funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni<sup>191</sup>.

In passato, in base alle norme vigenti, la responsabilità per danno erariale poteva sorgere solo per i danni provocati alle amministrazioni di provenienza da pubblici funzionari nell'esercizio delle proprie funzioni<sup>192</sup>.

Dal 1994 si è avuta un'estensione anche ai danni causati ad altre amministrazioni<sup>193</sup>. Queste ultime previsioni hanno configurato un'ipotesi di responsabilità amministrativa anche in assenza di un rapporto di servizio con l'ente danneggiato<sup>194</sup>.

Via via la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte dei conti ha ampliato l'ambito della responsabilità dai funzionari operanti negli apparati pubblici di tipo tradizionale agli amministratori e dirigenti di enti pubblici economici e di società pubbliche, anche aperte al capitale privato, nell'ambito della normale attività d'impresa. Ha perso così rilevanza la natura formalmente pubblica o privata vuoi dell'ente, vuoi dell'attività. Basta cioè che esista un qualche collegamento funzionale tra l'attività dell'ente e un'amministrazione, anche solo sottoforma di gestione di risorse riferibili direttamente o, come accade per le partecipazioni pubbliche in società, indirettamente dall'erario.

La Corte di cassazione ha ritenuto dirimente ai fini dell'estensione della giurisdizione contabile la circostanza che l'evento dannoso si sia verificato a carico della pubblica amministrazione, piuttosto che "*il quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno*"<sup>195</sup>. E' stata assunta, come elemento centrale per la valutazione della tipologia di responsabilità, la natura del patrimonio che subisce il danno. Se il patrimonio è pubblico, il danno ad esso arrecato consente di configurare una responsabilità amministrativa e deve quindi essere sottoposto alla giurisdizione contabile<sup>196</sup>.

Questi indirizzi perseguivano un fine virtuoso: evitare che attraverso privatizzazioni solo formali o esternalizzazioni di attività amministrative si potessero eludere i vincoli e le responsabilità derivanti dallo statuto pubblicistico. Da qui l'impostazione "sostanzialistica" adottata, secondo la quale un soggetto in qualche modo pubblico svolge attività amministrativa anche quando "*persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato*"<sup>197</sup>.

<sup>191</sup> Art. 12 del d.r. n. 1214/1934.

<sup>192</sup> Cass. civ. sez. un., n. 1282/1982.

<sup>193</sup> Art. 1, comma 4, l. n. 20/1994, in base al quale "*la Corte dei Conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza*".

<sup>194</sup> Per una ricostruzione cfr. Cfr. Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, disponibile sul sito [www.assonime.it](http://www.assonime.it) nella sezione Note e studi.

<sup>195</sup> Cfr. C. cass., sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973.

<sup>196</sup> Cfr. per una ricostruzione Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, disponibile sul sito [www.assonime.it](http://www.assonime.it) nella sezione Note e studi. Sul tema, cfr. anche L. Turchia, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Note e studi Assonime, n. 8/2009 e M. P. Chiti, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, Note e studi Assonime n. 10/2009.

<sup>197</sup> C. cass., sez. un., n. 2003/19667.

Ma qui emergeva un paradosso per le società pubbliche. Gli amministratori potevano essere chiamati a rispondere due volte per i danni causati alla società: in seguito all'azione di responsabilità deliberata in particolare dall'assemblea, oppure all'iniziativa della procura della Corte dei Conti. Oltretutto, come osserva la sentenza n. 26806/2009 delle Sezioni Unite – che ha fatto il punto sulla questione - i presupposti delle due responsabilità sono diversi e mancano regole di coordinamento.

La sentenza n. 26806/2009 è intervenuta restringendo l'ambito della responsabilità per danno erariale innanzi alla Corte dei Conti e ponendo così freno alla tendenza espansiva degli ultimi anni. La Suprema Corte ha infatti chiarito che gli amministratori rispondono per i danni causati alla società solo sulla base del diritto comune. Per quelli invece riferibili direttamente al socio pubblico (per esempio il danno all'immagine) continua a valere la responsabilità amministrativa. La sentenza assoggetta dunque alle regole del diritto comune quasi tutte le società pubbliche.

Alla base di tale conclusione v'è un ragionamento più generale che riguarda la natura giuridica della società a partecipazione pubblica e le sue caratteristiche patrimoniali rispetto al socio pubblico.

Secondo la Cassazione, le società di diritto privato partecipate da un soggetto pubblico non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico. I diritti e gli obblighi dei componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica, anche quando designati direttamente dal socio pubblico, sono gli stessi di quelli esistenti per gli amministratori e gli organi di controllo di qualsiasi società privata, anche per quanto attiene al regime di responsabilità. La Cassazione ha sottolineato, al riguardo, che *“il danno inferto dagli organi sociali della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei Conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci – pubblici o privati – i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale”*.

La distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio privato dell'ente. Il danno al patrimonio della società è sicuramente destinato a ripercuotersi anche sui soci, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della loro quota di partecipazione, ma il sistema del diritto societario impone di distinguere in modo netto i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il solo riflesso di danni sofferti dalla società. La legittimazione a dolersi dei primi spetta unicamente al socio, mentre il risarcimento dei danni sociali spetta alla società e il socio ne usufruisce solo indirettamente, così come indirettamente si è prodotto il suo pregiudizio.

Peraltro, la Cassazione osserva che l'esclusione della giurisdizione della Corte dei Conti per l'azione di risarcimento dei danni causati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico non provoca il rischio di una lacuna nella tutela dell'interesse pubblico coinvolto in questa situazione. Nella disciplina della società per azioni, e ancora di più in quella della società a responsabilità limitata, non solo l'assemblea ma anche una minoranza dei soci (o il singolo socio nella società a responsabilità limitata) possono proporre l'azione di responsabilità contro gli

amministratori, secondo le norme del codice civile<sup>198</sup>. Pertanto il socio pubblico è in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio di tali azioni civilistiche. Anzi, osserva la Corte, qualora l'azionista pubblico ometta di promuovere l'azione di responsabilità sociale dinanzi al giudice civile in caso di danno alla società causato dagli amministratori e l'ente pubblico subisca per questo un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della sua partecipazione, è prospettabile l'azione del procuratore contabile *"nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione"*.

Come ha chiarito un'ordinanza della Cassazione quasi coeva (SU 22 dicembre 2009 n. 27092), le regole sulla responsabilità amministrativa valgono solo per le società disciplinate da leggi speciali contenenti tali e tante deroghe al diritto comune da renderle assimilabili, in realtà, a un'amministrazione pubblica (nel caso di specie, la Rai). Solo in questi casi specifici, il danno cagionato alla società dai suoi agenti è qualificabile come danno erariale e pertanto assoggettato all'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile.

La sentenza n. 26806/2009 contiene una precisazione importante. Potranno rispondere per danno erariale, in luogo degli amministratori delle società, i funzionari pubblici che hanno la disponibilità delle azioni e dei diritti di voto nelle società pubbliche e che, in presenza di un danno alla società, non hanno promosso l'azione di responsabilità di diritto comune. Su di essi grava dunque, come sembra giusto, un compito di vigilanza rafforzato sull'operato degli amministratori di società nelle quali lo Stato o altri enti pubblici hanno immesso danaro proveniente dall'erario.

## **11. Le norme sulla *spending review* tra tutela della concorrenza e moralizzazione**

L'art. 4 del d.l. n. 95/2012 (cd. *spending review*) è dedicato alla *"Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche"*. La legge di conversione n. 135/2012 ha aggiunto tra le finalità generali dell'intervento legislativo l'introduzione di *"misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario"*.

Si può notare una certa eterogeneità tra le singole prescrizioni contenute nei 14 commi dell'art. 4, d.l. n. 95/2012.

Un primo profilo di eterogeneità è dato dal fatto che alcune disposizioni non riguardano direttamente le società a partecipazione pubblica. Il provvedimento legislativo sembra, infatti, procedere ad una razionalizzazione più generale delle attività strumentali alla pubblica amministrazione rese anche da enti di diritto privato che non hanno la forma societaria<sup>199</sup>.

Un secondo profilo di eterogeneità riguarda le società a partecipazione pubblica. Le principali disposizioni si riferiscono - tra queste - a quelle che oggettivamente svolgono attività a favore della pubblica amministrazione e, quindi, hanno carattere strumentale. Altre si riferiscono più generalmente a tutte le società a partecipazione pubblica e, dunque, anche quelle che oggettivamente svolgono attività di impresa sul mercato o erogano servizi di interesse generale.

<sup>198</sup> Articolo 2393-bis del codice civile per le società per azioni e articolo 2476, terzo comma, per le società a responsabilità limitata.

<sup>199</sup> In particolare il comma 6 riguarda i rapporti tra le pubbliche amministrazioni e gli enti di diritto privato regolati dagli artt. 13 e ss. del codice civile. Altre disposizioni prevedono - generalmente per conservare l'attuale posizioni di favore - deroghe all'applicazione delle nuove disposizioni restrittive (comma 7 e 8).

In quest'ultimo ambito, va segnalata la disposizione secondo cui le disposizioni dell'art. 4 e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.

Dal punto di vista sostanziale, la norma non ha una significata portata innovativa, essendo il principio espressione di una consolidata volontà del legislatore riconducibile come si è visto (v. *supra* par. 6) già alla relazione ministeriale al codice civile.

Dal punto di vista formale, la disposizione ha un carattere così generale da apparire disomogenea rispetto alle altre previsioni più dettagliate e, inoltre, viene inserita - in modo scoordinato - nel comma dedicato all'ambito di applicazione dell'art. 4. La disposizione - anche ammettendone una qualche utilità - avrebbe meritato una collocazione più scolpita e autonoma.

Passando all'analisi concreta delle disposizioni, al fine di misurarne l'impatto concreto è necessario avviare l'analisi dal loro ambito di applicazione. Da questo punto di vista l'art. 4 in esame presenta una peculiarità. Per un verso, sono previste, alcune ipotesi ai quali non si applica l'intero art. 4 (comma 13) e, per altro, verso sono previste ipotesi specifiche alle quali non si applicano singoli commi o disposizioni dello stesso art. 4 (comma 6-bis).

In queste battute preliminari è utile soffermarsi sulle deroghe integrali di cui al richiamato comma 13, rinviando al seguito dell'analisi le deroghe ai singoli commi o disposizioni.

Tra le società escluse dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni figurano le società quotate e le loro controllate (comma 13), rispecchiando tale scelta la tendenza legislativa di questi ultimi anni di riservare un trattamento privilegiato a tali società (v. *supra supra* par. 7 e 10).

Hanno carattere specifico e non riconducibile ad un unico disegno teleologico le deroghe che si riferiscono alle società per azioni a totale partecipazione pubblica autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio e, in modo più specifico, ad alcuni organismi consultivi operanti nell'area del Ministero dell'economia e delle finanze (comma 13)<sup>200</sup>.

Quanto ai contenuti delle singole disposizioni, si può dire che ne esce tendenzialmente confermata la validità - ai fini conoscitivi e interpretativi - della razionalizzazione normativa proposta nei paragrafi precedenti, pur con quale novità di metodo da parte del legislatore.

In particolare, facendo perno sulle tre direttrici legislative di cui si è parlato, alcune disposizioni dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012 sono incasellabili nella direttrice della tutela della concorrenza e si concretizzano nel suo effetto tipico di porre limiti a monte all'esistenza stessa della società a partecipazione pubblica e al loro ambito di operatività.

In questo ambito, il comma 7 esplicita chiaramente la sua *ratio* stabilendo che "*al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale*" dal 1° gennaio 2014, le pubbliche amministrazioni e i soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività "*mediante le procedure concorrenziali previste dallo stesso Codice dei contratti pubblici*".

Sono escluse dalla regola generale dell'affidamento tramite gara a terzi, i beni e i servizi offerti sulla base delle "convenzioni" previste dalla legge da enti di diritto privato non societario (associazioni di promozione sociale, organismi di volontariato, cooperative sociali e organismi non

---

<sup>200</sup> Si tratta della Commissione consultiva per le infrazioni valutarie ed antiriciclaggio; Commissione per l'esame delle istanze di indennizzi e contributi relative alle perdite subite dai cittadini italiani nei territori ceduti alla Jugoslavia, nella Zona B dell'ex territorio libero di Trieste, nelle ex Colonie ed in altri Paesi; Consiglio tecnico-scientifico degli esperti (art. 1, 2 e 3, d.P.R. n. 114/2007).

governativi) che operano per finalità sociali e solidaristiche. Più che una deroga all'affidamento con gara, si tratta di una perimetrazione dell'ambito di applicazione della disposizione, dalla quale il legislatore esclude le attività strumentali svolte per finalità non economiche.

Una deroga in senso stretto è contenuta nel comma 8, secondo cui in deroga alla regola della gara, è possibile procedere all'affidamento diretto solo a favore delle società *in house* - come configurate dall'ordinamento comunitario in ordine al "controllo analogo" e all'attività "prevalente" - a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui (comma 8).

Si tratta di un irrigidimento pro concorrenziale rispetto al modello comunitario che, invece, consente più facilmente il ricorso all'*in house*, senza limiti di ordine quantitativo. La Corte costituzionale ha già ritenuto la legittimità di siffatte disposizioni affermando che il legislatore nazionale ha un certo "margine di apprezzamento" nello stabilire regole pro concorrenziali più severe rispetto a quelle minime e indefettibili fissate direttamente a livello comunitario<sup>201</sup>.

Il limite quantitativo riprende quello che di recente era stato introdotto agli affidamenti *in house* dei servizi pubblici locali<sup>202</sup>. Tuttavia, la Corte costituzionale con la sentenza già citata n. 199/2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 4 del d.l. n. 138/2011 che conteneva la suddetta norma, con la conseguenza anomala rispetto alla tendenza degli ultimi anni che la disciplina dei servizi pubblici locali - salvo successivi interventi del legislatore, che comunque ha le mani legate dal vincolo referendario - è più permissiva rispetto a quella sugli affidamenti dei servizi strumentali.

Un primo profilo di analisi riguarda il rapporto tra il divieto in esame e i precedenti divieti introdotti dal legislatore negli anni scorsi, rispondenti alla medesima *ratio* (art. 13 del d.l. n. 223/2006 e art. 3, commi 27 e ss., l. 244/2007- finanziaria 2008) o, comunque, aventi lo stesso effetto anche se non esattamente la medesima *ratio* (art. 14, comma 32, d.l. n. 78/2010).

L'art. 13 del d.l. n. 223/2006 - che si applica alle sole società regionali o locali - non vieta, né limita la costituzione di società strumentali, ma le obbliga ad operare con l'ente costituente. In questi ambiti territoriali, dunque, ad oggi dovrebbero trovarsi solo società strumentali operanti con gli enti costituenti e non sul mercato: si tratta di modelli "in house" più drastici di quelli prefigurati a livello comunitario, dove viene ammessa un'attività sul mercato, sia pure marginale. Rispetto a questa norma, le disposizioni sulla *spending review* appena esaminate mantengono una certa importanza. Infatti, oltre al più generale ambito di applicazione, riducono la possibilità di affidamenti *in house* al di sotto di una determinata soglia economica (200.000 €) che, invece, nell'art. 13 del d.l. n. 223/2006 è tendenzialmente libera.

Meno significativo è l'impatto delle nuove disposizioni se si raffrontano con gli effetti dell'art. 3, commi 27 e ss. della l. n. 244/2007 (finanziaria 2008). Quest'ultima disposizione ha un ambito di applicazione generale che coincide con quello delle nuove disposizioni. Queste ultime, come l'art. 3, si applicano alle "pubbliche amministrazioni" di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 165/2001 con l'aggiunta di alcuni soggetti (stazioni appaltanti, soggetti aggiudicatori, enti aggiudicatori) che già sono soggetti all'obbligo della gara in base alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici. Sul piano oggettivo del contenuto delle prescrizioni, l'art. 3 è ancora più severo perché vieta del tutto la costituzione di nuove società o il mantenimento delle partecipazioni, a differenza delle nuove disposizioni che consentono - sia pure marginalmente - il ricorso all'*in house*. D'altronde, che le società strumentali siano comprese nell'ambito di applicazione dell'art. 3 - non essendo strettamente

<sup>201</sup> Cfr. C. cost., n. 325/2010 che - in materia di servizi pubblici locali - aveva affermato la legittimità costituzionale dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008.

<sup>202</sup> Art. 4 del d.l. n. 138/2011 come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b), n. 5 del d.l. n. 1/2012.

necessarie al perseguimento di finalità istituzionali della pubblica amministrazione - è stato espressamente confermato dalla Corte dei conti (v. *supra* par. 7.2.).

Anche rispetto all'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, le nuove disposizioni tendono - sia pure in misura minore rispetto all'art. 3 della l. n. 244/2007, finanziaria 2008 - a sovrapporsi. E' vero che la prima ha una portata soggettiva limitata ai soli Comuni di determinate dimensioni e non ha, dunque, carattere generale come le nuove disposizioni, ma in relazione a tale ambito la norma impedisce totalmente - se non per circoscritte eccezioni - la costituzione e la partecipazione in società pubbliche anche a carattere strumentale.

Si può ritenere, in definitiva, che in concreto la portata precettiva delle nuove disposizioni sulla *spending review* sia in gran parte prosciugata dalle norme già in vigore nel nostro ordinamento.

Un secondo profilo problematico da risolvere in via interpretativa riguarda l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della norma dalle pubbliche amministrazioni tradizionali ai soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici, compresi gli "enti aggiudicatori" ai quali si applica la parte III del Codice sui "settori speciali". Si è detto che per questi soggetti già il Codice prevede l'obbligo della gara e, dunque, le nuove disposizioni hanno anche su questo versante una portata innovativa limitata. Tuttavia, il problema si pone con riferimento alle deroghe al principio della gara.

Infatti, rispetto a questi enti e ai settori speciali l'art. 218, commi 2 e 3, del Codice dei contratti pubblici - che per questo aspetto recepisce una disposizione immediatamente cogente della direttiva 17/2004/Ce (l'art. 23) - consente affidamenti infragruppo senza gara alle società "controllate" a condizione che nel triennio precedente la società controllata abbia conseguito a favore della controllata un fatturato di almeno l'80%.

Si tratta di una previsione particolare che consente l'affidamento diretto di un appalto a condizioni più favorevoli rispetto all'*in house* tradizionale. In particolare è richiesto il semplice "controllo" e non il controllo "analogo" a quello esercitato sui propri uffici e inoltre è richiesto un fatturato triennale pari all'80% che è tendenzialmente meno impegnativo del concetto di attività "prevalente". La differente disciplina si spiega con la diversità di *ratio* degli istituti: l'*in house* è un istituto generale che - alle condizioni previste - non configura un rapporto bilaterale, ma una riorganizzazione interna alla pubblica amministrazione; l'appalto infragruppo è una misura eccezionale di favore che consente la realizzazione di un rapporto giuridico bilaterale senza la necessità di esperire una procedura ad evidenza pubblica<sup>203</sup>.

Così inquadrato il fenomeno, è evidente il rischio che le nuove disposizioni sulla *spending review* possano essere lette in senso abrogativo dell'art. 218, commi 2 e 3, del Codice dei contratti pubblici, visto che tra la gara e l'affidamento *in house* (peraltro limitato agli affidamenti di valore

---

<sup>203</sup> Cfr. S. Cadeddu e S. Fienga, *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. Clarich), p. 1025, secondo cui l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici (che riprende l'art. 23 della direttiva 2004/17/Ce) ha il suo antecedente storico nell'art. 13, direttiva 93/38/Cee (che si applicava ai soli servizi) e ha la finalità di favorire la gestione di appalti strumentali all'interno di gruppi industriali. Si tratta di un'esenzione che è precedente e distinta dalla nozione di *in house providing* introdotta per la prima volta nel 1998 dalla Commissione con riferimento ad appalti "aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una amministrazione ed una società interamente controllata" sulla quale si è poi soffermata, come si è detto, la Corte di giustizia. Infatti, mentre l'esenzione prevista dal Codice dei contratti pubblici mira a semplificare la gestione delle attività strumentali dei gruppi privati in mano pubblica che gestiscono servizi pubblici, facilitando l'organizzazione delle attività strumentali (es. pulizia, manutenzione, gestione immobiliare, ecc.) rispetto al servizio principale (esempio distribuzione gas), essa non ha lo scopo di disciplinare modalità organizzative della gestione di tale attività principale da parte di soggetti pubblici né di consentire l'affidamento dell'intera gestione del servizio a un soggetto distinto.

inferiore a 200.000 euro) non vi sarebbe altra alternativa. Questa soluzione sarebbe, però di dubbia legittimità comunitaria poiché la previsione dell'art. 218, commi 2 e 3, è direttamente prevista dall'art. 23 della direttiva 17/2004/Ce. Non si tratta, dunque, di un minimo indefettibile che può essere reso più severo dal legislatore e quindi disapplicato, ma di una precisa regola che si impone agli Stati membri.

Per giungere ad una diversa conclusione si dovrebbe ritenere, dunque, che il riferimento delle nuove disposizioni all'obbligo di affidare i beni e i servizi strumentali "*mediante le procedure concorrenziali previste dallo stesso Codice dei contratti pubblici*" (art. 4, comma 7, d.l. n. 95/2012) non sia limitato alle sole procedure ad evidenza pubblica in esso previste (procedura aperta, ristretta, negoziata, ecc.), ma si riferisca anche alle deroghe a tali procedura già reputate compatibili con il disegno pro concorrenziale del Codice.

Il nuovo regime degli affidamenti di beni e servizi strumentali prevede anche una norma transitoria che si riferisce a due situazioni.

In primo luogo, sono fatti salvi - fino alla scadenza naturale e comunque al massimo fino 31 dicembre 2014 - tutti gli affidamenti in essere (comma 8, penultimo periodo).

In secondo luogo, sono altresì fatti salvi - senza limiti temporali - le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il cui valore complessivo sia pari o inferiore a 200.000 euro, a patto che riguardino alcuni enti che operano per finalità solidaristiche o di promozione sociale (comma 8, ultimo periodo).

La costruzione del periodo transitorio effettuata dal legislatore presenta alcuni profili di irragionevolezza, sia nel merito che per tecnica normativa.

Tradizionalmente, i regimi transitori mirano a smantellare gradualmente le situazioni pregresse che non sono più compatibili con le nuove disposizioni a regime. Non vengono, invece, incise le situazioni pregresse che sono compatibili con il nuovo regime, le quali durano fino alla scadenza naturale<sup>204</sup>.

Nel caso di specie potrebbero essere pregiudicate proprio queste ultime situazioni pregresse. Infatti, la norma a regime prevede la possibilità di affidamento *in house* in tutti i casi in cui il valore dell'affidamento sia pari o inferiore a 200.000 euro annui e sempre che siano rispettati i requisiti comunitari del "controllo analogo" e dell'attività "prevalente". Ebbene, la norma transitoria, anziché salvaguardare tutte tali situazioni pregresse, scrimina solo gli affidamenti del valore indicato che siano stati disposti a favore di enti con finalità solidaristiche e di promozione sociale.

Inoltre, a primo acchito, vi sarebbe un secondo profilo di irragionevolezza. Come già ricordato sono salvaguardati fino a scadenza naturale gli affidamenti ad alcuni enti aventi finalità solidaristiche e di promozione sociale il cui valore sia pari o inferiore a 200.000 euro.

Orbene, in primo luogo, la norma transitoria sembrerebbe in contraddizione con la regola generale che esenta del tutto le attività rese da tali associazioni dall'ambito di applicazione delle nuove norme a regime. Pertanto anche per gli affidamenti al di sopra dei 200.000 euro non si porrebbe un problema di cessazione anticipata. Peraltro tra gli enti soggetti alla norma transitoria vi sono le associazioni sportive dilettantistiche che non figurano, invece, nell'esenzione generale.

Si potrebbe ritenere, in alternativa, che la deroga riguardi l'attività di tali enti resa al di fuori delle specifiche convenzioni, che in base al comma precedente giustificano una esenzione generale.

---

<sup>204</sup> Per un esempio concreto si può richiamare la disciplina transitoria di cui all'art. 4 del d.l. n. 138/2011 sui servizi pubblici locali e, prima, sempre nella stessa materia, l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, la cui disciplina transitoria era passata indenne dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 325/2010. Tali disposizioni sono oggi abrogate per effetto della pronuncia della Corte costituzionale n. 199/2012 ma per ragioni diverse dalla loro ragionevolezza.

Anche questa lettura sarebbe, comunque, incompatibile con la regola posta in precedenza o, comunque, è stata scritta male. Infatti, la regola prevede l'affidamento diretto in base al valore dell'affidamento (200.000 euro) e i requisiti comunitari sull'*in house* ("controllo analogo" e "attività prevalente"). Il regime transitorio prende in considerazione solo il criterio economico e, invece, in luogo dei criteri comunitari sull'*in house* prende in considerazione la particolare finalità perseguita da determinati enti. Il risultato potrebbe, dunque, essere comunque l'irragionevolezza della norma.

Correlate alle disposizioni di cui ai commi 7 e 8, sono le previsioni contenute nel comma 1 dello stesso d.l. n. 95/2012, che impone lo scioglimento al 31 dicembre 2013 (il giorno prima dell'entrata in vigore del già esaminato nuovo regime degli affidamenti strumentali) di quelle società a partecipazione pubblica che nell'anno 2011 hanno conseguito un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% rispetto all'intero fatturato. In alternativa alla liquidazione ne è prevista la privatizzazione con gara contestuale affidamento quinquennale del servizio.

Tali previsioni potrebbero essere lette come propedeutiche all'entrata in vigore del nuovo regime già esaminato e, dunque, come una sorta di regime transitorio. In effetti la liquidazione delle società soggette al vecchio regime o, in alternativa, la privatizzazione è una caratteristica tipica dei regimi transitori, come è avvenuto nei servizi pubblici locali (v. da ultimo art. 4 d.l. n. 138/2011).

Tuttavia una siffatta lettura sarebbe, in primo luogo, smentita dal confronto con le disposizioni a regime che sono state già esaminate, le quali già prevedono un proprio regime transitorio.

In secondo luogo, i criteri che vengono posti alla base della disciplina restrittiva contenuta nel comma 1, rispetto a quelle contenute nei commi 7 e 8, sono in gran parte eterogenei.

Le società strumentali colpite dalle misure restrittive più immediate (scioglimento entro il 31 dicembre 2013 o privatizzazione) sono società *in house* che erogano servizi con fatturato conseguito nel 2011 a favore della pubblica amministrazione controllante superiore al 90%. Sono colpite, dunque, le società che pur essendo in regola con i requisiti comunitari del "controllo analogo" e dell'attività "prevalente" presentano quel determinato dato di fatturato.

Le società strumentali prese in considerazione dal già esaminato comma 8 che non saranno ammesse dal 1° gennaio 2014 sono quelle che prestano anche *beni* e non solo servizi, che non rispettano i requisiti comunitari sull'*in house* o comunque, a prescindere dalla sussistenza dei requisiti comunitari sull'*in house*, quando l'affidamento di cui si tratti abbia valore superiore a 200.000 euro.

A dimostrazione della diversità di prospettiva, lo stesso legislatore stabilisce che le società non liquidate o privatizzate entro le date prescritte dal comma 1, non potranno ottenere in modo assoluto affidamenti diretti, neanche alle esaminate condizioni previste dal comma 8 (il comma 2 che stabilisce il divieto di affidamento diretto non richiama a sua deroga il comma 8).

Si deve concludere che al comma 1 il legislatore ha inteso porre una diversa misura restrittiva per le società strumentali *in house* che già operano, individuando il dato del fatturato superiore al 90% come peculiarità negativa.

La *ratio* della disposizione sarebbe da ricercare, come suggerisce la rubrica dell'articolo e più in generale il senso dell'intero provvedimento legislativo nell'esigenza di riduzione dei costi e degli sprechi afferenti alla sfera pubblica. Sarebbe, dunque, l'ennesimo intervento del legislatore in una delle tre direttrici che hanno caratterizzato la disciplina delle società a partecipazione pubblica negli ultimi anni, ossia la moralizzazione del fenomeno.

Non emerge in modo immediato, invece, la finalità pro concorrenziale. Infatti, tale finalità, oltre a non essere dichiarata come accade, invece, al già esaminato comma 7, è anche impercettibile per come il legislatore ha costruito la previsione basandola sul dato specifico di fatturato al 2011.

D'altronde, ragionando in termini di tutela della concorrenza, rispetto al modello comunitario, il fatturato superiore al 90% dovrebbe essere un dato pro concorrenziale più auspicabile, visto che in luogo della "prevalenza" comunitaria si sostituirebbe un concetto di tendenziale "esclusività" con esclusione di ogni interferenza della società su altri mercati soggetti alla competizione con i privati.

Tuttavia è innegabile che una disposizione di questo tipo nel ridimensionare sin da subito le società *in house* strumentali, apre la strada alla competizione tra privati per l'aggiudicazione del servizio e, dunque, alla concorrenza.

La prova della valenza anche pro concorrenziale della disposizione è confermata dalla previsione, tra le altre, di una particolare causa di esclusione. In particolare la norma non si applica quando, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato.

La causa di esclusione riprende la previsione contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 (di recente dichiarato incostituzionale per contrasto con la volontà popolare come espressa dall'esito del referendum di giugno 2011 che aveva determinato l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008). In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, predispone un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Agcm e del mercato per l'acquisizione del parere "*vincolante*", da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione. Rispetto al modello di riferimento costituito dai servizi pubblici locali spicca il carattere vincolato del parere dell'Agcm.

L'effetto della norma esaminata è quello di vietare l'operatività della società a partecipazione pubblica strumentale. Tale effetto è riconducibile a quello generale di limitare la capacità d'agire attraverso limiti alla costituzione o all'attività ed è tipico della direttrice definita nel presente contributo come pro concorrenziale. Peraltro, si è già visto che negli ultimi tempi<sup>205</sup> - e la disposizione in esame lo confermerebbe - l'effetto tipico della direttrice legislativa pro concorrenziale è stato prodotto anche dalla direttrice legislativa della "moralizzazione", che di solito, invece, incide solo sull'ordinamento della società con l'introduzione di norme speciali di funzionamento.

L'ambito di applicazione della disposizione è stato ridimensionato in modo significativo dalla legge di conversione.

A parte la già ricordata causa di esclusione relativa all'inutilità del ricorso al mercato, il comma 1 del d.l. n. 95/2012 non si applica alle società che erogano servizi di interesse generale, anche a rilevanza economica<sup>206</sup> e alle società che svolgono compiti in prevalenza di centrale di committenza. Esenzioni di questo tipo sono già presenti negli interventi legislativi degli ultimi anni<sup>207</sup>.

Inoltre, vengono escluse dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni importanti società strumentali. Alcune (la Sogei e la Consip) vengono escluse direttamente dal legislatore quasi nominativamente<sup>208</sup>. Per altre, invece, vengono indicati i criteri (esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati, nonché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo) che guideranno le ulteriori esclusioni da individuare concretamente con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare su

<sup>205</sup> Cfr., in particolare, con l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010

<sup>206</sup> Come chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 325/2010 si tratta del concetto comunitario omologo a quello interno: servizi pubblici o, se svolti in ambito locale, servizi pubblici locali.

<sup>207</sup> Cfr. art. 3, comma 27, l. 244/2007 (finanziaria per il 2008), v. *supra* par. 7.2.

<sup>208</sup> In realtà il legislatore non nomina le due società, ma richiama alcune disposizioni di legge che di recente ne hanno ridisegnato la sfera di competenza (art. 4, commi da 7 a 10, del d. l. n. 87 del 2012).

proposta del Ministro o dei Ministri aventi poteri di indirizzo e vigilanza, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Quest'ultimo regime si applica, in particolare, alle società che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari.

Alle anzidette società la legge di conversione ha aggiunto le società finanziarie partecipate dalle regioni<sup>209</sup> e quelle costituite per la realizzazione del grande evento Expo 2015, di cui al D.P.C.M. 30 agosto 2007.

La norma suscita alcune perplessità in ordine alla sua ragionevolezza.

Il riferimento specifico al 90% del fatturato ponderato al solo anno 2011, per quanto chiaro nella sua portata precettiva, è meno limpido nel manifestare la sua *ratio* e, dunque, nel consentire la valutazione della sua ragionevolezza.

In primo luogo, la scelta del criterio percentuale di fatturato ponderato al solo 2011 potrebbe non apparire legittimamente scriminante, visto che potrebbe trattarsi di un dato episodico che non è adeguatamente rappresentativo della realtà. Non a caso in altre circostanze il legislatore individua un segmento temporale più probante. E' il caso per esempio del già richiamato art. 218 del Codice dei contratti pubblici che consente l'affidamento diretto di appalti infragruppo nel caso di fatturato di almeno l'80% a favore dell'affidataria controllante nell'ultimo triennio.

In secondo luogo, il criterio non si presterebbe, comunque, ad una facile lettura. La norma sembrerebbe restringere il suo ambito di applicazione alle società *in house* strumentali che vivono più significativamente in simbiosi con l'ente pubblico controllante, ossia quelle che nel 2011 hanno superato la soglia del 90%.

Tale scelta potrebbe avere effetti irragionevoli anche perché potrebbe condurre a colpire interamente il fenomeno dell'*in house* anche rispettoso dei requisiti comunitari, incidendo su situazioni consolidate. E' noto che la società può definirsi *in house* se - oltre al "controllo analogo" - la società opera in via "prevalente" a favore del socio pubblico. Il concetto di prevalenza presuppone una valutazione del fatturato della società secondo parametri non solo quantitativa, ma anche qualitativa. E' necessario che la parte residua di fatturato che la società realizza a favore del

---

<sup>209</sup> Sulle società finanziarie regionali v. V. Buonocore, *Le Finanziarie regionali*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 220 e A. Predieri, *Le società finanziarie regionali, Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1972. V. più di recente M. Giorgino, *Le finanziarie regionali. Strumenti di finanza pubblica per l'intervento sul territorio*, Etas, 2008; è uno studio delle esperienze che si sono concretamente realizzate nelle regioni e, in particolare di Finaosta, Finmolise, Friulia, SFIRS, Filse, Finpiemonte, Veneto Sviluppo, Fidi Toscana, Tecnofin, Finlombarda, Filas e Finpuglia (in seguito fusa con Tecnopolis, e ora Innovapuglia). Dallo studio emerge che elemento comune per tutte le finanziarie è il fatto di essere, innanzitutto, strumenti di programmazione regionale e per la programmazione economica del territorio di riferimento e tra le diverse attività che questi enti garantiscono rientra quella delle finanza agevolata e innovativa. Lo studio fornisce anche un quadro delle modalità con cui le finanziarie regionali italiane sono governate, con un'attenzione particolare a due questioni centrali: il rapporto con la Regione di riferimento; il grado di controllo a cui sono sottoposte. La conclusione, a cui giunge lo studio, è che le società finanziarie regionali sono caratterizzate da un forte controllo pubblico, determinato sia dagli assetti proprietari, sia dai criteri di nomina degli organi di governo. Tuttavia la comparazione con altri paesi europei ha fatto emergere la sostanziale infondatezza di alcuni luoghi comuni che vedono le realtà pubbliche e regionali del nostro paese sempre inefficienti e quelle europee invece efficienti e remunerative. Uno degli aspetti più interessanti - emersi dallo studio - è che le strutture di governo delle finanziarie regionali sono risultate meno costose sia di quelle delle finanziarie nazionali, sia di quelle delle finanziarie europee. Infine l'analisi di scenario ha evidenziato una decisa propensione per l'innovazione. Le finanziarie regionali, infatti, nelle loro attività partecipano a filiere produttive ampie che finiscono per coinvolgere banche, enti pubblici, studi professionali o società di servizi, i cui destinatari ultimi sono le imprese e/o - annotano gli autori - "lo stesso ente pubblico di riferimento, stakeholder delle finanziarie".

mercato e non della pubblica amministrazione controllante sia anche qualitativamente marginale<sup>210</sup>. E' indubbio però che negli ultimi tempi il concetto di "prevalenza" è stato interpretato in modo talmente rigoroso da richiedere che il fatturato conseguito sul mercato debba essere quasi insignificante<sup>211</sup>. Si comprende allora che il superamento della soglia del 90% sia quasi una situazione immanente all'istituto dell'*in house* con l'effetto che in pratica la norma potrebbe colpire tutte le società *in house* perché al di sotto di quella quota di fatturato è probabile che l'*in house* non si configuri affatto e, dunque, non sarebbe a prescindere possibile l'affidamento diretto.

In ogni caso, anche se si potessero concretamente individuare situazioni più circoscritte rispetto all'affidamento *in house* in sé, la norma rimarrebbe irragionevole per la mancanza di un raccordo con la disposizione successiva inserita al comma 8 che consente per il futuro l'affidamento *in house* per affidamenti inferiori alla soglia economica di 200.000 €: alcune società strumentali già operanti sarebbero colpite dalla liquidazione al 31 dicembre 2013 o, comunque, pur rimanendo in vita non potrebbero ottenere alcun affidamento e, invece, società analoghe potrebbero dal 1° gennaio 2014 sorgere e ottenere affidamenti diretti, sia pure a condizioni molto stringenti.

Un intervento correttivo del legislatore di coordinamento sarebbe auspicabile, ma non è detto che possa essere in grado di evitare qualsiasi rischio di caducazione in sede costituzionale o comunitaria, visto che la scelta del criterio di fatturato in sé, parametrato ad un anno specifico, appare non intellegibile e potenzialmente discriminatoria.

Le disposizioni residuali sono di più facile lettura e anch'esse razionalizzabili secondo le direttrici individuate nel presente contributo. In particolare, la maggior parte degli altri commi ricadono nella direttrice della "moralizzazione", secondo il suo effetto tipico: non introducono limiti alla costituzione o all'operatività delle società a partecipazione pubblica ma inseriscono norme speciali che incidono - aggravandolo - sul loro ordinamento.

In questa prospettiva, alcune disposizioni - come in passato - introducono nuovi limiti numerici dei componenti dei consigli di amministrazione. La specialità viene, però, aggravata con norme inedite che limitando la scelta per la maggior parte di essi a dipendenti interni alla compagine pubblica controllante o vigilante e con l'obbligo di riversare i relativi compensi assembleari allo stesso ente pubblico controllante (comma 4).

Alcuni di tali obblighi si applicano solo alle società strumentali, mentre obblighi analoghi si applicano a tutte le altre società a partecipazione pubblica (comma 5).

In entrambi i casi si pone un problema di coordinamento con altre disposizioni di ispirazione e contenuto analogo già dettate negli anni scorsi.

Per le società strumentali il coordinamento sarà svolto dando prevalenza alle norme più recenti che individuano un ambito di applicazione speciale e cioè riferito proprio al sottoinsieme delle società a partecipazione pubblica "strumentali". Le disposizioni antecedenti si applicheranno solo se compatibili con le nuove. In particolare si verifica una modifica implicita della disciplina sulle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni statali, contenuta nell'art. 3, comma 12, della legge n. 244/2007 (finanziaria 2008).

Per le disposizioni più generali che si applicano a tutte le società a partecipazione pubblica è lo stesso legislatore ad introdurre una norma di coordinamento. Il comma 5 stabilisce, infatti, che le nuove disposizioni speciali su limiti numerici, scelta dei membri del consiglio di amministrazione e regime dei compensi si applichino "*fermo restando quanto diversamente previsto da*

<sup>210</sup> Sia consentito richiamare, anche per i riferimenti giurisprudenziali: G. Urbano, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in Cammino*, settembre 2012, in particolare il paragrafo 5.

<sup>211</sup> Cfr. Cons. giust. amm. reg. sic., n. 719/2007.

*specifiche*". La norma non sembra determinare la prevalenza *a priori* delle norme del passato, ma solo di quelle specifiche che risultino incompatibili con quelle odierne. L'interprete è chiamato, dunque, ad un lavoro di composizione delle varie specialità che si stratificano.

Nella direttrice della moralizzazione del fenomeno possono essere compresi le disposizioni volte a ridurre le spese per l'attivazione di rapporti di lavoro a tempo determinato o di collaborazioni coordinate e continuative (comma 10), i limiti alle retribuzioni dei dipendenti (comma 11) e il divieto di inserire clausole arbitrali nelle stipulazione di contratti di servizio ovvero di atti convenzionali comunque denominati, intercorrenti con le amministrazioni statali e regionali (comma 14). Quest'ultimo divieto riguarda non solo le società strumentali, ma anche le società a partecipazione pubblica che svolgono altre attività. Il legislatore ridimensiona, però, la portata della disposizione limitandola alle società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

V'è, infine una disposizione che è collocabile nella terza direttrice, ossia quella antielusiva di prescrizioni pubblicistiche che estende il regime amministrativo dei soggetti pubblici tradizionali alle società a partecipazione pubblica. In particolare, il legislatore fissa una norma a termine (si applica fino al 31 dicembre 2015), secondo la quale alle società a partecipazione pubblica strumentale si applicano le disposizioni limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante. Lo stesso legislatore si preoccupa di coordinare la norma con quelle già in vigore rispondenti alla medesima *ratio* e con le quali è destinata a intersecarsi. In particolare, la norma in questione supera alcune precedenti (art. 9, comma 29, d.l. n. 78/2010), mentre ne conserva altre con le quali rimane compatibile (art. 18, comma 2, del d.l. n. 112/2008).

Altre disposizioni non sono collocabili in alcune delle tre direttrici. Esse non rispondono, infatti, ad alcuno dei fini da esse perseguite, trattandosi di una mera riorganizzazione delle attribuzioni di società a partecipazione pubblica che rimangono in vita. Per alcune di queste (in particolare Sogei e Consip) è prevista una riorganizzazione immediata ad opera di alcune disposizioni dell'art. 4 (commi 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater*, 3-*quinqies*). Altre, che non nominate nello specifico, potranno eventualmente essere oggetto di un prossimo provvedimento di ristrutturazione e razionalizzazione. Con riferimento a queste ultime la disposizione non reca alcun obbligo in questa direzione, ma una semplice possibilità alle amministrazioni pubbliche controllanti di predisporlo nei prossimi 90 giorni (comma 3-*sexies*) con un piano da sottoporre al Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi<sup>212</sup>. Il piano - eventuale in ordine al *se* - è però vincolato sul contenuto, poiché deve prevedere l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative di cui all'art. 118 Cost., che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di *in house providing*.

## 12. I criteri legislativi di differenziazione delle società a partecipazione pubblica

Nelle elaborazioni più risalenti, la società a partecipazione pubblica veniva individuata e trattata secondo un tendenziale approccio unitario in contrapposizione alla società partecipata integralmente da soggetti privati.

Nel corso del tempo, anche le analisi sono divenute via via più complesse, poiché alla base la disciplina delle società a partecipazioni pubbliche è andata differenziandosi per tipologie attraverso una serie di variabili normative peculiari di ciascuna di tali tipologie.

<sup>212</sup> Cfr. art. 2 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52.

Già negli anni '70 era emersa - all'interno delle società a partecipazione pubblica - la distinzione tra società a partecipazione pubblica di diritto comune e società a partecipazione pubblica di diritto speciale<sup>213</sup>.

Successivamente, sono stati individuati criteri distintivi alternativi allo studio sullo scopo. Negli anni '90, per esempio, le società a partecipazione pubblica sono state distinte sulla base della fonte costitutiva<sup>214</sup> (società di fonte legale, di fonte contrattuale o negoziale e società di diritto singolare).

Oggi, più di ieri, non esiste una categoria unitaria di società a partecipazione pubblica<sup>215</sup> e i criteri classificatori del passato non sono più sufficienti a cogliere il fenomeno nella sua più recente complessità<sup>216</sup>.

La legislazione più recente costruisce, infatti, la disciplina della società a partecipazione pubblica in modo disorganico, basandosi su nuove variabili individuate discrezionalmente, spesso rimanendo impercettibile anche la *ratio* delle differenti discipline.

Una prima distinzione delle società a partecipazione pubblica può farsi in relazione alla natura dell'ente partecipante. In tal senso possono distinguersi le società a partecipazione pubblica statale, con azionista, di regola, il Ministero dell'economia<sup>217</sup>. Nell'ambito delle società a partecipazione pubblica statale alcune svolgono attività più marcatamente imprenditoriale (Enel, Eni, Poste Italiane, ecc.), mentre altre sono caratterizzate in modo più spiccatamente pubblicistico (Anas, Cassa Depositi e Prestiti, Rai, ecc.)<sup>218</sup>. Accanto alle società partecipate dallo Stato vi sono quelle costituite dalle Regioni, più che altro per l'esercizio di funzioni di carattere finanziario e, infine, quelle, costituite dai Comuni principalmente per la gestione dei servizi pubblici locali<sup>219</sup>.

La legislazione ha creato regimi giuridici differenziati tra le varie società pubbliche a seconda che esse siano o meno quotate in mercati regolamentati. Gran parte delle norme speciali sulla "moralizzazione" del fenomeno<sup>220</sup> e di quelle "antielusive"<sup>221</sup> di cui si è detto non si applicano alle società quotate in mercati regolamentati<sup>222</sup>. Anche in materia di servizi pubblici locali tali società sono state costantemente escluse dalle norme più restrittive che si sono avvicinate negli ultimi anni in questa materia<sup>223</sup>. Per le società quotate, infine, il legislatore si è preoccupato nel 2007 di

<sup>213</sup> Cfr. G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, cit.

<sup>214</sup> Cfr. C. Ibba, *Le società legali*, cit., pp. 17 e ss.

<sup>215</sup> Cfr. M. Cammelli-M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* (a cura di M. Cammelli-M. Dugato), p. 1.

<sup>216</sup> C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"* (a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti e A. Mazzoni), p. 3.

<sup>217</sup> Cfr. art. 24, comma 1, lett. a) d.lgs n. 300/1999.

<sup>218</sup> Per questa distinzione in dottrina F. Goisis, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, pp. 5600 - 5601).

<sup>219</sup> Cfr. L. Cameriero, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, in *Le società pubbliche in house e miste* (R. De Nictolis e L. Cameriero), cit., p. 25.

<sup>220</sup> In tal senso le disposizioni sulla riduzione dei componenti degli organi societari delle società in mano pubblica previste dalla legge finanziaria 2008 non si applicano alle società quotate in mercati regolamentati. Inoltre, i limiti agli emolumenti previsti dalla stessa finanziaria per il 2008 si applicano alle sole società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate. Questa tendenza è stata confermata di recente con l'art. 4 del d.l. n. 95/2012.

<sup>221</sup> L'art. 18 del d.l. n. 112/2008 esclude le società quotate dall'obbligo di osservare i principi pubblicistici in ordine al reclutamento del personale delle società pubbliche.

<sup>222</sup> Questa tendenza è stata confermata di recente con l'art. 4 del d.l. n. 95/2012 (comma 13).

<sup>223</sup> Si pensi per esempio che le società quotate hanno avuto tradizionalmente (cfr. da ultimo l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e, poi, l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 che ha sostituito, con poche novità sostanziali, l'art. 23-bis, dopo

introdurre una norma *ad hoc* che escludeva la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti dall'ambito della responsabilità erariale per assoggettarla esclusivamente alle regole del codice civile e alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>224</sup>. Oggi la norma ha perso di valore, perché nel frattempo la giurisprudenza ha rivisto il suo precedente orientamento restrittivo ridimensionando anche per le società pubbliche non quotate l'azione erariale (su questi temi v. *supra* par. 10.5.).

Un'ulteriore distinzione giuridicamente rilevante si basa sull'entità della partecipazione pubblica. Da questo punto di vista si distinguono le società a totale partecipazione pubblica da quelle miste nelle quali partecipano anche capitali privati. Nell'ambito delle società miste ha rilevanza la distinzione tra le società a capitale pubblico maggioritario e minoritario. La distinzione tra società a totale partecipazione pubblica e società miste è rilevante, in primo luogo, nell'ambito dei servizi pubblici locali. Infatti, le società a totale partecipazione pubblica possono essere affidatarie dirette laddove sussistano le ulteriori condizioni previste dalla giurisprudenza comunitaria ("controllo analogo" e attività "prevalente" a favore del socio pubblico). In relazione alle società miste, invece, l'affidamento diretto sarebbe possibile a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedura ad evidenza pubblica che abbia per oggetto allo stesso tempo la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio<sup>225</sup>. Anche le norme sulla "moralizzazione" e quelle "antielusione" sono state tendenzialmente più severe per le società a partecipazione pubblica totale o prevalente<sup>226</sup>.

Infine, le società pubbliche vengono distinte nelle prescrizioni legislative in relazione all'oggetto sociale e, di conseguenza, al settore in cui operano. In tal senso si distinguono le società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica e quelle che svolgono attività di impresa.

---

l'abrogazione in via referendaria) un trattamento di favore sia nella previsione dei regimi transitori che hanno preceduto l'applicazione delle riforme a regime, sia in alcuni aspetti del sistema a regime. Si pensi alla deroga al divieto di attività *extra moenia*. Per una critica al trattamento legislativo di favore cfr. C. De Vincenti, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, a cura di ASTRID, pp. 21 e ss.

<sup>224</sup> Cfr. l'art. 16-*bis* della legge n. 248/2007. La norma si applicava alle società con azioni quotate in mercati regolamentati (con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate).

<sup>225</sup> Il legislatore (dapprima con l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 e, poi, con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 che ha sostituito, con poche novità sostanziali, l'art. 23-*bis*, dopo l'abrogazione in via referendaria) aveva da ultimo irrigidito sia il procedimento per l'affidamento in house (con la previsione di ulteriori condizioni esogene che avrebbero reso inutile il ricorso al mercato) sia quello per l'affidamento a società mista (con la previsione di una percentuale minima di partecipazione privata pari al 40%). Tali disposizioni sono decadute per effetto della pronuncia di incostituzionalità Corte Cost., 23 luglio 2012, n. 199.

<sup>226</sup> La legge finanziaria per il 2007, nel porre misure di contenimento della spesa degli enti locali ha differenziato la disciplina dei compensi e dei numeri dei componenti del consiglio di amministrazione sulla base della misura totalitaria o mista della partecipazione pubblica (cfr. art. 1, commi 725 e ss.). Ancora, l'art. 18 del d.l. 112/2008 relativo al reclutamento del personale delle società pubbliche obbliga, per un verso, le società a totale partecipazione pubblica (in particolare quelle che gestiscono i servizi pubblici locali) ad adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs n. 165/2001. Per altro verso, le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. In altre disposizioni, come anticipato, nell'ambito delle società miste, rileva l'entità della partecipazione pubblica. In tal senso l'art. 16-*bis* del d.l. 248/2007, che assoggetta alle norme del codice civile la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società quotate, si applica solo a quelle società con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altri enti pubblici che sia inferiore al 50 per cento. I limiti agli emolumenti previsti dalla finanziaria per il 2008 si applicano alle società non quotate con totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate. Anche in questo caso l'art. 4 del d.l. n. 95/2012 conferma l'aggravamento organizzativo e, dunque, la specialità ordinamentale per le società a totale partecipazione pubblica (cfr. comma 5 e comma 14).

Nel primo caso si tratta di soggetti che svolgono funzioni di natura pubblicistica (finale o strumentale) per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso vi è invece l'erogazione di servizi rivolta al pubblico sul mercato.

Una terza tipologia di attività - non inquadrabile né tra l'attività di impresa, né tra le funzioni pubblicistiche in senso stretto - è lo svolgimento di servizi pubblici. Si tratta di attività di impresa<sup>227</sup> che è funzionale alla fornitura di prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni<sup>228</sup>. Il concetto di servizio pubblico è omologo a quello di servizio di interesse economico generale a livello comunitario ed ha le stesse caratteristiche anche quando viene offerto in ambito locale<sup>229</sup>.

La validità di tale criterio distintivo è stata di recente confermata dal legislatore che, con l'art. 4 del d.l. n. 95/2012, si è occupato in modo più significativo delle società a partecipazione pubblica "strumentale".

I criteri distintivi che precedono si basano sulle variabili che il legislatore ha discrezionalmente scelto per applicare o meno le varie norme speciali.

In realtà, dalla legislazione, spesso incoerente, è difficile ricavare vere e proprie categorie di società pubbliche "speciali", ma piuttosto è possibile individuare una "linea delle specialità", con una diversa progressione della trasfigurazione dello statuto privatistico. Da un lato è possibile collocare le ipotesi in cui le deroghe coinvolgono solo il comportamento dello stato azionista come proprietario: in questo caso le norme di organizzazione riguardano solo la formazione della volontà dell'azionista, ma non inficiano le capacità operative della società. All'altro estremo può individuarsi l'ipotesi in cui le deroghe al regime societario non permettono nemmeno di individuare la sopravvivenza dell'originario modello societario, come nel caso dell'Agecontrol, società per azioni che la legge istitutiva stessa qualificava poi come ente pubblico. Oppure nella vecchia figura dell'ente pubblico economico, in cui l'applicabilità delle norme del codice civile assumeva un valore puramente residuale<sup>230</sup>.

### **13. Criteri sostanziali di classificazione delle società a partecipazione pubblica**

I criteri distintivi che precedono sono stati individuati seguendo le variabili sulle quali il legislatore si è basato per differenziare la legislazione sulle società pubbliche negli ultimi anni. Essi sono, dunque, volti a conferire una razionalità sistematica alle norme esistenti e hanno una pura valenza conoscitiva del fenomeno nella sua più recente evoluzione legislativa.

Nell'ottica del presente contributo - volta anche ad una prospettiva *de iure condendo* - una siffatta classificazione risulterebbe però insufficiente. Non basta, infatti, l'analisi di come il legislatore disciplina le società a partecipazione pubblica, ma occorre verificare in che modo le

<sup>227</sup> I servizi pubblici sono resi mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato" (C. giust. Ue, 18 giugno 1998, C-35/96 *Commissione c. Italia*, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, *Ministero dell'economia e delle finanze*, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44).

<sup>228</sup> Cfr. C. giust. Ue, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*.

<sup>229</sup> Cfr. Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325.

<sup>230</sup> Cfr. in questo senso M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrera), 2010, p. 6.

stesse si pongono nella realtà, nella dimensione interna e quella esterna del contesto in cui operano e, dunque, della natura delle diverse società e del ruolo che esse svolgono.

In altre parole, i criteri astratti individuati nel precedente paragrafo servono a far cogliere nel modo più sistematico possibile la trama prescrittiva alquanto confusionaria e, spesso, irrazionale del legislatore. I criteri concreti che saranno esaminati nel presente paragrafo, invece, servono proprio per risolvere a monte il problema dell'assenza di un disegno finalistico soddisfacente da parte del legislatore, offrendo a quest'ultimo gli agganci per un diverso e più razionale trattamento del fenomeno.

In particolare, questa analisi concreta può dare indicazioni valide al legislatore in due direzioni.

A monte, è possibile verificare se la partecipazione pubblica, la forma giuridica privatistica e la *governance* delle varie società a partecipazioni pubblica siano opportune o meno e, di conseguenza, enucleare indicazioni per un riassetto del sistema delle partecipazioni.

A valle, una volta definito un possibile riassetto delle attuali partecipazioni, sarà possibile cogliere le differenze dirimenti fra le varie società a partecipazione pubblica e, dunque, far emergere le criticità dell'attuale legislazione e, dunque, le indicazioni per orientare la futura azione del legislatore ai fini di un riordino.

Una prima classificazione per spiegare il fenomeno nella sua concreta complessità è stata data dal Ministro del Tesoro Tommaso Padoa Schioppa in occasione di un'audizione alle 5<sup>a</sup> (Programmazione economica, bilancio) e 6<sup>a</sup> (Finanze e tesoro) Commissioni riunite del Senato sulla gestione delle partecipazioni azionarie in possesso del tesoro, con particolare riferimento all'Alitalia S.p.a.<sup>231</sup>. Da questa classificazione emergono indicazioni per un riassetto ottimale delle partecipazioni pubbliche, ma non sul problema a valle della disciplina normativa delle stesse.

Questa ricostruzione presenta quattro categorie che però si basano su criteri alquanto disomogenei.

La prima categoria si basa sul criterio dell'attività concretamente svolta e comprende le società svolgenti attività prevalentemente pubblicistiche (Tra gli esempi concreti della categoria sono stati individuati: GSE, Consap, Consip, Italia Lavoro e Sviluppo Italia). Secondo la relazione ministeriale per queste società - senza mettere in discussione né la forma giuridica, né l'attuale partecipazione dello Stato - sarebbe necessario il miglioramento delle funzioni svolte e delle condizioni economico-finanziarie.

La seconda categoria si basa anch'essa sul criterio dell'attività concretamente svolta e comprende le società che erogano servizi pubblici in posizione di sostanziale preminenza (esempi concreti: Ferrovie dello Stato, Poste Italiane, ANAS, ENAV, Poligrafico dello Stato). In questi casi la relazione ministeriale, posta l'esigenza di un miglioramento dell'efficienza e/o autosufficienza economico-finanziaria, si pone l'interrogativo dell'opportunità della forma societaria rispetto alla natura dell'attività svolta da alcuni di essi (in particolare ANAS e ENAV). Si tratta, infatti, di soggetti che svolgono anche funzioni di controllo e non solo di produzione e di vendita di servizi.

La terza categoria - a differenza delle prime due che prendevano in considerazione il criterio *endogeno* dell'attività svolta - si basa sul criterio *esogeno* dato dalle caratteristiche del mercato di riferimento e, in particolare, la sua strategicità (ENI, ENEL, Finmeccanica). In questi casi la strategicità del settore giustificerebbe il mantenimento della quota di controllo superiore al 30% al fine di conservare una posizione prevalente. La discesa al di sotto di questa soglia è stata reputata inopportuna e foriera di problematiche.

---

<sup>231</sup> Audizione del 14 febbraio 2007.

Infine, un ultimo criterio prende anch'esso in considerazione le caratteristiche del mercato di riferimento, ma secondo un significato economico-giuridico. Si prendono in considerazione, cioè, i mercati completamente liberalizzati e, dunque, aperti alla concorrenza, come il settore manifatturiero e alcuni servizi pubblici. All'epoca della relazione veniva inserita in questa categoria il caso emblematico dell'Alitalia, che operava in un mercato liberalizzato, ma era soggetta ancora al controllo pubblico. Le indicazioni per un riassetto sono condizionate in questo caso proprio dalla vicenda Alitalia, ma vi sono elementi argomentativi per ritenere che essi abbiano carattere generale. In particolare, la relazione segnala una incapacità quasi generale delle società a partecipazione pubblica italiane di transitare da mercati protetti in cui godevano di una posizione di privilegio a mercati concorrenziali. Tra le molteplici ragioni di tale insuccesso alcune sono tipiche dei mercati di riferimento (si pensi al mancato adeguamento delle infrastrutture nel caso del mercato del trasporto aereo), ma altre hanno carattere sistemico. Si pensi a tal riguardo proprio alla pervasività della politica che - grazie alla partecipazione pubblica dello Stato - ha condizionato pesantemente le scelte gestionali nella direzione dell'inefficienza. E' evidente, dunque, che in questi casi, la relazione ministeriale sembra propendere per una maggiore o totale privatizzazione, proprio come è avvenuto con Alitalia.

La classificazione ministeriale è stata ritenuta inidonea ad offrire adeguate indicazioni per un riassetto delle sistema<sup>232</sup>. E' stata proposta, pertanto, una diversa classificazione basata sul grado di esistenza di due vincoli alla discrezionalità dello Stato: il vincolo esterno, ovvero la presenza di un mercato, e quello interno, ovvero la presenza di capitale privato. Tale classificazione permette di individuare tre diverse tipologie di imprese a cui se ne aggiunge una quarta di società che, per le funzioni da loro svolte, non si inseriscono in nessuna delle ipotesi possibili.

La prima tipologia di società opera sul mercato e al suo interno vi è una significativa presenza di capitale privato: sono, dunque, presenti sia il vincolo esterno che quello interno. Tra le imprese che rientrano in questa tipologia vi sono: Eni, Enel e Finmeccanica<sup>233</sup>. Se da un lato la compresenza dei due limiti indicati (investitori istituzionali, funzionamento del mercato dei capitali, regolazione delle Autorità indipendenti di settore) ridimensiona il ruolo dello Stato, dall'altro il mantenimento da parte di quest'ultimo di quote di controllo non condiziona - con effetti non sempre vantaggiosi - l'attività. In particolare lo Stato incide sulle strategie societarie e garantisce un certo grado di protezione.

In un'ottica di riassetto delle partecipazioni, il rapporto individua una criticità negli intrecci proprietari tra società che controllano le reti e quelle che ne usufruiscono (per es. Eni ed Enel). Se questo suggerirebbe la privatizzazione di queste ultime, per altro verso tale soluzione non sembra percorribile a causa della strategicità dei settori descritti, come ricordato anche dalla relazione ministeriale sopra richiamata. Occorre, dunque, individuare soluzioni alternative che non mettono in discussione la partecipazione pubblica nei settori strategici, come per esempio recidere i collegamenti tra i vari soggetti a partire dalla comune presenza di Cassa Depositi e Prestiti nell'azionariato e procedere ad una maggiore liberalizzazione del settore energetico per creare un maggior vincolo di mercato e intensificare il controllo sui proprietari e gestori delle reti (Terna e Snam).

La seconda tipologia comprende le società che operano sul mercato o che offrono servizi ai cittadini, ma nelle quali vi è esigua o nessuna presenza di capitale privato. E' presente il vincolo esterno, ma non quello interno. Vi rientrano: Poste Italiane, Ferrovie dello Stato, Rai ed Eur. Tali

<sup>232</sup> Cfr. il Rapporto del Centro Europa Ricerche su *Ruolo e Governance delle imprese controllate dallo Stato: analisi e proposte per il futuro*, cit.

<sup>233</sup> All'epoca del Rapporto nella tipologia rientrava anche Alitalia.

società operano con modalità gestionali proprie delle società private, anche se i loro fini sono condizionati dagli obblighi di servizio assunti nei confronti dello Stato. Quest'ultimo condiziona tutt'ora la gestione.

Per alcune società di questa tipologia si pone, secondo il rapporto, il problema del mantenimento della forma giuridica di diritto privato. Sebbene questo problema, come si vedrà, riguardi principalmente quelle società che sono nella sostanza enti pubblici svolgenti funzioni pubblicistiche (v. *infra*), la riflessione si è estesa anche a due grandi società ricadenti in questa tipologia: Poste Italiane e Ferrovie dello Stato. In verità il rapporto rammenta che nel caso di Poste Italiane l'attività di raccolta e gestione del risparmio - a differenza di quella di vero e proprio recapito postale - difficilmente potrebbe essere ricondotta nell'alveo della PA. Peraltro, il rapporto smentisce - alla luce dei dati reali - i fondamenti del ricorso allo strumento societario. Infatti, la forma giuridica privata non è stata in grado di neutralizzare le indebite pressioni politiche e anzi di peggiorarle grazie ai maggiori spazi di libertà d'azione rispetto ai modelli pubblici. Allo stesso modo i modelli organizzativi privatistici se possono in astratto garantire maggiore efficienza e flessibilità, per altro verso consentono più facilmente di sfuggire alle politiche di rigore della pubblica amministrazione.

Per altre società di questa tipologia (Eur S.p.A. e Rai) si pone, invece, il problema della proprietà. Il rapporto rileva che l'intervento pubblico ha ragion d'essere solo in casi di fallimenti del mercato, cioè se l'intervento pubblico consente di offrire beni e servizi che il mercato non sarebbe in grado di produrre nel modo auspicato. Ebbene le società indicate svolgono servizi che vengono già svolti in modo efficace dal settore privato e, dunque, la proprietà pubblica non avrebbe ragion d'essere. Ciò anche nel caso della Rai: a parte che il servizio pubblico televisivo è stato ormai marginalizzato quantitativamente e in fasce orarie dove l'utenza e presumibilmente più bassa, in ogni caso alla proprietà pubblica può essere sostituita un'efficace azione di regolazione.

La terza tipologia comprende le società che agiscono come "agenzie" e che sono totalmente partecipate dallo Stato. Manca sia il vincolo esterno che quello interno. A parte la forma giuridica della società per azioni, sono nella sostanza degli enti pubblici pesantemente condizionati da pressioni politiche. Vi rientrano: Anas, Enav, Arcus, Sogesid, Italia Lavoro, Sviluppo Italia, Consip, Sicot, IPZS, Coni Servizi, Sace, Cinecittà Holding, Consap, GSE e Sogin.

Come già rilevato in relazione ad alcune società della seconda tipologia, in questi casi non vi sono dubbi sull'inutilità della forma giuridica privata. Essi svolgono attività oggettivamente pubblicistica ed appare inverosimile e insensato che le stesse possano essere sostanzialmente privatizzate.

La quarta tipologia ha carattere residuale e comprende alcune società con funzioni peculiari che non possono essere comprese in alcuna delle precedenti tipologie. Tali società sono Cassa Depositi e Prestiti, Fintecna e Mefop. Cassa Depositi e Prestiti riveste una triplice funzione: quella di detentore e gestore di partecipazioni dello stato in importanti società (Eni, Enel, Terna, Poste, STM); quella di finanziatore di Stato ed Enti Locali attraverso il risparmio postale; infine, quella di promozione degli investimenti di opere e infrastrutture pubbliche finanziata con raccolta non garantita dallo Stato (la cosiddetta gestione ordinaria). Fintecna ha rivestito il ruolo di liquidatore delle partecipazioni dello Stato in società scarsamente redditizie o in perdita. Un ruolo svolto con grande efficacia che ha portato in dotazione alla società notevoli risorse finanziarie. Mefop, infine, è una società a termine creata per promuovere lo sviluppo dei fondi pensione. Si tratta, in definitiva, di società che svolgono attività strumentale a quella del Ministero dell'economia e delle finanze e che, dunque, non sono rivolte al mercato. Quanto all'entità della partecipazione, lo Stato detiene Fintecna in misura totalitaria, Cassa Depositi e Prestiti in misura prevalente e Mefop in misura minoritaria.

Su questi stessi temi - indotta dalla proliferazione di norme speciali che negli ultimi anni hanno condizionato e limitato del tutto le società a partecipazione pubblica - Assonime ha elaborato un rapporto che ripercorre le novità legislative, assume un orientamento critico nei confronti di norme ritenute penalizzanti soprattutto per le società pubbliche che operano in regime di concorrenza con quelle private e propone alcune soluzioni volte a migliorare la *governance* di quest'ultime<sup>234</sup>.

Mentre le classificazioni richiamate in precedenza hanno avuto il merito - con alcune differenze tra di esse - di fornire un contributo prevalentemente al fine di un riassetto delle partecipazioni pubbliche, l'Assonime è andata oltre indicando anche un criterio per un possibile riordino legislativo.

Il rapporto Assonime parte anch'esso da una classificazione che è strumentale alla definizioni delle indicazioni per il riordino.

L'eterogeneità delle società a partecipazione pubblica può essere razionalizzata in prima battuta distinguendo tre tipologie di società.

In primo luogo, vi sono le società che svolgono attività di impresa in senso proprio, incluse quelle che la svolgono sulla base di diritti speciali o esclusivi o soggette ad obblighi di servizio pubblico.

In secondo luogo, vi sono le società che svolgono attività strumentali a quelle della pubblica amministrazione.

Infine vi sono le società che svolgono attività di tipo semi-autoritativo, quale quella dell'ANAS nel controllo delle concessioni autostradali o dell'ENAV per l'assistenza al volo.

Il Rapporto Assonime propone un ulteriore livello di classificazione, riducendo a due la macrocategorie di società pubbliche.

Le prime, pur aventi forma societaria, sono di fatto parte della pubblica amministrazione e sono definite "semi-amministrazioni". Le altre svolgono attività d'impresa sul mercato e sono definite "società di mercato".

Nel trattare delle "semi-amministrazioni", il rapporto delinea tre categorie principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell'attività di impresa con scopo lucrativo: il modello delle società *in house* diffuso soprattutto a livello di enti locali e che consente l'affidamento diretto di servizi pubblici, in deroga alle procedure ad evidenza pubblica; le società cui vengono attribuite funzioni pubbliche (per esempio l'Anas o l'Enav); le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative e in particolare le società costituite da amministrazioni regionali e locali, oggetto di una disciplina restrittiva ad opera del cosiddetto decreto Bersani (d.l. n. 223/2006 convertito in l. n. 248/2006).

In questa prospettiva, appare giustificato applicare i vincoli e in controlli tipici delle pubbliche amministrazioni alle "quasi-amministrazioni", mentre l'estensione delle medesime regole alle società di mercato - accomunate alle prime solo da un aspetto estrinseco della forma giuridica - appare ingiustificato perché introduce una disparità di trattamento tra società a partecipazione pubblica e società a partecipazione privata a svantaggio delle prime.

Le "società di mercato", dunque, devono essere soggette alle sole regole di diritto comune ed eventuali norme speciali che ne irrigidiscono l'operatività o l'organizzazione devono essere strettamente giustificate in base ai principi comunitari di necessità e proporzionalità per la tutela di un interesse pubblico chiaramente identificato.

---

<sup>234</sup> Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008.

Questa distinzione permette, come già anticipato, non solo di individuare una strada per il riordino, ma a monte di determinare un riassetto delle partecipazioni pubbliche ridimensionandole nei casi di inutilità. In particolare, le cosiddette "semi-amministrazioni", vengono ritenute *"una soluzione ibrida da abbonare del tutto, in quanto contraddice la natura stessa dello strumento societario"*.

Il rapporto suggerisce di escludere l'utilizzo della forma societaria per lo svolgimento di attività pubblicistiche, privilegiando altre vesti come per esempio quello dell'agenzia.

#### **14. Spunti conclusivi**

L'ultimo intervento del legislatore sulle società a partecipazione pubblica - l'art. 4 del d.l. n. 95/2012 - permette di svolgere alcune riflessioni conclusive sia sulle maggiori criticità del sistema, sia su un possibile riordino delle partecipazioni e del loro regime giuridico.

L'art. 4 del d.l. n. 95/2012 - per ragioni di tutela della concorrenza, ma anche per il contenimento della spesa pubblica - ha posto norme limitative per le società strumentali precludendone l'esistenza o comunque irrigidendone i presupposti per la loro permanenza. Per il resto ha posto - confermando le tendenze degli ultimi anni - norme speciali di "moralizzazione" del fenomeno delle partecipazioni pubbliche e "antielusive" delle norme pubblicistiche.

Il richiamato art. 4 - ponendosi nel solco della tradizione degli ultimi anni - ne riproduce le criticità ed è largamente insoddisfacente rispetto agli auspici di riassetto delle partecipazioni e di riordino legislativo che sono stati manifestati da più parti di recente (v. *supra* par. 13).

In primo luogo, le nuove disposizioni presentano vizi intrinseci di coordinamento e potrebbero dar luogo a pronunce di incostituzionalità o, finanche, di illegittimità comunitaria. Le deroghe all'applicazione delle disposizioni sono state, infatti, costruite senza un filo logico percettibile in modo chiaro ed univoco e, comunque, vi sono delle incongruenze tra le situazioni che vengono colpite più immediatamente dalla scure limitatrice e quelle che sono ammesse anche per il futuro. Inoltre - in alcune disposizioni (per esempio quelle sui limiti ai compensi, al numero e alla nomina degli amministratori) - il legislatore non si è limitato ad indicare principi, ma regole precise che si impongono anche alle Regioni, con conseguente rischio di incostituzionalità.

In secondo luogo, il legislatore ha perseverato nell'atteggiamento degli ultimi anni di porre regole comuni a realtà profondamente diverse.

A tal riguardo, se è vero che non sono sempre univoci i criteri di classificazione della varie realtà, v'è però un consenso crescente a considerare il fenomeno delle partecipazioni pubbliche, distinguendo le varie società a seconda che esse svolgano attività pubblicistica o, al contrario, attività di impresa sul mercato. A queste ultime non dovrebbero applicarsi le norme speciali dettate per ragioni pubblicistiche di contenimento delle spese o per imporre l'osservanza di obblighi tipici degli enti pubblici. Ad esse dovrebbe essere consentita la più ampia autodeterminazione per poter competere in modo paritario, senza subire discriminazioni, con le società concorrenti a partecipazione privata.

Il legislatore, invece, ancora una volta, si è mostrato refrattario ad ogni valutazione reale del fenomeno, ponendo regole che potrebbero irrigidire oltremodo lo Statuto di quelle società a partecipazione pubblica che operano sul mercato in concorrenza con quelle private.

Infine, mancano norme di riassetto delle partecipazioni pubbliche. E' vero che le nuove disposizioni ridimensionano le società strumentali, ma si tratta di una tendenza di principio soggetta ad importanti deroghe (si veda, in particolari, le società strumentali Sogin e Consip). Queste deroghe confermano, anzi, la volontà del legislatore di mantenere in vita il modello della società a

partecipazione pubblica strumentale, quando invece negli ultimi tempi (v. Rapporto Assonime, ma anche il Rapporto CER) - sia pure secondo approcci metodologici diversi - alcune riflessioni sul tema avevano auspicato il superamento della forma societaria per il ritorno a modelli pubblicistici coerenti con la natura delle attività svolte.

Nulla di nuovo sotto il sole, insomma. Le criticità preesistenti rimangono sostanzialmente immutate sia con riferimento al riassetto delle partecipazioni, sia con riferimento al loro regime giuridico.

Una vera svolta vi sarebbe laddove si seguissero le indicazioni del rapporto Assonime che, fino ad oggi, è rimasto lettera morta nonostante lo stesso sia stato avvalorato da numerosi studiosi.

Per un verso, la forma della società per azioni andrebbe del tutto abbandonata in quelle situazioni in cui si svolgono funzioni pubblicistiche e, quindi, in presenza di quelle realtà ibride qualificate nel rapporto come "semi-amministrazioni".

Per altro verso, le società a partecipazione pubblica che, invece, operano sul mercato andrebbero privatizzate o - laddove si volesse mantenere la partecipazione, come per esempio per le società strategiche - comunque ripulite di tutte le norme speciali che in questi anni ne hanno appesantito l'organizzazione e l'attività, provocando quasi una discriminazione al contrario a favore dei concorrenti privati.

Ciò non vuole dire che qualsiasi intervento del legislatore sia precluso. Ci si deve chiedere, però, in quale misura l'interesse pubblico sotteso alla loro costituzione possa giustificare deroghe alla disciplina societaria di diritto comune<sup>235</sup>. A questo riguardo, il rapporto dell'OCSE sulla *governance* delle *State Owned Enterprises* - SOE<sup>236</sup> ha suggerito un criterio che può rappresentare un'utile guida, anche per classificare e valutare gli statuti singolari e le deroghe al diritto comune previste nel nostro ordinamento per le società pubbliche. Il criterio di riferimento dovrebbe essere rappresentato dall'applicabilità alle società pubbliche, in linea di principio, delle regole comuni del diritto societario, salvo le deroghe assolutamente necessarie per il perseguimento degli interessi pubblici. A ogni deroga, cioè, è richiesta una giustificazione in termini di stretta proporzionalità. Il nostro legislatore, sia nella fase attuale che in passato, non sembra aver seguito questo criterio che invece potrebbe costituire una guida per un eventuale riordino della normativa vigente.

---

<sup>235</sup> Cfr. per un approfondimento delle questioni v. M. Clarich, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2009.

<sup>236</sup> Cfr. OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A survey of OECD Countries*, 2005, dove si sottolinea, nelle annotazioni al Cap. 1 "Ensuring an Effective legal and Regulatory Framework for State-Owned Enterprises", che "When streamlining the legal form of State-Owned Enterprises, governments should base themselves as much as possible on corporate law and avoid creating a specific legal form when this is not absolutely necessary for the objectives of the enterprise".