



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario –DiPIC

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO UNICO
CICLO XXVII

TITOLO TESI

I servizi pubblici locali tra in house providing e liberalizzazione

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore : Ch.ma Prof.ssa Carola Pagliarin

Dottorando : Martina Brasson

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI TRA *IN HOUSE PROVIDING* E LIBERALIZZAZIONE

INDICE

Abstract (italiano/inglese)	pag. 7
Introduzione	pag. 11

PARTE I

LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: PROFILI COSTITUZIONALI E LINEE ESSENZIALI DEL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

CAPITOLO I – I SERVIZI PUBBLICI: RADICI COSTITUZIONALI E FONDAMENTI DI DIRITTO EUROPEO

SEZIONE I - L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI PUBBLICO SERVIZIO

1. Funzione pubblica e pubblico servizio nel contesto dello Stato sociale.	pag. 23
2. La nozione di pubblico servizio in senso soggettivo.	pag. 28
3. La nozione di pubblico servizio in senso oggettivo.	pag. 31
4. La nozione di pubblico servizio secondo la giurisprudenza.	pag. 36
5. I servizi di interesse generale nell'ambito del diritto europeo.	pag. 40
6. La gestione dei servizi di interesse economico generale: imprese pubbliche, tutela della concorrenza e aiuti di Stato.	pag. 51

SEZIONE II – LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI NEL CONTESTO COSTITUZIONALE

1. La rilevanza dei pubblici servizi nella Carta costituzionale: una visione d’insieme. pag. 63
2. I pubblici servizi come realizzazione delle libertà e dei diritti sociali. pag. 68
3. I pubblici servizi e l’intervento dello Stato nell’economia. pag. 74
4. I pubblici servizi nella giurisprudenza della Corte costituzionale: tra potestà legislativa, regolamentare e funzioni amministrative. pag. 81
5. Contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica nei rapporti tra Stato e Regioni. pag. 93

CAPITOLO II – I MODELLI DI GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI NELL’EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE

1. La gestione dei servizi pubblici agli inizi del ‘900: l’esperienza delle aziende municipalizzate. pag. 101
2. La riforma delle autonomie locali con la legge 8 giugno 1990, n. 142. pag. 107
3. Il Testo Unico degli enti locali nella sua originaria formulazione. pag. 110
4. Gli artt. 29 e 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per il 2002) e la rivisitazione del T.U.E.L. ad opera del d.l. 30 settembre 2003, n. 269. pag. 114
5. L’art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 ed il d.l. 13 agosto 2011, n. 138. pag. 121
6. L’art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e l’attuale quadro di riferimento. pag. 131
7. La nuova direttiva sull’aggiudicazione dei contratti di concessione. pag. 134
8. Il rapporto tra ente e soggetto gestore. pag. 137
9. Il contratto di servizio e la praticabilità nell’ambito degli affidamenti alle società pubbliche. pag. 142
10. Profili di tutela e questioni processuali. pag. 156

CAPITOLO III – LE SOCIETÀ PUBBLICHE, *IN HOUSE* E A CAPITALE MISTO

1. La definizione dell'*in house providing* come istituto giuridico nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. pag. 165
2. Gli elementi costitutivi dell'istituto: a) il controllo analogo; pag. 171
3. (segue): b) lo svolgimento dell'attività prevalente; pag. 177
4. (segue): c) la partecipazione pubblica totalitaria. pag. 181
5. La nuova generazione di direttive europee in materia di appalti e concessioni e la definizione espressa dell'*in house providing*. pag. 190
6. La società mista quale forma di P.P.P.I.: la concezione del modello in ambito nazionale ed europeo. pag. 192
7. Le limitazioni poste alle società pubbliche: a) la legge finanziaria per il 2008; pag. 200
8. (segue): b) l'art. 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78; pag. 204
9. (segue): c) la riforma sulla c.d. *spending review*; pag. 210
10. (segue): d) la legge di stabilità per il 2014; pag. 216
11. (segue): e) la legge di stabilità per il 2015. pag. 219

PARTE II LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI UN'ANALISI RICOSTRUTTIVA: LA DIFFICILE INDIVIDUAZIONE DI UNO "STATUTO" UNITARIO APPLICABILE ALLE SOCIETÀ PUBBLICHE

CAPITOLO I – IL CONTRATTO DI SOCIETÀ E GLI EFFETTI DELLA PRESENZA DI UN SOCIO PUBBLICO

1. La società pubblica come autonomo tipo negoziale: la causa del contratto. pag. 225
2. Disposizioni derogatorie dettate per la società pubblica: la *golden share*. pag. 231
3. *Corporate governance* nelle società *in house* e a capitale

misto.	pag. 237
4. Il conferimento degli incarichi agli amministratori: a) composizione dei c.d.a. e limiti;	pag. 246
5. (segue): b) incompatibilità;	pag. 252
6. (segue): c) contenimento dei compensi.	pag. 257
7. (segue): d) considerazioni conclusive a margine del regime della composizione e dei compensi degli organi di amministrazione delle società a partecipazione pubblica.	pag. 265
8. Le operazioni societarie: profili problematici connessi alla liquidazione e al trasferimento di quote o azioni.	pag. 271
9. Questioni di giurisdizione: illegittimità del provvedimento ed invalidità del negozio di società.	pag. 277
10. L'esposizione della società pubblica alle procedure concorsuali.	pag. 282
11. Il rapporto tra soggetto gestore e utente: le carte di servizio, l'art. 140 del codice del consumo, l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione.	pag. 289

CAPITOLO II - LE SOCIETÀ PUBBLICHE COME OPERATORE ECONOMICO ED I RAPPORTI ECONOMICO-FINANZIARI CON L'ENTE SOCIO

1. Premessa. Le forme in cui opera una società pubblica, dalla legge sul procedimento amministrativo al codice dei contratti pubblici.	pag. 299
2. Società pubbliche e procedure ad evidenza pubblica. Obbligo di indizione.	pag. 302
3. Società pubbliche e procedure ad evidenza pubblica. Possibilità di partecipazione.	pag. 315
4. L'applicabilità dell'imposta sul valore aggiunto nei rapporti tra ente e società pubblica.	pag. 326
5. Compensazioni economiche tra ente e soggetto gestore: accollo dei debiti della società pubblica, aumenti di capitale, perdite di esercizio.	pag. 332
6. Il personale delle società pubbliche: modalità di reclutamento, tutela giurisdizionale, limiti.	pag. 343
7. Il rispetto del patto di stabilità e crescita interno.	pag. 351
8. Armonizzazione dei sistemi contabili e bilancio consolidato del "Gruppo Pubblica Amministrazione".	pag. 362

CAPITOLO III - CONTROLLI E RESPONSABILITÀ

1. Una visione d'insieme.	pag. 373
2. Obblighi di pubblicità e trasparenza. L'accesso agli atti.	pag. 376
3. I controlli interni espletati dall'ente affidante.	pag. 384
4. I controlli esterni e la funzione consultiva della Corte dei conti.	pag. 390
5. La responsabilità della società pubblica verso l'ente socio e la responsabilità degli amministratori: il limite esterno della giurisdizione della Corte dei conti.	pag. 408
6. Le azioni di responsabilità previste dal codice civile.	pag. 423
7. Il d.lgs. n. 231/2001 e la legge "anticorruzione".	pag. 429

CONCLUSIONI

L'individuazione della disciplina applicabile al gestore di un pubblico servizio: tra forma giuridica del soggetto e natura dell'attività svolta in vista del buon andamento dei servizi pubblici locali	pag. 443
--	----------

BIBLIOGRAFIA

pag. I

ABSTRACT (italiano/inglese)

Il presente lavoro si propone di studiare in modo critico il tema della qualificazione giuridica delle società a partecipazione pubblica, quali modelli di gestione dei servizi pubblici locali.

Il tema della gestione dei servizi pubblici locali, specie di quelli a rilevanza economica, vive un momento di rapida evoluzione normativa: l'instabilità del quadro positivo di riferimento rappresenta una conseguenza del necessario ripensamento del sistema di *welfare*, che ad oggi si impone in ragione di vincoli di finanza pubblica sempre più stringenti.

L'incertezza posta dal legislatore in ordine allo spazio da riservare alla concessione di diritti speciali o esclusivi e, più in generale, la differente intensità con la quale sono state, a singhiozzo perseguite la concorrenza per il mercato e la concorrenza nel mercato, ha spesso condotto ad una differente modulazione della possibilità di ricorrere, in deroga alla regola dell'evidenza pubblica, alla gestione diretta del servizio da parte dell'ente pubblico.

In questa prospettiva, il tentativo operato dal legislatore nel senso di limitare la proliferazione delle società a partecipazione pubblica intercetta, altresì, una seconda direttrice di fondo che ha interessato gli interventi di riforma della materia dei servizi pubblici locali: il perseguimento dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità e, in definitiva, di sana gestione finanziaria.

Il percorso di ricerca seguito ha trovato articolazione in due parti distinte, ciascuna delle quali suddivisa in più capitoli.

Con la parte prima del presente lavoro si è inteso offrire un inquadramento di carattere sistematico in ordine alla nozione di pubblico servizio, nel cui ambito si concentra una parte significativa del fenomeno delle partecipazioni societarie da parte degli Enti pubblici.

Nel primo capitolo si intraprende una ricostruzione della nozione di pubblico servizio, nelle diverse accezioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per poi esaminare la più attuale concezione della materia formulata dalla dottrina prevalente, la quale tende ad attuare una sintesi tra le impostazioni dogmatiche più risalenti.

Il secondo capitolo della parte prima è dedicato alla ricostruzione della disciplina positiva che ha interessato il settore dei servizi pubblici locali.

L'indagine dell'evoluzione che ha caratterizzato l'impiego, nell'ambito dei pubblici servizi, dello strumento delle società pubbliche, *in house* e a capitale misto, ha reso necessario vagliare il peculiare rapporto sotteso tra ente pubblico e soggetto gestore di un pubblico servizio, e, più

precisamente, il problema della qualificazione giuridica del contratto di servizio.

Il terzo capitolo della parte prima affronta i caratteri strutturali delle formule gestionali rappresentate dalle società *in house* e a capitale misto, come venutesi a delineare grazie al fondamentale apporto ermeneutico offerto dalla Corte di giustizia.

La parte seconda del lavoro, invece, concerne la disciplina applicabile alle società *in house* e a capitale misto operanti nel settore dei pubblici servizi ed affronta, con un approccio critico, la difficile individuazione dello “statuto” proprio di tali società.

Il primo capitolo, precisamente, è dedicato allo studio delle società pubbliche, condotto analizzando quei profili più squisitamente privatistici.

Con il secondo ed il terzo capitolo della parte conclusiva del lavoro si intende stabilire se alcuni specifici settori normativi, destinati a trovare applicazione nei confronti degli enti pubblici, includano, nel rispettivo ambito soggettivo di applicazione, anche le società *in house* o a capitale misto esercenti un pubblico servizio.

I settori normativi considerati sono molteplici: l'individuazione delle disposizioni applicabili per il reclutamento del personale, la disciplina dei compensi e della composizione degli organi di amministrazione, l'assoggettamento al patto di stabilità interno, il rispetto di precisi obblighi di trasparenza, l'armonizzazione ed il consolidamento dei bilanci, la sottoposizione ai controlli dell'ente locale socio, la responsabilità amministrativa e la conseguente definizione del limite esterno della giurisdizione della Corte dei conti, l'assoggettamento alle procedure concorsuali, la veste di operatore economico della società pubblica, la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e l'obbligo di indirle.

Infine, a conclusione della ricerca condotta, si è inteso stabilire se la qualificazione delle società *in house* quali patrimonio separato dell'ente, indistinte, sotto il profilo soggettivo, rispetto a questo, alla quale la Corte di cassazione è giunta dovendo affrontare lo specifico profilo della responsabilità degli amministratori delle società *in house*, sia una ricostruzione sostenibile al di fuori della specifica questione risolta.

In questo senso, il quesito finale emerso attiene alla possibilità di elevare, in senso più generale, la qualificazione giuridica soggettiva in termini pubblicistici delle società *in house*, unitamente alle relative implicazioni giuridiche nel contesto della gestione dei servizi pubblici locali.

*

The present work aims to study critically the issue of legal classification of public companies as models of management of local public services.

The topic of management of local public services, especially those of economic importance, is experiencing a rapid evolution of legislation: the instability of the positive framework of reference is a consequence of the need to rethink the welfare system which today is necessary on grounds of public finance constraints increasingly tight.

The uncertainty raised by the legislator in order to space to be reserved to the granting of special or exclusive rights and, more generally, the different intensity with which the competition for the market and the competition in the market have been pursued, has often led to a different modulation of the possibility of recourse to the direct management of the service by the public authorities.

In this perspective, the objective of limiting the proliferation of public companies intercepts the second purpose that characterizes reforms related to local public services: the pursuit of the principles of efficiency, effectiveness and cheapness and, ultimately, of healthy financial management.

The research is divided into two parts, each of which is divided into multiple chapters.

With the first part of this work it was intended to provide a framework of a systematic nature in regard to the concept of public service, in which a significant part of the phenomenon of shareholdings by public authorities has been concentrated.

The first chapter undertakes a reconstruction of the concept of public service, in the various meanings proposed by doctrine and jurisprudence, and then it examines the most current reconstruction proposed by the latest doctrine, which proposes to achieve a synthesis of the previous theories.

The second chapter of the first part concerns the reconstruction of the discipline of the matter of local public services.

The analysis of the evolution that has characterized the use, in public services, of the instrument of public companies imposed to investigate the nature of the relationship between public authorities and the management entity of a public service, and, more specifically, the problem of the legal classification of the service contract.

The third chapter of part one deals with the structural characteristics of the in-house companies and of the public-private partnership, thanks, in particular, to the fundamental contribution offered by the Court of Justice.

The second part of the work concerns the rules applicable to the public companies operating in the public services sector and faces, with a critical approach, the difficult identification of the rules governing these companies own.

The first chapter, precisely, is dedicated to the study of public companies, conducted by analyzing those profiles more related to the private law.

The second and the third chapter of the second part of the work want to determine whether certain specific areas of legislation designed to apply in matters of public authorities are intended, in their subject matter, also to public companies.

Many are the regulatory areas analyzed for this purpose: the identification of the rules concerning the recruitment, the remuneration and the composition of boards of directors, the duty to respect the internal stability pact, the compliance with specific obligations of transparency, harmonization and consolidation of accounts, interior checks carried out by the Public, the administrative responsibility and the consequent definition of the outer limits of the jurisdiction of the Court of Auditors, the subjection to insolvency proceedings, the role of economic operator of the public company, participation in public procedures and the obligation to call them.

Finally, at the conclusion of the research conducted, it was intended to determine if the qualification of the in-house companies to which the Supreme Court has come with the specific terms of the liability of the directors of the in-house company, is a sustainable reconstruction outside the specific matter resolved.

In this sense, the final question concerns the possibility of raising, in the most general sense, the qualification of the in-house company in terms of public law, together with the legal implications in the context of the management of local public services.

Introduzione

Il tema della gestione dei servizi pubblici locali, specie di quelli a rilevanza economica, ha vissuto e vive un momento di vorticosa evoluzione normativa: l'instabilità del quadro positivo di riferimento rappresenta una conseguenza del necessario ripensamento del sistema di *welfare* che ad oggi si impone in ragione di vincoli di finanza pubblica sempre più stringenti.

La materia dei pubblici servizi, andata affermandosi di pari passo con l'emergere dello Stato sociale di diritto, trova, nell'attuale contesto istituzionale, una nuova lettura, sulla scorta delle due direttrici di fondo sulle quali muovono le più recenti riforme normative.

Da un lato, molte delle novelle che hanno investito la materia dei servizi pubblici locali vedono la loro *ratio* nella tutela della concorrenza e nell'esigenza di promuovere una più ampia liberalizzazione di quei settori che, per la loro appetibilità sotto il profilo economico, paiono consentire più agevolmente l'ingresso di operatori privati idonei ad ingenerare virtuosi meccanismi di competitività e crescita.

L'incertezza posta dal legislatore in ordine allo spazio da riservare alla concessione di diritti speciali o esclusivi e, più in generale, la differente intensità con la quale sono state a singhiozzo perseguite la concorrenza per il mercato e la concorrenza nel mercato, ha spesso condotto ad una differente modulazione della possibilità di ricorrere, in deroga alla regola dell'evidenza pubblica, alla gestione diretta del servizio da parte dell'ente pubblico.

In questa prospettiva, sono molteplici gli interventi di riforma che, con alterna fortuna, hanno inteso contenere gli affidamenti a società *in house* o a capitale misto¹.

¹ E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; F. PORCELLANA, *Servizi pubblici locali e deroghe alla concorrenza: la Corte salva l'in house providing*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, 2; B. RINALDI, *Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, vol. VI, Milano, 2007; P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 6; R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008; R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, Milano,

Il tentativo di limitare la proliferazione delle società a partecipazione pubblica, dall'altro lato, intercetta altresì la seconda delle due direttrici di fondo che hanno interessato gli interventi di riforma della materia dei servizi pubblici locali: il perseguimento dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità.

È di tutta evidenza, del resto, come nel campo della scelta, da parte dell'ente pubblico, del modello di gestione del pubblico servizio si giochi non soltanto il tasso di concorrenzialità del settore, ma anche la sempre più stringente esigenza di contenere la spesa pubblica.

Se, certamente, l'organizzazione di un pubblico servizio determina l'impiego di risorse pubbliche anche ove il gestore sia un soggetto privato – e ciò specie nella forma di sussidi o compensazioni che consentano l'erogazione del servizio medesimo a prezzi accessibili o in condizioni altrimenti diseconomiche –, è altrettanto certo che si assisterà ad un maggiore sforzo finanziario per l'ente pubblico nel caso in cui, per sopperire ai fallimenti del mercato, si renda necessario optare per l'istituzione di una società a partecipazione pubblica.

Nel panorama delle diverse forme di gestione dei pubblici servizi locali l'attenzione del legislatore, così come di dottrina e giurisprudenza, è stata rivolta a quei modelli gestori suscettibili di destare maggiori profili critici, i quali più intensamente sono destinati a collidere con l'esigenza di contenimento della spesa pubblica: le società a partecipazione pubblica, *in house* e a capitale misto.

L'inefficienza che la dottrina più risalente imputava alle aziende municipalizzate – prive di personalità giuridica, di autonomia contabile e dotate di organi interni nominati dal Consiglio comunale - trovava soluzione proprio attraverso l'opzione in favore del modello delle società di capitali delineato dal codice civile, considerato, allora, strumento più duttile in vista dell'esercizio di un'attività economica, oltre che mezzo in grado di impedire che il rischio di gestione si riverberasse sulla finanza locale.

Tuttavia, l'estensione di numerosi vincoli finanziari alle società partecipate, così come l'avvicinamento della disciplina applicabile a tali soggetti a quella prevista per gli enti pubblici, sia pure in relazione a specifici e frammentari contesti, lascia emergere come l'obiettivo sotteso al progressivo abbandono delle aziende municipalizzate in favore delle società a partecipazione pubblica sia stato, probabilmente, mancato.

L'iniziale fuga dal modello dell'azienda municipalizzata – troppo legato alla finanza dell'ente locale e reso eccessivamente rigido da una disciplina a vocazione fortemente pubblicistica – verso il più duttile strumento della società di diritto comune ha subito una evidente spinta in

2009, 10; G. BASSI, *La riforma dei servizi pubblici locali. Vincoli, minacce ed opportunità dell'apertura al mercato*, Rimini, 2008; AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, 2011; E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, 2011; E. PRIOLO, *Profili delle aziende municipalizzate*, Rimini, 1992.

senso contrario in parallelo all'introduzione di disposizioni di carattere speciale, derogatorie rispetto al modello delineato dal codice civile.

In altri termini, al passaggio da un modulo gestorio di carattere pubblicistico verso un modulo di stampo privatistico è seguito un chiaro ritorno al primo, e ciò per mezzo di una revisione, in chiave pubblicistica, della disciplina applicabile alle società pubbliche, in generale, e a quelle esercenti un pubblico servizio, in particolare.

Tali riflessioni introducono il problema di individuare la qualificazione giuridica delle società pubbliche, *in house* e a capitale misto.

In particolare, l'inquadramento giuridico della società *in house*, generalmente intesa quale *longa manus* della pubblica amministrazione che su di essa esercita il controllo analogo, non si è rivelato, ad avviso di chi scrive, un criterio soddisfacente al fine di stabilire quale sia lo statuto applicabile a siffatti soggetti.

Precisamente, la definizione del rapporto tra ente pubblico e società *in house* in termini di delegazione interorganica, a più riprese prospettata da dottrina e giurisprudenza, non consente di desumere, *sic et simpliciter*, la sottoposizione delle società in parola al regime valevole per gli enti pubblici.

Né, più in generale, la qualificazione *ex ante*, in termini privatistici ovvero pubblicistici, di una società a partecipazione pubblica – sia essa *in house* o a capitale misto – rappresenta un metodo soddisfacente al fine di stabilire quale sia il regime della disciplina applicabile a tali soggetti.

Al contrario, procedere esaminando i singoli settori normativi, onde verificare, di volta in volta, se le società pubbliche, *in house* e a capitale misto, esercenti un pubblico servizio, rientrano entro il perimetro dell'ambito di applicazione soggettivo della disciplina considerata può consentire di pervenire ad un approdo più certo in ordine alla stessa qualificazione giuridica dei soggetti considerati.

Il problema della qualificazione giuridica delle società pubbliche - *in house* e a capitale misto -, riconducibile al tema più generale della definizione degli indici di pubblicità degli enti, conduce allo studio della disciplina complessivamente applicabile a tali soggetti²: del resto, come in dottrina è stato efficacemente posto in luce, la questione del riconoscimento della natura pubblica di un soggetto viene a sovrapporsi al problema della individuazione della disciplina applicabile al soggetto medesimo³.

² M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; D.F.G. TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2007, 1.

³ M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997.

Tale assunto trova conferma nella semplice constatazione di come, con riferimento a qualunque soggetto pacificamente riconducibile al *genus* degli enti pubblici, debba sempre porsi il problema della definizione delle norme ad esso applicabili, considerando, per ogni singolo settore normativo, il corrispondente campo di applicazione soggettivo, data la mancanza di una unitaria disciplina applicabile a tutti gli enti qualificabili come pubblici.

Una analisi critica delle questioni così tratteggiate, tesa alla completa ricostruzione dell'attuale assetto della disciplina che interessa i soggetti in parola, può consentire di cogliere le finalità più autentiche sottese alle riforme più di recente intervenute ed a quelle, allo stato, ancora in fase di elaborazione. E ciò in ragione della – forse scontata – considerazione di come il problema della razionalizzazione e del contenimento della spesa nell'ambito dei servizi pubblici si risolva, in concreto, nel problema della definizione dei modelli di gestione e del regime giuridico di questi ultimi.

La parte centrale del presente lavoro ha così ad oggetto l'individuazione di quale, e quanto importante, sia l'estensione della disciplina pubblicistica alle società partecipate dagli enti pubblici, sovente non evincibile dalla lettera della legge, ma risultante dall'apporto ermeneutico di dottrina e giurisprudenza.

Il percorso di ricerca seguito ha trovato articolazione in due parti distinte, ciascuna delle quali suddivisa in più capitoli.

Con la parte prima del presente lavoro si è inteso offrire un inquadramento di carattere sistematico in ordine alla nozione di pubblico servizio, nel cui ambito si concentra una parte cospicua del fenomeno delle partecipazioni societarie da parte degli enti pubblici.

Con il primo capitolo si intraprende una ricostruzione della nozione di pubblico servizio, nelle diverse accezioni proposte dalla dottrina⁴ e dalla giurisprudenza, per poi esaminare la più attuale concezione della materia formulata dalla dottrina prevalente, la quale tende ad attuare una sintesi tra le impostazioni dogmatiche più risalenti.

Nell'ambito di una ricostruzione siffatta, sia pure non esaustiva, non è potuto mancare un raffronto tra gli esiti a cui è giunta la dottrina con gli spunti offerti dalla giurisprudenza nazionale e, soprattutto, con l'elaborazione del concetto di servizio di interesse economico generale operata nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea.

In questo senso, grande rilievo deve riconoscersi alle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'UE dedicate al ruolo delle imprese pubbliche ed ai limiti entro i quali sono ammissibili, per l'ordinamento

⁴ *Ex plurimis*: U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; F. MERUSI, *Servizio pubblico*, voce in *Novissimo digesto italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, Torino, 1957; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Tomo I, Bologna, 1998, 917 ss.

sovrana nazionale, le compensazioni economiche tra p.a. e imprese esercenti un pubblico servizio.

Nel seconda sezione del primo capitolo, invece, l'attenzione viene posta in ordine alle disposizioni della Carta costituzionale dalle quali emerge, nei tratti essenziali, il ruolo dello Stato nel sistema economico e, in particolare, lo spazio dell'intervento pubblico nel campo dei servizi pubblici.

L'analisi del dettato della Costituzione non ha avuto di mira i soli artt. 41 e 43 Cost., propriamente integranti la c.d. 'Costituzione economica', ma anche gli artt. 2 e 3 Cost., i quali, nel delineare anche il dover essere dei pubblici servizi – imponendo i caratteri di universalità, parità di accesso e continuità nell'erogazione dei medesimi – connotano altresì il dover essere delle relative forme di gestione, strumentali rispetto al fine di assicurare un servizio avente i suddetti caratteri⁵.

Trattasi di elementi riconosciuti anche a livello europeo (cfr. protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona) nell'ambito del quale si è andata affermando la nozione di servizio di interesse economico generale (SIEG), la cui equivalenza rispetto a quella, sviluppatasi in ambito nazionale, di servizio pubblico di rilevanza economica, se pure enunciata dalla stessa Corte costituzionale (sentenza del 17 novembre 2010, n. 325) non ha mancato di suscitare perplessità in dottrina.

L'analisi del dettato della Carta costituzionale ha condotto ad approfondire altresì il tema del riparto della potestà legislativa con riferimento alla materia in esame la quale, pur configurandosi in modo autonomo e risultando, in linea di principio, riconducibile alla potestà legislativa residuale delle Regioni, è sempre più spesso ad oggetto di una penetrante disciplina statale in ragione della capacità attrattiva propria di alcune materie di potestà legislativa esclusiva.

Una volta esaminati gli elementi cardine della materia dei pubblici servizi derivanti dalla Costituzione e dall'ordinamento europeo si è affrontata la ricostruzione delle differenti forme di gestione dei servizi pubblici locali.

In particolare, il secondo capitolo della parte prima è dedicato all'evoluzione storica della disciplina positiva che ha interessato il settore, evidenziando la tendenza della più recente legislazione la quale, nell'intento dichiarato di perseguire il contenimento della spesa pubblica e di promuovere la concorrenza, ha inteso realizzare la concorrenza 'per' il mercato e 'nel' mercato.

L'indagine dell'evoluzione che ha caratterizzato, ad opera di legislazione e giurisprudenza, l'impiego nell'ambito dei pubblici servizi dello strumento delle società pubbliche, *in house* e miste, ha reso necessario

⁵ R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, c. 605 ss.

vagliare il peculiare rapporto sotteso tra ente pubblico e soggetto gestore di un pubblico servizio, e, più precisamente, il problema della qualificazione giuridica del contratto di servizio e della possibilità di configurare tale fattispecie anche con riferimento al rapporto, del tutto peculiare, che viene ad instaurarsi tra p.a. e società partecipata⁶.

Il terzo capitolo della parte prima, invece, ha, quale oggetto specifico, l'analisi delle formule gestionali rappresentate dalle società *in house* e a capitale misto, come venutesi a delineare grazie al fondamentale apporto ermeneutico offerto dalla Corte di giustizia.

La parte seconda del lavoro, invece, è dedicata alla disciplina applicabile alle società *in house* e a capitale misto operanti nel settore dei pubblici servizi.

Il recupero di competitività ed efficienza in tale ambito, infatti, passa altresì attraverso lo studio delle criticità poste dalle forme di gestione più largamente diffuse e, nel contempo, più problematiche in ragione della loro stessa configurazione, sotto il profilo formale, come soggetti di diritto privato e, sotto il profilo sostanziale, come soggetti svolgenti un'attività in larga parte intrisa di profili pubblicistici, specie con riferimento alla provenienza delle risorse impiegate.

Il primo capitolo, dunque, è dedicato allo studio delle società pubbliche, condotto analizzando quei profili più squisitamente privatistici.

Accanto al preliminare problema di stabilire se la partecipazione di una o più pubbliche amministrazioni al capitale sociale abbia l'effetto di snaturare la causa stessa del contratto di società e determinarne la qualificabilità come autonoma fattispecie negoziale⁷, è necessario considerare la disciplina speciale, rispetto a quella codicistica, dedicata alla composizione dell'organo di amministrazione, alle incompatibilità, al regime dei compensi degli amministratori, ponendo particolare attenzione agli istituti di diritto civile attraverso i quali, nell'ambito dei sistemi di *corporate governance*, può declinarsi il requisito del controllo analogo esercitato dall'ente pubblico.

Particolarmente dibattuto è, inoltre, il problema dell'esposizione delle società pubbliche alle procedure concorsuali. Invero, accanto ad una tesi maggioritaria a sostegno della possibilità che una società pubblica sia

⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, volume II, II edizione, Milano 1988; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 1966, ed inoltre: S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, Padova, 2010; V. CAIANELLO, voce *Concessioni*, *Diritto amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, Torino, 1981; C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 5.

⁷ F. GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore, le società*, VIII edizione, Bologna, 2013.

esposta al fallimento⁸, sussiste un opposto orientamento, favorevole all'esonero – in determinate e circoscritte ipotesi – di talune società a partecipazione pubblica⁹.

In particolare, secondo l'orientamento da ultimo menzionato, nello stabilire se una società pubblica possa o meno essere esposta ad una dichiarazione di fallimento dovrebbe farsi applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Il riferimento a tale principio ha indotto parte della giurisprudenza a rigettare le istanze di fallimento relative a società a totale partecipazione pubblica esercenti un servizio pubblico locale, e ciò sulla base di un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, gli organi della procedura concorsuale, andando a sovrapporsi a quelli della società, determinerebbero un'indebita ingerenza del potere giudiziario nell'ambito dell'attività dell'ente pubblico e dei soggetti ad esso strumentali; inoltre, esercitando la società un pubblico servizio, la procedura fallimentare precluderebbe l'espletamento di un'attività necessaria¹⁰.

Con il secondo ed il terzo capitolo della parte conclusiva del lavoro si intende stabilire se alcuni specifici settori normativi, destinati a trovare applicazione nei confronti degli enti pubblici, includano, nel rispettivo ambito soggettivo di applicazione, anche le società *in house* o a capitale misto esercenti un pubblico servizio.

I settori normativi considerati, allo scopo di tratteggiare lo statuto delle società *in house* e a capitale misto, e, nello specifico, quelle esercenti un pubblico servizio, sono molteplici: l'individuazione delle disposizioni applicabili per il reclutamento del personale (d.lgs. n. 165/2001), la disciplina dei compensi e della composizione degli organi di amministrazione (art. 6 d.l. 78/2010, art. 4, commi 4 e 5, d.l. 95/2012), l'assoggettamento al patto di stabilità interno (cfr. art. 18, comma 2, d.l. n. 112/2008), il rispetto di precisi obblighi di trasparenza (cfr. art. 8 d.l. 98/2011), l'armonizzazione ed il consolidamento dei bilanci (cfr. d.lgs. n. 91/2011 e d.lgs. 118/2011), la sottoposizione ai controlli dell'ente locale socio (cfr. art. 147-*quater* T.U.E.L., introdotto dal d.l. 174/2012, in attesa di conversione), la responsabilità amministrativa e la conseguente definizione del limite esterno della giurisdizione della Corte dei conti, l'assoggettamento alle procedure concorsuali, la veste di operatore economico della società pubblica, la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e l'obbligo di indirle.

⁸ Cfr. Tribunale di Milano, 22 giugno 2007; Tribunale di Palermo, 11 febbraio 2010; Tribunale di Velletri, 8 marzo 2010; Cass., n. 58/1979; Cass., n. 21991/2012.

⁹ cfr. Tribunale di S.M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009; Corte Appello Torino, decreto 15 febbraio 2010; Tribunale di Palermo, decreto 8 gennaio 2013.

¹⁰ L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 299.

Precisamente, volgendo l'attenzione alle norme che guidano l'azione della società pubblica come operatore economico, si è inteso approfondire un duplice ordine di questioni: il problema dell'individuazione di uno specifico obbligo di indicazione di procedure ad evidenza pubblica per le società esercenti un pubblico servizio, *in house* e a capitale misto, che intendano approvvigionarsi, a loro volta, di beni o servizi, da un lato, e, dall'altro lato, il problema dell'individuazione delle condizioni a cui le società pubbliche possono esse stesse concorrere nell'ambito di una procedura siffatta.

Analogamente, si riscontra un identico interrogativo con riferimento all'individuazione delle disposizioni applicabili per il reclutamento del personale (d.lgs. n. 165/2001).

Invero, l'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 pone molteplici distinzioni, ulteriormente diversificando il campo di applicazione del Testo Unico sul pubblico impiego anche all'interno dello stesso panorama delle società pubbliche.

Se, da un lato, "*le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica*" sono tenute all'osservanza dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e, a tal fine, devono adottare "*con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi*", dall'altro lato le "*altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo*" sono soggette ad obblighi in apparenza meno intensi, dovendo adottare criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi che si ispirino ai principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

Tale assetto lascia emergere la tensione tra le due anime, pubblicistica e privatistica, delle società *in house* e a capitale misto, tensione che trapela altresì qualora si voglia indagare la natura della responsabilità in cui possono incorrere gli amministratori operanti nell'ambito di questi soggetti.

In questo senso, altro problema è quello di definire il limite esterno della giurisdizione della Corte dei conti.

Sul punto, in disparte la non risolutiva disposizione normativa contenuta all'art. 16-*bis* della legge n. 31/2008, secondo la quale la responsabilità dei gestori di società quotate, partecipate da enti pubblici in misura inferiore al 50%, spetta al Giudice ordinario, è stata la giurisprudenza della Corte di cassazione a fornire degli utili punti di riferimento.

In questo senso, la Suprema Corte è giunta, da ultimo, a riconoscere la giurisdizione del Giudice contabile nei confronti degli amministratori delle società *in house*, sulla scorta del riconoscimento di tali soggetti alla stregua

di una mera articolazione interna dell'ente, mancando, sotto il profilo soggettivo, una vera e propria alterità tra questi e la p.a.¹¹.

Infine, a conclusione della ricerca condotta, si è inteso stabilire se le considerazioni alle quali la Corte di cassazione è giunta, dovendo affrontare lo specifico profilo della responsabilità degli amministratori delle società *in house*, siano esportabili al di fuori della specifica questione risolta.

In questo senso, il quesito finale emerso attiene al vaglio della possibilità di elevare, assumendo così un senso più generale, la qualificazione giuridica soggettiva in termini pubblicistici – se non di tutte le società a partecipazione pubblica, generalmente intese – quantomeno delle società *in house*.

Quello da ultimo affrontato si tratta, in definitiva, di un problema qualificatorio che, in quanto intrinsecamente connesso a quello della disciplina applicabile alle società *in house* e, in senso più ampio, alle società a partecipazione pubblica, consente di meglio apprezzare la *ratio* sottesa all'attuale quadro positivo di riferimento, teso al recupero di efficienza e competitività nel settore dei servizi pubblici locali per mezzo di un'ampia rivisitazione della disciplina propria di questi specifici modelli di gestione.

¹¹ Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283.

PARTE I

**LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: PROFILI
COSTITUZIONALI E LINEE ESSENZIALI DEL QUADRO
NORMATIVO DI RIFERIMENTO**

CAPITOLO I

I SERVIZI PUBBLICI: RADICI COSTITUZIONALI E FONDAMENTI DI DIRITTO EUROPEO

SEZIONE I - L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI PUBBLICO SERVIZIO

1. Funzione pubblica e pubblico servizio nel contesto dello Stato sociale.

L'evoluzione delle attribuzioni proprie della pubblica amministrazione accompagna l'emergere della nuova dimensione assunta dal rapporto fra Stato e cittadino con il progressivo avanzare, verso la fine del XIX secolo, del pluralismo e dello Stato sociale di diritto¹².

¹² Per una più approfondita analisi dell'origine storica della *welfare policy* si veda: F. RIMOLI, *Stato sociale*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Roma, 2004; G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, Tomo I, *Diritto pubblico generale*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, 1984, 23 ss.; L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla Comunità*, Milano, 2004; L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 2002, 16 ss.; M. BERTOLISSI, R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, II edizione, Torino, 1996, 316; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, XI edizione, Padova, 2008, 128 ss.; B. SITZIA, *Sussidiarietà e Stato sociale*, in AA.VV., *Principio di sussidiarietà. Europa, Stato sociale*, a cura M. Napoli, Milano, 2003, 57 ss.; V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO, *Compendio di diritto costituzionale*, II edizione, Milano, 2011, 81 ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano, 2011, 81 ss.; F. DAL CANTO, S. PANIZZA, *Lo Stato e gli altri ordinamenti giuridici, i principi fondamentali, i diritti e i doveri costituzionali*, Volume I, in AA.VV., *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, a cura di R. Romboli, Torino, 2011, 49 ss.; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, 128 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, III edizione, Padova, 1998, 44 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, XII edizione, 2011, 52; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2012; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009, 254 ss. Per uno studio del pubblico servizio come connesso alle teorie dell'utilitarismo di J. Bentham e di J.S. Mill si veda: G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999, 51 ss.

La graduale estensione del suffragio, nel segno del significato più autentico di democrazia, porta con sé un crescente coinvolgimento dei differenti ceti sociali alla vita delle istituzioni.

La coesione sociale riposa sopra un delicato equilibrio che vede, da un lato, l'assicurazione di un'economia liberale, fondata sulla libertà di iniziativa economica e sul diritto di proprietà, e, dall'altro, la predisposizione di correttivi idonei a ridurre la diseguale distribuzione delle risorse.

Accanto alle tradizionali funzioni autoritative, lo Stato intraprende così interventi in campo assistenziale, previdenziale, sanitario, nella fruizione dei beni culturali, nel campo dell'istruzione, ed assicura l'erogazione di servizi, tutto ciò promanando da una rinnovata concezione del ruolo dello Stato in rapporto al conseguimento, da parte dei cittadini tutti, degli strumenti idonei alla piena realizzazione dell'individuo.

Così, oltre ai servizi a fruizione collettiva, concepiti quali compiti tradizionali dello Stato, più esattamente inquadrabili come estrinsecazione del potere sovrano dello Stato medesimo¹³, si fa largo l'idea che la miglior soddisfazione dell'interesse della collettività passi attraverso la realizzazione dei bisogni individuali, assicurata mediante l'erogazione di servizi fruibili dal singolo.

Concepito come evoluzione dello Stato di diritto, lo Stato sociale in Italia affonda le proprie radici nel periodo giolittiano, periodo in cui le stesse amministrazioni comunali assumono in via diretta la gestione di servizi ritenuti essenziali.

Guardando al dettato della Carta costituzionale, il disposto che meglio incarna i tratti costitutivi dello Stato sociale, oltre che la mutata prospettiva dei rapporti tra Stato e cittadini, è rappresentato dall'art. 3 Cost.

Invero, se il comma 1, nell'esprimere il principio di uguaglianza formale, può considerarsi fondamento anche della diversa forma dello Stato di diritto, è proprio nel successivo comma 2, espressione del principio di uguaglianza sostanziale, che può rinvenirsi il più autentico fondamento dello Stato sociale.

È, dunque, l'art. 3 della Costituzione a legittimare, da un lato, l'intervento dello Stato nel campo dei diritti sociali, privi di rilevanza economica, ambito nel quale il rapporto tra p.a. e cittadino diviene paritetico, perdendo così quei tratti autoritativi che, invece, connotano l'esercizio di una pubblica funzione; dall'altro lato, è ancora l'art. 3 Cost. a fondare l'intervento statale in campo economico, quale strumento di realizzazione dei diritti sociali e delle libertà incompressibili¹⁴ dei singoli.

¹³ Quali, ad esempio, la difesa militare e la protezione civile: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, 111.

¹⁴ G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, IV edizione, Milano, 2005, 845. Sul punto si veda anche: F.

Risalente, del resto, è la stessa teorizzazione di un intervento statale come fattore di riequilibrio essenziale¹⁵, volto a garantire l'erogazione di determinate prestazioni a prescindere dalla valutazione della economicità dell'attività ad essa riconnessa.

È in questo rinnovato contesto culturale, sociale e politico che assume giuridica rilevanza la dicotomia concettuale tra 'pubblica funzione' e 'pubblico servizio'. Essa trae origine dagli studi compiuti in ordine all'individuazione dei compiti dello Stato e dell'amministrazione complessivamente intesa.

Un rilevante contributo in questo senso è offerto dalla dottrina francese, maturata tra la fine dell'800 gli inizi del '900, grazie alla quale prende corpo la nozione di *service public* quale "*clausola generale sulla competenza del consiglio di Stato in merito ad atti non autoritativi della pubblica amministrazione sottoposti a règles exorbitants du droit commun*"¹⁶. L'attenzione particolare della dottrina francese per la materia *de qua* si giustifica in quanto la delimitazione del concetto di pubblico servizio assume una rilevanza centrale, quale fondamento stesso della giurisdizione del Giudice amministrativo.

Funzione pubblica e pubblico servizio, vicendevolmente integrandosi, costituiscono i due diversi momenti nei quali l'amministrazione pubblica trova esplicazione.

Secondo parte della dottrina, ed in via di prima approssimazione, per funzione "*si intende un'attività volta alla cura di interessi alieni e quindi non interamente libera né interamente vincolata, rilevante nella sua globalità ... svolta normalmente attraverso procedimenti e soggetta a forme di controllo*"¹⁷.

MIGLIARESE, *Contributo alla teoria del servizio pubblico: inquadramento generale*, Padova, 1992.

¹⁵ J.M. KEYNES, *Come uscire dalla crisi, Raccolta di saggi*, traduzione di P. Sabbatini, Bari, 2004.

¹⁶ F. MERUSI, *Servizio pubblico*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., 216. Paradigmatica, rispetto alla nozione di pubblico servizio, è la sentenza dell'8 febbraio 1873 del Tribunale dei conflitti, più celebre come *arrêt Blanco*. La giurisprudenza francese impiega per la prima volta la nozione di pubblico servizio come criterio fondante la giurisdizione del giudice amministrativo: "*l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les divers services publics n'est pas régie par les principes établis, dans les art. 1382 et suivant C.civ., pour les rapports de particulier à particulier. Cette responsabilité, qui n'est ni générale ni absolue, a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. C'est, des lors, à l'autorité administrative, et non aux tribunaux ordinaires, qu'il appartient de l'apprécier*". Parimenti celebre è il c.d. *arrêt Terrier* del 1903, il quale conferma l'organizzazione ed il funzionamento dei pubblici servizi esuli dal campo di applicazione del diritto comune, rappresentando un'attività riconducibile alla pubblica amministrazione.

¹⁷ B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Tomo I, Milano, 2000, 630.

D'altro canto, secondo una diversa accezione, l'espressione "funzione pubblica" è impiegata per indicare quell'attività amministrativa svolta in via autoritativa, vale a dire attraverso l'esercizio di poteri mediante i quali avviene l'adozione di atti unilaterali suscettibili di incidere, modificandole, le situazioni giuridiche soggettive di soggetti terzi¹⁸.

L'emergere della nozione di pubblico servizio nasce, come noto, dall'esigenza di fornire una sistemazione organica della complessiva azione dello Stato, andata arricchendosi di moduli di azione diversi da quelli tradizionalmente autoritativi.

L'assenza di una definizione normativa, il carattere residuale della nozione, la natura mutevole delle attività che, nei diversi contesti spaziali e temporali, vengono sussunte nella nozione di pubblico servizio, hanno indotto parte della dottrina a considerarlo un mero concetto economico, non strettamente giuridico, quantomeno nel senso impiegato da quelle disposizioni normative che, nel riferirsi al concetto in parola, si limitano ad elencare le attività che ricadrebbero nel rispettivo ambito di applicazione¹⁹.

Tuttavia, nel tentativo di operare una ricostruzione sistematica della nozione di pubblico servizio, la dottrina, sia pure senza giungere ad un esito condiviso in senso assoluto, ne ha posto in luce gli elementi caratterizzanti.

Così, con riguardo al concetto di pubblico servizio, si è sottolineato come assuma particolare pregnanza non solo l'attività di prestazione, l'attività materiale di erogazione svolta nei confronti dei soggetti privati in una posizione paritetica, ma, altresì, il momento organizzativo del servizio medesimo, rispetto al quale, ancora una volta, si dà luogo all'esercizio di poteri autoritativi.

L'integrazione tra i due menzionati momenti dell'azione amministrativa emerge con particolare chiarezza qualora si consideri l'assunzione del servizio da parte dell'ente pubblico, e la conseguente scelta e predisposizione del modulo gestorio atto a consentirne l'erogazione.

In tali fasi la commistione tra le due facce dell'agire della p.a. è tangibile: mentre nella fase di prestazione del servizio in senso stretto l'amministrazione non opera attraverso l'esercizio di poteri autoritativi, l'esercizio di questi ultimi, invece, lambisce la fase prodromica all'erogazione del servizio in senso stretto, manifestandosi sia all'atto dell'assunzione del servizio che in sede di individuazione della forma in cui ne verrà assicurato lo svolgimento²⁰.

Accanto all'attività di erogazione, espletata a valle, si collocano, a monte, alcuni momenti provvedimentali²¹.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 539.

¹⁹ B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., 643.

²⁰ E ciò a meno che l'organizzazione del servizio non sia direttamente disciplinata *ex lege*. Così G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 908-909.

²¹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVI edizione, Milano, 2014, 671.

Il servizio pubblico, pertanto, non si configura semplicemente come “la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, e utenti”, ma, in termini più complessi, in un insieme di “atti e fatti di varia natura: legislativi, amministrativi autoritativi, operazioni materiali e pure contratti di diritto comune”²².

Uno spunto rispetto alla distinzione tra pubblica funzione e pubblico servizio può rinvenirsi volgendo lo sguardo ad una diversa branca del diritto, nel diverso contesto del diritto penale.

Inizialmente formulata *ex lege* in termini tautologici²³, la distinzione tra pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio ed esercente un servizio di pubblica necessità – specificamente rilevanti, agli effetti penali, ai fini dell’individuazione di taluni reati propri e di talune circostanze aggravanti – ha rappresentato l’oggetto di un acceso dibattito nell’ambito della dottrina giuspenalistica.

²² E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 670-671.

²³ In questi termini: G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 896-897. Nella versione originaria del codice Rocco, adottato con r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398, gli artt. 357 e 358 c.p. così, rispettivamente, disponevano: “art. 357. *Nozione di pubblico ufficiale. Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali: 1) gli impiegati dello Stato o di altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione, legislativa amministrativa o giudiziaria; 2) ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa amministrativa o giudiziaria*”; “art. 358. *Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio. Agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio: 1) gli impiegati dello Stato, o di un altro ente pubblico, i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio; 2) ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio*”. Secondo la Relazione ministeriale sul Progetto del Codice Rocco (v. II, p. 118) la definizione, volutamente evasiva, implicitamente rinviava alla dottrina giuspubblicistica. A seguito della legge 26 aprile 1990, n. 86, e dell’art. 4 della legge 7 febbraio 1992, n. 181, le nozioni innanzi accennate sono state così modificate: “art. 357. *Nozione del pubblico ufficiale. Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi*”; “art. 358. *Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio. Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale*”. La definizione, *expressis verbis* dichiarata rilevante ai soli fini penali, risulta avere, oggi, una portata limitata in questo stesso campo, stante la “scarsa importanza” e la “arbitrarietà delle conseguenze” che ad essa il codice penale ricollega (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Tomo II, Milano, 2003, 292).

Differenti, in questo specifico contesto, sono le soluzioni elaborate al fine di tracciare la distinzione tra i due momenti dell'agire dell'amministrazione innanzi accennati.

Secondo un primo orientamento, il carattere precipuo della pubblica funzione risiederebbe nella rappresentanza dell'ente pubblico, nel potere di formare, o di concorrere alla formazione della volontà dell'ente medesimo: potere non riscontrabile con riferimento al pubblico servizio.

Secondo un diverso orientamento, la distinzione tra pubblica funzione e pubblico servizio corrisponderebbe alla distinzione tra attività giuridica, volta al perseguimento dei fini essenziali dello Stato, ed attività sociale, volta al perseguimento di fini utili alla collettività.

Secondo un terzo orientamento, insito nel concetto di pubblica funzione vi sarebbe un potere di supremazia, estraneo, invece, al concetto di pubblico servizio²⁴.

Le disposizioni del codice penale, malgrado, da sole, non consentano di addivenire ad una definizione esaustiva del pubblico servizio, concorrono alla sua identificazione, ponendo l'accento, in particolare, rispetto ad uno degli elementi identificativi innanzi accennati: quello dell'attività.

Invero, come è stato correttamente sottolineato, le norme richiamate, nell'evocare il concetto di pubblico servizio, rinviano *“all'idea di una attività, nella cui esplicazione possono intervenire sia soggetti pubblici che privati, riferibile ad un ufficio, nel senso di munus, ed implicante un insieme di doveri e di poteri, funzionali allo svolgimento del servizio”*²⁵.

2. La nozione di pubblico servizio in senso soggettivo.

Il carattere sfumato della nozione di pubblico servizio, secondo quanto scritto da De Valles, nell'ormai lontano 1923, risulta ancora oggi un problema attuale: *“l'espressione 'servizio pubblico' è usata dalla pratica in un significato globale, che non corrisponde al significato particolare del sostantivo e dell'attributo: ed anzi, se vi è tanta varietà di opinioni sul concetto di pubblico servizio, ciò dipende dal fatto che, se è incerto l'attributo, il sostantivo è preso volta a volta in tutti i suoi significati, facendone derivare una nozione diversa dell'idea complessiva”*²⁶.

Quanto innanzi esposto circa i tratti distintivi della nozione di pubblico servizio rispetto a quella di funzione pubblica non dà

²⁴ Per un maggiore approfondimento delle differenti prospettive qui riassunte si veda: F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 285 ss.

²⁵ S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, 359.

²⁶ DE VALLES, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Primo trattato di completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. VI, Milano, 1923, 384, come riportata da G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 904.

adeguatamente conto della complessità ed eterogeneità delle soluzioni definitorie offerte dalla dottrina.

Secondo la più risalente impostazione teorica, il servizio pubblico comprendeva “ogni forma di attività, autoritativa o sociale, di un ente pubblico diretta a soddisfare bisogni pubblici, in modo tale da far coincidere, praticamente, la nozione di servizio pubblico con l'intera attività amministrativa, esprimendo così l'omogenea pubblicità delle attività autoritative e di quelle sociali”²⁷.

Tale concezione, estremamente lata e omnicomprensiva, può ritenersi una chiara derivazione della tradizione francese.

Come ebbe modo di affermare un illustre Autore, il servizio pubblico “c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante”²⁸. E ciò nell'ambito di una rinnovata concezione dello Stato, non più inteso come “puissance qui commande”, ma come “coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants”²⁹.

Prendendo le distanze da tale approccio, altra parte della dottrina intraprese una diversa impostazione, volta, piuttosto, a sottolineare una netta linea di demarcazione tra atti compiuti *jure imperii*, essenzialmente connessi “all'esistenza stessa dello Stato”, e l'attività sociale, “volta a promuovere il benessere, la ricchezza, la cultura, l'equilibrio e la pace della società”, il cui carattere pubblico era soltanto contingente, “derivante dallo spontaneo interessamento dello Stato a scopi di sua non necessaria pertinenza”, come fondamento e limite dello Stato stesso³⁰.

Secondo questa più risalente ricostruzione, l'elemento fondante la pubblicità del pubblico servizio doveva rinvenirsi nella sua afferenza allo Stato: i servizi potevano, dunque, davvero definirsi pubblici “solo quando lo Stato o altro ente pubblico li (avesse) dichiarati tali e li (avesse) inclusi nelle proprie finalità”³¹.

Così, mentre la funzione rappresenta “esercizio di una potestà pubblica, intesa questa come una sfera di capacità specifica dello Stato”, “i servizi rappresentano invece altrettante attività, materiali, tecniche, spesso

²⁷ Così E. SCOTTI, *Il servizio pubblico tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, 18, nel ricostruire la concezione di Santi Romano e di F. Cammeo, ai quali rinvia: SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1913, 357; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 204.

²⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, III ed., II Tome, *La Théorie général de l'État*, Paris, 1928, 61.

²⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, cit., 1928, 59.

³⁰ E. SCOTTI, *Il servizio pubblico*, cit., 19-20.

³¹ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato di pubbliche funzioni e servizi pubblici*, in *Trattato Orlando*, 1935, II, 198.

*di produzione industriale, poste a disposizione dei singoli per aiutarli nel conseguimento delle loro finalità*³².

Secondo questa prima teoria, dunque, il servizio si connoterebbe come pubblico sotto il profilo soggettivo, in quanto la sua titolarità spetterebbe ad un ente pubblico che ne assume in proprio l'onere della relativa organizzazione.

La qualificazione del servizio come pubblico discenderebbe, così, dalla natura del soggetto gestore, in ossequio all'assunto in forza del quale *“l'idea del pubblico servizio non precede, ma segue quella della pubblica amministrazione”*³³.

Tale impostazione, ampiamente dibattuta, è stata soggetta a revisione critica in considerazione della pluralità dei modelli di gestione dei servizi tipizzati dal legislatore, con i quali la riferita concezione soggettiva non poteva che misurarsi.

In presenza di moduli gestori contemplanti l'intervento di soggetti privati, la coerenza della concezione soggettiva del pubblico servizio veniva salvaguardata ammettendo che lo Stato e gli enti pubblici, quali titolari del servizio pubblico, potessero assumerne la gestione in proprio in via diretta, ovvero indirettamente, avvalendosi dell'ausilio di soggetti privati, estranei alla pubblica amministrazione, ricorrendo all'istituto della concessione traslativa.

Per questa via, il carattere pubblico del servizio poteva ancora predicarsi, rimanendo ferma l'imputabilità del medesimo al soggetto pubblico, il quale, in via immediata o mediata, interveniva per assicurarne l'erogazione in quanto in sé corrispondente a finalità pubblicistiche³⁴.

L'integrità di tale impostazione veniva così mantenuta anche con l'avanzare di *“nuove modalità dell'assunzione pubblica dei servizi”*, consistenti *“nell'inserimento di attività private in contesti organizzativi idonei ad assicurare la soddisfazione di interessi pubblici, quali gli ordinamenti sezionali, caratterizzati dalla penetrante disciplina pubblicistica e dall'attribuzione di pervasivi poteri – normativi, di coordinamento, indirizzo e controllo – all'amministrazione preposta, nel settore, alla cura dell'interesse generale”*³⁵.

³² G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 17.

³³ V.E. ORLANDO, *Introduzione*, in AA.VV., *Primo trattato di diritto amministrativo*, Milano, I, 58, al quale rinvia E. SCOTTI, *Il servizio pubblico*, cit., 13.

³⁴ *“Questa garanzia può essere però ottenuta in vari modi; il modo più semplice è ovviamente che la soddisfazione degli interessi venga affidata all'organizzazione diretta dello Stato o a soggetti strettamente collegati a questo che partecipino della sua natura pubblica. Ma può anche darsi che l'ordinamento preferisca lasciarne la cura ai privati (...) ma ne limita più o meno fortemente l'autonomia, proprio per assicurarsi la corrispondenza fra attività privata e soddisfazione di interessi pubblici”* (M. NIGRO, *L'edilizia economica popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 184, al quale rinvia E. SCOTTI, *Il servizio pubblico*, cit., 28).

³⁵ E. SCOTTI, *Il servizio pubblico*, cit., 31-32.

3. La nozione di pubblico servizio in senso oggettivo.

Accanto alla ricostruzione soggettiva innanzi accennata, è andata affermandosi la diversa nozione di pubblico servizio in senso oggettivo.

Tale impostazione dottrinale ha inteso offrire una ricostruzione del concetto in parola che traesse fondamento dal dato positivo.

In mancanza di una definizione normativa compiuta - se si esclude quella contenuta nel codice penale, espressamente formulata, tuttavia, ai soli "effetti della legge penale" - i sostenitori della nozione oggettiva di pubblico servizio ne hanno individuato il fondamento nell'art. 41, comma 3, e, soprattutto, nell'art. 43 della Costituzione, disposizione che espressamente menziona i "servizi pubblici essenziali".

Il più autorevole sostenitore³⁶ dell'impostazione dogmatica in parola afferma che il richiamo ivi compiuto al servizio pubblico lascerebbe intendere come esso preesista rispetto all'assunzione della relativa gestione da parte di, ed in capo a, un'amministrazione pubblica.

L'attributo "pubblico" del servizio, dunque, non deriva dalla stessa qualificazione pubblica del soggetto preposto alla sua erogazione, costituendo, invece, una connotazione propria del servizio in quanto tale³⁷.

Il disposto costituzionale, infatti, si riferisce al pubblico servizio come attività suscettibile di divenire oggetto di un'impresa riservata *ab origine*, ovvero a seguito di trasferimento, in favore dello Stato, di enti pubblici o di comunità di lavoratori o utenti. Implicitamente, dunque, l'art. 43 della Costituzione ammette che imprese o categorie di imprese deputate alla gestione di servizi pubblici essenziali siano gestite da soggetti privati, costituendo una semplice eventualità la riserva di attività siffatte in favore di un ente pubblico.

Parimenti, può dirsi pubblico servizio anche quella attività che, quantunque esercitata da un soggetto privato, sia indirizzata verso il

³⁶ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit.

³⁷ Partendo dal tenore letterale dell'art. 43, può dedursi che "possono esistere servizi pubblici essenziali espliciti da imprese che la legge non riserva o non trasferisce in mano pubblica, di guisa che esse continuano ad essere gestite legittimamente da soggetti privati". Secondo l'Autore, tale conclusione fa "crollare d'un tratto tutta la concezione tradizionale dei servizi pubblici, in quanto smentisce quel principio nominalistico su cui si fonda la loro definizione corrente". "Tale statuizione conferma non solo che è caduto il principio soggettivistico nella definizione della figura, ma che il costituente, dando al legislatore ordinario la possibilità di disporre la riserva o il trasferimento di imprese con tre diverse destinazioni, ha inteso rimettere all'apprezzamento di questi la scelta della destinazione che meglio soddisfa nel caso concreto i fini di utilità generale" (U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 52 ss.).

perseguimento di fini sociali mediante l'assoggettamento ai programmi e controlli di cui all'art. 41, comma 3, Cost.³⁸.

La qualificazione pubblica del soggetto che assume e gestisce il servizio rappresenta un elemento del tutto neutrale rispetto al requisito – pubblico – intrinseco al servizio in quanto tale.

Nell'ambito di questa diversa impostazione dogmatica assume un'assoluta rilevanza l'elemento teleologico.

Se *“il servizio pubblico non è altro che servizio per il pubblico”*, allora il servizio pubblico non è altro che *“un'attività qualificata dalla causa – intesa come scopo diretto o primario – di soddisfare l'interesse privato che lo Stato ha elevato ad interesse pubblico per modo che ‘con l'attuazione di quello si attua questo’”*³⁹.

La concezione oggettiva del pubblico servizio, così sinteticamente riportata, si è trovata esposta ad una lettura estremamente critica.

In dottrina, infatti, non si è mancato di sottolineare come la ricostruzione del servizio pubblico in senso oggettivo sia suscettibile di ricomprendere altresì qualsiasi attività economica privata assoggettata ai programmi e controlli di cui all'art. 41 Cost.

Ancora, è stato posto in luce come tale impostazione pecchi, d'altro canto, per difetto, potendo essere riferita solamente a quei servizi pubblici costituenti un'attività economica. Rimanendo esclusi i servizi, ugualmente pubblici, ma privi dell'ulteriore requisito dell'economicità, la nozione di pubblico servizio in senso oggettivo non avrebbe una valenza onnicomprensiva, risultando inadeguata in vista di una descrizione unitaria del fenomeno⁴⁰.

La dottrina più recente non ha mancato di prospettare nuove formulazioni della nozione di pubblico servizio.

Parte della dottrina ha affermato come nel nostro ordinamento, lungi dal potersi rinvenire una nozione unitaria di pubblico servizio, sarebbe

³⁸ Così, per i fautori della concezione soggettiva, le attività dei privati indirizzate a fini sociali possono definirsi soltanto servizi pubblici impropri, poiché *“l'attività dei privati, anche se di contenuto omologo rispetto a quella svolta dall'amministrazione”*, rimarrebbe pur sempre *“diretta verso uno scopo, che non avrebbe potuto mai dirsi pubblico, restando sempre privato”*, potendo solo gli enti pubblici *“sentire la convenienza di fornire una data prestazione al pubblico come scopo pubblico”* (E. SCOTTI, *Il servizio pubblico*, cit., 34). Al contrario, la teoria oggettiva respinge questa idea di fondo, ed anzi, *“in un'ottica di pluralismo istituzionale e di distinzione tra Stato e società civile, essa mette in evidenza la tensione del servizio pubblico verso fini non propri dello Stato persona, ma della società, ponendo così in particolare risalto la dimensione collettiva degli interessi sottostanti al servizio pubblico”* (E. SCOTTI, *Il servizio pubblico*, cit., 34).

³⁹ E. SCOTTI, *Il servizio pubblico*, cit., 27-28, che a sua volta rinvia a A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 385. Ancora, nel senso che possa definirsi pubblico il servizio *“in quanto la prestazione da esso offerta si rivolta a tutti i cittadini in condizioni uguali”* si veda: C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'“idea” di servizio pubblico nella nuova disciplina interna comunitaria*, Torino, 2005, 33.

⁴⁰ G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 920-921.

necessario distinguere una definizione valida nell'ambito del diritto penale, in forza della quale per servizio pubblico dovrebbe intendersi “ogni attività accessoria e strumentale nei confronti dell'esercizio di una pubblica funzione”, accanto ad una nozione, evincibile dall'art. 43 Cost., la quale “fa rinvio ad un'attività economica incidente in via diretta sulla collettività e che, sotto il profilo giuridico, rileva per legittimare l'inizio di un procedimento giuridico che ha per fine il mutamento dei titolari dell'attività stessa”⁴¹. Ed ancora, secondo una terza accezione propria dell'ambito dell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali “l'accento verrebbe quasi certamente posto sulla ‘destinazione al pubblico’ dell'attività”⁴².

Ancora, secondo una diversa impostazione, la diatriba tra le opposte nozioni – soggettiva e oggettiva – dovrebbe considerarsi ormai superata in favore della seconda teoria, posto che le numerose disposizioni in materia pongono l'accento rispetto al profilo funzionale, alla destinazione al pubblico di un'attività connotata da un regime giuridico peculiare⁴³.

Altra parte della dottrina ha inteso la nozione di pubblico servizio come ristretta ai soli servizi c.d. universali, intendendo con tale espressione una parte della più ampia categoria dei servizi economici concorrenziali. Così, mentre in quest'ultima, omnicomprensiva, categoria andrebbero contemplate anche le attività del tutto privatizzate e governate interamente da logiche imprenditoriali, nella nozione di servizio universale – coincidente con la nozione classica di pubblico servizio – si rinverrebbe ancora una forte ingerenza del potere pubblico con riferimento al momento gestorio⁴⁴.

Ancora, altra parte della dottrina ritiene che il concetto in parola possa essere più efficacemente compreso solo qualora si adotti una nozione che ponga una sintesi tra le due opposte, e più risalenti, concezioni innanzi accennate⁴⁵.

⁴¹ F. MERUSI, *Servizio pubblico*, voce, cit., 221. Per una più ampia lettura del pensiero dell'Autore si veda: F. MERUSI, *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990. Sulla teoria degli ordinamenti sezionali nell'ambito della concezione, formulata da Santi Romano, del pluralismo degli ordinamenti giuridici si vedano, *ex plurimis*: M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in AA.VV., *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1991; D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Milano, 2007, 245; F. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Tomo I, Milano, 2010, 24 ss.; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, 73 ss.; V. CAIANIELLO, *Istituzioni e liberalismo*, 2005, Soveria Mannelli, 2005, 137.

⁴² F. MERUSI, *Servizio pubblico*, voce, cit., 221.

⁴³ C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, cit., 81.

⁴⁴ F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 160, il quale, a sua volta, rinvia a: F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 550 ss. Tale impostazione, tuttavia, pecca per difetto, considerando i soli servizi aventi rilevanza economica.

⁴⁵ G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 920 ss.

Secondo tale orientamento dottrinale, la nozione di pubblico servizio può essere meglio intesa cogliendo, insieme, sia il momento oggettivo che quello soggettivo.

In questo senso, pertanto, è pubblico il servizio che, sotto il profilo oggettivo, sia rivolto alla soddisfazione di interessi e bisogni a carattere diffuso e superindividuale, e, sotto il profilo soggettivo, proprio in ragione di tale aspetto teleologico, sia assunto da un ente pubblico tra le proprie finalità istituzionali.

È in forza di tale considerazione, dunque, che può apprezzarsi il profilo soggettivo della nozione: l'ente pubblico pone in capo a sé il compito di assicurare l'erogazione di un servizio, considerato necessario in vista della realizzazione di istanze non comprimibili, assumendo talvolta un ruolo di mero regolatore, talaltra iniziative di gestione diretta del servizio medesimo.

Tale impostazione, che, a differenza della prima, considera complessivamente i pubblici servizi, provvisti o meno di rilevanza economica, si ritiene del tutto condivisibile in considerazione del rilievo posto rispetto al momento della valutazione degli interessi in gioco, ponderazione propria dell'ente pubblico territoriale.

Peraltro, tale impostazione consente di cogliere il carattere dinamico ed intrinsecamente evolutivo della nozione di pubblico servizio, legata alla mutevolezza del sentire sociale e dei bisogni della collettività in un dato contesto.

A monte di una qualsivoglia scelta di intervento, l'operatore pubblico fa precedere una fase essenziale di valutazione dei valori in gioco, individuando così quegli interessi meritevoli di tutela che, in quanto ente esponenziale della collettività stanziata nel territorio, rientrano nelle finalità istituzionali proprie dell'ente.

Una volta valutata la coincidenza dell'interesse pubblico con la destinazione di una data attività, provvista o meno di rilevanza economica, alla soddisfazione di interessi e bisogni non comprimibili, spetterà ancora una volta all'ente pubblico ponderare l'*an* ed il *quomodo* del proprio intervento, anche in ragione della concreta presenza di operatori privati idonei a soddisfare il perseguimento di quelle stesse finalità.

Secondo tale prospettiva, operante una sintesi armonica delle tradizionali concezioni, il momento oggettivo e quello soggettivo del pubblico servizio risultano integrarsi a vicenda giungendo a spiegare la dinamica realtà della materia in oggetto, adeguatamente evidenziando come sia il profilo teleologico – la destinazione della prestazione del servizio alla soddisfazione di bisogni della collettività –, a permettere di affermare l'attributo 'pubblico' del servizio stesso.

Il servizio, dunque, inteso come modello di organizzazione⁴⁶ volto alla prestazione di utilità, può considerarsi pubblico a prescindere dalla natura – pubblica o privata – del soggetto preposto alla materiale erogazione ai terzi. Il servizio può qualificarsi pubblico, pur se gestito da un soggetto privato, qualora rimanga ferma la sua imputabilità ad una amministrazione pubblica, che ne rimane titolare in considerazione del fatto dell’assunzione, dell’istituzione del servizio medesimo in forza un atto amministrativo o di una espressa disposizione di legge in tal senso.

La titolarità pubblica del servizio, diversamente da quanto sostenuto dalla più risalente teoria soggettiva, potrà predicarsi ogniqualvolta il servizio inerisca e sia pertinente rispetto alle finalità istituzionali dell’ente, rimanendo irrilevante la riferibilità dell’attività di gestione ad un soggetto estraneo alla p.a.

Il profilo soggettivo riaffiora, dunque, in considerazione della “doverosità” del servizio medesimo⁴⁷.

L’attività di gestione, invece, attiene all’esercizio, all’esecuzione del servizio, fasi che si collocano a valle rispetto al momento della organizzazione, della direzione e del controllo del servizio stesso⁴⁸.

Se il profilo soggettivo del pubblico servizio deve rinvenirsi nella sua organizzazione, dovrà essere posta particolare attenzione al momento della sua istituzione, alla luce del rinnovato concetto di titolarità pubblica del servizio innanzi accennato.

Talvolta, si assisterà all’istituzione del pubblico servizio direttamente ad opera della legge, attraverso la quale verrà al contempo individuato il soggetto preposto alla relativa gestione.

In altri casi, invece, pur intervenendo *ex lege* l’istituzione del servizio, questa consentirà un certo margine di scelta rispetto alle modalità di gestione adottabili dall’amministrazione titolare del servizio medesimo.

Da ultimo, non mancheranno ipotesi in cui in capo alla p.a. residui un margine di discrezionalità ancora più ampio, laddove la legge si limiti ad individuare i “*presupposti socio-fattuali e il procedimento per l’assunzione dei servizi pubblici*”, ovvero ad indicare “*i servizi che devono essere obbligatoriamente assunti*”, “*rimettendo all’amministrazione pubblica la scelta della forma di gestione tra una serie di alternative tipizzate*”⁴⁹.

⁴⁶ E. MICHETTI, In house providing. *Modalità, requisiti, limiti*, cit., 5.

⁴⁷ In questi termini: C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, cit., 84 ss.

⁴⁸ La nuova concezione del pubblico servizio risulta in armonia rispetto al diverso ruolo assunto dallo Stato nell’economia nel corso degli ultimi decenni. Si è assistito, in questo contesto, alla “*esaltazione della funzione regolatoria dell’amministrazione intesa a garantire la più efficiente soddisfazione del bisogno pubblico attraverso la tutela, la promozione o la simulazione di un ambiente concorrenziale o attraverso “sussidiarie” misure di regolazione sociale, consistenti in limiti posti in vista di beni d’interesse generale*” (E. SCOTTI, *Il servizio pubblico*, cit., 51).

⁴⁹ G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 954.

È questo quanto si verifica, ad esempio, nel campo dei servizi pubblici locali, ai quali è dedicata la parte centrale del presente lavoro.

Concludendo, come autorevolmente affermato in dottrina, “*il rilievo soggettivo del servizio pubblico*”, trascendendo la natura del soggetto gestore, deriva invece: “*a) dalla imputabilità o titolarità del servizio all’amministrazione pubblica, che ha assunto (istituito) il servizio o alla quale lo stesso è stato assegnato dal legislatore; b) dalle finalità alle quali il servizio risponde, perché se esse sono pertinenti alla soddisfazione di esigenze della collettività, emerge una corrispondenza biunivoca con i compiti dell’amministrazione pubblica (posto il ruolo di essa nell’ordinamento); c) dalla presenza di un determinato tipo di organizzazione del servizio mirata ad assicurare specifiche modalità gestorie*”⁵⁰.

4. La nozione di pubblico servizio secondo la giurisprudenza.

Le difficoltà incontrate dalla dottrina nel tentativo di ancorare la nozione di pubblico servizio ad una definizione dai contorni meno incerti si rinverranno altresì qualora si volga lo sguardo all’analisi dell’approccio giurisprudenziale alla materia *de qua*.

In mancanza, come da più parti ricordato⁵¹, di una definizione normativa puntuale ed esaustiva, il contributo della giurisprudenza, e, certamente, del Giudice amministrativo in particolar modo⁵², è stato spesso limitato alla mera esegesi dell’art. 112 del Testo unico degli enti locali⁵³ e, dunque, all’interpretazione del concetto di servizio pubblico locale.

⁵⁰ G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 927. L’Autore, esprimendosi in senso critico rispetto alle più risalenti ricostruzioni dogmatiche, afferma che la nozione di servizio pubblico in senso oggettivo non consentirebbe di distinguere i servizi pubblici strettamente intesi rispetto alle altre forme di intervento dello stato nell’economia (G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 917 ss.).

⁵¹ G. PIPERATA, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 5, 498 ss.

⁵² C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, cit., 563 ss.

⁵³ Altri riferimenti normativi, parimenti non idonei ad offrire una nozione unitaria ed esaustiva di pubblico servizio, si rinveno in ulteriori disposizioni di settore. L’art. 1, comma 1, della legge 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, considera come tali quelli svolti “*in regime di concessione o mediante convenzione*” e destinati “*a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all’assistenza e previdenza sociale, all’istruzione ed alla libertà di comunicazione*”. Ancora, l’art. 358, comma 2, del codice penale definisce il servizio pubblico “*un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest’ultima*”.

Precisamente, ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, costituiscono un pubblico servizio tutte quelle attività che abbiano per oggetto la “*produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”⁵⁴.

La disposizione in parola, tuttavia, in forza della sua amplissima formulazione, consentirebbe in astratto di ricondurre alla nozione di pubblico servizio qualsivoglia genere di attività che promani dall'ente locale e che non sia sussumibile nell'ambito dell'esercizio di una pubblica funzione⁵⁵.

Alla luce di un così incerto dato di partenza, è possibile riscontrare nell'ambito della giurisprudenza del Giudice amministrativo due linee di tendenza di fondo.

Da un lato, in numerose pronunce è possibile riscontrare come l'approccio ermeneutico si riduca, in buona sostanza, alla risoluzione del caso singolo. Sovente, dunque, si può riscontrare come la pronuncia si limiti all'affermazione della riconducibilità, o meno, di una data attività entro il perimetro del pubblico servizio, senza giungere, tuttavia, ad una più chiara enucleazione dei tratti caratterizzanti la nozione, tale da consentire il superamento dell'incerto dato normativo.

A tale tendenza, tuttavia, fa da contraltare la ricerca, evincibile in altre pronunce, di una definizione di più ampio respiro e di portata generale, non circoscritta alla specifica fattispecie concreta analizzata, ma che, piuttosto, tende ad elevarsi rispetto a quest'ultima.

A conferma di tale duplicità di approccio è necessario fare espresso riferimento alle pronunce del Giudice amministrativo, specie del Consiglio di Stato.

Così, sulla base del mero tenore letterale dell'art. 112 del T.U.E.L., si è riconosciuta la natura di servizio pubblico con riguardo: alla gestione delle farmacie comunali⁵⁶, al servizio di illuminazione delle strade⁵⁷, al servizio di trasporto locale e, quale *species* del medesimo, anche al servizio di trasporto dei disabili⁵⁸, di scuolabus⁵⁹ e di trasporto funiviario⁶⁰, ai servizi di

Nessuna nozione di pubblico servizio, invece, viene dettata dal Codice del processo amministrativo, laddove i pubblici servizi assumono una rilevanza assolutamente pregnante, quale materia di giurisdizione esclusiva.

⁵⁴ AA.VV., *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. Cabiddu, Torino, 2010, 304 ss.

⁵⁵ G. PIPERATA, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, cit., 498 ss.

⁵⁶ Consiglio di Stato, Sez. III, 8 febbraio 2013, n. 729, in www.giustizia-amministrativa.it. Nel medesimo senso, del resto, anche Corte conti, Sez. controllo Puglia, 27 febbraio 2008, n. 3, in *Ragiufarm*, 2009, 109, 31.

⁵⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, 2 settembre 2013, n. 4339; id., 3 maggio 2012, n. 2537; id. 29 febbraio 2012, n. 1173; id., 25 novembre 2010, n. 9231, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ TAR Puglia – Bari, Sez. II, 1 marzo 2012, n. 464, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Consiglio di Stato, Sez. 2 agosto 2010, n. 5100, in www.giustizia-amministrativa.it.

pulizia e di riscaldamento degli immobili comunali⁶¹, al servizio di raccolta, depurazione e smaltimento delle acque reflue degli insediamenti zootecnici e urbani⁶², al servizio funebre comunale⁶³, ed ovviamente rispetto al servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti⁶⁴, al servizio idrico, alle poste, alle telecomunicazioni, alla pubblica istruzione, all'erogazione di gas ed energia elettrica.

Al contrario, si sono ritenute esorbitanti rispetto alla nozione di servizio pubblico locale le attività di costruzione ed esercizio di impianti per l'energia derivante da fonti rinnovabili⁶⁵, al pari della manutenzione e la gestione di un immobile adibito a palazzo di giustizia⁶⁶.

Accanto ad orientamenti volti ad escludere la natura di pubblico servizio con riguardo alle prestazioni rese a monte rispetto all'erogazione

⁶⁰ Con riferimento al servizio di trasporto mediante impianti a fune, la legislazione nazionale pone una distinzione tra i servizi destinati a consentire un collegamento tra centri abitati, idonei a soddisfare un'esigenza di mobilità generale, e quei servizi volti a consentire la pratica degli sport invernali, finalizzati non ad esigenze di trasporto ma, più semplicemente, turistiche (si vedano la legge n. 1110/1927 e la legge n. 1696/1938). Anche la Commissione europea avrebbe avallato la distinzione innanzi accennata (comunicazione n. 172/02) per affermare come i servizi di gestione degli impianti di risalita per le strutture sportive non avrebbero i connotati del servizio di interesse economico generale ma avrebbero una pura vocazione commerciale in quanto non rispondenti a bisogni incompressibili dei cittadini. La distinzione operata dalla Commissione, peraltro nello specifico contesto della disciplina degli aiuti di Stato, non può tuttavia compromettere la competenza degli Stati membri circa la definizione dei servizi di interesse economico generale, il cui perimetro, com'è ovvio, è per sua natura mutevole in ragione, peraltro, di esigenze che vengono diversamente a manifestarsi nel corso dei tempi e nella varietà dei contesti geografici, culturali e sociali. Guardando, ancora una volta, alla disciplina nazionale, un'implicita conferma dell'attrazione dei servizi di trasporto a fune nel novero dei pubblici servizi è rinvenibile nell'art. 113, commi 1-*bis* e 2-*bis* del T.U.E.L. (disposizioni della cui abrogazione può legittimamente dubitarsi), laddove si esclude dall'ambito di applicazione della disciplina sui pubblici servizi locali proprio il trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane. La disposizione in parola, infatti, pur escludendo che a tali servizi si applichino le modalità di affidamento ivi previste per i servizi pubblici locali in generale, pare confermarne l'inclusione nel novero dei pubblici servizi stessi: non può spiegarsi altrimenti la necessità di specificare l'esclusione di tali servizi dalla disciplina generale ivi dettata. Invero, così come per altri numerosi servizi pubblici locali, anche per la gestione dei servizi di trasporto a fune è rinvenibile una disciplina speciale. Trattasi, in particolare, di una disciplina *ad hoc* dettata a livello regionale (per una compiuta ricostruzione della disciplina in materia si veda L. GIZZI, *Trasporto a fune: servizio pubblico o attività economica privata?*, *Relazione resa al VI Forum giuridico europeo della neve*, Bormio, 15 dicembre 2012).

⁶¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in *Giur. It.*, 2006, 6, 1292.

⁶² TAR Lombardia – Brescia, Sez. I, 19 maggio 2005, n. 1273, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶³ TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 29 agosto 2001, n. 5163, in *Foro amm.*, 2001.

⁶⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵ TAR Puglia – Lecce, Sez. II, 1 giugno 2012, n. 998, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁶ TAR Piemonte, Sez. II, 23 giugno 2001, n. 1354, in *Giur. Piemontese*, 2001, 302.

del servizio stesso, in quanto ad essa strumentali⁶⁷, non sono mancate pronunce di segno contrario, ad avviso delle quali anche le prestazioni prodromiche all'erogazione del servizio sono esse stesse servizio pubblico⁶⁸.

D'altro canto, a conferma dello sforzo compiuto nella ricerca di una nozione che riassume i tratti ritenuti salienti del pubblico servizio, deve farsi riferimento, ancora una volta, alle parole del Consiglio di Stato, ad avviso del quale è pubblico servizio quell'attività che, oltre ad essere destinata alla soddisfazione di un'esigenza collettiva, sia correlata al pagamento di una tariffa, *“quale misura determinata dall'ente locale in corrispettivo di un servizio, che, in quanto imposta come obbligo al gestore, è indice della natura pubblica del servizio pur se erogato da un soggetto privato”*⁶⁹.

Ancora, sempre ad avviso del Consiglio di Stato, *“deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'Ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico”*⁷⁰.

Non può sfuggire come tanto la nozione soggettiva quanto quella oggettiva, lungi dal rappresentare due visioni antitetiche, trovino in sede giurisprudenziale un'armonica composizione, concorrendo entrambe all'inquadramento dell'istituto.

Tuttavia, anche volendo seguire l'impostazione fatta propria dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, si riscontrano nuovamente i contorni quanto mai sfumati del concetto di pubblico servizio⁷¹, laddove, ferma la sua finalizzazione al soddisfacimento di bisogni di carattere collettivo, si

⁶⁷ Nel senso della non riconoscibilità quale pubblico servizio delle attività meramente finalizzate a rendere possibile l'erogazione del servizio stesso, si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 5, 563 ss., con riferimento all'attività di messa a norma, adeguamento, manutenzione e gestione degli impianti relativi al servizio di pubblica illuminazione. Nello stesso senso e con riferimento alla fornitura di prodotti farmaceutici e sanitari si vedano: Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 126, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 632.

⁶⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2001, n. 2605, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 marzo 2000, n. 1, in *Giur. It.*, 2000, 2177.

⁶⁹ Così, nel senso di escludere la gestione degli stabilimenti balneari dal novero dei pubblici servizi, si è espresso il Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 ottobre 2013, n. 5532, in *Fisco on line*, 2013. Al contrario, nel senso che la previsione di un corrispettivo non sia un elemento dirimente ai fini della qualificazione come pubblico servizio, si veda, ancora, Consiglio di Stato, Sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090, cit.

⁷⁰ Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 5, 498 ss.

⁷¹ Nel senso dell'intrinseca mutevolezza del concetto si veda: C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione*, cit., 563 ss.

dichiara come la sua assunzione in capo ad un soggetto pubblico sia rimessa, di volta in volta, alla ponderazione degli interessi in gioco in un dato contesto storico, geografico e sociale⁷².

Non meno importante è stato, peraltro, l'apporto giurisprudenziale rispetto alla distinzione tra pubblici servizi aventi rilevanza economica e privi di una tale rilevanza, distinzione operata *ex lege* e che è andata a sostituire la previgente contrapposizione tra servizi aventi o meno rilevanza industriale, secondo la formulazione originaria dell'art. 113 TUEL.

Così, la giurisprudenza ha rinvenuto il carattere dell'economicità nel fatto che il servizio, inteso come attività, presentasse il requisito della redditività, anche solo in via meramente potenziale⁷³.

Diversa, a tal proposito, è la ricostruzione del requisito dell'economicità del servizio operata da parte della dottrina⁷⁴, la quale ne ha attinto i contenuti a partire dall'art. 2082 del c.c. In forza di tale disposizione, ogni attività imprenditoriale, per dirsi tale, deve assicurare, quantomeno, il realizzo di introiti tali da consentire la copertura dei costi di produzione.

Quanto sin qui esposto in ordine alla ricostruzione del concetto di pubblico servizio rischia di fornire, tuttavia, una visione soltanto parziale ove non si considerino, al contempo, gli spunti offerti dal diritto dell'Unione europea.

5. I servizi di interesse generale nell'ambito del diritto europeo.

Una compiuta disamina della nozione di pubblico servizio non può prescindere dall'elaborazione che del concetto si è operata nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

Pur dovendosi ammettere che l'Unione europea possieda alcune attribuzioni afferenti al settore dei servizi pubblici, è innegabile come gli interventi delle istituzioni sovranazionali si siano per lo più indirizzati ad incentivare, accompagnandone lo sviluppo, le iniziative adottate da parte

⁷² Nel senso della rilevanza della volontà politica dell'ente si veda: Consiglio di Stato, Sez. V, 25 novembre 2010, n. 8231, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, Sez. V, 25 novembre 2010, 8232, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷³ Consiglio di Stato, Sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
“La previsione di un rendiconto annuale di gestione non può costituire un indice di rilevanza economica di un servizio, dal momento che siffatta forma di trasparenza contabile è obbligatoria in tutti gli affidamenti di servizi pubblici, onde consentire alla P.A. i necessari controlli ai sensi degli artt. 112 e 113, d.lgs. n. 267 del 2000, a prescindere dalla rilevanza economica o meno del servizio stesso” (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 settembre 2011, n. 5379, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁷⁴ AA.VV., *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. Cabiddu, Torino, 2010, 307.

degli Stati membri, risultando limitati gli interventi volti ad organizzare ed erogare dei veri e propri servizi pubblici aventi carattere ‘paneuropeo’.

Così, l’Unione europea, più che intraprendere un intervento diretto in materia di servizi universali, ha assunto un ruolo di garanzia e regolazione della qualità e degli standards dei servizi pubblici, incentivando gli Stati membri ad imporre e ad esigere imprescindibili requisiti qualitativi e quantitativi da parte degli operatori economici deputati all’erogazione dei servizi⁷⁵.

Tuttavia, come innanzi accennato, non sono mancate alcune iniziative intraprese a livello comunitario volte ad approntare alcuni servizi pubblici di carattere sovranazionale, destinati cioè ad assolvere dei bisogni destinati ad un bacino di utenti che travalica i confini dei singoli Stati membri.

In questo senso, pur certamente trattandosi di servizi ancillari e strumentali rispetto a quelli assicurati, in ragione del principio di sussidiarietà, da parte di ciascuno Stato membro, devono menzionarsi alcuni interventi delle istituzioni europee volte a garantire l’erogazione di determinati servizi e, finanche, ad assumerne l’organizzazione a livello sovranazionale.

Tra gli interventi in relazione ai quali gli organi dell’Unione si sono limitati ad un’attività di istituzione e regolazione del servizio, si possono menzionare il servizio europeo di telepedaggio (direttiva 2004/52/CE), il servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiotelefonía mobile terrestre (direttiva n. 1987/372/CE), il servizio pubblico paneuropeo di radio avviso terrestre (direttiva 1990/544/CE), il sistema digitale europeo di telecomunicazione senza filo (direttiva 1991/287/CE), il c.d. “programma Galileo”⁷⁶, volto ad approntare un sistema di radionavigazione satellitare, per la cui realizzazione l’Unione aveva dato vita, ai sensi dell’art. 187 del TFUE (ex art. 171 del Trattato CE), ad una impresa comune⁷⁷, partecipata, quale socio di maggioranza, dalla stessa Commissione europea⁷⁸.

⁷⁵ N. BASSI, *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comunitario*, 2006, 79. L’Autore richiama la copiosa disciplina comunitaria in materia di imposizione di obblighi di servizio pubblico: la direttiva n. 2003/54/CE, per il settore dell’energia elettrica, la direttiva n. 2003/55/CE, per il settore gas naturale, direttiva n. 2002/22/CE, per il settore delle comunicazioni elettroniche, la direttiva n. 1997/67/CE per i servizi postali.

⁷⁶ Per una più approfondita analisi del progetto di cui si è fatto cenno nel testo si veda: L. BOTTINELLI, *L’impresa europea di interesse generale: il progetto Galileo*, in AA.VV., *L’impresa europea di interesse generale*, a cura di G. Rossi, Milano, 2006, 145 ss.

⁷⁷ “L’Unione può creare imprese comuni o qualsiasi altra struttura necessaria alla migliore esecuzione di programmi di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione dell’Unione” (art. 187 TFUE).

Per una più ampia disamina delle concrete esperienze che hanno dato vita a imprese europee di interesse generale si veda D. VELO, *L’impresa europea di interesse generale*, in AA.VV., *L’impresa europea di interesse generale*, a cura di G. Rossi, Milano, 2006, 107

In disparte le iniziative innanzi accennate, il ruolo precipuo dell'Unione europea rimane quello di garante del rispetto dei principi fondanti l'ordinamento sovranazionale: la definizione di regole di concorrenza⁷⁹, la materia dei trasporti, dell'ambiente, il mercato interno, la tutela dei consumatori, la sanità pubblica, la coesione economica e sociale⁸⁰, la cooperazione allo sviluppo, la libertà di stabilimento⁸¹, di circolazione e soggiorno, il divieto alle restrizioni dei movimenti di capitali, il principio di non discriminazione. Trattasi di ambiti che, inevitabilmente, lambiscono e si intersecano con il campo dei pubblici servizi.

Il riferimento al tema in esame si rinviene, anzitutto, in numerose disposizioni dei Trattati, dalle quali si evince come i servizi di interesse generale rientrino “*fra i valori condivisi dell'Unione*”⁸².

ss., il quale, a sua volta, rinvia a D. VELO, *La grande impresa federale europea*, Milano, 2004.

⁷⁸ N. BASSI, *I servizi pubblici comunitari*, cit., 107 ss.

⁷⁹ Nel senso che il titolo della competenza comunitaria in materia di servizi pubblici sia rappresentato dalla tutela della concorrenza, si veda: F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 9 ss. La “*definizione delle regole di concorrenza*”, peraltro, è contemplata tra i settori nei quali l'Unione ha competenza esclusiva (art. 3, paragrafo 1, lett. b) del T.F.U.E.), e, dunque, gli Stati membri potranno legiferare solo in quanto autorizzati dall'Unione ovvero in vista dell'attuazione di atti dell'Unione. Per un più profondo studio del sistema delle competenze si vedano: R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II edizione, Torino, 2010, 25 ss.; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, XI edizione, Milano, 2010, 7 ss.; P. COSTANZO, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2010; A.M. CALAMIA, V. VIGIAK, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2011, 47 ss.; A. MORRONE, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, 115 ss.; F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2008, 27 ss.; M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto dell'Unione europea. L'ordinamento giuridico, il sistema istituzionale, la Carta dei diritti*, Milano, 2012, 85 ss.; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, cit.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, IV edizione, Milano, 2010, 355 ss.; A. TIZZANO, *I “grands arrêts” della giurisprudenza dell'Unione europea*, Torino, 2012, 260 ss.; P. ZUDDAS, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni*, Milano, 2010, 168 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 364 ss.

⁸⁰ Materia, quelle da ultimo elencate, tutte comprese tra i settori di competenza concorrente dell'Unione con quella degli Stati membri, ai sensi dell'art. 4 del T.F.U.E.

⁸¹ La Corte di Giustizia, con la sentenza 5 dicembre 1989, causa 3/1988, sia pure in un ambito diverso da quello dei servizi pubblici, ha sancito l'incompatibilità con il principio comunitario di libertà di stabilimento la riserva della facoltà di concludere convenzioni relative alla realizzazione di sistemi informatici in capo ad una società a partecipazione pubblica. La libertà di stabilimento non risulta tuttavia compromessa, ai sensi dell'art. 51 del TFUE, dalla presenza di società pubbliche che, all'interno di uno Stato membro, “*partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*”.

⁸² Libro Verde sui servizi di interesse generale presentato dalla Commissione, 21 maggio 2003, COM (2003) 270.

È, in primo luogo, l'art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex art. 16 T.C.E.) a menzionare i servizi di interesse economico generale, apertamente affermando come l'Unione e gli Stati membri, nei rispettivi ambiti di competenza, assicurino l'erogazione di tali servizi, anche sulla scorta di particolari condizioni economiche e finanziarie.

La disposizione in parola, pur nel suo carattere meramente programmatico e di principio, fissa, da un lato, le modalità di intervento delle istituzioni comunitarie in materia, individuando nei regolamenti adottati con la procedura legislativa ordinaria lo strumento fondamentale attraverso cui adottare i principi e le condizioni di esercizio dei servizi di interesse economico generale.

Dall'altro lato, la medesima disposizione, nel fare salva la competenza degli Stati membri, enuclea, riconoscendone la compatibilità con le disposizioni del Trattato, le possibili forme di intervento, dall'assunzione diretta alla mera regolazione e incentivazione⁸³.

Parimenti rilevante, a livello di inquadramento sistematico, è il contenuto dell'art. 1 del protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale, contenente importanti disposizioni interpretative allegate al Trattato sull'Unione europea e al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

In particolare, uno dei valori comuni dell'Unione rispetto al settore in parola è il principio di sussidiarietà, il quale, fermo *“l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare i servizi di interesse economico generale”*, dovrà guidare gli operatori pubblici nell'organizzare i servizi medesimi il più vicino possibile *“alle esigenze degli utenti”*⁸⁴.

L'inserimento, tra i protocolli addizionali del TFUE, di una disposizione specifica circa la *mission* dell'Unione europea rispetto al settore dei servizi di interesse generale offre all'intervento dell'Unione medesima una rinnovata dimensione. Prima della sua introduzione, infatti, il Trattato istitutivo non poneva il funzionamento dei servizi di interesse generale fra gli obiettivi comunitari, né assegnava alla Comunità poteri dispositivi specifici, fatta eccezione per lo specifico settore dei trasporti.

Proseguendo nella disamina delle disposizioni dei Trattati, particolare rilievo assume l'art. 106 del T.F.U.E. (ex art. 86 del T.C.E.)⁸⁵.

⁸³ L'art. 14 citato, infatti, rimette agli Stati membri la competenza a *“fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”*, ammettendo, così, forme di ingerenza di diversa intensità, lasciate alla libera determinazione di ciascuno Stato membro. Nel senso che il fondamento dei Trattati non sia autenticamente liberista, stante il principio della neutralità dell'assetto proprietario delle imprese si veda: C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, cit., 138 ss.

⁸⁴ Di pari importanza è l'affermazione secondo la quale, tra i valori comuni dell'Unione europea in materia di servizi di interesse economico generale, sussistono *“l'alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente”*.

⁸⁵ Nel senso che la disposizione in parola racchiuda il *“bilanciamento tra sovranità statale nell'economia ... ed intervento UE, orientato all'apertura dei mercati e alla tutela della*

Al generale divieto per gli Stati membri di mantenere o istituire misure contrarie alle disposizioni dei trattati in favore delle imprese pubbliche e delle altre imprese alle quali sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi, fa da contraltare la particolare posizione delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

Pur essendo anche tali categorie di imprese sottoposte alle regole dei Trattati, in particolare, al rispetto del principio di tutela della concorrenza, si ammette la possibilità di un regime parzialmente derogatorio ove ciò si renda necessario in vista dell'assolvimento della *mission* loro affidata⁸⁶.

Ad avviso della Corte di giustizia, la disposizione in parola non pone un divieto assoluto agli Stati membri di attribuire a determinate imprese diritti speciali ed esclusivi, purché ciò avvenga “*per considerazioni di interesse pubblico, di carattere extra economico*”⁸⁷.

La norma richiamata si inquadra, propriamente, nell'ambito della promozione della concorrenza, laddove prescrive che deroghe al suddetto principio possano ammettersi solo se rispondano, in maniera genuina, all'esigenza di assicurare l'erogazione di un servizio di interesse generale che, diversamente, qualora se ne rimettesse l'erogazione al libero gioco del mercato, potrebbe non essere erogato a condizioni idonee ad assicurarne l'universalità⁸⁸.

concorrenza”, si veda: D. GALLO, *I servizi di interesse generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, 87 ss.

⁸⁶ P.M. HUBER, *L'attività imprenditoriale pubblica. Una figura del diritto amministrativo di fronte a nuove valutazioni*, in AA.VV., *L'impresa europea di interesse generale*, a cura di G. Rossi, Milano, 2006, 73 ss.

⁸⁷ CGCE, 30 aprile 1974, C-155/73, Sacchi c. Tele Biella, in *Racc.*, 1974, p. I-409, par. 14; D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, 2001, 131.

⁸⁸ In materia di imprese pubbliche si vedano, *ex plurimis*: CGCE, 21 settembre 1999, n. 67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, in www.curia.europa.eu, 1999; CGCE, 25 ottobre 2001, n. 475, *Firma Ambulanz Glockner e altri*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1, 65; CGCE, 23 ottobre 1997, n. 157/97, *Commissione Ce c. Regno Unito di Gran Bretagna e altri*. “*L'art. 90 paragrafo 2 del trattato CE, secondo il quale le imprese incaricate della gestione di servizi aventi carattere di interesse economico generale o di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del trattato e in particolare alle regole di concorrenza nei limiti in cui tali norme non ostino all'adempimento della specifica missione loro affidata, deve essere interpretato nel senso che esso può giustificare l'attribuzione ad un'impresa, da parte di uno Stato membro, di diritti esclusivi contrari all'art. 37, di diritti cioè che diano luogo a discriminazione fra cittadini degli Stati membri nel senso chiarito nella prima massima, a condizione che la gestione dei servizi di interesse economico generale affidati all'impresa possa essere garantita solo con la attribuzione di tali diritti a sempre che lo sviluppo degli scambi non ne risulti compromesso in misura contraria agli interessi della comunità*” (CGCE, 23 ottobre 1997, n. 158, *Comm. Ce e altri c. Rep. it. e altri*, in *Corriere Giur.*, 1997, 12, 1468).

Secondo un diverso approccio⁸⁹, si potrebbe ritenere che l'art. 106 TFUE, rispetto all'individuazione del soggetto gestore del servizio, affermi una sostanziale neutralità dell'ordinamento europeo, con l'unico limite del rispetto dei principi fondamentali in materia di concorrenza da parte degli Stati membri.

Così, mentre il primo paragrafo dell'art. 106 TFUE opererebbe un riferimento al rispetto dei principi fondamentali dei Trattati a monte, in sede di individuazione del soggetto gestore, il secondo paragrafo imporrebbe il rispetto dei medesimi principi a valle, vale a dire nella fase in cui le imprese incaricate della gestione di un pubblico servizio, una volta individuate, si trovino ad operare nel mercato.

Ancora, nell'intento di fornire una ricognizione delle disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione in materia di pubblici servizi, deve, da ultimo, farsi menzione della Carta di Nizza⁹⁰.

Significativamente inserito nel Capo IV, intitolato ai principi di "solidarietà", l'art. 36 così dispone: *"Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea"*.

La disposizione evoca la coesione sociale quale elemento fondante dell'Unione europea, coesione perseguita attraverso l'affermazione della tutela dei lavoratori, della protezione della famiglia e della sua conciliazione con la vita professionale, l'assicurazione dell'assistenza e della sicurezza sociale, la protezione della salute, la salvaguardia dell'ambiente e la tutela dei consumatori, finalità tutte proclamate dalla Carta medesima⁹¹.

I principi enunciati nei Trattati hanno trovato più puntuale specificazione in ulteriori molteplici atti, a contenuto non vincolante ma di indirizzo, adottati dalle istituzioni comunitarie.

Del resto, è proprio attraverso l'analisi del c.d. *soft law* dell'Unione europea che è possibile, da un lato, operare una ricostruzione delle diverse fasi che hanno condotto all'attuale formulazione dei Trattati, e, dall'altro,

⁸⁹ M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *federalismi.it*, 2013, 12.

⁹⁰ Proclamata per la prima volta il 7 dicembre 2000 e, successivamente, il 12 dicembre 2007 da Parlamento, Consiglio e Commissione, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, ha il medesimo valore giuridico dei Trattati, pur non determinando un'estensione delle competenze dell'Unione negli ambiti ivi contemplati.

⁹¹ P. MAZZINA, *L'adozione della Carta europea dei diritti fondamentali. Dall'Europa dei "mercati" all'Europa dei "cittadini"*, in AA.VV., *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, a cura di S. Prisco, Torino, 2002, 21 ss.; L. CHIEFFI, *La dimensione statale tra integrazione europea e disarticolazione del sistema delle autonomie*, in AA.VV., *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003, 11 ss.

riempire di ulteriore contenuto le medesime, volutamente ampie, disposizioni fondamentali.

La prima comunicazione della Commissione in materia risale al 1996⁹², documento di grande rilevanza per aver costituito un elemento propulsivo rispetto all'introduzione, in forza del trattato di Amsterdam, dell'allora art. 16 del trattato CE, recante uno specifico riferimento al ruolo dei servizi di interesse generale.

Concepiti come elemento chiave del modello europeo di società, i servizi d'interesse generale costituiscono il momento fondante il legame di appartenenza tra i cittadini e la collettività e, al tempo stesso, *“un elemento dell'identità culturale per tutti i Paesi europei”*.

La nozione di servizio universale risulta *“ispirata alla preoccupazione di garantire dappertutto un servizio di qualità a prezzi abbordabili per tutti”*, oltre che ai principi di *“parità, universalità, continuità, adeguamento, nonché a rigorosi orientamenti: trasparenza nella gestione, nella tariffazione e nel finanziamento, controllo ad opera di organismi distinti dagli operatori”*.

Già in questo primo documento, la Commissione individua il ruolo dell'Unione nell'ambito delle diverse modalità di erogazione del servizio diffuse tra gli Stati membri e all'interno dei medesimi, nei quali alcuni servizi possono essere erogati in regime di monopolio, ovvero in concorrenza, da imprese private, da enti pubblici ovvero, ancora, da soggetti nati dalla *partnership* e dalla volontà di cooperazione tra pubblico e privato. In questa estrema eterogeneità di modelli organizzativi, *“la politica europea non è interessata allo “status”, bensì all'interesse generale e, quindi, alle missioni e alle condizioni alle quali esse sono assolate”*.

Così, come la Commissione ebbe modo di precisare nella successiva comunicazione del 2000, *“I servizi di interesse generale in Europa”*⁹³, ferma la neutralità rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata delle imprese e la libertà degli Stati membri, in forza del principio di sussidiarietà, di definire i servizi di interesse generale, l'intervento dell'Unione nella materia *de qua* ha trovato e trova giustificazione - oltre che per quei servizi aventi, per la dimensione delle reti, una vocazione europea - con riferimento alla materia della concorrenza e del mercato interno.

Con la Comunicazione del 2000, la Commissione chiarisce i termini dell'applicazione di tali norme ai servizi di interesse generale, assumendo il principio di proporzionalità quale criterio in grado di contemperare la realizzazione della più ampia apertura dei mercati e la competitività di tali settori con la presenza di compensazioni economiche disposte talvolta dagli

⁹² Comunicazione della Commissione dell'11 settembre 1996, COM (96) 443 def., *“I servizi di interesse generale in Europa”*.

⁹³ Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, COM (2000) 580 definitivo.

Stati membri ai soggetti erogatori del servizio a fronte dell'assunzione di determinati obblighi di servizio pubblico.

La comunicazione da ultimo citata, peraltro, risulta particolarmente importante in quanto la Commissione intraprende il tentativo di fornire un quadro definitivo completo. Così, nell'intento di offrire definizioni sufficientemente ampie da poter essere calate nella realtà dei singoli Stati membri, la Commissione enuncia i concetti di “servizi di interesse generale”⁹⁴, “servizi di interesse economico generale”⁹⁵, “servizio pubblico”⁹⁶ e “servizio universale”⁹⁷.

Se è vero che la sola nozione di servizio di interesse economico generale trova espressa menzione nei Trattati, l'individuazione della più estesa nozione di servizi di interesse generale, comprensiva anche di quei servizi non riferibili ad attività di mercato, è frutto della prassi e della proficua attività ermeneutica e di indirizzo svolta dalle istituzioni comunitarie.

⁹⁴ “Si intendono quei servizi, forniti dietro retribuzione o meno, che sono considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio” (Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, COM (2000) 580 definitivo, allegato II).

⁹⁵ “Menzionati dal trattato all'articolo 86, designano servizi forniti dietro retribuzione, che assolvono funzioni di interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico. Tale concetto si applica in generale ai servizi resi dalle reti di trasporto, di energia e di comunicazione” (Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, COM (2000) 580 definitivo, allegato II).

⁹⁶ “L'espressione “servizio pubblico” ha un duplice senso: da un lato, designa l'ente che produce il servizio e, dall'altro, si riferisce alla missione d'interesse generale affidata a quest'ultimo. Allo scopo di favorire o permettere l'assolvimento della missione d'interesse generale, specifici obblighi di servizio pubblico possono essere imposti dalle pubbliche autorità all'ente produttore del servizio, ad esempio in fatto di trasporti terrestri, aerei, ferroviari in materia di energia; tali obblighi possono essere stabiliti sia a livello nazionale che regionale. Si noti che spesso si confonde il termine di servizio pubblico, inteso come missione volta a fornire un servizio pubblico, con il termine settore pubblico (ivi compresa l'amministrazione pubblica), che si riferisce allo status giuridico di chi presta il servizio sotto il profilo della proprietà” (Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, COM (2000) 580 definitivo, allegato II).

⁹⁷ “Il concetto di servizio universale, soprattutto nella definizione di obblighi specifici di servizio universale, accompagna in modo fondamentale la liberalizzazione del mercato nei settori dei servizi, quali le telecomunicazioni nell'Unione europea. La definizione e la garanzia del servizio universale assicurano che nel corso della fase di transizione dal monopolio alla situazione di mercato aperto alla concorrenza siano mantenute per tutti gli utilizzatori e tutti i consumatori l'accessibilità e la qualità dei servizi esistenti. Il servizio universale, in un contesto di mercati delle telecomunicazioni aperti e competitivi, viene definito come l'insieme minimo di servizi di qualità specificata il cui accesso è garantito a tutti gli utilizzatori e consumatori, conformemente alle specifiche condizioni nazionali, ad un prezzo accessibile” (Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, COM (2000) 580 definitivo, allegato II).

Sotto questo profilo, nel 2003, con il Libro Verde sui servizi di interesse economico generale⁹⁸, la Commissione compie un importante passo in avanti verso una più matura elaborazione della materia in parola, stimolando gli Stati membri ad instaurare un dibattito che avrebbe consentito di individuare l'ambito di un'eventuale azione comunitaria verso la più completa attuazione del Trattato nel pieno rispetto delle competenze degli Stati membri, secondo il principio di sussidiarietà.

I frutti del dibattito così aperto sono stati condensati dalla Commissione nel successivo Libro Bianco del 2004⁹⁹, il quale si propone quale ulteriore strumento di impulso per la continuazione del dibattito sui servizi di interesse generale.

Il Libro Bianco, in effetti, contiene in sé delle precise linee guida circa l'evoluzione della disciplina comunitaria in tale settore, sulle cui orme è andata costruendosi la successiva disciplina.

Così, arginata l'idea di una direttiva quadro generale, quale disciplina in grado di fungere da denominatore comune per tutti i servizi di interesse generale, il quadro normativo comunitario ha continuato ad evolversi attraverso l'emanazione di discipline settoriali. A queste, tuttavia, sono andate ad aggiungersi discipline di carattere orizzontale, in grado di abbracciare tutti i diversi servizi, ma limitate a profili specifici, quali l'interesse dei consumatori, il controllo e la valutazione dei servizi di interesse generale, l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato, l'utilizzo di fondi strutturali.

Con la Comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007¹⁰⁰ chiarisce come l'ultradecennale dibattito sulla responsabilità dell'Unione europea rispetto all'adozione di un quadro globale per i servizi di interesse generale abbia condotto alla formulazione del Trattato di Lisbona e, in specie, del protocollo n. 26 che, per la prima volta nell'ambito dell'UE, introduce in maniera compiuta il tema in esame in fonti di livello primario.

La Commissione sottolinea come il ruolo dell'Unione europea debba tradursi in interventi idonei ad assicurare la coerenza delle politiche dell'UE nel loro complesso, nel pieno rispetto delle differenze e specificità caratterizzanti gli Stati membri.

Ancora una volta, l'intervento della Commissione è utile, sotto il profilo definitorio, alla individuazione del concetto di servizi di interesse economico generale.

La Commissione sottolinea come i servizi di interesse generale inglobino un vasto ventaglio di attività, dalle grandi industrie a rete, come il

⁹⁸ Libro Verde sui servizi di interesse generale 21 maggio 2003, COM (2003) 270.

⁹⁹ Libro Bianco sui servizi di interesse generale 12 maggio 2004, COM (2004) 374.

¹⁰⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2007) 725, intitolata "*I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*".

settore dell'energia, delle telecomunicazioni, dei trasporti, il settore dei servizi audiovisivi e radiofonici, il servizio postale, fino ai servizi educativi, idrici, di raccolta e smaltimento dei rifiuti, il settore sanitario, i servizi sociali. Trattasi di servizi indispensabili per la vita quotidiana dei cittadini e delle imprese, i quali riflettono il modello sociale europeo¹⁰¹, giocando altresì un ruolo essenziale nella garanzia della coesione sociale, economica e territoriale dell'Europa nel suo insieme.

Pur nella loro diversa estensione ed organizzazione, i servizi di interesse generale vengono definiti dalla Commissione come quei servizi, sia economici che non economici, che le pubbliche amministrazioni qualificano come di interesse generale e sottopongono a specifici obblighi di servizio pubblico. Spetta alle singole autorità pubbliche stabilire se assumere esse stesse la fornitura di tali servizi, ovvero se affidarne l'erogazione ad altri soggetti, pubblici o privati, esercenti la loro specifica attività in vista del perseguimento, o meno, di un fine lucrativo.

Al fine di illustrare in che modo i servizi di interesse generale (SIG) siano retti dalle regole dell'UE, la Commissione ribadisce la distinzione tra servizi di interesse economico generale (SIEG) – la cui fornitura e organizzazione è soggetta alle regole del mercato interno e della concorrenza stabilite dall'Unione, in quanto le attività corrispondenti possiedono natura economica – ed i servizi non economici, i quali, comprendendo prerogative tradizionalmente statali come la polizia, la giustizia e la sicurezza sociale, non sono soggetti né ad una legislazione comunitaria specifica, né alle regole dei Trattati in materia di mercato interno e di concorrenza¹⁰².

¹⁰¹ G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, 3 ss. L'Autore definisce il modello sociale europeo come “il risultato dell'acquis comunitario in numerosi settori, quali la libera circolazione dei lavoratori, la parità fra uomini e donne nella vita professionale, la salute e la sicurezza dei lavoratori dipendenti, le condizioni di lavoro e di occupazione, la lotta contro tutte le forme di discriminazione. Il modello è inoltre caratterizzato dal dialogo sociale e dal ruolo degli accordi tra le parti sociali nel processo legislativo comunitario, nonché dalla strategia europea per l'occupazione e dal metodo di coordinamento in vari settori sociali e in materie che rientrano in prerogative degli Stati membri (pensioni, sanità pubblica, istruzione, gioventù)”. Per un esame diffuso dei contenuti della “Agenda sociale europea” si rinvia a: comunicazione della Commissione europea del 9 febbraio 2005, COM (2005) 33; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 2 luglio 2008, COM (2008) 412; documento elaborato dalla Commissione europea Social Agenda n. 36, febbraio 2014.

¹⁰² Il problema risiede, dunque, nella distinzione tra servizi economici e non economici, alla cui soluzione dovrà procedersi attraverso un'analisi caso per caso. La Corte di Giustizia ha evidenziato come, ai fini dell'individuazione della rilevanza economica del servizio, non costituisca una circostanza dirimente né la natura del soggetto gestore del servizio, né le modalità di finanziamento di tale soggetto. Ciò che deve essere esaminato è la natura

I servizi sociali e sanitari¹⁰³, in questo quadro, possono essere sia di natura economica che non economica, a seconda di quali siano le caratteristiche della singola attività esercitata. Soltanto i servizi sociali di interesse economico generale (SSIG) saranno sottoposti alle regole poste a tutela del mercato interno e della concorrenza.

L'interesse europeo per il settore dei servizi sociali è stato del resto sottolineato dalla consultazione degli Stati membri lanciata dalla Commissione sul punto¹⁰⁴, il cui esito ha concorso alla definizione – ben espressa nel protocollo n. 26 - del nuovo ruolo giocato dall'Unione anche in tale ambito, nel quale vengono in rilievo obiettivi la cui realizzazione tocca i fini, perseguiti così anche a livello sovranazionale, dell'incremento della coesione sociale, economica e territoriale, dell'incremento dell'occupazione e della crescita economica¹⁰⁵.

Il quadro sin qui delineato consente di affermare come, nel campo dei servizi di interesse generale, l'intervento dell'Unione europea risulti graduato in modo significativamente diverso.

I servizi di interesse generale, non economici e, pertanto, non incidenti sugli scambi intracomunitari, non sono soggetti a specifiche norme del Trattato, esulando dal campo di applicazione dalla materia della concorrenza e dalla disciplina degli aiuti di Stato.

Rimarranno soggetti, tuttavia, a quelle norme di derivazione comunitaria che prescindono dalla natura economica dell'attività considerata, quale il principio di non discriminazione ed il principio di libera circolazione delle persone.

D'altro canto, nell'ambito dei servizi economici di interesse generale, vi sono attività che risultano regolate, oltre che dai principi cardine discendenti dai Trattati e dalle norme in materia di mercato interno, tutela della concorrenza e aiuti di Stato, da specifiche norme di settore.

È questo il caso del settore dei trasporti, così come del settore dei servizi forniti dalle grandi industrie di rete: telecomunicazioni, servizi postali, elettricità e gas. L'Unione europea in questi ambiti - che, per le caratteristiche intrinseche della rete, hanno una chiara dimensione comunitaria - ha intrapreso sin dagli anni '80 una graduale apertura dei mercati, adottando un quadro regolamentare articolato, volto a specificare gli obblighi di servizio pubblico, i criteri per il calcolo dei rimborsi connessi

dell'attività esercitata in quanto tale, in considerazione dell'esistenza di un mercato di riferimento, di obblighi di solidarietà ovvero di una remunerazione per la prestazione resa.

¹⁰³ Fondati sui principi di solidarietà e non discriminazione, variamente condizionati dai finanziamenti pubblici, i servizi sociali sono essenzialmente destinati alla persona, rispondendo a bisogni vitali dell'uomo, in particolare rispetto a coloro che si trovano in condizioni di vulnerabilità.

¹⁰⁴ Comunicazione della Commissione del 26 aprile 2006, COM (2006) 177.

¹⁰⁵ F. GIGLIONI, *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 5, 538 ss.

a tali oneri di servizio pubblico¹⁰⁶, così come la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, la sanità e la sicurezza. La presenza di un quadro normativo così puntuale ha consentito una effettiva armonizzazione di taluni settori, senza tuttavia impedire agli Stati la possibilità di imporre obblighi di servizio addizionali, in quanto non diversamente stabilito.

Nell'ambito dei servizi economici di interesse generale compaiono tuttavia altri servizi, quali la raccolta e smaltimento dei rifiuti, l'approvvigionamento idrico, i quali non soggiacciono ad una puntuale e compiuta disciplina di settore, ma alle norme, generali, che presiedono la concorrenza, il mercato interno, la disciplina degli aiuti di Stato, l'ambiente. Ciò non esclude, tuttavia, che anche per i servizi di interesse economico generale non regolati da una disciplina di derivazione comunitaria stringente, non possano riscontrarsi interventi di indirizzo ed enunciazioni di principio.

Così, ad esempio, quanto al servizio di smaltimento dei rifiuti, l'elaborazione del principio di prossimità, in forza del quale i rifiuti devono essere smaltiti nel luogo più vicino a quello in cui sono stati prodotti¹⁰⁷.

6. La gestione dei servizi di interesse economico generale: imprese pubbliche, tutela della concorrenza e aiuti di Stato.

Per quanto in questa sede si è cercato di evidenziare, nell'ambito del diritto dell'Unione europea l'attenzione per i servizi pubblici – *rectius*, per i servizi di interesse economico generale, secondo la dizione impiegata a livello sovranazionale - deve essere posta con maggior attenzione verso quei soli servizi che, per il loro rilievo economico, per la loro capacità di trovare un mercato di riferimento, possano per tale ragione considerarsi tangenzialmente toccati dalle attribuzioni delle istituzioni comunitarie¹⁰⁸.

Se, nel paragrafo che precede, si è cercato di inquadrare il sistema delle fonti di derivazione europea che presiedono la materia, è necessario, ora, ripercorrere in chiave critica le definizioni e gli istituti ivi richiamati.

In primo luogo, quanto all'individuazione dei servizi di interesse economico generale la Corte di giustizia dell'Unione europea ha svolto, e svolge, un ruolo definitivo essenziale, fondato sull'analisi sostanziale,

¹⁰⁶ Per il settore dei trasporti ciò è avvenuto già con il più risalente regolamento CE del Consiglio del 26 giugno 1969, n. 69.

¹⁰⁷ La direttiva 75/442/CE del Consiglio in materia di rifiuti, GU L 194 del 25 luglio 1975, 47, e il regolamento CEE n. 259/1993 del Consiglio sulle spedizioni di rifiuti, GU L 30 del 6 febbraio 1993, 1.

¹⁰⁸ Ciò, del resto, è confermato dall'art. 2 del protocollo n. 26 allegato ai Trattati, secondo il quale i trattati medesimi lascerebbero “*impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico*”. Sul punto: F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *www.federalismi.it*, 30 maggio 2012, 11.

empirica, dei fenomeni economici, dalla quale inferire, poi, la qualificazione del servizio.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia per distinguere tra attività economiche e attività non economiche è necessario verificare se sussiste un mercato di riferimento, e solo in presenza di quest'ultimo un'attività potrà definirsi provvista di carattere economico¹⁰⁹.

Il problema, dunque, si sposta in ordine all'analisi empirica, da effettuarsi caso per caso, delle condizioni nelle quali un determinato servizio viene in concreto fornito nello specifico contesto sociale e territoriale di riferimento.

Così, sono stati ricondotti nel novero dei servizi di interesse economico generale la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza¹¹⁰, l'attività di distribuzione regionale di energia elettrica¹¹¹, la fornitura di servizi sanitari, compreso il trasporto d'urgenza dei malati¹¹², le operazioni di ormeggio, per la loro finalizzazione alla sicurezza delle acque portuali¹¹³, il trasporto pubblico locale¹¹⁴, l'attività di distribuzione di medicinali in un territorio determinato¹¹⁵.

La Commissione, tuttavia, ha avuto modo di rilevare come, nonostante possa non esserci un mercato di riferimento per la fornitura alla popolazione di particolari servizi, “*potrebbe esserci un mercato a monte in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi*”.

Anche in tali circostanze, per i mercati c.d. a monte, varranno “*le regole del mercato interno, della concorrenza e degli aiuti di Stato*”¹¹⁶.

In secondo luogo, sempre nell'ottica di analizzare in chiave problematica le disposizioni fondamentali dei Trattati, appare opportuno evidenziare come la materia dei servizi di interesse economico generale viva

¹⁰⁹ “*Costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato*” (Corte di Giustizia, cause riunite C-180-184/98, *Pavel Pavlov e altri contro Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*).

¹¹⁰ CGCE, 19 maggio 1993, C-320/91, *Regie de Postes c. Paul Corbeau*, in *Racc.*, 1993, I-2533.

¹¹¹ CGCE, 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelo c. Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.*, 1994, I-1477.

¹¹² CGCE, 25 ottobre 2001, C-475/99, *caso Firm Ambulance Glockner*, in *www.curia.europa.eu*.

¹¹³ CGCE, 18 giugno 1998, C-266-96, *caso Corsica Ferries*, in *www.curia.europa.eu*. Non hanno però carattere di servizio di interesse economico generale le operazioni portuali di imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e movimento delle merci (CGCE, 10 dicembre 1991, C-179/90, *caso Merci convenzionali porto di Genova*, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 1992, 413; CGCE, 17 luglio 1997, C-242/95, *caso G.T. – Link A/S*).

¹¹⁴ CGCE, 24 luglio 2003, C-280/00, *caso AltmarkTrans GmbH*, in *www.curia.europa.eu*.

¹¹⁵ CGCE, 22 novembre 2001, C-53/00, *caso Acoff*. Solo la compensazione degli oneri connessi all'obbligo di assicurare il costante approvvigionamento delle strutture sanitarie interessate può garantire l'erogazione del servizio anche in territori nei quali, altrimenti, si realizzerebbero diseconomie.

¹¹⁶ Libro verde sui servizi di interesse generale 21 maggio 2003, COM (2003) 270.

momenti di potenziale frizione con la disciplina europea volta a salvaguardare ed incentivare la libera concorrenza.

Il riferimento, in particolare, è alla disciplina relativa agli aiuti di Stato rispetto ai quali – pur se in linea generale vietati – se ne ammette, alle condizioni di cui agli artt. 107 e 108 del TFUE, una parziale compatibilità con i Trattati¹¹⁷.

¹¹⁷ Pur esulando dal presente lavoro una compiuta disamina della materia degli aiuti di Stato, è possibile delinearne una prima definizione, sia pure in termini del tutto parziali e sintetici. La lettera dell'art. 107 del TFUE individua come aiuto di Stato una qualsiasi misura, così prescindendo dalla forma giuridica assunta dalla medesima nell'ambito della specifica disciplina degli Stati membri, che sia idonea, sotto il profilo degli effetti da essa discendenti, a favorire alcune imprese o produzioni, così falsando, o minacciando di falsare, la concorrenza. Se, dunque, ciò che conta, ai fini dell'individuazione degli aiuti di Stato, è l'effetto generato dalla 'misura', essa potrà consistere sia in una prestazione positiva, come, ad esempio, una sovvenzione, che in uno sgravio da oneri generalmente addossati alle imprese. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha avuto il merito di meglio definire le condizioni affinché una misura possa entrare nel novero degli aiuti di Stato. Anzitutto, sotto il profilo soggettivo, la misura deve essere riferibile allo Stato inteso come amministrazione centrale, ovvero alle amministrazioni regionali o locali, ovvero da ogni soggetto pubblico o privato istituito per l'elargizione o gestione dell'aiuto medesimo. È necessario, poi, che il beneficio venga attuato mediante risorse imputabili allo Stato (CGCE, 13 marzo 2001, C-379/98, caso Preussen Elektra). Sotto il profilo oggettivo, la misura deve consistere in un vantaggio che l'impresa, in un assetto normale del mercato, non avrebbe altrimenti conseguito (CGCE, 22 novembre 2001, C-53/00, Ferring). La misura, per definirsi aiuto di Stato, deve inoltre possedere il carattere della selettività, favorendo soltanto alcune imprese, pubbliche o private che siano. Infine, sotto il profilo funzionale, la misura deve ledere, o, quantomeno, mettere in pericolo, l'assetto concorrenziale del mercato, incidendo sugli scambi tra gli Stati membri. Quanto al regime derogatorio, sono contemplate alcune misure che, *per tabulas*, sono considerate sempre compatibili con i principi dei Trattati, non costituendo, dunque, un aiuto di Stato, ed in relazione ai quali vi è una dispensa integrale dall'obbligo di previa notifica alla Commissione (art. 107, comma 2, TFUE). Altre misure, invece, possono considerarsi compatibili con i Trattati solo qualora superino la specifica procedura di monitoraggio affidata alla Commissione e, talvolta, al Consiglio (artt. 107, comma 3 e 108 TFUE). La dottrina in materia è estremamente vasta, alla quale non si può che rinviare: G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit., 107 ss.; ROCI'O GONZÁLEZ PIÑEIRO, *Aiuti di Stato, "selettività regionale" e politiche fiscali agevolative delle Regioni*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 9, 881; U. DRAETTA, N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, III edizione, Milano, 2010, 223; P. PIVA, *La Politica Commerciale Comune*, in AA.VV., *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, a cura di G. Strozzi, Torino, seconda edizione (aggiornata e ampliata), 2006, 427; D. GALLO, *I servizi di interesse generale*, cit., 631 ss.; M. INGROSSO, G. TESAURO, *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Napoli, 2012; D. COMITE, *Le sovvenzioni e le misure compensative nell'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2009, 123 ss.; AA.VV., *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2008, 269 ss. Per un'analisi della disciplina in materia di aiuti di Stato nei c.d. settori armonizzati si vedano: D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di*

Se è vero che l'obiettivo è di garantire l'erogazione di servizi di interesse generale in condizioni di equilibrio finanziario, cionondimeno si verifica, con una certa frequenza, la necessità di assicurare un sostegno finanziario il quale, al di là di eventuali agevolazioni riconosciute dall'ordinamento comunitario – specie, mediante i fondi strutturali –, graverà sui singoli Stati membri¹¹⁸.

L'individuazione di un punto di equilibrio tra gli interessi pubblici sottesi all'erogazione dei pubblici servizi e quello di evitare distorsioni alla regola del libero mercato è spesso, ancora una volta, il frutto dell'attività ermeneutica della Corte di giustizia.

Il contemperamento di tali opposte esigenze è raggiunto attraverso la verifica dell'effettiva proporzionalità¹¹⁹ tra la misura derogatoria, vale a dire il vantaggio economico riconosciuto all'impresa, ed il fine perseguito, potendosi giustificare, dunque, una compressione del principio di tutela della concorrenza solo quando la stretta osservanza del principio medesimo abbia l'effetto di impedire all'impresa deputata allo svolgimento di un pubblico servizio il raggiungimento del proprio compito istituzionale.

Il tema degli obblighi di servizio pubblico e della loro eventuale compensazione da parte dello Stato, o dell'ente territoriale di riferimento, si pone, dunque, in stretta continuità con il divieto di aiuti da parte degli Stati membri contenuto nell'art. 107 del T.F.U.E. (ex art. 87 del T.C.E.).

Le soluzioni ermeneutiche offerte dalla Corte di giustizia sono state, nel corso del tempo, estremamente diversificate¹²⁰.

sistema, Milano, 2010; E. ORRÙ, *Gli aiuti di Stato nel settore del trasporto pubblico*, Bologna, 2010.

¹¹⁸ *Relazione della Commissione al Consiglio Europeo di Laeken*, "Servizi di interesse generale", 17 ottobre 2001, COM (2001) 598. Si veda anche la *Relazione della Commissione sullo stato dei lavori relativi alle linee direttrici in materia di aiuti di Stato per i servizi di interesse economico generale*, COM (2002) 636.

¹¹⁹ In termini strettamente economici, il criterio di proporzionalità è stato ritenuto soddisfatto dalla corte di Giustizia solo nei casi in cui il vantaggio economico accordato all'impresa erogatrice di un pubblico servizio era pari, sotto il profilo quantitativo, ai costi connessi agli obblighi di servizio (CGCE, 22 novembre 2001, C-53/00, caso *Ferring*; CGCE, 24 luglio 2003, C-280/00, caso *Altmark*; CGCE, 19 maggio 1993, C-320-91, *Courbeau c. Regie des postes* e altri, in *Foro It.*, 1993, IV, 333).

¹²⁰ Tribunale di primo grado, 27 febbraio 1997, *Fédération Française des Sociétés d'Assurances* (FFSA) e altri contro Commissione delle Comunità europee, causa T-106/95, confermata dall'ordinanza della Corte di Giustizia del 25 marzo 1998, causa C-174/97; Tribunale di primo grado, 10 maggio 2000, SIC – Sociedade Independente de Comunicação SA contro Commissione della Comunità europee, causa T-46/97; CGCE, 15 marzo 1994, n. 387, *Banco de credito industrial c. Ayuntamiento de Valencia*, in *Giur. It.*, 1995; CGCE, 23 aprile 1991, n. 41/90, *Klaus Höfner e altri c. Macrotron GmbH*, in *www.curia.europa.eu*, 1991; CGUE, Sez. IX, 21-03-2013, n. 613/11, Commissione europea c. Repubblica italiana, in *Foro It.*, 2013, 10, 4, 409; CGUE, 28 luglio 2011, n. 403, *Mediaset S.p.A. c. Commissione europea*, in *Giornale dir.amm.*, 2011, 10, 1117; CGUE, Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 140, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Foro It.*, 2011, 3, 4, 141; CGUE, Grande Sez., 5 giugno 2012, n. 124/10,

Secondo i primi arresti della Corte¹²¹, ogni forma di compensazione economica, in quanto espressione di un vantaggio accordato ad un'impresa, doveva essere configurato come aiuto di Stato e, pertanto, la relativa concessione doveva essere subordinata ai rigorosi oneri procedurali previsti dal Trattato¹²².

Secondo il più recente orientamento della Corte, invece, la compartecipazione finanziaria da parte dell'operatore pubblico in vista dell'erogazione di un servizio di interesse economico generale può qualificarsi come aiuto di Stato soltanto qualora tale contribuzione ecceda la misura strettamente necessaria alla copertura dei costi aggiuntivi connessi all'erogazione del servizio medesimo. Al contrario, dunque, qualora si ragioni in termini di mera compensazione, la deroga al principio della concorrenza è consentito senza passare attraverso la procedura di controllo espletata dalla Commissione e dal Consiglio¹²³.

Commissione europea c. Electricite de France (EDF) e altri, in *Foro It.*, 2013, 6, 4, 265; CGUE, Sez. I, 8 maggio 2013, n. 203/11, cause riunite C-197/11 e C-203/11, *Eric Libert e altri c. Gouvernement flamand*, in *Sito Diritto dei Servizi Pubblici.it*, 2013. Per una diffusa analisi dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, si veda: F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 167 ss.

¹²¹ CGCE, 7 febbraio 1985, C-240/83, caso ADBHU.

¹²² Nella *Relazione della Commissione al Consiglio Europeo di Laeken*, "Servizi di interesse generale", 17 ottobre 2001, COM (2001) 598 def., vengono chiariti i momenti attraverso i quali giungere all'attribuzione di una misura compensativa degli obblighi di servizio. Anzitutto, "se un servizio di interesse pubblico generale viene assegnato a seguito di un procedimento trasparente e non discriminatorio rispetto ai servizi da fornire e all'importo della compensazione", tale importo viene di norma ritenuto compatibile con la disciplina sugli aiuti di Stato, sempre che si tratti "di un appalto effettivamente concorrenziale". Gli Stati devono evitare il rischio di sussidi incrociati, predisponendo "le misure di sicurezza necessarie per evitare che gli aiuti concessi in cambio della fornitura di un servizio di interesse economico generale vengano di fatto utilizzati, anche se solo parzialmente, per sovvenzionare attività estranee al servizio pubblico". Sotto questo specifico profilo, veniva allora in rilievo la più risalente direttiva 80/723/CEE della Commissione del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese. La Commissione, ancora, sottolineava come l'applicazione dei sopra riferiti principi richiedesse "che gli obblighi imposti all'impresa incaricata del servizio" venissero "specificati in un atto dell'amministrazione pubblica o in un contratto stipulato con la pubblica amministrazione competente", e ciò affinché l'entità della compensazione fosse stabilito in base a regole chiare, trasparenti e non discriminatorie. Se la regola impone la previa notifica alla Commissione tutte le compensazioni classificabili come aiuto, a questa fanno eccezione le ipotesi che integrano un mero aiuto *de minimis*, riconducibile alle esenzioni dall'obbligo di notifica di cui all'allora vigente regolamento n. 69/2001, ovvero siano escluse da specifiche discipline settoriali, quale il regolamento n. 1191/1969, ora sostituito dal regolamento n. 1370/2007, per il settore dei trasporti su ferrovia, strada e per via navigabile.

¹²³ Paradigmatica, in questo senso, è la sentenza CGCE, 24 luglio 2003, C-280/00, caso *Altmark*. Ad avviso della Corte di giustizia, un intervento statale non è qualificabile come 'aiuto di Stato' se deve considerarsi come compensazione, mera contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico,

Quanto ai mezzi attraverso cui gli Stati realizzano la compensazione derivante dall'assunzione di obblighi di servizio, questi assumeranno le forme più diverse.

Nel tentativo di tracciare un quadro sintetico, le misure di deroga consentite ai sensi dell'art. 106, comma 2, del TFUE, potranno essere ricondotte alla tipologia delle sovvenzioni pubbliche, ovvero a forme di esenzione fiscale, ovvero, ancora, all'attribuzione di diritti di esclusiva per l'esercizio di attività collaterali, ma connesse, a quelle integranti un servizio di interesse economico generale¹²⁴.

Al fine di ovviare ai considerevoli margini di incertezza lasciati dalla ricostruzione operata dalla Corte di giustizia, sono state varate una serie di misure, contenute nel c.d. pacchetto Monti-Kroes del 2005¹²⁵.

Esso si compone, anzitutto, di una decisione della Commissione¹²⁶ che individua una serie di contributi alle imprese esercenti un pubblico servizio di rilevanza economica compatibile con i Trattati, misure, dunque, non

cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha, dunque, l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole. Precisamente, secondo la Corte di giustizia, affinché una compensazione si collochi al di fuori della disciplina in materia di aiuti di Stato, devono ricorrere specifiche condizioni: 1) l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, definiti in termini puntuali; 2) i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti; 3) la compensazione, per definirsi tale, non può eccedere quanto necessario alla copertura, totale o parziale, dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; 4) quando la scelta dell'impresa da incaricare nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari per poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico pertinenti, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole.

¹²⁴ Per una compiuta ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, si veda: V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2006, 776 ss.

¹²⁵ La disciplina in materia di aiuti di Stato è estremamente vasta ed articolata, sovente dettata per singoli comparti o settori produttivi. La Commissione, al fine di semplificare il sistema di controllo alla quale è preposta, ha spesso adottato atti di varia natura e forza precettiva, volti a definire i criteri di deroga per ciascun tipo di aiuto astrattamente individuato dalle disposizioni del Trattato. In questo contesto si inseriscono i c.d. pacchetti in materia di aiuti di Stato che si andranno ad analizzare con riferimento al settore dei SIEG, pacchetti che contemplano sia atti di *soft law*, quali decisioni e comunicazioni della Commissione, che, ora, anche regolamenti del Consiglio ai sensi dell'art. 109 TFUE.

¹²⁶ Decisione della Commissione del 28 novembre 2005, 2005/842/CE, relativa all'applicazione dell'art. 86, paragrafo 2, del trattato CE (ora art. 106 del TFUE), agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

ricadenti nell'obbligo di preventiva notifica alla Commissione ai sensi dell'art. 107 del TFUE¹²⁷. Ancora, il c.d. pacchetto Monti contiene la disciplina¹²⁸ dei criteri per individuare quelle forme di compensazione che, pur se non esentate dall'obbligo di preventiva notifica ai sensi della innanzi citata decisione, possono essere comunque ritenute aiuti di Stato compatibili con il Trattato previa segnalazione alla Commissione¹²⁹. Infine, il quadro delle misure si compone di una direttiva¹³⁰ che impone la separazione contabile alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale e ricevono forme di compensazione connesse a oneri di servizio pubblico, a prescindere dalla qualificazione di questi come aiuti di Stato o meno¹³¹.

¹²⁷ La compatibilità con i Trattati e l'esenzione dall'obbligo di notificazione sussiste qualora siano soddisfatti i seguenti requisiti. Innanzitutto, la responsabilità della gestione del servizio di interesse economico generale deve essere conferita all'impresa mediante uno o più atti ufficiali, contenenti, da un lato, la puntuale definizione degli obblighi di servizio e la natura dei diritti speciali o esclusivi eventualmente accordati all'impresa, e, dall'altro, i parametri di calcolo, controllo e revisione della compensazione, al fine di evitare sovra compensazioni. In secondo luogo, vengono definiti i criteri per calcolare l'importo della compensazione, dei costi sostenuti dall'impresa, delle entrate da questa incassate e dei relativi utili, in considerazione del fatto che la compensazione non potrà eccedere "*quanto necessario per coprir i costi determinati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi, nonché di un margine di utile ragionevole del capitale proprio necessario per l'adempimento di detti obblighi*". Al fine di garantire che la compensazione sia effettivamente impiegata per assicurare l'erogazione del servizio stesso, qualora l'impresa svolga, oltre alle attività costituenti un servizio di interesse economico generale anche altre attività, la contabilità interna dell'impresa dovrà mantenere una rendicontazione separata di costi e ricavi inerenti ai differenti settori di attività (art. 3 decisione cit.).

¹²⁸ Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2005/C-297/04).

¹²⁹ Vi è, inoltre, un regolamento volto alla definizione degli aiuti *de minimis*, per i quali non sussiste l'obbligo di notifica individuale alla Commissione: regolamento CE del 15 dicembre 2006, n. 1998.

¹³⁰ Direttiva 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese. La direttiva abroga, razionalizzando così le numerose disposizioni stratificatesi nel corso del tempo, la direttiva 80/723/CEE della Commissione del 25 giugno 1980, recante il medesimo oggetto.

¹³¹ La situazione emergenziale generata dalla crisi economica e finanziaria mondiale ha indotto la Commissione ad adottare alcune comunicazioni volte ad esplicitare precisi orientamenti in merito ai criteri di compatibilità delle misure sostegno accordate dagli Stati in rapporto alla disciplina degli aiuti di Stato prevista dal Trattato. *Ex plurimis*: comunicazione della Commissione del 19 gennaio 2009, GUCE 16 del 22 gennaio 2009, relativa al quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica; comunicazione della Commissione relativa al "*Quadro unionale temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*", GUCE 6/05 dell'11 gennaio 2011.

La comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 23 marzo 2011, COM (2011) 146, dedicato alla “*Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale*”, aveva l’obiettivo di lanciare un dibattito volto alla ridefinizione del pacchetto sugli aiuti di Stato nel settore dei SIEG a seguito dell’intervento della Corte di giustizia a definizione del caso *Altmark*.

Il nuovo pacchetto in materia di aiuti di Stato è stato poi elaborato nel corso di quello stesso anno.

Esso si compone di una decisione¹³², di una comunicazione¹³³ e di una disciplina¹³⁴, adottati il 20 dicembre 2011, e del regolamento del 25 aprile 2012, n. 360, contenente le disposizioni in materia di aiuti *de minimis* ai servizi di interesse economico generale, identificando le misure non soggette all’obbligo di notifica alla Commissione ai sensi dell’art. 107 del TFUE¹³⁵.

¹³² Si tratta della decisione della Commissione del 20 dicembre 2011, C (2011) 9380, 2012/21/UE, riguardante l’applicazione delle disposizioni dell’articolo 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. A differenza della decisione 2005/842/CE – la quale, nel definire il proprio campo di applicazione, individuava le sole compensazioni di obblighi di servizio pubblico di importo annuo inferiore a 30 milioni di euro, concesse ad imprese con un fatturato totale annuo medio, al lordo delle imposte, inferiore a 100 milioni di euro nei due esercizi precedenti a quello del conferimento del servizio di interesse economico generale – la nuova decisione estende il proprio ambito di applicazione alle compensazioni di importo annuo inferiore a 15 milioni di euro per i settori diversi da quello dei trasporti e delle relative infrastrutture. Per questa via, vengono dunque ampliate le ipotesi di compensazione non soggette alla disciplina relativa agli aiuti di Stato, sempre che ricorrano gli specifici presupposti ivi indicati. L’eccezione di cui all’art. 106, paragrafo 2, del TFUE viene così riempita di nuovo contenuto.

¹³³ Comunicazione della Commissione sull’applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, C (2011) 9404, 2012/C 8/02. I criteri sanciti dalla sentenza *Altmark* vengono chiariti, stabilendo in che modo verificare la loro ricorrenza, in applicazione dell’art. 107 del TFUE. Qualora i medesimi requisiti risultino soddisfatti, la compensazione sarà esclusa dalla disciplina relativa agli aiuti di Stato e, dunque, dall’obbligo di preventiva notificazione alla Commissione.

¹³⁴ La disciplina così introdotta precisa le modalità secondo cui la Commissione analizzerà i casi che non rientrano nel campo di applicazione della decisione e che, pertanto, devono essere notificati alla Commissione.

¹³⁵ Regolamento UE n. 360/2012 della Commissione del 25 aprile 2012, relativo all’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti di importanza minore (“*de minimis*”) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale. La condizione in presenza della quale la compensazione agli obblighi di servizio non ricade nell’ambito della disciplina relativa agli aiuti di Stato è, essenzialmente, l’importo della compensazione, che non deve superare i 5000.000 euro nell’arco di tre esercizi finanziari. Con l’adozione di tale strumento normativo sono state

Accanto ai differenti strumenti giuridici di derivazione comunitaria riguardanti i servizi di interesse economico generale nel loro complesso e, in particolare, la disciplina degli aiuti di Stato ad essi applicabile, deve evidenziarsi come, per alcuni servizi, la disciplina generale spesso non trovi applicazione, in tutto o in parte, in ragione della presenza di discipline di derivazione comunitaria speciali. È questo il caso dei servizi pubblici di trasporto, terrestre¹³⁶, aereo¹³⁷ e marittimo¹³⁸, così come per la diffusione radiotelevisiva¹³⁹, delle telecomunicazioni¹⁴⁰, delle poste¹⁴¹, dell'energia¹⁴².

sostanzialmente recepite le osservazioni sollevate anche dallo Stato italiano con il contributo del 7 ottobre 2010 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, *“Contributo delle autorità italiane concernete la consultazione pubblica della Commissione europea sulle norme in materia di servizi di interesse economico generale”*. In passato, l'accertamento delle condizioni previste dalla decisione CE 842/2005, la cui ricorrenza determinava l'esenzione dall'obbligo di notifica della compensazione disposta, importava comunque un gravoso onere procedimentale a carico di quegli enti di piccole dimensioni che, per la limitatezza delle risorse umane e finanziarie a loro disposizione, faticavano a condurre un'attività istruttoria così complessa. Quale atto di carattere esplicativo e ricognitivo, deve menzionarsi, per completezza, il documento di lavoro dei servizi della Commissione del 29 aprile 2013, SWD (2013) 53, recante la *“Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno”*.

¹³⁶ Il regolamento CE del 23 ottobre 2007, n. 1370, oltre a contenere la disciplina relativa agli affidamenti dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, ammette, entro certi limiti, la compensazione degli obblighi di servizio pubblico. I Trattati, inoltre, contengono alcune disposizioni specifiche per il settore dei trasporti (artt. 90 ss. TFUE), quali, per quanto in questa sede rileva, l'art. 93, il quale afferma la compatibilità con i Trattati degli *“aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”*. Ancora, si veda la Comunicazione della Commissione C (2008) 184, recante le linee guida comunitarie per gli aiuti di Stato alle imprese ferroviarie.

¹³⁷ Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 2005, relativa agli *“Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici di avviamento concessi alle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali”*; regolamento CE del 24 settembre 2008, n. 1008 recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità; direttiva del 15 ottobre 1996, n. 67 relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità.

¹³⁸ Comunicazione della Commissione che fornisce orientamenti in merito agli aiuti di Stato alle società di gestione navale, GU C 132 dell'11 giugno 2009; comunicazione della Commissione che stabilisce orientamenti relativi ad aiuti di Stato integrativi del finanziamento comunitario per l'apertura delle autostrade del mare, GU C 317 del 12 dicembre 2008; comunicazione C (2004) 43 della Commissione, recante *“Orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato ai trasporti marittimi”*, GU C 13 del 17 gennaio 2004; regolamento CE del 7 dicembre 1992, n. 3577, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri, GU L 364 del 12 dicembre 1992.

¹³⁹ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di emittenza radiotelevisiva, GU C 257 del 27 ottobre 2009; comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione, GU C 320 del 15 novembre 2001.

In terzo luogo, altro possibile momento di frizione tra la materia dei servizi di interesse economico generale con il principio di tutela della concorrenza è rappresentato dalla disciplina *antitrust*. La stessa illegittima concessione di un aiuto di Stato, ovvero l'attribuzione di un diritto speciale o di esclusiva per l'esercizio di una data attività, può sfociare, infatti, nell'abuso di posizione dominante¹⁴³.

Se la disciplina in materia di aiuti di Stato ha l'obiettivo di indurre gli stessi Stati membri a desistere dall'adottare misure idonee a falsare la concorrenza, la disciplina *antitrust*, invece, mira a sanzionare le condotte dei singoli operatori economici suscettibili di porre in essere una tale minaccia.

Così, la creazione di un diritto speciale o di esclusiva in favore di un'impresa esercente un pubblico servizio può integrare una violazione del diritto europeo sotto un duplice profilo.

Da un lato, la condotta dello Stato che ha adottato la misura potrebbe porsi in contrasto con l'art. 106 del TFUE. Dall'altro, potrebbe rinvenirsi una specifica responsabilità dell'impresa per violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Comunicazione della Commissione recante gli orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga, GU C 235 del 30 settembre 2009; direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, GU L 108 del 24 aprile 2002; direttiva 2002/22/CE del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, GU L 108 del 24 aprile 2002.

¹⁴¹ Direttiva 2008/6/CE del 20 febbraio 2008, che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari, GU L 52 del 27 febbraio 2008.

¹⁴² Direttiva 2009/72/CE del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, GU L 211 del 14 agosto 2009; direttiva 2009/73/CE del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE, GU L 211 del 14 agosto 2009.

¹⁴³ S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011, 148 ss.

¹⁴⁴ Per una compiuta disamina degli orientamenti della Corte di Giustizia in materia si veda: F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 171 ss. L'Autore ravvisa la presenza di due approcci, tra loro contrapposti, operati dalla Corte di giustizia. Da un lato, secondo un primo orientamento, all'illegittimità della concessione del diritto di esclusiva riconosciuto da uno Stato membro si accompagnerebbe sempre, in via consequenziale, anche la responsabilità dell'impresa beneficiaria per abuso di posizione dominante, ai sensi della disciplina *antitrust* di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. Dall'altro, secondo un diverso orientamento giurisprudenziale, i due profili non sarebbero necessariamente correlati, ben potendo la concessione di un diritto di esclusiva integrare una condotta illegittima da parte dello Stato ma, al contempo, non sfociare in un abuso di posizione dominante da parte dell'impresa, o viceversa. Secondo, poi, un ulteriore indirizzo, talvolta l'illegittima concessione di un diritto di esclusiva da parte dello Stato, integrativa di una netta violazione dell'art. 106 TFUE, sfocerebbe, per l'impresa interessata, in un abuso inevitabile, in quanto tale non sanzionabile ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE. Diversamente, se la disciplina statale impositiva di un regime anticoncorrenziale costituisce una mera agevolazione, tale da indurre le imprese verso la commissione di condotte lesive

A conclusione di quanto sin qui esposto, è necessario considerare come gli istituti e le nozioni elaborati in seno all'ordinamento europeo integrino, permeandolo lo stesso ordinamento nazionale.

Non è un caso, infatti, che il problema della congruenza e sovrapponibilità della nozione di servizio pubblico – come elaborata dalla tradizione giuridica nazionale – con il concetto di servizio di interesse economico generale – di matrice europea – abbia coinvolto la stessa Corte costituzionale, orientatasi in senso positivo¹⁴⁵.

La Corte, investita di numerose questioni di legittimità costituzionale riguardanti il dettato dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, aggiunto dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133, ha affermato come le due nozioni possano considerarsi omologhe in quanto entrambe riferite all'idea di un servizio che: “a) è reso 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” (come si esprimono sia la citata sentenza della Corte di giustizia 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 ...); b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche “fini sociali”) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni”. Secondo la Corte, ancora, entrambe le nozioni “assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve

del disposto degli artt. 101 e 102 TFUE, allora la responsabilità di queste ultime non sarà esclusa, proprio perché non potrà imputarsi alla disciplina statale di aver realizzato in via diretta il *vulnus* alla concorrenza. In altre parole, se a fronte di una determinata disciplina statale non residua alcun margine di scelta in capo alle imprese operanti nel settore, se l'unica condotta praticabile dall'impresa, sulla base del quadro normativo vigente nello Stato membro, contrasta con la concorrenza, allora l'impresa non sarà per ciò sanzionabile, salvo l'accertamento dell'illegittimità e la diffida, quale monito *pro futuro*, alla reiterazione di condotte parimenti lesive.

Sul punto, si vedano: CGCE, 30 aprile 1974, C-155/73, caso Sacchi; CGCE, 9 settembre 2003, C-198/01, caso Consorzio Italiano Fiammiferi, con riferimento alla possibilità che l'Autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza disapplichi la normativa statale illegittima che, pur se compatibile con l'art. 106 TFUE, abbia favorito l'abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, in contrasto con gli artt. 101 e 102 TFUE. Per un esame più diffuso della materia de qua si veda: D. GALLO, *I servizi di interesse generale*, cit., 468 ss.

¹⁴⁵ Corte costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325. Il solo elemento differenziale attiene, ad avviso della Corte costituzionale, alle eccezioni alla regola dell'evidenza pubblica riconosciute nei due diversi ordinamenti. Per un commento alla sentenza citata si vedano: L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5, 485; P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, cit., 4654.

avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica”.

SEZIONE II – LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI NEL CONTESTO COSTITUZIONALE

1. La rilevanza dei pubblici servizi nella Carta costituzionale: una visione d'insieme.

Il tema dei pubblici servizi risulta sotteso a molteplici disposizioni della Costituzione: già evincibile dalla Parte Prima della Carta, dedicata alla proclamazione dei diritti e dei doveri dei cittadini, l'argomento in parola si riverbera, inevitabilmente, sotto il profilo dell'ordinamento e dell'organizzazione degli enti locali, e produce inevitabili implicazioni sotto il profilo economico e finanziario.

La Carta costituzionale, in altre parole, non si limita a chiarire quali attività e prestazioni possano ascrivarsi nell'ambito della nozione di pubblico servizio, individuandone altresì i caratteri imprescindibili e minimali, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, da garantirsi in sede di erogazione.

La Costituzione offre altresì i principi fondamentali atti ad illuminare il momento propriamente gestorio del pubblico servizio.

Numerosi, sotto questo profilo, sono gli spunti che la Costituzione offre, consentendo di individuare quale sia, nell'ambito della pubblica amministrazione, il soggetto al quale compete l'assunzione di un determinato servizio.

Ecco, dunque, che la materia dei pubblici servizi si intreccia con il tema del riparto della potestà legislativa fra Stato e Regioni, con l'articolazione della potestà regolamentare e delle funzioni amministrative fra i differenti livelli di governo.

In terzo luogo, la materia dei pubblici servizi risulta strettamente correlata al problema dell'acquisizione e della distribuzione delle risorse necessarie alla realizzazione delle infrastrutture e delle opere destinate all'erogazione del servizio, oltre che le risorse volte a finanziare, in tutto o in parte, la stessa fornitura del servizio.

Sotto questo profilo, l'entità delle risorse pubbliche di cui ciascun servizio abbisogna per poter essere erogato, è estremamente diversificata.

Taluni servizi, infatti, possiedono effettive possibilità di autofinanziamento, consistendo in attività che, in quanto almeno parzialmente remunerative, consentono di attrarre l'intervento di operatori e capitali privati.

Altri servizi, invece, in quanto inadeguati a consentire nemmeno la copertura dei costi con i ricavi, sono destinati a pesare inevitabilmente sulla fiscalità generale.

Il tema in esame, pertanto, risulta strettamente correlato alla materia della fiscalità (artt. 23 e 53 Cost.), alla contabilità dello Stato e degli enti pubblici, all'autonomia finanziaria di entrata e di spesa riconosciuta a Regioni ed enti locali (art. 119, comma 1, Cost.), alla distribuzione delle risorse tra centro e periferia e, non da ultimo, ai vincoli finanziari derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

Se è vero che la rilevanza costituzionale dei pubblici servizi emerge in relazione ai profili innanzi accennati, parte della dottrina più recente ha posto in luce come il tema in esame sia indissolubilmente connesso all'art. 118 della Costituzione.

Il principio di sussidiarietà¹⁴⁶ in materia di servizi pubblici viene in rilievo nella sua duplice accezione.

Il principio di sussidiarietà in senso verticale induce a valorizzare il ruolo delle autonomie locali¹⁴⁷, quali enti a fini generali, e, in senso più ampio, consente di individuare il livello di governo più adeguato alla soddisfazione degli interessi sottesi all'erogazione del servizio medesimo¹⁴⁸.

Se le decisioni devono essere assunte dall'istituzione più prossima ai cittadini, allora l'ente titolare del servizio, al quale imputare cioè la responsabilità di garantirne la fruizione nel rispetto dei parametri dell'universalità e della parità di accesso, sarà la pubblica amministrazione che vede, tra le proprie finalità istituzionali, quella di assicurare i bisogni della collettività stanziata nel territorio di riferimento.

¹⁴⁶ Per un esame compiuto del principio di sussidiarietà in rapporto alla materia dei pubblici servizi è necessario rinviare alla diffusa dottrina in materia: B. SITZIA, *Sussidiarietà e Stato sociale*, in AA.VV., *Principio di sussidiarietà. Europa, Stato sociale*, a cura di M. Napoli, Milano, 2003, 57 ss.; P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in AA.VV., *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, a cura di G.C. De Martin, Milano, 2009; D. BELLINI, *Servizi privi di rilevanza economica e principio di sussidiarietà*, in *Azienditalia*, 2005, 12, 818; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007; M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *federalismi.it*, 2013, 12; L. VIOLINI, *Federalismo, regionalismo e sussidiarietà come principi organizzativi fondamentali del diritto costituzionale comune europeo*, in *I principi fondamentali del diritto costituzionale comune europeo*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2001, 95; L. VIOLINI, *La negoziazione istituzionale nell'attuazione della Costituzione: livelli essenziali e scelte di sussidiarietà a raffronto*, in *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*, a cura di L. Violini, Milano, 2005, 195; M. DUGATO, *Il principio di sussidiarietà dal diritto comunitario alla Costituzione italiana e le sue applicazioni in tema di servizi pubblici*, in AA.VV., *L'integrazione europea, il principio di sussidiarietà e la riforma istituzionale della PAT*, a cura di G. Postal e M. Marcantoni, Milano, 2011, 9 ss. Per una più diffusa analisi dell'origine del principio: P. MAGAGNOTTI, *Il principio di sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa*, Bologna, 1991.

¹⁴⁷ Cfr. legge 30 dicembre 1999, n. 439, "ratifica ed esecuzione della Convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985".

¹⁴⁸ C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, cit., 156 ss.

Parimenti, l'individuazione del livello di governo più adeguato all'assunzione del servizio dovrà passare attraverso la considerazione di quale sia l'ente che, in concreto, potrà meglio contemperare l'erogazione del servizio con l'esigenza di realizzare economie di scala, compatibilmente con la dimensione delle infrastrutture strumentali al servizio medesimo.

Tuttavia, se il principio di sussidiarietà inteso in senso verticale non pare foriero di problemi ermeneutici particolari nel presente campo, rispetto all'applicazione del principio di sussidiarietà in senso orizzontale il dibattito dottrinale risulta particolarmente acceso.

Le criticità individuate dalla dottrina attengono a due diversi ordini di considerazioni: la possibile sovrapposizione del principio in parola con gli esiti a cui si giunge invocando il diverso principio della tutela della concorrenza, da un lato, e, dall'altro, l'individuazione dell'esatta portata del contenuto del principio di sussidiarietà in senso orizzontale.

Con riguardo al primo dei profili critici individuati, potrebbe giungersi ad affermare l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale quale criterio discrezionale in ordine alla determinazione, a livello di disciplina legislativa, delle modalità di gestione dei pubblici servizi.

Precisamente, sulla scorta del tenore letterale dell'art. 118, comma 4, Cost., l'erogazione dei pubblici servizi dovrebbe essere rimessa alla libera ed autonoma iniziativa dei soggetti privati.

Tale considerazione consente di approdare ad un esito solo in parte sovrapponibile a quello a cui conduce il principio di tutela della concorrenza, anch'esso immanente al dettato costituzionale.

Volgendo lo sguardo ai più recenti interventi normativi, si evince come il principio da ultimo menzionato sia stato variamente declinato nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali. In questo senso, non sono mancati interventi normativi tesi a realizzare la 'concorrenza per il mercato', volti cioè a consentire pari opportunità di accesso al mercato medesimo agli operatori economici, attraverso l'imposizione di procedure competitive prodromiche all'affidamento del servizio.

In altre occasioni, tuttavia, il legislatore ha inteso realizzare la piena 'concorrenza nel mercato', e ciò attraverso la liberalizzazione di determinati settori, nei quali l'erogazione dei servizi veniva così rimessa alla libera determinazione delle forze di mercato, solo se ed in quanto ritenute idonee, dall'ente pubblico titolare del servizio, ad assicurarne l'effettiva prestazione.

Tuttavia, nella materia *de qua*, il principio della tutela della concorrenza non viene in rilievo in relazione a quei servizi rispetto ai quali non può predicarsi l'esistenza di un mercato di riferimento.

È proprio con riguardo a tali settori, allora, l'ambito in cui il principio di sussidiarietà orizzontale può assumere un rilevante significato quale criterio ordinatore in ordine alle modalità di gestione del servizio, senza con ciò sovrapporsi al principio di tutela della concorrenza.

L'ambito di applicazione dei due principi – quello di sussidiarietà orizzontale e quello di tutela della concorrenza – risulta così solo in parte coincidente.

Più problematica, tuttavia, appare la composizione dell'acceso dibattito dottrinale sviluppatosi attorno al secondo profilo critico sopra individuato, in ordine al contenuto del principio di sussidiarietà orizzontale.

Secondo parte della dottrina¹⁴⁹, il principio di sussidiarietà orizzontale rileverebbe non solo rispetto al *quomodo* dell'erogazione del servizio, inducendo a preferire, tra i modelli gestori, la libera e spontanea prestazione del servizio da parte degli operatori privati, ma inciderebbe in ordine all'*an* dell'assunzione della titolarità del servizio da parte dell'ente pubblico, in quanto soggetto tenuto, quale ente esponenziale, a farsi carico dell'assicurazione alla collettività della soddisfazione di determinati interessi.

Precisamente, secondo tale lettura, l'art. 118, comma 4, Cost. dovrebbe essere inteso in senso forte poiché la disposizione, "*imponendo a tutti gli Enti territoriali di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale non sembra conferire una mera facoltà, ma sancire un obbligo giuridico*"¹⁵⁰.

Così inteso, il principio di sussidiarietà orizzontale avrebbe un significato più incisivo e pregnante rispetto alla stessa logica della tutela della concorrenza secondo gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁵¹.

Tale lettura, tuttavia, è contrastata da altra parte della dottrina ad avviso della quale, stando al tenore letterale della disposizione ed alla sua precisa collocazione nell'ambito della Carta costituzionale, il principio di sussidiarietà orizzontale avrebbe un significato meno inteso rispetto a quello innanzi delineato.

Secondo tale diversa tesi¹⁵², se il principio in parola avesse tale dirompente portata sarebbe stato inserito tra i principi fondamentali e

¹⁴⁹ A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, nota a Corte cost. 439/2008, in *Giur. cost.*, 2008; Corte conti, Sez. controllo Basilicata, 20 settembre 2012, n. 173/PAR.

¹⁵⁰ A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, cit., il quale rinvia altresì a G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 29 ss.

¹⁵¹ "*La logica della concorrenza ed i principi ad essa correlati troverebbero applicazione a valle della decisione dell'ente pubblico di rivolgersi al mercato mentre non opererebbero nella fase a monte di tale decisione: non precludendo all'ente pubblico di operare direttamente, anche in presenza di favorevoli (o, addirittura, più favorevoli) offerte da parte del mercato*" (A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, cit.).

¹⁵² I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, 135 ss., a cui rinvia A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, cit.

recherebbe l'impiego di una formula più incisiva rispetto al mero *favor* per le autonome iniziative dei soggetti privati.

Ancora, non si è mancato di sottolineare come il principio di sussidiarietà orizzontale non possa essere inteso in un senso così forte da svuotare di contenuto il principio autonomistico, sostenendo che “*l'esistenza di un mercato costituisce una barriera rispetto all'intervento dell'ente locale*”¹⁵³.

Anche parte della giurisprudenza, in questo senso, ritiene che l'art. 118, comma 4, Cost. esprimerebbe “*un dovere di intervento dei pubblici poteri ove gli individui e le forze sociali non abbiano la capacità di provvedere da sé alle proprie necessità*”, ma non giunga ad affermare un “*dovere di astensione ... laddove le forze individuali e della società siano in grado di soddisfare i propri bisogni autonomamente*”¹⁵⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni, peraltro non pacifiche, parte della dottrina¹⁵⁵ ha ritenuto che persino i più recenti interventi normativi in materia di gestione dei servizi pubblici locali siano espressione e concreta attuazione del principio di sussidiarietà in senso orizzontale.

L'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/1998, così come l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, nell'imporre la preferenza per l'erogazione del servizio lasciata alle libere forze di mercato, e divenendo la concessione di diritti speciali ed esclusivi un'opzione a cui ricorrere solo in via subordinata, paiono riflettere il disposto dell'art. 118, comma 4, Cost.

Nell'assetto vigente, venute meno le disposizioni accennate – rispettivamente, a seguito dell'abrogazione referendaria e per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale – il principio di sussidiarietà in senso orizzontale troverebbe, peraltro, un rinnovato spazio applicativo, quale elemento essenziale in sede di esercizio del potere discrezionale proprio dell'ente in sede di individuazione della modalità di gestione del servizio che offra il più adeguato temperamento tra tutti gli interessi, pubblici e privati, sottesi all'erogazione del servizio medesimo.

Ove l'erogazione di un pubblico servizio sia lasciata alla libera iniziativa dei soggetti privati, tale assetto rappresenta, infatti, la conseguenza di una scelta dell'ente pubblico stesso il quale, valutata la sussistenza e la congruenza delle iniziative private in vista della soddisfazione del pubblico interesse sotteso all'erogazione del servizio medesimo, non abdica al suo ruolo ma, al contrario, nell'assolvimento delle proprie finalità istituzionali, opta per un intervento limitato alla regolazione ed al controllo.

¹⁵³ C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, cit., 156.

¹⁵⁴ TAR Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407, in *Foro amm. TAR*, 2008, 2254 ss.

¹⁵⁵ M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *federalismi.it*, 2013, 12.

In altre parole, la circostanza che un pubblico servizio sia rimesso alla libera erogazione da parte dell'autonoma iniziativa dei privati non precede, ma segue l'esercizio di poteri pubblicistici spettanti all'ente titolare del servizio, il quale, valutata adeguata l'offerta fornita autonomamente dai privati rispetto alle esigenze della collettività, ritiene ultroneo un intervento diretto nella gestione del medesimo.

Con riferimento al dibattito in ordine al contenuto del principio di sussidiarietà orizzontale – inteso come obbligo di intervento in mancanza di private iniziative ovvero, da altri, come dovere di astensione nel caso della sufficienza di queste – si ritiene di poter affermare che l'intervento dell'ente locale, nella forma della costituzione di una società partecipata, ovvero nella concessione di un diritto speciale o esclusivo, pur nell'accertata sussistenza di iniziative private idonee ad assicurare la soddisfazione del pubblico interesse, si rilevarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa e con il parametro del buon andamento. Precisamente, optando per l'impiego di risorse pubbliche in un ambito nel quale il pubblico interesse risulterebbe comunque soddisfatto, l'ente distrarrebbe tali risorse dal perseguimento di altre, e parimenti importanti, finalità rilevanti per la collettività.

Sicché, un'opzione in questo senso - anche non ritenendola in contrasto con il principio di sussidiarietà orizzontale concepito nella sua accezione più forte, come dovere di astensione - potrebbe ritenersi in contrasto con il disposto degli artt. 97 e 119 Cost.

2. I pubblici servizi come realizzazione delle libertà e dei diritti sociali.

In altra parte del presente lavoro si è avuto modo di accennare, sia pure in termini non certo esaustivi, l'origine della nozione di pubblico servizio nel contesto dello Stato sociale. Si è cercato di evidenziare come l'assunzione di nuove funzioni da parte dell'amministrazione pubblica sia stata strettamente correlata all'emergere della tutela di libertà e diritti concepiti come essenziali all'espressione, allo sviluppo della persona nella sua complessità.

È con l'introduzione della Carta costituzionale che la protezione delle libertà e dei diritti fondamentali viene elevata al rango più alto nell'ambito della gerarchia delle fonti, articolandosi in una pluralità di disposizioni.

Così, in primo luogo, la libertà personale ed il diritto all'integrità individuale si completano di ulteriore contenuto in forza dell'art. 32 della

Costituzione¹⁵⁶. Il diritto alla salute, unitamente alla proclamazione della garanzia di cure gratuite in favore degli indigenti, costituisce il fondamento dell'attuale sistema del servizio sanitario nazionale.

Ancora, la libertà e la segretezza della corrispondenza, così come di ogni altra forma di comunicazione, la libertà di circolazione e di soggiorno, il diritto di manifestazione del pensiero, la protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, la libertà dell'arte, della scienza e del loro insegnamento, implicano la possibilità e, talvolta, il dovere per l'attore pubblico di assumere, pur se non in via esclusiva, obblighi di prestazione.

Le attività così sottese alla garanzia delle libertà e dei diritti così individuati, qualificabili come *species* ricomprese nella più ampia categoria di pubblico servizio, meritano di essere separatamente considerate, al fine di meglio estrapolare dallo stesso dettato costituzionale le specificità proprie di ciascun servizio.

Così, come noto, se l'art. 34 Cost. enuncia il diritto all'istruzione, affermando come la scuola sia aperta a tutti, e che "*l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni*", sia "*obbligatoria e gratuita*", l'art. 33 della Costituzione, invece, individua quale sia il ruolo dell'attore pubblico rispetto all'assunzione, gestione e regolazione del relativo servizio.

Mentre le norme generali in materia di istruzione rientrano nell'ambito della potestà legislativa esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. n), la materia dell'istruzione complessivamente intesa, con salvezza dell'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale, rientra tra le materie di potestà legislativa concorrente.

Il sistema scolastico espresso dalla Carta costituzionale è informato al principio del pluralismo: fermo il dovere dello Stato di istituire scuole statali per tutti gli ordini e i gradi, non possiede quest'ultimo una prerogativa esclusiva in materia di istruzione.

L'insegnamento, in quanto "*libero*", può essere impartito da qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che, in forza del diritto all'istituzione di scuole ed istituti di educazione, intenda assumere, in autonomia e libertà, l'erogazione del relativo servizio.

Il diritto di enti e privati all'istituzione di scuole soggiace, tuttavia, ad alcuni limiti di carattere pubblicistico.

In primo luogo, una compressione di tale diritto potrà ammettersi soltanto in presenza della necessità di tutelare altri valori di pari rango costituzionale¹⁵⁷.

¹⁵⁶ G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 850; E. LONGO, A. SIMONCINI, *Commento all'art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di N. Olivetti, A. Celotto, R. Bifulco, Torino, 2006.

¹⁵⁷ Corte cost., 19 giugno 1958, n. 36.

Ad ulteriori, puntuali, limiti pubblicistici sono inoltre sottoposti gli istituti che richiedano la parificazione alle scuole statali quanto all'efficacia dei titoli di studio rilasciati.

Altro limite, dal significato assai dibattuto, è l'assenza di oneri per lo Stato connessi all'istituzione di scuole da parte di enti e privati¹⁵⁸.

Analogamente a quanto previsto per l'istruzione, anche il campo dell'assistenza e previdenza sociale non costituisce un'attività riservata allo Stato e agli enti pubblici, essendo, al contrario, classificata come libera l'assistenza privata. Lo Stato, d'altro canto, predispone o integra organi ed istituti aventi, quale compito precipuo, la soddisfazione degli interessi individuati dall'art. 38 Cost.

Nel disegno dei Costituenti la disposizione in parola intendeva “rendere concreto il nucleo forte dell'idea di Stato sociale voluta dai costituenti”, “progettando una complessa rete di sicurezza sociale attraverso la previsione dei diritti all'assistenza, alla previdenza, oltre che alla salute e all'istruzione”, e garantendo “condizioni adeguate di vita ai cittadini nelle condizioni di maggior debolezza economica e sociale, per affrancarli da quella ‘schiavitù del bisogno’ che impedisce il pieno godimento dei diritti civili e politici”¹⁵⁹.

Un'ulteriore conferma circa la composizione del catalogo dei pubblici servizi nei termini sin qui delineati può rinvenirsi nell'ambito della disciplina in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Così, l'art. 1, comma 1, della legge 12 giugno 1990, n. 146, definisce ‘servizio pubblico essenziale’ ogni attività che, sotto il profilo teleologico, risulti finalizzata “a garantire il godimento dei diritti alla persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione”¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Secondo un'interpretazione più rigorosa, l'inciso “senza oneri per lo Stato” deve intendersi quale preclusione assoluta ad ogni forma di sostegno finanziario rivolto a beneficio delle scuole non statali. Un opposto orientamento, invece, non intravede in tale inciso un divieto perentorio, ma ammette, qualora le scuole non statali assolvano in maniera più efficace ed efficiente quella funzione propria dello Stato, la possibilità di aiuti, sovvenzioni ed ausili finanziari, comunque denominati, in favore di tali istituti o dei soggetti che intendano avvalersi delle prestazioni da questi erogate. Per un compiuto esame dei contrapposti orientamenti di dottrina e giurisprudenza si veda: E. MINNEI, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato, Parte prima*, Torino, 2003. Sul punto anche: C. MONTANARI, *Contributi a scuole private: legittimità amministrativa e responsabilità contabile*, in *Azienditalia - Fin. e Trib.*, 2006, 4, 228; A. GENTILI, *La tutela del diritto allo studio*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2002, 6, 1157.

¹⁵⁹ V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario alla Costituzione*, Padova, 1990, 370. Secondo gli autori la disposizione avrebbe un contenuto immediatamente precettivo, dal quale scaturirebbero dei veri e propri diritti di prestazione.

¹⁶⁰ Trattasi, a ben vedere, di una definizione che tuttavia trascende l'ambito dei pubblici servizi, arrivando a ricomprendere anche attività di tipo autoritativo.

Dal quadro composito così accennato, emerge come la Carta costituzionale, già nella parte dedicata alle libertà ed ai diritti fondamentali, individui, anzitutto, le finalità da perseguire e le attività di prestazione strumentali ad assicurare le prime. In secondo luogo, la Costituzione delinea, talvolta, con riferimento a determinate attività qualificabili come pubblico servizio, sia pure in maniera embrionale, i tratti che ne devono connotare la gestione.

I modelli organizzativi innanzi accennati si rilevano estremamente eterogenei, e ciò sulla base delle specifiche caratteristiche del singolo pubblico servizio.

Tali sistemi organizzativi e gestori sfuggono dunque ad una classificazione puntuale, prestandosi, piuttosto, ad una analisi descrittiva dei fenomeni.

Pur nella eterogeneità dei modelli propri dei singoli servizi è tuttavia possibile individuare alcune caratteristiche comuni, minimali ma al contempo essenziali, dei servizi pubblici, le quali hanno una inevitabile incidenza in ordine alla individuazione del modello gestorio ottimale.

In questo senso, viene ancora una volta in rilievo l'art. 3 della Costituzione, considerato dalla dottrina come la più autentica espressione dei caratteri di universalità della prestazione, della continuità della sua fornitura, oltre che della qualità essenziale delle prestazioni integranti un pubblico servizio¹⁶¹.

L'articolo 2 Cost., d'altro canto, nell'enunciare i “*doveri di solidarietà politica, economica e sociale*”, impone che anche l'erogazione dei pubblici servizi, in quanto essi stessi preordinati alla salvaguardia dei “*diritti inviolabili dell'uomo*”, sia informata al suddetto principio solidaristico¹⁶².

Il gestore, dunque, al fine di assicurare l'accesso al servizio da parte di qualunque utente lo richieda, dovrà garantire la parità di trattamento degli utenti medesimi e la continuità, nel tempo ed entro il bacino di utenza individuato, degli standard quantitativi e qualitativi attesi¹⁶³.

¹⁶¹ Così, nel senso che la continuità sia un carattere essenziale del pubblico servizio, si esprimeva L. Duguit: “*Puisque la notion fondamentale, qui est au fond de tout service public, est celle d'une obligation juridique s'imposant aux gouvernants d'assurer l'accomplissement ininterrompu d'une certaine activité, qui est d'une importance capitale pour la vie sociale parce que, étant donnés les moeurs, les tendances, les besoins d'une époque, il n'est pas un des membres de la société qui n'ait besoin que cette activité soit réalisée, l'un des problèmes les plus importants du droit public moderne est de déterminer les garanties donne aux particuliers pour obtenir le fonctionnement régulier des services publics*” (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, cit., 70-71).

¹⁶² M.A. CABIDDU, *I servizi pubblici tra organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, in AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, 2001, 3 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 678 ss.

¹⁶³ R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 606 ss.

Il principio di uguaglianza sostanziale impone, peraltro, l'obbligo di assicurare l'erogazione di prestazioni differenziate, in ragione delle diverse esigenze che, in concreto, potranno trovare giustificazione nelle esigenze manifestate dagli utenti medesimi in ragione delle più varie condizioni geografiche, personali, sociali.

Il gestore del servizio dovrà possedere un'adeguata capacità tecnica ed organizzativa, tale da assicurare, nella pluralità delle esigenze degli utenti, l'erogazione di un servizio in modo proporzionale ed imparziale.

I principi di uguaglianza sostanziale e di solidarietà, sotto questo profilo, guidano così l'interprete nella individuazione dei caratteri insopprimibili del pubblico servizio.

Se, dunque, l'erogazione di un pubblico servizio impone di garantire prestazioni continuative, non discriminatorie ed universali, caratterizzate da un livello qualitativo e quantitativo non suscettibile di compressione, è chiaro che il modello gestorio prescelto, qualunque forma esso assuma, dovrà pur sempre rispettare ed assicurare i contenuti minimali del pubblico servizio, considerati quale strumento di attuazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale.

Così inteso, anche lo stesso principio sopra citato orienta la scelta e l'individuazione del più adeguato sistema di gestione del pubblico servizio, indicando il contenuto ed i caratteri della prestazione che tale sistema dovrà assicurare.

In altre parole, se la Costituzione individua il dover essere del pubblico servizio, imponendone l'universalità, la continuità ed un livello essenziale inderogabile delle prestazioni, tale dover essere è destinato a condizionare l'individuazione delle modalità di gestione, determinando l'esclusione dei modelli gestori non coerenti, o degli operatori non idonei, rispetto alle finalità da perseguire.

Dalle considerazioni che precedono è possibile operare alcune ulteriori precisazioni in ordine alla nozione di pubblico servizio.

Tanto i servizi pubblici economici quanto i servizi sociali, sia pure differenti sotto il profilo del regime dei moduli gestionali, possono ricondursi nell'ambito della più generale categoria dei servizi pubblici in senso lato.

Alcune differenziazioni devono tuttavia segnalarsi.

I servizi sociali, definiti come servizi di erogazione mera¹⁶⁴, consistono nella realizzazione di prestazioni per loro natura antieconomiche, necessarie alla soddisfazione di bisogni ritenuti essenziali ed incomprimibili ma, al contempo, destinati a non consentire ricavi almeno sufficienti alla copertura dei costi per la loro fornitura¹⁶⁵.

¹⁶⁴ G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 948.

¹⁶⁵ Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza "la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura

Anche in rapporto ai servizi sociali, tuttavia, la gestione deve essere ispirata al rispetto del criterio dell'economicità, dovendo, quantomeno, tendere alla copertura dei costi, e ciò anche grazie all'intervento dell'ente pubblico che si accollì l'onere della loro copertura.

Inoltre la possibilità che il servizio venga gestito in regime di monopolio pubblico ai sensi dell'art. 43 Cost. risulta riferibile ai soli servizi provvisti di carattere economico, gli unici suscettibili di essere gestiti secondo le forme proprie dell'impresa.

Se la distinzione tra servizi pubblici economici e servizi sociali si fonda sul criterio della rilevanza economica del servizio, è possibile operare ulteriori distinzioni, fondate su tratti differenziali diversi, nell'ambito della macro categoria dei pubblici servizi.

Così, a seconda di quale sia il livello di governo individuato come titolare del servizio potranno distinguersi i servizi pubblici statali, regionali o locali.

Saranno statali i servizi rispetto ai quali il legislatore, nell'attribuirne l'assunzione a livello centrale, abbia colto la necessità di una organizzazione unitaria, come avviene, a titolo esemplificativo, per il servizio ferroviario o postale¹⁶⁶.

I servizi pubblici organizzati a livello regionale hanno avuto ridotti margini di applicazione, stante il ruolo eminentemente programmatico, e non di amministrazione attiva, proprio delle Regioni. Un esempio di grande rilievo è l'organizzazione del servizio sanitario.

È a livello comunale e, talvolta, provinciale, che i servizi pubblici trovano realizzazione nella maggior parte dei casi.

'non economica'". Spetta, allora, al giudice nazionale valutare, nel caso concreto, le condizioni alle quali il servizio viene prestato, *"tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione"* (T.A.R. Puglia- Bari, 5 gennaio 2012, n. 24, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2012, 1, 27 ss., con nota di F. Botteon). Ancora, *"ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza non si può dunque ... far ricorso all'astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o meno, della loro erogazione tramite attività d'impresa svolta nel mercato, la quale garantisca la remunerazione efficace del capitale (i.e. la capacità di produrre utili), nel senso che nell'organizzazione imprenditoriale il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni e servizi) deve remunerare, con un tendenziale margine di profitto, il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione. (...) A fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tengo conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio"* (Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529).

¹⁶⁶ Già il d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 definiva come statali il servizio postale, di bancoposta e di telecomunicazioni.

Deve riscontrarsi, peraltro, come il legislatore abbia dato concreto impulso all'organizzazione dei servizi in ambiti sovracomunali, e ciò al fine di realizzare economie di scala che pongano rimedio alle inefficienze gestionali.

Come è stato correttamente osservato, il problema della titolarità del servizio, della “*pertinenza istituzionale dello stesso*”¹⁶⁷ rispetto ad un ente pubblico specificamente individuato, è problema diverso rispetto al riparto delle funzioni amministrative inerenti alla gestione e organizzazione dei pubblici servizi.

Il livello istituzionale individuato come titolare dell'istituzione può non coincidere con la ripartizione delle funzioni amministrative nella materia di volta in volta rilevante rispetto all'erogazione di un dato servizio.

Tali funzioni, spesso, sono ripartite tra più livelli istituzionali, non potendosi così riscontrare una corrispondenza tra titolarità del servizio e funzioni amministrative connesse alla regolazione dello stesso, né, a fortiori, può ravvisarsi una corrispondenza tra titolarità del servizio e potestà legislativa o regolamentare nella materia di volta in volta ritenuta rilevante.

3. I pubblici servizi e l'intervento dello Stato nell'economia.

Le considerazioni che precedono consentono di inquadrare la materia dei servizi pubblici in rapporto ai fini ed alle utilità che, attraverso l'erogazione dei medesimi, si intendono perseguire, obiettivi che, a fronte della loro rilevanza costituzionale, giustificano l'assunzione dei servizi medesimi da parte degli enti pubblici.

Sulla scorta di tali premesse, è solo volgendo lo sguardo alla Costituzione economica che è possibile apprezzare come il perseguimento di tali finalità vada ad incidere rispetto all'*an* ed al *quomodo* dell'intervento dello Stato in campo economico¹⁶⁸.

Se è vero che “*l'interessamento dello Stato per l'economica può dirsi universale*” in quanto “*nessun ordinamento, in nessun periodo storico, ha mai escluso ... un'ingerenza, ancorché minima, del potere politico nella vita economica della popolazione*”, ogni ordinamento risulta caratterizzato da una diversamente intensa penetrazione dello Stato nella vita economica del Paese¹⁶⁹.

¹⁶⁷ G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 894, il quale rinvia a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 972 ss.

¹⁶⁸ D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, Tomo III, L'azione dei pubblici poteri, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, 1984, 111 ss.

¹⁶⁹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, III edizione, Milano, 1959, 407. L'Autore sottolinea come “*tutte le correnti di pensiero formatesi intorno al problema economico dell'età moderna possono ridursi entro due schemi fondamentali: quello delle dottrine individualistiche e quello delle dottrine collettivistiche. a) L'individualismo, sorto dai principi liberali della Rivoluzione francese, considera l'individuo unico soggetto*”

Anche negli ordinamenti di matrice liberale, qual è il nostro, lo Stato non si sottrae all'assunzione di un ruolo di direzione e regolazione, oltre che eventualmente integrativo, dell'attività economica privata.

L'intervento potrà avvenire sia in forma legislativa che mediante l'esercizio di attività amministrativa. Espressione della prima modalità di intervento è costituita da quell'insieme di norme volte variamente a limitare l'autonomia degli operatori economici privati, sia per ragioni di sicurezza, che per l'esigenza di bilanciare la libera iniziativa economica privata¹⁷⁰ con altri valori, quali la tutela della salute e dell'ambiente.

Quanto alla seconda modalità di intervento pubblico nell'economia – vale a dire, attraverso l'attività amministrativa – si potrà assistere all'assunzione di una mera funzione di direzione e controllo, ovvero all'esercizio diretto di determinate attività economiche.

Così, lo Stato potrà regolare mediante concessione l'uso dei beni pubblici in favore di determinati operatori economici, ma anche sottoporre talune attività ad un regime autorizzatorio, ovvero a finanziamenti o sovvenzioni. Ancora, potrà ingerirsi assumendo un vero ruolo attivo, come avviene nelle ipotesi dei monopoli di Stato o nei casi in cui si assiste all'esercizio diretto della gestione di un pubblico servizio¹⁷¹.

dell'economia ed esclude che lo Stato possa, in alcun modo, contribuire con esso al conseguimento della ricchezza. Ogni benessere economico non può derivare se non dall'iniziativa privata, dalla gara e dalla lotta che sorgono spontaneamente fra i privati per il conseguimento di risultati economici sempre più progrediti e redditizi. La lotta fra i fattori della produzione e la concorrenza fra le imprese produttive sono i mezzi più sicuri del progresso economico. b) Le dottrine collettivistiche, muovendo dal rilievo degli inconvenienti che sono propri dell'individualismo liberale, sopra tutto per quanto riguarda la distribuzione della ricchezza fra il capitale e il lavoro e la deficienza della produzione da parte di imprese autonome e fra loro in competizione, propugna la sostituzione della proprietà privata con la proprietà collettiva e la trasformazione delle numerose imprese private in una grande impresa sociale. Lo Stato sarebbe il titolare di quei mezzi di produzione, che vengono sottratti ai privati, e dovrebbe trasformarsi in un vasto organismo produttivo, con la inversione completa dei rapporti fra Stato e cittadini, quali risultano dalla dottrina liberale”.

¹⁷⁰ Per una ricostruzione dei differenti significati attribuiti al concetto di iniziativa economica si veda: V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 409. Nel ricostruire le differenti tesi prospettate dalla dottrina, gli autori evidenziano come, secondo una prima impostazione, l'espressione avrebbe il significato “scelta di esercitare un'attività economica”, quale “attività comunque diretta al conseguimento di un vantaggio patrimoniale”. Secondo altri “l'iniziativa economica consisterebbe invece nell'atto di investimento, inteso come decisione di iniziare un'attività economica mediante la destinazione di capitali al processo produttivo”. Ancora, “la nozione di iniziativa economica coinciderebbe con quella di impresa, intesa, in senso civilistico, come esercizio ‘professionale’ di un'attività economica organizzata al fine della produzione o scambio di beni o servizi”. Ad ogni modo, la tesi ritenuta preferibile consiste nel ritenere l'impresa solo una delle forme in cui può estrinsecarsi l'iniziativa economica, assumendo l'espressione un significato più ampio, volto a ricomprendere tutte “le attività produttive caratterizzate da un'effettiva libertà di scelta in tutte le fasi del loro esercizio”.

¹⁷¹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, cit., 411 ss.

La combinazione di tali elementi emerge, nei suoi tratti essenziali, dagli articoli 41-47 della Carta costituzionale.

L'art. 41 della Costituzione, dopo aver enunciato, al 1° comma, la libertà di iniziativa economica privata¹⁷², da intendersi come “*libertà del cittadino verso lo Stato*” e, al contempo, come “*libertà del cittadino verso gli altri cittadini*”¹⁷³, al comma 3 ammette, su un piano di parità, la coesistenza di attività economiche private e pubbliche¹⁷⁴.

Nell'ambito di un'economia mista così individuata¹⁷⁵, sia gli attori privati che quelli pubblici possono subire l'applicazione di un regime di carattere limitativo, divenendo soggetti a programmi e controlli¹⁷⁶.

Più in generale, tuttavia, il comma 2 dell'art. 41 Cost. individua nel contrasto con l'utilità sociale il limite oltre il quale l'attività economica non può essere esercitata.

In ordine all'intensità di siffatta “*funzionalizzazione*” dell'iniziativa economica sussistono opinioni discordi: accanto a chi ritiene che l'utilità sociale rappresenterebbe “*il fondamento stesso dell'iniziativa economica privata, nel senso che quest'ultima sarebbe garantita non in sé, ma solo in quanto socialmente utile*”, si è ritenuto preferibile sostenere che la nozione di utilità sociale operi come limite esterno – unitamente ai limiti rappresentati dalla sicurezza, libertà e dignità umana - rispetto all'attività economica, “*essendo sufficiente, ai fini dell'art. 41, co. 2, che essa non operi in contrasto con tali valori*”¹⁷⁷.

Quanto al significato da attribuire all'espressione da ultimo menzionata, accanto alla tesi di chi ha affermato che si tratterebbe di una “*norma in bianco*”, contenente una riserva di legge implicita per la

¹⁷² Per un'analisi dell'origine storica della libertà economica è necessario rinviare a: V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 404 ss.

¹⁷³ F. GALGANO, *Commento agli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione, Tomo II, Rapporti economici*, a cura di G. Branca, Bologna, 1982, 7.

¹⁷⁴ V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., 750; V. SICA, *Bilancio dello Stato e programmazione economica*, Napoli, 1964; S. NINATTI, voce *Iniziativa economica privata (libertà di)*, *Commentario alla Costituzione*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 3142.

¹⁷⁵ “*L'iniziativa economica può, senza alcuna predeterminazione di rispettive sfere di azione, essere assunta tanto da privati come da pubblici operatori*”, e ciò in quanto “*tra liberismo e dirigismo, per i Costituenti, non dovevano più esserci ragioni di conflitto ideale*” (F. GALGANO, *Commento agli artt. 41 e 43 della Costituzione*, cit., 13).

¹⁷⁶ Con riferimento alla struttura del disposto costituzionale si è affermato come essa costituisca la risultanza di “*principi contrapposti e tendenzialmente inconciliabili: da un lato quello della libertà economica privata (co. 1), che si richiama alle tradizioni individualiste del costituzionalismo liberale, e, dall'altro, quello dell'intervento pubblico nell'economia (co.3), in cui confluiscono le istanze solidaristiche ed egualitarie*”. In questo senso si veda: V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 406, in cui si richiamano gli interventi degli Onorevoli Calamandrei e Einaudi, riprodotti negli *Atti dell'Assemblea costituente*, II, 157-158 e 1538.

¹⁷⁷ V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 415-416.

definizione del suo contenuto, si è ritenuto preferibile ritenere che “*il contenuto dell’utilità sociale sia ricavabile direttamente dalla Costituzione, sulla base di un’interpretazione sistematica non limitata alla sfera dei rapporti economici ma inserita nel quadro dei principi fondamentali, e sia determinabile dal legislatore soltanto successivamente e in via mediata*”¹⁷⁸.

D’altro canto, la *ratio* sottesa all’eventuale soggezione ai ‘*programmi e controlli*’ di cui al comma 3 dell’art. 41 Cost. deve rinvenirsi nel necessario orientamento e coordinamento di tali attività verso il raggiungimento di quei ‘*fini sociali*’, già rinvenibili in altre disposizioni della Carta costituzionale.

Il perseguimento di scopi siffatti, ulteriori rispetto a quello propriamente lucrativo che connota l’attività imprenditoriale in genere, riempie di contenuto, finanche piegandone le modalità di esercizio, la stessa attività economica.

Per tale via, l’attività di impresa viene rivolta verso il raggiungimento di obiettivi che, diversamente, sarebbero destinati a rimanere insoddisfatti in quanto non coincidenti con le esigenze che reggono, muovono e orientano l’iniziativa economica.

L’attività economica pubblica, pertanto, viene a distinguersi da quella privata solo per la differente natura del soggetto che la esercita, non essendo tale condizione sufficiente a garantire che l’iniziativa economica pubblica sia in sé orientata al perseguimento di fini sociali¹⁷⁹.

La nozione di ‘*fini sociali*’, di cui al comma 3 dell’art. 41 Cost., è stata ritenuta omogenea rispetto all’espressione ‘*utilità sociale*’ – in contrasto con la quale non può svolgersi l’iniziativa economica privata ai sensi dell’art. 41, comma 2 Cost. – ed anche rispetto all’espressione ‘*utilità generale*’.

Quest’ultima locuzione risulta impiegata all’art. 43 Cost., altra disposizione che, unitamente all’art. 41 cit.¹⁸⁰, concorre alla definizione del sistema economico sotteso al disegno dei Costituenti.

I fini di utilità generale consentono la sottrazione di una determinata attività alla libera iniziativa degli operatori economici privati. È l’utilità generale, in altre parole, la ragione che giustifica la possibilità di attrarre in capo al soggetto pubblico, ovvero ad una comunità di lavoratori o di utenti, un servizio pubblico essenziale, e ciò mediante la riserva *ab origine* dell’attività così individuata, con esclusione di ogni operatore economico

¹⁷⁸ V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 414.

¹⁷⁹ F. GALGANO, *Commento agli artt. 41 e 43 della Costituzione*, cit., 34 ss.

¹⁸⁰ Nel senso che l’art. 41 Cost. fonda una libertà individuale e che il diritto comunitario, esaltando l’apertura del mercato e la concorrenza fra gli operatori economici, genera un contesto ottimale per l’esercizio della prima, si veda F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 10. Nel senso che il più autentico fondamento del principio di libera concorrenza debba rinvenirsi nel diritto comunitario, il quale avrebbe riempito di nuovo contenuto lo stesso art. 41 Cost.: N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 18.

diverso, ovvero mediante il trasferimento coattivo dell'impresa medesima, realizzando, in ambedue le ipotesi, una situazione di monopolio.

È chiaro, tuttavia, come l'ampiezza del concetto di '*utilità generale*', così come l'ampiezza dell'oggetto della riserva di determinate attività allo Stato e agli enti pubblici, siano rimesse a scelte di indirizzo politico, dettate da molteplici, contingenti, circostanze.

Al contempo, lo stesso requisito della '*essenzialità*' del servizio, di cui all'art. 43 Cost., risulta avere un significato più socio-economico che giuridico in senso stretto, soggetto alla discrezionalità del legislatore.

La possibilità che un pubblico servizio sia oggetto di riserva o monopolio da parte dello Stato o di altro ente pubblico non deve indurre a ritenere, in una prospettiva rovesciata, come sia pubblico il servizio che costituisca un'attività riservata in via esclusiva alla p.a.

Il carattere monopolistico della gestione del servizio non è che una eventualità, rimessa alla scelta operata dal legislatore. Diversamente, mancando una concreta riserva in questo senso, non può escludersi che siano soggetti privati ad erogare un servizio pubblico essenziale.

Né, del resto, il carattere in sé non esclusivo del pubblico servizio viene smentito dal fatto che spesso il modello gestorio prescelto assuma la configurazione del regime concessorio. Ancora, il pubblico servizio non può intendersi come attività riservata nemmeno nei casi in cui si possano configurare dei monopoli di fatto, determinati dalla necessaria previa acquisizione di nulla-osta o licenze amministrative, prodromici all'esercizio del servizio stesso,

Gli artt. 41 e 43 della Costituzione, dunque, rappresentano il fondamento e, al contempo, il limite dell'intervento dello Stato, e della pubblica amministrazione nel suo complesso, nel campo dei servizi pubblici di rilevanza economica, assumendo un significato garantista ed interventista insieme¹⁸¹.

Nel campo della gestione dei pubblici servizi, peraltro, le disposizioni in parola postulano un intervento pubblico eventuale e non esclusivo.

La sottrazione di una determinata attività alla libera iniziativa economica in favore dello Stato e degli enti pubblici potrà trovare giustificazione solo ove siano rispettate una pluralità di garanzie: la riserva di legge, la subordinazione di un intervento siffatto a fini di utilità generale e, da ultimo, lo specifico oggetto delle attività sottoposte a riserva, le quali dovranno riguardare, oltre che i servizi pubblici essenziali, fonti di energia e altre situazioni di monopolio aventi carattere di preminente interesse nazionale.

Quanto agli strumenti dell'intervento pubblico, mentre l'art. 43 Cost. ammette un intervento diretto degli enti pubblici, l'art. 41 Cost., d'altro

¹⁸¹ F. GALGANO, *Commento agli artt. 41 e 43 della Costituzione*, cit., 195; P. RANCI, *Concorrenza e servizi pubblici nella Costituzione*, in G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, 33.

canto, postula forme più tenui di ingerenza, da esplicarsi mediante l'adozione di programmi e controlli volti ad indirizzare l'iniziativa economica che, nonostante ciò, rimane privata.

La combinazione di tali forme di intervento è stata estremamente variabile nel corso del tempo¹⁸².

Se il fenomeno della collettivizzazione delle imprese può dirsi effettivamente posto in pratica una volta soltanto – con legge n. 1643/1962, con la quale ebbe luogo l'espropriazione delle imprese elettriche in favore dell'ente nazionale per l'Energia elettrica – plurime furono le ipotesi di riserva originaria di una data attività economica.

La creazione di un monopolio pubblico per effetto dell'impiego di tale strumento ha trovato frequente realizzazione nel campo dei servizi pubblici¹⁸³.

Veniva così istituito l'ENI, sorto con legge 10 febbraio 1953, n. 136, ed il monopolio statale di poste e telecomunicazioni, affidato all'amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni, poi trasformato in ente poste Italiane. Analogamente, i servizi di telecomunicazione, una volta riservati allo Stato, venivano affidati in concessione all'Azienda di Stato per i servizi telefonici, con d.P.R. n. 156/1973, e così per i servizi radiotelevisivi, affidati a RAI S.p.a.

Accanto a tali modelli, la principale forma di intervento dello Stato nella sfera economica è stato quello della partecipazione in società regolate dal diritto comune.

Il sistema delle partecipazioni statali - incentrato sulla legge 22 dicembre 1956, n. 1589, istitutiva del relativo Ministero¹⁸⁴ – consentiva allo Stato, titolare indiretto delle partecipazioni, di astenersi dall'attività di gestione aziendale vera e propria, attraverso l'interposizione di un ente di gestione a ciò preposto, avente la forma di ente pubblico economico.

Il Ministero, ed il Comitato interministeriale competente, avevano responsabilità politica e si occupavano dell'indirizzo economico-finanziario. L'ente di gestione si occupava dell'indirizzo tecnico-amministrativo. Al di

¹⁸² F. PIGA, *Pubblico e privato nella dinamica delle istituzioni*, Milano, 1985, 383 ss. Essendo l'art. 41 Cost. una "formula di compromesso", "sarebbe impossibile individuare un "centro di equilibrio" della norma, il quale si sposterebbe, a seconda della sensibilità politica degli interpreti, ora verso il principio di libertà, ora verso il principio di direzione economica" (V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 406). Sul punto si vedano anche: M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica. Comuni, Province e Regioni*, Rimini, 1989; AA.VV., *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, a cura di L. Ammannati, Milano, 1995; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; N. MARZONA, *Sistema amministrativo e processi economici*, Padova, 1986; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

¹⁸³ Sul punto: V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 453 ss.

¹⁸⁴ La legge istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali è stata abrogata con referendum del 18-19 aprile 1993; con il d.l. 23 aprile 1993, n. 118 si sono introdotte le disposizioni organizzative conseguenti alla soppressione del Dicastero.

sotto, vi erano le aziende capogruppo e, ancora, le singole aziende operanti nel mercato.

Il d.P.R. 14 giugno 1967, n. 554 sopprimeva, poi, il Comitato permanente per le partecipazioni statali ridistribuendo le relative competenze tra il CIPE ed il Ministero per le partecipazioni statali.

In seguito a questa prima fase, durante la quale si era assistito alla istituzione di enti pubblici economici, esercenti un'attività imprenditoriale, si apriva l'epoca delle privatizzazioni¹⁸⁵, al duplice fine di creare soggetti maggiormente competitivi e recuperare, per effetto delle dismissioni, “risorse da destinare alla riduzione del debito pubblico”¹⁸⁶.

Il d.l. 5 dicembre 1991, n. 386, convertito in legge 29 gennaio 1992, n. 35, determinava la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni mediante atti del potere esecutivo, disposizioni poi superate dal d.l. n. 333/1992.

Ancora, il d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n. 359 disponeva la trasformazione di IRI ed ENI in società per azioni, e, in senso analogo, ciò avveniva anche per ENEL ed INA.

Altri enti pubblici economici sono stati trasformati in s.p.a. mediante deliberazione del CIPE, delegificando così la relativa procedura.

In entrambi le ipotesi, si realizzava una successione generale *ex lege*, non sussistendo una continuità tra i soggetti giuridici.

Le società così sorte non trovavano fondamento in un contratto, ma direttamente nella legge che ne disponeva la trasformazione.

L'origine non negoziale, secondo parte della dottrina, non pregiudica la natura privatistica di tali soggetti¹⁸⁷.

Alla privatizzazione formale così intrapresa, nel corso della quale i soggetti, inizialmente sorti nella forma di ente pubblico economico mutavano soltanto la loro forma giuridica in quella di società per azioni, seguiva, poi, la fase della privatizzazione sostanziale, mediante alienazione delle partecipazioni detenute dallo Stato in favore di soggetti privati.

Il d.l. 31 maggio 1994, n. 332 convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474 sanciva l'inapplicabilità della disciplina in materia di contabilità generale dello Stato all'alienazione delle partecipazioni statali, prevedendo

¹⁸⁵ In dottrina non si è mancato di evidenziare come solo nell'epoca delle privatizzazioni si sarebbe assistito ad una riemersione del contenuto del primo comma dell'art. 41, fino a quel momento rimasto latente rispetto al successivo comma 3.

¹⁸⁶ V. CRISAFULLI, L. PALADIN, Commentario, cit., 454 ss.

¹⁸⁷ G. CAIA, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Tomo I, Bologna, 2005, 1045; G. PIPERATA, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, cit., 498 ss.

l'adozione di d.p.c.m. per la disciplina delle modalità di collocamento delle azioni sul mercato¹⁸⁸.

L'intervento diretto dello Stato nell'economia è andato progressivamente perdendo di intensità, venendo ad assumere una funzione di regolazione.

Ciò è confermato dalla creazione di Autorità indipendenti, volte ad espletare svariate funzioni di vigilanza in un settore determinato¹⁸⁹.

4. I pubblici servizi nella giurisprudenza della Corte costituzionale: tra potestà legislativa, regolamentare e funzioni amministrative.

Lo studio della materia dei pubblici servizi, e di quelli locali, in particolare, non può prescindere dall'indagine della giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, nel dirimere i molteplici problemi sollevati dalla materia in esame in ordine alla perimetrazione delle potestà legislative, statale e regionale, ha spesso chiarito, in via interpretativa, la complessità di un quadro normativo in costante divenire.

In disparte il problema della sua configurazione come materia autonoma, riconducibile in via residuale nell'ambito della potestà regionale, la materia dei pubblici servizi implica una pluralità di connessioni con ambiti materiali di competenza legislativa estremamente eterogenei, talvolta inclusi nel catalogo delle materie di potestà legislativa esclusiva statale. È questo il caso della tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. e) Cost.), dell'ordinamento civile (art. 117, comma 2, lett. l), Cost.), della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantirsi su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma 1, lett. m), Cost.), delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (art. 117, comma 2, lett. p), Cost.), della tutela dell'ambiente (art. 117, comma 1, lett. s), Cost.).

In altre circostanze, vengono in rilievo, in quanto strettamente connesse all'ambito dei pubblici servizi, materie rientranti nella potestà

¹⁸⁸ Alcune società, tuttavia, non subivano il processo di privatizzazione sostanziale, rimanendo partecipate dallo Stato: è questo il caso di Ferrovie dello Stato S.p.a., Anas S.p.a., Enav S.p.a., Alitalia S.p.a., Poste Italiane S.p.a., Finmeccanica S.p.a., l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.a.

¹⁸⁹ Cfr. legge 14 novembre 1995, n. 481 "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità". I brevi cenni svolti in ordine all'intervento dello Stato nell'economia trovano un più approfondito e completo studio in: S. CASSESE, *La 'vecchia' Costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in *La nuova Costituzione economica*, a cura di S. Cassese, V edizione, Bari, 2012, 7 ss.; C. LACAVA, *L'impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo III, Milano, 2000, 2985 ss.

legislativa concorrente, rendendosi difficile la distinzione tra norme di principio, definite con legge dello Stato, e norme di dettaglio, in ordine alle quali spetta alle Regioni legiferare. Molte sono le materie individuate dall'art. 117, comma 3, Cost. e suscettibili di attrarre, per alcuni profili, anche la materia dei pubblici servizi: la tutela della salute, il governo del territorio, la disciplina dei porti e aeroporti civili e delle grandi reti di trasporto e di navigazione, l'ordinamento della comunicazione, la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia, la previdenza complementare e integrativa, il coordinamento della finanza pubblica.

Risulta necessario, pertanto, esaminare la giurisprudenza della Corte costituzionale non solo al fine di stabilire in che modo abbiano trovato composizione i momenti di potenziale frizione tra potestà legislativa statale e regionale, ma anche, e soprattutto, per la grande rilevanza degli *obiter dicta* contenuti nelle pronunce della Corte.

Nella individuazione del titolo legittimante l'esercizio della potestà legislativa in ordine ai servizi pubblici locali la materia della tutela della concorrenza, in quanto materia-funzione e di carattere trasversale¹⁹⁰, ha spesso assunto una valenza assorbente¹⁹¹, comprimendo in maniera significativa gli spazi entro cui alle Regioni, esercitando la potestà legislativa loro spettante in via residuale, era consentito legiferare.

Una paradigmatica pronuncia in materia è rappresentata dalla nota sentenza del 27 luglio 2004, n. 272.

In quell'occasione, la Consulta veniva investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 2, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003, n. 326, disposizioni con le quali era stato modificato l'art. 113 del TUEL ed introdotto l'art. 113-*bis*, relativo ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica. La Consulta riteneva la censurata disciplina

¹⁹⁰ N. GIOFFRE, *L'evidenza pubblica nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione: riferimenti alle norme sui pubblici appalti*, Napoli, 1995, 1 ss.; F. PORCELLANA, *Servizi pubblici locali e deroghe alla concorrenza: la Corte salva l'in house providing*, cit., 474; F. DEGNI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro amm.*, TAR, 2005, 3507; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 1; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. LINGUITI, *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa*, in *Atti dell'incontro di studio, Roma-Palazzo Spada 13 giugno 2000*, Milano, 2002; S. BUSCEMA, *Trattato di diritto Amministrativo* a cura di G. Santianello, volume n. 7 *I contratti della Pubblica amministrazione*, II edizione, Padova, 2002, 63.

¹⁹¹ Nel senso che le materie di competenza esclusiva e nel contempo 'trasversali' dello Stato, come la tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. - stante il loro carattere finalistico - "possono influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni fino ad incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano", si vedano le sentenze nn. 291/2012, 18/2012, 150/2011, 288/2010, 430/2007, 401/2007, 67/2007 e 80/2006.

non riferibile “né alla competenza legislativa statale in tema di “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), giacché riguarda(va) precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene (atteneva) alla determinazione di livelli essenziali, né a quella in tema di “funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane” (art. 117, secondo comma, lettera p), giacché la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell’ente locale”.

La sussistenza della potestà legislativa esclusiva statale veniva tuttavia rinvenuta nell’ambito della materia “tutela della concorrenza”, e ciò in quanto gli strumenti di intervento previsti nella disciplina statale si ponevano “in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi”¹⁹².

Non superava tale sindacato di proporzionalità, invece, l’art. 113-bis citato poiché, in quanto recante la disciplina della gestione dei servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica”, non poteva “essere certo riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura(va) come illegittima compressione dell’autonomia regionale e locale”¹⁹³.

In disparte l’apparente rigore della riferita pronuncia, pur ricorrendo un titolo di competenza esclusiva statale, alle Regioni deve riconoscersi la possibilità di adottare, anche nello specifico campo dei pubblici servizi, una disciplina pro-concorrenziale, e, dunque, più rigorosa rispetto a quella dettata dalla disciplina statale¹⁹⁴.

¹⁹² Sul punto si vedano anche: Corte cost., n. 14/2004 e n. 407/2002. “Il criterio della proporzionalità e dell’adeguatezza appare quindi essenziale per definire l’ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla “tutela della concorrenza” e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un’estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, “trasversale”, poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato” (Corte cost., n. 272/2004).

¹⁹³ Corte cost., n. 272/2004.

¹⁹⁴ Pertanto, dovrà ritenersi costituzionalmente illegittimo, per violazione dell’art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., una disposizione dettata dalla legislazione regionale che stabilisca “la possibilità, per gli enti locali, di reiterare la proroga dei contratti dei gestori dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma, senza l’indicazione di un termine finale di cessazione” degli affidamenti dei servizi pubblici locali disposti senza gara (Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 2).

Per l’illegittimità costituzionale di disposizioni regionali, che prevedono la possibilità di proroghe automatiche di contratti di trasporto pubblico locale, ovvero il mantenimento di affidamenti preesistenti in capo agli stessi concessionari di servizi di trasporto pubblico

D'altro canto, se la legislazione regionale, non sconfinando della materia di cui alla lettera p) dell'art. 117, comma 2, Cost., si limita a fissare *“l'assetto competitivo da dare al mercato di riferimento”*, senza con ciò toccare *“un dato strutturale del servizio né profili funzionali degli enti locali ad esso interessati”* non sarà in alcun modo censurabile¹⁹⁵.

Invero, nonostante l'ampio spazio riconosciuto alla potestà legislativa statale in forza del menzionato titolo di competenza, talune Regioni hanno talvolta adottato una legislazione parzialmente derogatoria rispetto a quella dettata dal legislatore statale, in via generale, per i servizi pubblici locali. Spesso la legislazione regionale, introducendo, nel silenzio della disciplina statale, limiti o condizioni ulteriori, ha rimodulato i differenti modelli di gestione.

Ad esempio, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge della Regione Abruzzo le quali escludevano che le società a capitale interamente pubblico, alle quali fosse conferita dagli enti locali la proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali, destinati all'esercizio dei servizi pubblici, potessero partecipare alle gare ad evidenza pubblica indette per la scelta del soggetto gestore del servizio o del socio privato delle società a capitale misto pubblico-privato.

A tale conclusione la Consulta perviene affermando come il legislatore statale non avesse *“specificamente previsto la possibilità per le suddette società di partecipare alle gare per l'affidamento della gestione del servizio”*, né, per converso, avesse escluso in modo espresso tale possibilità: *“in tale situazione, versandosi pur sempre in materia riservata alla competenza residuale delle Regioni, nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che queste ultime, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato, prevedendo il divieto per le società proprietarie delle reti di partecipare alle gare in questione”*¹⁹⁶.

locale oltre il termine ultimo previsto dal legislatore statale per il passaggio al nuovo sistema di affidamento di tali servizi tramite procedure concorsuali, si vedano le sentenze nn. 123/2011 e 80/2011.

¹⁹⁵ Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307. La questione sottoposta al sindacato della Consulta atteneva ad una disposizione regionale che, in riferimento al solo servizio di erogazione idrica, prevedeva una disciplina parzialmente differente rispetto a quella nazionale all'epoca vigente, consentendo solo l'affidamento mediante gara pubblica, sancendo così una disciplina più rigorosa con esclusione degli affidamenti diretti. Trattandosi di una disciplina che più intensamente si poneva a tutela della concorrenza, la Corte affermava che *“che le norme impugnate, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai “servizi pubblici locali”*”, non potevano ritenersi in contrasto con la Costituzione.

¹⁹⁶ In questi termini si veda la sentenza della Corte cost., 1 febbraio 2006, n. 29, pronuncia che si limita a dichiarare l'illegittimità costituzionale della sola disposizione che, nel vietare alle società a capitale interamente pubblico, già affidatarie in via diretta della gestione di un

A conclusioni analoghe giunge la Corte costituzionale con riferimento alla disposizione della legge della Regione Abruzzo che stabiliva il limite minimo del 40 per cento del capitale sociale per la partecipazione azionaria del socio privato, da scegliersi con procedura di evidenza pubblica, nella società mista a cui può essere conferita la titolarità della gestione del servizio pubblico di rilevanza economica¹⁹⁷.

I margini entro i quali il legislatore regionale può disciplinare le modalità di gestione dei servizi pubblici locali soggiacciono, com'è ovvio, all'ulteriore limite del rispetto dell'ordinamento comunitario ed

servizio pubblico, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore del servizio, non prevedeva alcun regime transitorio, ponendosi in contrasto con le disposizioni contenute nell'art. 113 (segnatamente nel comma 15-*quater*) del d.lgs. n. 267 del 2000 e, dunque, con il parametro costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione. La corretta attuazione del regime dei divieti di partecipazione alle gare previsto dalla legislazione statale richiedeva “*come disposto dal legislatore statale con il comma 15-*quater* del medesimo art. 113, una disciplina transitoria per consentire un complessivo riequilibrio e un progressivo adeguamento del “mercato”*”, con la conseguenza che “*la mancata previsione, nella legge regionale, di un analogo regime transitorio, che definisca le modalità temporali di efficacia del divieto in esame, è idonea ad arrecare un *vulnus* all'indicato parametro costituzionale*”. Infine, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione che, nel prevedere l'ineleggibilità a sindaco, presidente della Provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale dei Comuni e delle Province titolari del capitale sociale delle società affidatarie della gestione del servizio pubblico, per i legali rappresentanti ed i componenti degli organi esecutivi delle società medesime, risultava invasiva della competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, in materia di organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane. Sul punto, con riferimento al rigetto della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'estensione alle società *in house* dell'obbligo di procedure ad evidenza pubblica per l'assunzione di personale: G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli, Volume II, Attività, organizzazione, servizi*, Padova, 2007, 432 ss.

¹⁹⁷ Corte cost., 1 febbraio 2006, n. 29: “*Occorre rilevare come l'art. 113, comma 5, lettera b), nell'individuare tra i possibili soggetti, cui conferire direttamente la gestione del servizio pubblico locale, le società a capitale misto pubblico/privato, non stabilisca alcun limite percentuale, né massimo né minimo, alla partecipazione al capitale sociale da parte del socio privato, limitandosi soltanto a richiedere che detto socio sia scelto con le procedure dell'evidenza pubblica. La mancanza di una qualsiasi previsione statale in merito alla consistenza del capitale privato nell'ambito della compagine sociale consente al legislatore regionale, nell'esercizio della sua discrezionalità, di stabilire quote minimali di partecipazione. Né può ritenersi che la specificazione operata dalla norma impugnata possa considerarsi intrinsecamente irragionevole: la previsione di un siffatto limite, al di là delle sue implicazioni sul piano della concorrenza, risponde, infatti, all'esigenza di evitare che partecipazioni minime o addirittura simboliche si possano risolvere in una elusione delle modalità complessive di conferimento della gestione del servizio pubblico locale*”. Per un più diffuso commento si rinvia a: P. SANTINELLO, *Il modello societario nell'ordinamento regionale*, in *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, *Atti del convegno tenutosi a Padova in data 8 giugno 2007*, Padova, 2008, 99 ss.

internazionale. Pertanto, gli istituti dell'*in house providing* e della società mista, quali moduli organizzativi sovente utilizzati nel settore, potranno essere diversamente disciplinati dalla legislazione regionale solo ove attraverso ciò si inseriscano presidi più rigorosi a tutela della concorrenza e del mercato e sempre che le variazioni apposte ai caratteri essenziali degli istituti in parola non si pongano in contrasto con l'elaborazione offerta dall'ordinamento europeo¹⁹⁸.

Accanto alla materia della tutela della concorrenza, quale titolo della potestà legislativa esclusiva statale nell'ambito *de quo*, anche la materia di cui all'art. 117, comma 2, lett. p), Cost., come già accennato, ha talvolta rappresentato un limite allo spazio residuale riservato alla potestà regionale.

Così, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, comma secondo, lettera p), Cost., l'art. 49, comma 1, della legge della Regione Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26, *“in quanto la previsione che il servizio idrico integrato debba essere organizzato a livello di ambito separando obbligatoriamente l'attività di gestione delle reti dall'attività di erogazione dei servizi viola specificamente la competenza statale in materia di funzioni fondamentali dei comuni le quali, per ragioni storico-normative e per l'evidente essenzialità del servizio idrico alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali, comprendono le competenze relative al predetto servizio”*¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 439. La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, *“per violazione delle norme comunitarie sulla tutela della concorrenza, come interpretate dalla Corte di giustizia CE”*, alcune disposizioni contenute nella legislazione della Provincia autonoma di Bolzano relativa agli affidamenti *in house* per la gestione di un servizio pubblico locale. Ad avviso della Consulta, *“la suddetta norma - sul presupposto che l'affidamento in house possa essere giustificato se, tra l'altro, la società realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno o più degli enti che la controllano (art. 3, comma 1, lettera c) - prevede che la rilevanza dell'attività (...) è considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate, sicché il giudizio di verifica della sussistenza del requisito in esame viene limitato alla valutazione di dati di tipo quantitativo; e tali devono ritenersi quelli che, al fine di stabilire se il soggetto in house possa considerarsi attivo sul mercato in ragione della rilevanza esterna dell'attività di impresa svolta, attribuiscono valenza esclusiva all'entità del fatturato e delle risorse economiche impiegate; nella prospettiva comunitaria, invece, è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati - anche non contigui - in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente, con ciò introducendo criteri di verifica del requisito della rilevanza dell'attività meno rigorosi rispetto a quelli enucleati - sia pure nell'ambito di un complessivo giudizio che mantiene una valenza necessariamente casistica modulata sulle peculiarità delle singole fattispecie concrete - dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che si è formata al riguardo, donde la violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza poste dalle norme del Trattato, alla cui tutela è finalizzata la delimitazione, effettuata, in via interpretativa, dalla Corte di giustizia, dell'ambito di operatività del modello gestionale dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali”*.

¹⁹⁹ Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307. Invero, *“in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, pur ponendo un generale divieto*

Nell'ambito della disciplina delle società partecipate, anche con riferimento a quelle operanti nel settore dei servizi pubblici, spesso il legislatore statale ha introdotto una particolare disciplina, così imprimendo una connotazione peculiare al regime giuridico proprio di tali modelli gestori.

Ciò è avvenuto, ad esempio, per effetto dell'introduzione dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, il cui disposto verrà più oltre analizzato, il quale è stato ritenuto dalla Consulta come espressione della competenza esclusiva del legislatore statale in materia di ordinamento civile, trattandosi di disposizioni *“funzionali alla definizione dei confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, nonché della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto finalizzate ad eliminare distorsioni della concorrenza stessa”*²⁰⁰.

Nell'ambito di taluni servizi pubblici la competenza legislativa statale assume, peraltro, un carattere maggiormente pervasivo, ulteriormente comprimendo gli spazi entro cui può esercitarsi la potestà legislativa regionale.

È questo il caso del servizio idrico integrato²⁰¹, essenzialmente disciplinato dal d.lgs. n. 152 del 2006, *“il cui art. 141 evidenzia come lo Stato, per regolare tale oggetto, abbia fatto ricorso a sue competenze esclusive in una pluralità di materie: funzioni fondamentali degli enti locali, concorrenza, tutela dell'ambiente, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni”*²⁰². In tale settore sussiste, dunque, *“un concorso di competenze statali, che vengono esercitate su oggetti diversi, ma per il perseguimento di*

di separazione tra attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali e attività di erogazione degli stessi, consente alle discipline di settore di introdurre un regime derogatorio. Tuttavia, la disciplina statale di settore del servizio idrico integrato di cui al d.lgs. n. 152 del 2006 - adottata nell'esercizio di competenze esclusive dello Stato attinenti ad una pluralità di materie (quali funzioni fondamentali degli enti locali, concorrenza, tutela dell'ambiente, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni) - non prevede, né espressamente né implicitamente, la possibilità di separazione della gestione della rete dall'erogazione del servizio, ma, piuttosto, offre chiari elementi normativi in senso contrario, sicché il principio di non separabilità tra gestione della rete e gestione del servizio idrico integrato risulta vincolante per il legislatore regionale, in quanto riconducibile alla competenza esclusiva dello Stato in materia di funzioni fondamentali dei comuni di cui all'art. 117, comma secondo, lettera p), Cost.”

²⁰⁰ Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326.

²⁰¹ *“La disciplina del servizio idrico integrato va ascritta alla competenza esclusiva dello Stato nelle materie “tutela della concorrenza” e “tutela dell'ambiente” (sentenza n. 246 del 2009) e, pertanto, è inibito alle Regioni derogare a detta disciplina”* (Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325).

²⁰² Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307. In senso analogo: Corte cost., 13 aprile 2011, n. 128. Per un commento alla sentenza richiamata si veda: S. MUSOLINO, *Per la Corte costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l'in house*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 4, 409 ss.

*un unico obiettivo, quello dell'organizzazione del servizio idrico integrato*²⁰³.

²⁰³ Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307. L'oggetto del sindacato di costituzionalità esercitato dalla Corte attecchiva all'art. 49, commi 1 e 4, della legge della Regione Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26, come sostituiti dall'art. 2 (*recte* 4), comma 1, lettera p), della legge della Regione Lombardia 18 agosto 2006, n. 18 (Conferimento delle funzioni agli enti locali in materia di servizi locali di interesse economico generale. Modifiche alla legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26, Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche), il quale così disponeva: "L'Autorità organizza il servizio idrico integrato a livello di ambito separando obbligatoriamente l'attività di gestione delle reti dall'attività di erogazione dei servizi. Tale obbligo di separazione non si applica all'Autorità dell'ambito della città di Milano, che organizza il servizio secondo le modalità gestionali indicate dall'art. 2".

La Corte, nella pronuncia in commento, espone quanto segue: "L'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, nel disciplinare la gestione delle reti e l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevede che siano le discipline di settore a stabilire i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali può essere separata da quella di erogazione degli stessi. Pone, cioè, un generale divieto di separazione, salva la possibilità per le discipline di settore di prevederla. Per quanto attiene al servizio idrico integrato, come si è detto, la disciplina statale di settore è recata dal d.lgs. n. 152 del 2006. Quest'ultimo non prevede né espressamente né implicitamente la possibilità di separazione della gestione della rete idrica da quella di erogazione del servizio idrico; mentre in varie disposizioni del decreto sono riscontrabili chiari elementi normativi nel senso della loro non separabilità. L'art. 147, comma 2, lettera b) del d.lgs. n. 152 del 2006, in particolare, nel testo vigente alla data di promulgazione della legge regionale impugnata, impone alle Regioni di osservare, in sede di modifica delle delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, oltre i principi di efficienza, efficacia ed economicità, soprattutto quello di 'unicità della gestione e, comunque, del superamento della frammentazione verticale delle gestioni'. (...) Indipendentemente da ogni considerazione sul valore semantico dei termini 'unicità' ed 'unitarietà' della gestione, è, infatti evidente che parlare di 'unitarietà', anziché di 'unicità' delle gestioni, non vale a consentire l'opposto principio della separazione delle gestioni stesse. In altri termini, le due gestioni, quella delle reti e quella dell'erogazione, alla luce della sopravvenuta disciplina statale, potranno anche essere affidate entrambe a più soggetti coordinati e collegati fra loro, ma non potranno mai fare capo a due organizzazioni separate e distinte". Pertanto, una volta "stabilito che la disciplina statale di settore non consente la separabilità tra gestione della rete e gestione del servizio idrico integrato, resta da chiarire che tale principio risulta vincolante per il legislatore regionale, in quanto riconducibile alla competenza esclusiva dello Stato in materia di funzioni fondamentali dei comuni (art. 117, secondo comma, lettera p), Cost.). Infatti, le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117. Ciò non toglie, ovviamente, che la competenza in materia di servizi pubblici locali resti una competenza regionale, la quale, risulta in un certo senso limitata dalla competenza statale suddetta, ma può continuare ad essere esercitata negli altri settori, nonché in quello dei servizi fondamentali, purché non sia in contrasto con quanto stabilito dalle leggi statali".

Quanto al regime proprietario delle acque, si tratta di un ambito certamente riconducibile alla materia dell'ordinamento civile, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., attenendo, invece, oltre che alla materia dell'ordinamento civile, anche alla tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., i criteri relativi all'uso delle acque *“in relazione alla finalità di evitare sprechi, favorire il rinnovo delle risorse, garantire i diritti delle generazioni future e tutelare, tra l'altro, la vivibilità dell'ambiente”*²⁰⁴.

Tenuto conto di come, nell'ambito del servizio idrico integrato, si realizzi una inevitabile interferenza con la materia dei servizi pubblici locali, di competenza regionale residuale, il rispetto del principio di leale collaborazione è fatto salvo prevedendo, ad esempio, che la determinazione di linee guida, in ordine ai requisiti di ammissione delle imprese alle gare indette per la gestione del servizio, debba avvenire previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni²⁰⁵.

Soltanto nel 2010 la Corte costituzionale - nell'affrontare una pluralità di questioni di legittimità costituzionale sollevate, da un lato, dallo Stato avverso alcune disposizioni regionali e, dall'altro, dalle Regioni con riferimento alla disciplina sui servizi pubblici locali contenuta all'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 – esamina in modo unitario una pluralità di temi, tutti orientati a meglio definire la materia dei servizi pubblici locali nel contesto costituzionale²⁰⁶.

²⁰⁴ Corte cost., 24 luglio 2009, n. 246. Così si esprimeva la Corte: *“la rilevata riconducibilità delle norme censurate ai titoli di competenza legislativa esclusiva statale sopra indicati vale anche a far ritenere insussistente la lamentata violazione dell'art. 117, quarto e sesto comma, Cost. e del principio della leale collaborazione, perché esclude sia l'invocata competenza residuale regionale in materia di servizi pubblici locali (art. 117, quarto comma, Cost.) sia l'obbligo di prevedere strumenti di leale cooperazione con le Regioni, consentendo al legislatore statale di prevedere un potere regolamentare ministeriale (art. 117, sesto comma, Cost.). Anche la dedotta violazione dell'art. 118 Cost. non è fondata perché la disciplina in esame non attribuisce funzioni amministrative, ma, in attuazione della legge di delegazione, si limita a precisare – nell'ambito delle sopra indicate competenze legislative esclusive dello Stato - i ‘criteri di gestione del servizio idrico’, cui le Regioni e gli altri enti interessati devono attenersi, senza che abbia alcun rilievo la generalità o la specificità di detti criteri”*.

²⁰⁵ Corte cost., 24 luglio 2009, n. 249.

²⁰⁶ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325. Per un commento si vedano: P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, cit., 4654; L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, cit., 5, 485; F. CASTOLDI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica al vaglio della Corte costituzionale: i riflessi di alcune delle questioni trattate dalla sentenza sul servizio idrico integrato nazionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, 2, 260; C. PETTINARI, *Le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e successive modificazioni*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, 2011, 385 ss.

In primo luogo, la Corte analizza il rapporto tra la disciplina nazionale in materia di servizi pubblici locali e quella desumibile dall'ordinamento dell'Unione europea e dalla Carta europea delle autonomie locali.

Affermata la sovrapposibilità della nozione di “*servizio di interesse economico generale*” con quella propria del diritto interno, la Corte ritiene che la disciplina recata dal citato articolo 23-bis non costituisca né la necessaria attuazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo, né, al contrario, una radicale ed esplicita violazione dell'ordinamento sovranazionale, determinante un contrasto con l'art. 117, primo comma Cost.

Ad avviso della Corte la disciplina nazionale ben può limitare la possibilità che il servizio pubblico locale sia gestito in via diretta, e ciò in quanto la normativa comunitaria consente, ma non impone, che la gestione avvenga secondo tale modalità.

La normativa comunitaria ammette la gestione diretta del servizio “*nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la 'speciale missione' dell'ente pubblico*”.

In tale ipotesi “*l'ordinamento comunitario, rispettoso dell'ampia sfera discrezionale attribuita in proposito agli Stati membri, si riserva solo di sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un 'errore manifesto'. La censurata disciplina nazionale, invece, rappresentava uno sviluppo del diverso principio generale costituito dal divieto della gestione diretta del SPL da parte dell'ente locale, divieto introdotto dai non censurati art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) e art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326*”.

Parimenti, con riferimento all'individuazione di una quota minima di partecipazione del socio privato nelle società miste, lo Stato ha esercitato quella discrezionalità che l'ordinamento comunitario non comprime affatto nella materia in parola.

La previsione di condizioni e limiti ulteriori all'affidamento a società *in house* e a capitale misto, “*si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica*”, con la conseguenza che l'opzione per una più estesa applicazione della regola della concorrenza, “*proprio perché reca una disciplina pro-concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si*

pone in contrasto – come sostenuto, all’opposto, dalle ricorrenti – con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l’assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri”.

La Corte, peraltro, neppure rileva un contrasto tra l’art. 23-bis e la Carta europea dell’autonomia locale di cui alla legge n. 439 del 1989, la quale pure riconosce, all’art. 3, comma 1, *“il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell’ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici”.* Gli evocati articoli della Carta europea dell’autonomia locale non possiedono uno specifico contenuto precettivo, ma hanno un carattere prevalentemente definitorio e programmatico, essendo rimessa alla Costituzione ed alla legge nazionale la definizione delle competenze delle collettività locali.

Chiariti i rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario, la Corte affronta il problema dell’individuazione della sfera di competenza in cui, secondo la Costituzione, deve collocarsi la normativa di cui all’art. 23-bis censurato, ribadendo, nella sostanza, i propri orientamenti pregressi.

Così, la Corte riconosce come la disciplina concernente le modalità dell’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non sia *“riferibile alla competenza legislativa statale in tema di ‘determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali’ (art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., perché riguarda, appunto, i servizi di rilevanza economica e non attiene, comunque, alla determinazione di livelli essenziali”;* né può ritenersi ascritta *“all’ambito delle ‘funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e Città metropolitane’ ..., perché ‘la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell’ente locale’ ... e, quindi, ‘non riguarda [...] profili funzionali degli enti locali’”.* La disciplina statale in parola, invece, va correttamente ricondotta *“all’ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ‘tutela della concorrenza’, prevista dall’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato”, venendo “a prevalere sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l’oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza”²⁰⁷.*

²⁰⁷ Corte cost., n. 325/2010. Sul punto si vedano anche: Corte cost., 11 aprile 2011, n.123; id., 23 aprile 2010, n. 142; id., 8 maggio 2009, n. 148; id., 17 dicembre 2008, n. 411. Ad avviso della Corte, inoltre, le disposizioni censurate non solo dovevano ricondursi al predetto titolo di potestà legislativa esclusiva statale, ma dovevano pure ritenersi conformi ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, criteri a cui il legislatore statale deve

Dichiarato come la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rientri nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato, la Corte verifica *“se allo Stato compete, in via esclusiva, anche il potere di indicare le condizioni per le quali debba ritenersi sussistente detta ‘rilevanza economica’ oppure se la decisione di attribuire al servizio locale una siffatta qualificazione sia riservata, dal diritto comunitario o comunque dalla Costituzione, alla Regione od all’ente locale”*.

Nel ritenere che la nozione in parola venga impiegata, *“nell’ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discretivo per l’applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi”*, la Corte ne desume *“che, proprio per tale suo ambito di utilizzazione, la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di ‘tutela della concorrenza’, ai sensi del secondo comma, lettera e), dell’art. 117 Cost.”*. In tal modo, in ossequio all’ordinamento comunitario, il legislatore statale ha inteso *“promuovere l’applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio”*.

La descritta compressione dello spazio lasciato alla legislazione regionale ha trovato, più di recente, un significativo ampliamento.

Come sarà più oltre esposto, a seguito dell’abrogazione referendaria dell’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, il legislatore aveva, nella sostanza, reintrodotta la disciplina abrogata attraverso l’art. 4 del d.l. n. 138/2011.

La Consulta, investita della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il contrasto della disposizione citata con il divieto di ripristino della normativa abrogata ai sensi dell’art. 75 Cost., si soffermava, preliminarmente, in ordine all’ammissibilità del quesito, valutandone positivamente la sussistenza. Ed è in questa sede che la Corte, nel verificare che il ricorso promosso in via principale da alcune Regioni attenesse effettivamente alla violazione di un parametro pertinente rispetto al riparto di competenze, riconosce come sufficiente la motivazione *“in ordine ai profili della possibile ridondanza sul riparto di competenze”*, *“evidenziando la potenziale lesione della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali (e della relativa competenza regolamentare degli enti locali) che deriverebbe dalla violazione dell’art. 75 Cost.”*²⁰⁸.

attenersi ove l’esercizio di una competenza legislativa esclusiva concorra con materie rientranti nella potestà regionale.

²⁰⁸ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199. Per un commento si veda: V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2900. A seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011 per effetto della pronuncia da ultimo citata, il legislatore statale introduceva ulteriori modifiche alla predetta disposizioni con l’art. 53, comma 1, lett. b) del d.l. n.

La Corte, in buona sostanza, avvallava il percorso argomentativo seguito dalle Regioni ricorrenti secondo le quali “*con l’abrogazione dell’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, che riduceva le possibilità di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, con conseguente delimitazione degli ambiti di competenza legislativa residuale delle Regioni e regolamentare degli enti locali, le competenze regionali e degli enti locali nel settore dei servizi pubblici locali si (sarebbero) riespanse*”²⁰⁹.

La potenzialità espansiva della materia della tutela della concorrenza, tuttavia, non può dirsi comunque del tutto attenuata per effetto della pronuncia di cui da ultimo si è fatto cenno.

La nuova ampiezza riconosciuta alla potestà legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali, quale conseguenza del divieto di reintrodurre la disciplina abrogata a seguito di consultazione referendaria, non sembra tuttavia destinata a rappresentare un durevole assetto per le competenze legislative nella materia *de qua*.

In dottrina, infatti, si ritiene come al rispetto della volontà popolare espressa mediante referendum siano tenute soltanto le “*Camere in funzione al momento del referendum*”²¹⁰.

5. Contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica nei rapporti tra Stato e Regioni.

Gli artt. 97 e 98 della Costituzione sono stati elaborati con riferimento alla concezione tradizionale di pubblica amministrazione, concepita con riferimento all’esercizio, in via unilaterale, di poteri autoritativi.

Tuttavia, pur non rinvenendosi un riferimento espresso all’organizzazione ed erogazione dei pubblici servizi, l’ampio riferimento ai pubblici uffici e alla pubblica amministrazione complessivamente intesi

83/2012. Ciò è parso il frutto, più che di una consapevole elusione della pronuncia della Consulta, di un macroscopico errore, posto che la novella veniva espressamente abrogata prima che la Corte costituzionale potesse pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di quest’ultima (cfr. Corte cost., 31 ottobre 2013, n. 254).

²⁰⁹ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199.

²¹⁰ R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2892, il quale rinvia a: F. CUOCOLO, *Note introduttive sul referendum*, in AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea costituente*, Firenze, 1969, 168. Sul punto si vedano anche: S. LA PORTA, *Il ‘ripristino’ della normativa abrogata con referendum. Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 4; A. ARGENTATI, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell’AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in www.federalismi.it, 2012; C. SABETTA, *La riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità. Commento a Corte cost., sent. n. 199 del 2012*, cit.; J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 2, 155.

consente di ritenere che i principi ivi enunciati siano riferibili ed applicabili anche nel contesto dell'attività amministrativa che non si estrinsechi mediante l'esercizio di poteri autoritativi ma, come avviene nel campo dei pubblici servizi, in un'attività di prestazione espletata su di un piano paritetico rispetto a quello dei soggetti privati.

Così, secondo un certo orientamento dottrinale, il riferimento ai “*pubblici uffici*” può certo ricomprendere anche le strutture organizzative afferenti alla pubblica amministrazione che siano deputate all'assolvimento di compiti inerenti al pubblico servizio²¹¹.

Non è un caso, dunque, se il parametro di cui all'art. 97 Cost. ha assunto un ruolo decisivo nella materia dei servizi pubblici locali, anche nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale.

È questo il caso del giudizio promosso in via principale avverso la disposizione di una legge della Regione Abruzzo con la quale si prevedeva, per le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di un servizio pubblico, l'obbligo di rispettare le procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, disposizione censurata in quanto, ponendo a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato, veniva ritenuta invasiva della competenza esclusiva statale in materia di “*ordinamento civile*”.

La Corte, nel dichiarare non fondata la questione, rilevava come la disposizione non poneva limitazioni ulteriori alla capacità di agire delle persone giuridiche private ma, al contrario dava “*applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata*”, ben poteva “*essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici*”²¹².

Seguendo questa prospettiva, e così ponendo l'attenzione alla natura delle risorse coinvolte più che alla veste giuridica del soggetto considerato, la Corte costituzionale aveva già operato una netta distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale, affermando la legittimità della permanenza alla sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico²¹³.

Il canone dell'efficienza e, più in generale, del buon andamento dell'azione amministrativa ha informato ed informa le più recenti novelle normative volte a disciplinare, da un lato, i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica e, dall'altro, le società pubbliche, in senso lato intese²¹⁴.

²¹¹ G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 894, il quale rinvia a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 274 ss.

²¹² Corte cost., 1 febbraio 2006, n. 29.

²¹³ Corte cost. n. 466/1993.

²¹⁴ G. FARNETI, *Le società partecipate: problemi d'attualità*, in *Azienditalia*, 2008, 9, 684.

In particolare, il legislatore statale, con sempre maggior frequenza, ha imposto lo scioglimento delle società pubbliche, la dismissione delle partecipazioni ivi detenute dagli enti locali nonché la cessazione delle gestioni in essere non conformi alle norme di derivazione comunitaria, nel duplice intento di porre fine alle gestioni di pubblici servizi espletate in maniera tale da arrecare un *vulnus* alla concorrenza e, al contempo, di ridurre le partecipazioni in società inefficienti, il cui peso veniva a gravare, in definitiva, sulla finanza locale.

Tali obiettivi costituiscono, sempre più spesso, la *ratio* sottesa alla disciplina legislativa propria della materia in parola.

La Corte costituzionale ha riconosciuto l'inclusione di tali disposizioni normative nell'alveo della potestà legislativa esclusiva statale, riconducendole alla materia della tutela della concorrenza, nonostante l'astratta idoneità di disposizioni di tal sorta a menomare l'autonomia finanziaria degli enti locali²¹⁵.

Potrebbe affermarsi, dunque, come le esigenze di contenimento della spesa pubblica, che paiono ispirare molti degli interventi di riforma intervenuti nella materia dei servizi pubblici locali, possano giustificare l'attrazione a livello centrale di competenze e attribuzioni squisitamente regionali e locali.

Tuttavia, il carattere emergenziale che l'esigenza di contenimento della spesa pubblica è venuta ad assumere incontra un freno ove si traduca in una radicale variazione dell'assetto delle competenze legislative disegnato dalla Carta costituzionale²¹⁶.

Un caso emblematico in questo senso è rappresentato dall'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, più oltre analizzato, con il quale il legislatore

²¹⁵ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325. Nella pronuncia citata la Corte affronta, tra le molte questioni prospettate, la censurata illegittimità costituzionale del comma 8 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008. La disposizione, in particolare, imponendo “*alle Amministrazioni pubbliche di liberarsi di una quota del proprio patrimonio societario a prescindere dalla convenienza economica dell'operazione, e quindi dalla considerazione in concreto del tempo, delle modalità, della quantità, valutazioni indispensabili ad evitare che si produca una svendita coatta di capitali pubblici*”, veniva censurata nella sua supposta violazione dell'art. 119, sesto comma, Cost. Nel dichiarare non fondata la questione, la Consulta così affermava: “*Il parametro costituzionale evocato, infatti, garantisce alle Regioni e agli enti locali un patrimonio, precisando però che esso è 'attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato'. L'autonomia patrimoniale delle Regioni e degli enti locali non è, dunque incondizionata, ma si conforma ai principi che il legislatore statale fissa nelle materie di sua competenza legislativa, fra cui va certamente ricompreso quella della tutela della concorrenza, disciplinata, nel caso in esame, proprio dalle norme censurate*”.

²¹⁶ Con riferimento alla infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale di disposizioni normative statali che si limitano ad incentivare, attraverso meccanismi premianti, le scelte, operate dalle Regioni, e ritenute più virtuose in materia di regolazione delle attività economiche, e di gestione dei pubblici servizi, in particolare, si veda: Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, avente ad oggetto la censura l'art. 3-bis inserito nel d.l. n. 138/2011. Sul punto, si vedano anche: Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 8;

statale aveva inteso impedire la proliferazione delle società partecipate dai Comuni di più modeste dimensioni, imponendo la dismissione delle società in essere caratterizzate da una condizione economico-patrimoniale inefficiente.

La disposizione, chiaramente orientata alla contrazione della spesa pubblica, è stata oggetto di una questione di legittimità costituzionale la quale - nonostante sia stata dichiarata non fondata dalla Consulta²¹⁷, in quanto ritenuta riconducibile alla materia dell'ordinamento civile, di potestà esclusiva statale²¹⁸ - ha consentito di chiarire ulteriormente in che modo trovino composizione le potestà legislative, potenzialmente in concorso tra loro, di Stato e Regioni.

La disposizione veniva impugnata in quanto ritenuta in contrasto con il principio di leale collaborazione, in quanto, determinando un condizionamento delle modalità organizzative dei servizi resi dagli enti locali e limitandone fortemente l'iniziativa economica e la capacità di agire, avrebbe inciso sull'assetto ordinamentale e organizzativo degli Enti in parola. La Regione ricorrente rilevava come l'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost. attribuisse *“alla potestà legislativa esclusiva statale la sola disciplina dell'ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato”, con la conseguenza che la competenza a legiferare in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa degli enti sub-statali rientrerebbe nella potestà legislativa residuale delle Regioni ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.”*

Sotto altro profilo, la disposizione veniva censurata in quanto, prevedendo una disposizione di dettaglio, contrastava con la competenza legislativa regionale in materia di coordinamento della finanza pubblica, di cui all'art. 117, comma 3, Cost., oltre che con l'autonomia organizzativa e finanziaria dei Comuni, di cui agli artt. 114, secondo comma, e 119 Cost.

La Corte, discostandosi dalla difesa erariale²¹⁹, così sanciva: *“le disposizioni costituzionali evocate non attribuiscono allo Stato il potere di*

²¹⁷ Corte cost. 7 giugno 2012, n. 148. Sul punto: G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1606.

²¹⁸ La norma impugnata presenta *“i caratteri di una sanzione”* nei confronti degli enti *“non virtuosi”*, sanzione che *“che incide in modo permanente sul diritto societario, escludendo per determinati soggetti pubblici (i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti) l'idoneità a costituire società partecipate”* (Corte cost., 7 giugno 2012, n. 148).

²¹⁹ Secondo la quale, *“tutte le norme impuginate troverebbero giustificazione nella necessità di far fronte a difficoltà economiche del nostro Paese di tale gravità da mettere a repentaglio la stessa salus rei publicae e da consentire, perciò, una deroga temporanea alle regole costituzionali di distribuzione delle competenze fra Stato e Regioni”, in ragione dei richiamati “principi fondamentali della solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.), dell'uguaglianza economica e sociale (art. 3, secondo comma, Cost.), dell'unitarietà della Repubblica (art. 5 Cost.), della responsabilità internazionale dello Stato (art. 10 Cost.) dell'appartenenza all'Unione europea (art. 11 Cost.), nonché i*

derogare alle competenze delineate dal Titolo V della Parte seconda della Costituzione. Al contrario, anche nel caso di situazioni eccezionali, lo Stato è tenuto a rispettare tale riparto di competenze ed a trovare rimedi che siano con esso compatibili (ad esempio, mediante l'esercizio, in via di sussidiarietà, di funzioni legislative di spettanza regionale, nei limiti ed alle condizioni più volte indicate da questa Corte)”.

La Corte evidenzia come sia la stessa Costituzione ad escludere “*che uno stato di necessità possa legittimare lo Stato ad esercitare funzioni legislative in modo da sospendere le garanzie costituzionali di autonomia degli enti territoriali, previste, in particolare, dall’art. 117 Cost.*”, ribadendo, in definitiva, “*l’inderogabilità dell’ordine costituzionale delle competenze legislative, anche nel caso in cui ricorrano le situazioni eccezionali prospettate*”.

Quanto sin qui esposto permette di constatare come le esigenze di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica se, da un lato, hanno determinato un intervento normativo statale sempre più penetrante e di dettaglio anche con riferimento alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, dall’altro lato hanno incontrato un bilanciamento, operato dalla Corte costituzionale, con la necessità di salvaguardare l’autonomia organizzativa e finanziaria delle Regioni e con la necessità di non svuotare di contenuto gli ambiti di potestà legislativa regionale²²⁰.

principi del concorso di tutti alle spese pubbliche (art. 53 Cost.), di sussidiarietà (art. 118 Cost.), della responsabilità finanziaria (art. 119 Cost.), della tutela dell’unità giuridica ed economica (art. 120 Cost.) e gli ‘altri doveri espressi dalla Costituzione (artt. 41-47, 52, 54)’”.

²²⁰ Corte. cost., 23 luglio 2013, n. 229. Nella pronuncia citata la Consulta ha affrontato le numerose questioni di legittimità costituzionale che avevano investito l’art. 4 del d.l. n. 95/2012, disposizione non applicabile nel campo dei servizi pubblici ma di grande rilievo sotto il profilo dell’ampiezza riconosciuta all’applicabilità dell’*in house providing* nel nostro ordinamento. Ad avviso della Corte, la suddetta disciplina “*lungi dal perseguire l’obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nell’“attività amministrativa svolta in forma privatistica” per le predette amministrazioni pubbliche e non operino sul mercato ‘beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione’ (sentenza n. 326 del 2008), colpisce proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo. Essa, infatti, impone a tutte le amministrazioni, quindi anche a quelle regionali, di sciogliere o privatizzare proprio le società pubbliche strumentali che, nell’anno 2011, abbiano conseguito più del 90 per cento del proprio fatturato da prestazioni di servizi alla pubblica amministrazione controllante (comma 1), sanzionandole, in caso di mancato adeguamento agli obblighi di scioglimento o privatizzazione, con il divieto del rinnovo di affidamenti in essere e di nuovi affidamenti diretti in favore delle predette società (comma 2, cui si congiunge il comma 8)*”. Per effetto di tali restrizioni, risultava “*sottratta alle medesime amministrazioni, di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, in quanto si esclude la possibilità che, pur ricorrendo le condizioni prescritte dall’ordinamento dell’Unione europea, le medesime amministrazioni continuino ad avvalersi di società in house*”. Le disposizioni impugnate, pertanto “*precludono anche alle*

In questo senso, le disposizioni statali di principio in tema di coordinamento della finanza pubblica “*possono ‘incidere su una materia di competenza della Regione e delle Province autonome (sentenze n. 188 del 2007, n. 2 del 2004 e n. 274 del 2003), come l’organizzazione ed il funzionamento dell’amministrazione regionale e provinciale’ (sentenza n. 159 del 2008)*”, purché ricorra una “*duplice condizione: a) di porre obiettivi di riequilibrio della medesima, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; b) di non prevedere in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi (sentenza n. 289 del 2008)*”.

In altri termini, se alle Regioni può essere imposto un “*limite globale, complessivo, al punto che ciascuna Regione deve ritenersi libera di darvi attuazione, nelle varie leggi di spesa, relativamente ai diversi comparti, in modo graduato e differenziato, purché il risultato complessivo sia pari a quello indicato nella legge statale*”²²¹, una disciplina dettagliata che non lasci alle Regioni alcun margine di adeguamento determina non solo la lesione dell’autonomia organizzativa della Regione, ma anche della stessa competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica²²².

Regioni, titolari di competenza legislativa residuale e primaria in materia di organizzazione, costituzionalmente e statutariamente riconosciuta e garantita, la scelta di una delle possibili modalità di svolgimento dei servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali”.

²²¹ Corte cost., 8 marzo 2013, n. 36; id., n. 211/2012; id., 9-14 novembre 2005, n. 147. Sul punto, si veda anche Corte cost., 4 giugno 2012, n. 139. Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, tra le altre, della disposizione di cui all’art. 6, comma 19 del d.l. n. 78/2010, con il quale viene vietato alle p.a. – fatta eccezione per le Regioni, le Province autonome e gli enti del SSN, per i quali essa costituisce solo una disposizione di principio ai fini del coordinamento della finanza pubblica – di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari o aperture di credito, o il rilascio di garanzie a favore di società partecipate in perdita. Da ultimo, la Corte, con successiva sentenza 26 marzo - 2 aprile 2014, n. 72, ha dichiarato non fondate le questioni relative ai commi 3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14 e 19 dell’art. 6, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, promosse per violazione degli artt. 117, terzo comma, e 119 della Costituzione e del Titolo VI del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige).

²²² Corte cost., sentenza n. 229/2013. Non fondate, invece, venivano dichiarate le censure di violazione delle attribuzioni costituzionali e statutarie degli enti locali, coinvolgendo “*le modalità con cui tali enti perseguono, quand’anche nelle forme del diritto privato, le proprie finalità istituzionali*”. Tuttavia, con riferimento alle Regioni a statuto ordinario, “*spetta al legislatore statale [...] disciplinare i profili organizzativi concernenti l’ordinamento degli enti locali (art. 117, secondo comma, lettera p), Cost.): pertanto, posto che le società controllate sulle quali incide la normativa impugnata svolgono attività strumentali alle finalità istituzionali delle amministrazioni degli enti locali, strettamente connesse con le previsioni contenute nel testo unico degli enti locali, legittimamente su di esse è intervenuto il legislatore statale*” (Corte cost., sentenza n. 229/2013 e n. 159/2008). Diverse, invece, sono le conclusioni a cui si addiuvano con riferimento alle Regioni ad

A conclusione del quadro così delineato è necessario svolgere un breve cenno al disegno di legge costituzionale, ad oggi all'esame del Senato, n. S1429 recante *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario*, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione.

Il d.d.l. introduce una profonda revisione dell'art. 117 Cost. ispirata, in maniera chiara, ad una attrazione in capo allo Stato di molte delle materie oggi di potestà legislativa concorrente e residuale, con un evidente ampliamento della potestà legislativa esclusiva.

Espunta la potestà legislativa concorrente, la formulazione del nuovo testo, così come contenuta nel d.d.l.cost., limita la potestà legislativa regionale alle seguenti materie: della rappresentanza in Parlamento delle minoranze linguistiche, di pianificazione del territorio regionale e mobilità al suo interno, di dotazione infrastrutturale, di programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali, di promozione dello sviluppo economico locale e organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese; salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche, in materia di servizi scolastici, di istruzione e formazione professionale, di promozione del diritto allo studio, anche universitario; in materia di disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali, della promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici, di valorizzazione e organizzazione regionale del turismo, di regolazione, sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale, delle relazioni finanziarie tra gli enti territoriali della Regione per il rispetto degli obiettivi programmatici regionali e locali di finanza pubblica, nonché in ogni materia non espressamente riservata alla competenza esclusiva dello Stato.

L'aspetto più fortemente innovativo del nuovo testo dell'art. 117 è rappresentato, tuttavia, da una disposizione che richiama l'assetto originario della disposizione, così come disegnata dai Costituenti.

Il già ampio spazio riservato alla legislazione esclusiva statale è ulteriormente accentuato dalla possibilità che, su proposta del Governo, la legge dello Stato possa intervenire in materie o funzioni non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale²²³.

Ai fini della presente disamina, ove il nuovo testo dell'art. 117 Cost. entrasse effettivamente in vigore, anche la disciplina dei servizi pubblici locali e delle relative modalità di gestione – nel cui ambito lo spazio della legislazione regionale appare già piuttosto angusto – subirebbe l'effetto della tendenza centripeta sottesa al nuovo testo costituzionale.

autonomia speciale, titolari di competenza legislativa primaria in materia di “ordinamento degli enti locali”. Per un confronto, si veda anche: Corte cost., 17-24 luglio 2013, n. 236.

²²³ *Ex plurimis*, sulla nozione di interesse nazionale elaborata dalla più risalente dottrina: A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973.

CAPITOLO II

I MODELLI DI GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE

1. La gestione dei servizi pubblici agli inizi del '900: l'esperienza delle aziende municipalizzate.

L'*excursus* storico in ordine alla disciplina dei servizi pubblici locali deve necessariamente partire dalla legge 29 marzo 1903, n. 103, c.d. legge Giolitti²²⁴, il cui contenuto è stato in seguito trasfuso nel "*Testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province*", approvato con r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578.

Questo nucleo normativo originario ha disciplinato il settore dei servizi pubblici per lunghissimo tempo e l'azienda municipalizzata, come modello organizzativo, ha rappresentato un importante paradigma di riferimento.

Sin da questo periodo, si comprende la possibilità che un servizio pubblico sia gestito in modi diversi: la natura pubblica del servizio, infatti, non ha mai reso obbligatoria una determinata forma di gestione.

Tra le varie forme possibili - quali la concessione a terzi, l'appalto, il consorzio -, l'azienda municipalizzata²²⁵ ha rappresentato la forma classica di gestione pubblicistica di un servizio, in completa contrapposizione alla esternalizzazione dello stesso.

L'intenzione del legislatore, prima con la legge 29 marzo 1903, n. 103, e poi con il T.U. del 1925, fu quella di disciplinare l'istituto della municipalizzazione, modalità organizzativa di cui i Comuni, singoli o consorziati, potevano decidere di avvalersi sia per realizzare *ab origine* un servizio pubblico, sia per assumere in proprio un servizio già dato in concessione, attraverso l'istituto del riscatto.

La municipalizzazione veniva invocata quale soluzione al problema del fallimento del mercato, connesso alla presenza di monopoli naturali,

²²⁴ Nel senso della tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici locali: AA.VV., *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. Cabiddu, Torino, 2010, 309.

²²⁵ C. TESSAROLO, *L'Azienda speciale e le altre forme di gestione dei servizi pubblici locali*, Roma-Brescia, 1994, 124 ss.

oltre che quale strumento volto ad alleggerire il dissesto delle finanze comunali acquisendo, per tale via, parte delle rendite monopolistiche²²⁶.

Le opzioni previste *ex lege*, in ordine alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, prevedevano tre possibilità: l'affidamento a soggetti terzi, la gestione diretta e le aziende municipalizzate.

L'elencazione dei pubblici servizi recata dall'art. 1 del T.U., pur non ponendosi in termini tassativi rispetto alla identificazione delle attività integranti la nozione in parola, assumeva, invece, carattere tassativo quanto alla determinazione dei servizi che potevano essere esercitati anche in privativa, in condizione di monopolio legale, in economia o attraverso un'azienda speciale municipalizzata.

Nel caso della gestione in economia sono gli stessi organi del Comune a provvedere: il servizio si configura così come uno dei tanti servizi che l'ente svolge per mezzo dei suoi uffici, non c'è obbligo di un bilancio separato e tale gestione finisce per confondersi con le altre funzioni svolte dal Comune.

Nell'ipotesi in cui venga costituita un'azienda municipalizzata (c.d. azienda speciale), la gestione assume carattere pubblicistico e viene affidata ad un organo comunale che gode di ampia autonomia amministrativa e contabile. Infatti, *“l'azienda municipalizzata, pur essendo un soggetto giuridico distinto dal Comune, ha una vita propria, coordinata ma non confusa con quella dell'ente, ed ha la capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento dei suoi fini e di stare in giudizio per le azioni che ne conseguono, a mezzo dell'organo che ne ha la rappresentanza, integrando un'amministrazione speciale del Comune che, per il suo scopo di produzione e di lucro e per la corrispondente adeguata organizzazione, si distingue dall'amministrazione comunale preordinata a fini di immediato carattere speciale”*²²⁷.

In base all'art. 2 del T.U. le aziende dovevano avere *“bilanci e conti separati”* e *“capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari”*, ivi compresa la capacità di stare in giudizio per agire, o resistere, in occasione delle azioni conseguenti alla attività esercitata.

L'azienda municipalizzata era, per l'ente locale, uno strumento di governo nel sociale²²⁸.

²²⁶ C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Volume II, Attività, organizzazione, servizi*, Padova, 2007, 367 ss.

²²⁷ Cass., 19 giugno 1967, n. 1451, in *Foro Italiano*, 1967.

²²⁸ E. PRIOLO, *Profili delle aziende municipalizzate*, Rimini, 1992, 30 ss.; A. BARDUSCO, *Azienda municipalizzata*, voce, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume II, Torino, 1987, 129 ss.; B. SPADONI, *L'evoluzione istituzionale e organizzativa dei servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in www.issirfa.cnr.it.

Il risultato della gestione era destinato a riverberarsi nel bilancio dell'ente locale.

Così, se il risultato fosse stato negativo, sarebbe stato compensato da forme di ripianamento finanziario, scaricando i costi sulla fiscalità generale²²⁹.

Il sistema della municipalizzazione era sottoposto ad un rigido sistema di controlli non solo degli enti locali – mediante l'approvazione preventiva delle delibere aziendali ed il controllo sugli organi dell'azienda -, ma anche da parte dell'autorità governativa – nelle forme dei controlli prefettizi.

Esse assunsero la forma di unità produttive monoservizio, operanti generalmente in ambiti territoriali corrispondenti a quelli amministrativi dei Comuni.

Il fenomeno delle gestioni *multiutilities*²³⁰, che caratterizza, oggi, una parte significativa dell'universo delle imprese pubbliche locali, ha iniziato a svilupparsi solo a partire dalla seconda metà degli anni cinquanta.

Con l'azienda municipalizzata si realizzava un semplice ampliamento della struttura-apparato del Comune, attraverso la creazione di un organo speciale finalizzato funzionalmente all'esercizio di un servizio pubblico non distinto, sotto il profilo personalistico, dal Comune medesimo.

Mentre la giurisprudenza è sempre stata concorde nel negare il riconoscimento di personalità giuridica²³¹, la dottrina resta discordante²³², riconoscendo, piuttosto, l'esistenza di un rapporto interorganico tra l'ente locale e la rispettiva azienda.

Gli argomenti che la disciplina offre nel senso della insussistenza di una personalità giuridica autonoma delle aziende municipalizzate sono, invero molteplici.

Così, se è vero che l'art. 2 del T.U. del 1925 legittimava l'azienda a stare in giudizio, come attrice o convenuta, nella persona del Direttore, al contempo limitava tale potere ai soli affari attinenti al fine precipuo delle aziende.

Ancora, il complesso di beni necessario all'azienda speciale veniva trasferito dall'ente locale²³³ al momento della costituzione. Si trattava di un

²²⁹ Art. 2, comma 5, T.u.: “*Gli utili netti dell'azienda, accertati dal conto approvato, salvo il disposto dell'articolo seguente lettere a) e d), e detratto quando si ritenga di dover destinare al miglioramento ed allo sviluppo dell'azienda stessa, ed anche a ridurre le tariffe dei servizi, sono devoluti al bilancio comunale e saranno versati alla cassa del Comune nei modi e nei tempi da stabilirsi coi regolamenti speciali delle singole aziende*”. Il successivo comma 6 così disponeva: “*Alle perdite, che eventualmente si verificano, si fa fronte col fondo di riserva costituito come alla lettera d) dell'articolo seguente ed, in caso di insufficienza, con appositi stanziamenti nella parte straordinaria della spesa del bilancio comunale, salvi gli effetti dell'articolo 19*”.

²³⁰ Pure previste ai sensi dell'art. 2, comma 2, del TU.

²³¹ Cass., Sez. un., 20 maggio 1958, n. 1684.

²³² G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950.

²³³ M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione*, Roma, 1953.

patrimonio derivato poiché l'azienda, non avendo personalità giuridica, non poteva disporre senza un'autorizzazione del Comune *ad hoc*²³⁴.

Quanto alla natura giuridica del rapporto che intercorreva fra Comune e azienda, si può osservare come questo non si potesse configurare come mandato, presupponendo quest'ultimo che il mandante abbia la facoltà di conferire rapporti e attività giuridiche da esso determinate, mentre nel caso in esame la sfera di attività dell'azienda era strettamente determinata dalla legge. Del resto, non era un rapporto gerarchico, in quanto l'azienda, pur mancando di personalità giuridica, godeva di un'ampia autonomia in relazione ai propri fini istituzionali, non vincolata alle direttive eventualmente impartite dal Comune.

La convinzione prevalente era che tra il Consiglio comunale e la Commissione amministratrice, organo principale delle aziende speciali, vi fosse un rapporto di assoluta parità e, quindi, di indipendenza funzionale tra due organi della stessa persona giuridica che tendevano a perseguire fini distinti, ma connessi in ordine al raggiungimento dell'interesse pubblico²³⁵.

La decisione di municipalizzare un servizio pubblico doveva essere adottata con un apposito atto deliberativo del Consiglio comunale, preceduto da una fase di ponderazione dei costi e della produttività dell'azienda. Seguiva una seconda delibera comunale con la quale si adottava un regolamento speciale, il quale disciplinava la vita stessa dell'azienda. Detto regolamento, peraltro, disciplinava anche le norme per l'assunzione in servizio e per il licenziamento del personale.

L'originario regime pubblicistico delle modalità di reclutamento del personale veniva superato, in un secondo momento, per effetto dell'assoggettamento delle aziende autonome alla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro, di cui alla legge 3 aprile 1926, n. 563, ex art. 3, r.d. 1 luglio 1926, n. 1130. Ancora, a seguito della soppressione dell'ordinamento sindacale fascista e della legislazione corporativa, avvenuto con d.lgs.lgt. del 23 novembre 1944, n. 369, il trattamento giuridico ed economico dei dipendenti delle aziende municipalizzate, compreso quello dei direttori, venne stabilito per effetto dei contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ai sensi dell'art. 39 Cost. ed in forza degli artt. 2093 e 2129 c.c.

Il regime della responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori, del direttore e degli impiegati delle aziende speciali era disciplinato dalla legge comunale e provinciale, e, dunque, assimilato in tutto e per tutto a quello dettato per amministratori e funzionari degli enti locali²³⁶.

²³⁴ E. PRIOLO, *Profili*, cit., 30.

²³⁵ E. PRIOLO, *Profili*, cit., 25.

²³⁶ Art. 7 T.U. e art. 264 del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175, Testo unico per la finanza locale, in forza del quale “*per l'accertamento delle responsabilità degli amministratori, del*

La disciplina previgente si preoccupava, inoltre, di tenere separata l'attività di gestione in senso stretto esercitata dall'azienda in via diretta, dalla funzione di controllo esercitata dall'ente locale.

L'art. 9 del T.U., infatti, stabiliva: “*non possono essere nominati direttori né impiegati dell'azienda i consiglieri comunali né i loro parenti fino al terzo grado; né possono essere eletti consiglieri comunali i direttori od impiegati dell'azienda prima che sia decorso un anno almeno dal giorno in cui gli uni o gli altri hanno cessato di rivestire la qualità o ricoprire l'impiego rispettivo*”.

Quanto all'organizzazione interna, l'art. 5 del T.U. stabiliva che ciascuna azienda fosse munita di una Commissione amministratrice nominata dal Consiglio comunale, organo deliberante dell'azienda. Altri organi dell'azienda erano il Presidente, omologo alla figura del sindaco per il Comune, ed il Direttore.

Così essenzialmente riepilogati i principali caratteri delle aziende speciali, è di tutta evidenza come tale modello organizzativo e le sue problematiche siano molto vicini al più recente dibattito in tema di affidamento *in house*. L'analisi di questa ormai datata disciplina contiene in sé molti, dunque, di quei temi che sono oggi oggetto di un quadro normativo incerto, in evoluzione costante.

Dal 1925, le occasioni in cui è stata affrontata l'opzione tra esternalizzazione di un servizio o autoproduzione sono state numerose.

Così, gli artt. 265-268 del t.u. per la finanza locale approvato con r.d. 14 settembre 1931, n. 1175, disciplinano le forme e le modalità attraverso le quali gli enti locali possono addivenire alla concessione dei servizi di cui all'art. 1 del TU del 1925 “*all'industria privata*”. Attraverso la concessione venivano disciplinati, *inter alia*, i seguenti, essenziali, profili: gli oneri connessi alla regolare manutenzione degli impianti, l'osservanza delle tariffe, la vigilanza sul funzionamento del servizio, il corrispettivo dovuto dal concessionario per l'uso di immobili e impianti.

Ancora, la successiva disciplina normativa ammetteva la legittimazione degli enti locali alla costituzione di società²³⁷.

In primo luogo, attraverso l'art. 98 della legge comunale e provinciale del 1934²³⁸, il Comune aveva la possibilità di acquistare azioni industriali. Il secondo passo in avanti è stato realizzato dall'art. 2458 c.c. (ora art. 2449 c.c.), secondo cui lo Stato e gli enti pubblici possono assumere partecipazioni in società per azioni.

direttore e degli impiegati delle aziende dei servizi assunti in gestione diretta dai Comuni, dalle Province e dai consorzi, sono applicabili le disposizioni degli artt. 100 e 101 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, sostituiti dagli artt. 2 e 3 del r.d.l. 23 ottobre 1925, n. 2289, nonché quelle dei successivi artt. da 107 a 112”.

²³⁷ M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 13.

²³⁸ Regio decreto 3 marzo 1934, n. 383.

Dalla fine degli anni sessanta, il sistema scaturito dal processo di municipalizzazione e dalle norme che lo avevano disciplinato cominciò a manifestare in modo sempre più evidente i propri limiti e finì per tramutarsi in un ostacolo al conseguimento di efficienza e di economicità. La più evidente manifestazione di tale involuzione fu la crescita incontrollata dei costi e dei disavanzi associata a insufficienti risultati qualitativi²³⁹.

Le aziende, legate all'ente locale da un rapporto organico e sempre più di frequente assimilate dal legislatore, sotto il profilo della disciplina applicabile, all'ente al quale afferivano²⁴⁰, vedevano significativamente limitata la propria autonomia gestionale. Lo stringente legame con l'ente territoriale, unitamente alla vocazione pubblicistica della disciplina dettata per le aziende municipalizzate venivano ritenute la causa principale delle inefficienze ravvisabili nelle gestioni siffatte, il cui rimedio veniva individuato nell'affrancazione dai moduli pubblicistici²⁴¹.

Peraltro, soltanto nel 1986 venne adottato il nuovo regolamento delle aziende di servizi dipendenti dagli enti locali²⁴², il quale ridisciplinava la finanza e la contabilità delle aziende speciali.

Gli atti contabili delle aziende venivano individuati, anzitutto, nella redazione del piano-programma, già istituito dall'art. 3 della legge 23 aprile 1981, n. 153, il quale doveva contenere *“le scelte e gli obiettivi”* in relazione alle *“dimensioni territoriali ed i livelli tecnologici economicamente ottimali del servizio”*, *“i livelli di erogazione dei servizi e gli indici di produttività aziendale raffrontati nel tempo e nello spazio con i dati disponibili di altre aziende del settore”*, *“il programma pluriennale degli investimenti per l'ammodernamento degli impianti e per lo sviluppo dei servizi”*, *“le modalità di finanziamento dei programmi di investimenti”*, *“le previsioni e proposte in ordine alla politica delle tariffe”*, *“la politica del personale, con particolare riferimento ai modi ed alle forme per ricercare la più ampia e continua partecipazione dei lavoratori alla migliore organizzazione del lavoro ed alla produzione e distribuzione dei servizi”*.

²³⁹ E. PRIOLO, *Profili*, cit., 36 ss. Il timore per l'aggravarsi della crisi finanziaria ingenerato proprio dalle municipalizzazioni sfociò persino nell'introduzione di un espresso divieto alla istituzione di nuove aziende speciali fino all'entrata in vigore della legge di riforma in materia (art. 5-bis legge 10 novembre 1978, n. 702). L'unica eccezione a tale divieto era rappresentata da quelle sole ipotesi in cui l'istituzione dell'azienda speciale avrebbe garantito un accrescimento dell'efficienza del servizio senza importare una *“lievitazione degli oneri a carico degli enti locali”*.

²⁴⁰ Ad esempio, l'art. 21 del d.l. 28 febbraio 1981, n. 38 prevedeva delle limitazioni all'assunzione del personale da parte delle aziende municipalizzate, possibile soltanto ove ciò avvenisse nel rispetto dell'obbligo di pareggio di bilancio.

²⁴¹ E. PRIOLO, *Profili*, cit., 36 ss.

²⁴² D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902, adottato in esecuzione degli articoli 23 e 31 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, attraverso il quale fu abrogato il regolamento per l'esecuzione della legge 29 marzo 1903, n. 103, approvato con r.d. del 10 marzo 1904, n. 108.

Al piano-programma, da aggiornare annualmente, si accompagnavano il bilancio pluriennale, il bilancio preventivo economico annuale, il quale non poteva chiudersi in deficit, ed il conto consuntivo, composto dal conto economico e dallo stato patrimoniale.

La “*corrispondenza delle risultanze di bilancio con le scritture contabili nonché la conformità delle valutazioni di bilancio*” veniva attestata dal Collegio dei revisori dei conti, nominati dal Consiglio comunale.

I contratti dell’azienda speciale dovevano essere preceduti da apposita gara, da espletarsi nella forma dell’asta pubblica, della licitazione privata e dell’appalto concorso, limitandosi a specifiche e tassative ipotesi l’ammissibilità della trattativa privata.

Il rimedio alle criticità riscontrate nella gestione delle aziende speciali fu, dunque, il *favor* progressivamente riconosciuto rispetto alla gestione di pubblici servizi da parte di soggetti aventi una effettiva vocazione imprenditoriale²⁴³.

2. La riforma delle autonomie locali con la legge 8 giugno 1990, n. 142.

Il primo intervento legislativo volto esplicitamente a riformare in modo organico l’ordinamento dei servizi pubblici locali veniva attuato con la legge 8 giugno 1990, n. 142 di riforma delle autonomie locali, successivamente trasfusa nel Testo Unico n. 267 del 2000. L’impostazione organizzativa dei servizi pubblici veniva completamente rivoluzionata: la società a partecipazione pubblica assurgeva a formula ordinaria ed istituzionale di esercizio dei servizi pubblici locali²⁴⁴.

L’art. 22, comma 3, della l. n. 142/1990 prevedeva la possibilità per l’ente di gestire, a mezzo di società per azioni, i servizi pubblici che avevano ad oggetto produzione di beni ed attività volte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. L’articolo contemplava le seguenti forme di gestione: in economia, in concessione a terzi, a mezzo di istituzione (idonea per i servizi di natura sociale, privi di rilevanza imprenditoriale), a mezzo di azienda speciale (vale a dire, le aziende municipalizzate), a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico.

Per quanto concerne le aziende speciali, l’innovazione più significativa introdotta dalla l. 142/1990 è stata senz’altro il conferimento

²⁴³ F. MANGANARO, *Le autonomie locali nel nuovo assetto istituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Volume II, Attività, organizzazione, servizi*, Padova, 2007, 379 ss.

²⁴⁴ Sul punto: L. AMMANATI, *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, 2001, 59 ss.

della personalità giuridica e, quindi, l'acquisizione della natura di enti pubblici economici: le aziende municipalizzate possono così munirsi di un proprio patrimonio e di propri mezzi.

Di conseguenza, nel precedente contesto normativo l'azienda speciale era considerata un organo dell'ente locale, sprovvista di personalità giuridica e dotata solo di un'ampia autonomia amministrativa, patrimoniale e contabile, con la legge n. 142 l'azienda speciale viene definita ente strumentale del Comune, dotata di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di un proprio statuto approvato dal Consiglio comunale, il quale ne disciplina l'ordinamento ed il funzionamento.

Circa il modello societario, va detto che il regime introdotto dalla legge n. 142 veniva poi notevolmente modificato dalla legge 23 dicembre 1992, n. 498, e dall'articolo 12 in particolare.

La tipologia delle società miste, a mezzo delle quali gli enti locali potevano gestire servizi pubblici locali, si è così arricchita ammettendo la costituzione di società per azioni con capitale a maggioranza privata. Questa legge ha eliminato il vincolo della proprietà maggioritaria per l'ente locale, ed è stata imposta l'adozione di procedure concorsuali ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato²⁴⁵.

²⁴⁵ Peraltro, quanto alla disciplina delle società con prevalente partecipazione azionaria privata, l'art. 12, comma 2, della legge n. 498 del 1992, delegava il Governo "ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo con l'osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi: A) disciplinare l'entità del capitale sociale delle costituende società per azioni e la misura minima della partecipazione dell'ente locale al capitale sociale, anche per assicurare il diritto di chiedere la convocazione dell'assemblea; B) disciplinare i criteri di scelta dei possibili soci mediante procedimento di confronto concorrenziale, che tenga conto dei principi della normativa comunitaria con particolare riguardo alle capacità tecniche e finanziarie dei soggetti stessi; C) disciplinare la natura del rapporto intercorrente tra l'ente locale e il privato; D) disciplinare forme adeguate di controllo dell'efficienza e dell'economicità dei servizi".

I rapporti economico-finanziari tra ente e soggetto gestore trovavano puntuale definizione nell'ambito della disciplina delle tariffe: "4. Per gli interventi di cui al presente articolo gli enti interessati approvano le tariffe dei servizi pubblici in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione. I criteri per il calcolo della tariffa relativa ai servizi stessi sono i seguenti: A) la corrispondenza tra costi e ricavi in modo da assicurare la integrale copertura dei costi, ivi compresi gli oneri di ammortamento tecnico-finanziario; B) l'equilibrato rapporto tra i finanziamenti raccolti ed il capitale investito; C) l'entità dei costi di gestione delle opere, tenendo conto anche degli investimenti e della qualità del servizio; D) l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato. 5 La tariffa costituisce il corrispettivo dei servizi pubblici; essa è determinata e adeguata ogni anno dai soggetti proprietari, attraverso contratti di programma di durata poliennale, nel rispetto del disciplinare e dello statuto conseguenti ai modelli organizzativi prescelti. Qualora i servizi siano gestiti da soggetti diversi dall'ente pubblico per effetto di particolari convenzioni e concessioni dell'ente o per effetto del modello organizzativo di società mista di cui al comma 1, la tariffa è riscossa dal soggetto che gestisce i servizi pubblici. 6. Ove gli introiti siano connessi a tariffe o prezzi amministrati, il comitato interministeriale prezzi o il

L'immediata operatività delle disposizioni relative alla costituzione di società a partecipazione pubblica minoritaria è stata incentivata, per effetto dell'art. 4, comma 1, del d.l. 31 gennaio 1995, n. 26, dal d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, "*Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali*". Ai sensi dell'art. 1, comma 4 del menzionato regolamento, la scelta del socio privato di maggioranza avviene a seguito dell'espletamento di una procedura concorsuale ristretta, assimilabile alla forma dell'appalto-concorso²⁴⁶.

A conferma del *favor legislatoris* nei confronti della formula societaria, vanno poi ricordate le disposizioni della legge 15 maggio 1997, n. 127 (Bassanini-bis), che hanno consentito la costituzione, per atto unilaterale, di società per azioni derivanti dalla trasformazione di aziende speciali preesistenti (art. 17 commi 51-57)²⁴⁷. Va ricordato, infine, che l'art.

comitato provinciale prezzi, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricezione del piano finanziario dell'investimento, verifica l'eventuale presenza di fattori inflattivi che contrastino con gli indirizzi di politica economica generale. Eventuali successivi aumenti tariffari vengono determinati ai sensi del comma 4; il comitato interministeriale prezzi o il comitato provinciale prezzi verifica tuttavia, entro lo stesso termine perentorio decorrente dalla comunicazione della delibera di approvazione della tariffa o del prezzo, la sussistenza delle condizioni di cui ai commi 4 e 5, alle quali l'aumento deliberato resta subordinato (omissis)" (art. 12, legge n. 498/1992).

²⁴⁶ Il bando relativo alla procedura di selezione del socio privato deve contenere gli elementi essenziali dello statuto della costituenda società e, in particolare, le clausole che attribuiscono speciali diritti e facoltà agli enti pubblici soci, l'indicazione della natura dei servizi pubblici, delle modalità di erogazione degli stessi, degli ambiti territoriali interessati e la durata della società, la quale non potrà essere inferiore a dieci anni (art. 2, d.P.R. n. 533/1996).

²⁴⁷ Art. 17, commi 51 – 57: "*51. I comuni, le province e gli altri enti locali possono, per atto unilaterale, trasformare le aziende speciali costituite ai sensi dell'articolo 22, comma 3, lettera c), della legge 8 giugno 1990, n. 142, in società per azioni, di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione. Il capitale iniziale di tali società è determinato dalla deliberazione di trasformazione in misura non inferiore al fondo di dotazione delle aziende speciali risultante dall'ultimo bilancio di esercizio approvato e comunque in misura non inferiore all'importo minimo richiesto per la costituzione delle società medesime. L'eventuale residuo del patrimonio netto conferito è imputato a riserve e fondi, mantenendo ove possibile le denominazioni e le destinazioni previste nel bilancio delle aziende originarie. Le società conservano tutti i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione e subentrano pertanto in tutti i rapporti attivi e passivi delle aziende originarie. 52. La deliberazione di trasformazione tiene luogo di tutti gli adempimenti in materia di costituzione delle società previsti dalla normativa vigente, ferma l'applicazione delle disposizioni degli articoli 2330, commi terzo e quarto, e 2330-bis del codice civile. 53. Ai fini della definitiva determinazione dei valori patrimoniali conferiti, entro tre mesi dalla costituzione delle società, gli amministratori devono richiedere a un esperto designato dal presidente del tribunale una relazione giurata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2343, primo comma, del codice civile. Entro sei mesi dal ricevimento di tale relazione gli amministratori e i sindaci determinano i valori definitivi di conferimento dopo avere controllato le valutazioni contenute nella relazione stessa e, se sussistono fondati motivi, aver proceduto alla revisione della stima. Fino a quando i valori*

17, comma 58, della legge n. 127, ha ulteriormente arricchito la gamma di opzioni conferite all'ente locale per la gestione dei servizi pubblici: la norma prevedeva, infatti, la possibilità di costituire società anche a responsabilità limitata. In tal caso, diversamente da quanto si è visto per le s.p.a., la partecipazione pubblica doveva essere maggioritaria.

Il panorama delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali risultava così composto da società - per azioni o a responsabilità limitata - a prevalente capitale pubblico e da s.p.a. con capitale pubblico minoritario.

3. Il Testo Unico degli enti locali nella sua originaria formulazione.

Dopo un lungo e tortuoso cammino, a distanza di dieci anni dalla legge n. 142/1990, veniva approvato il decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL) che, con gli artt. 112 ss., ha abrogato e assorbito il capo VII della legge 142/90, rispondendo a un'oggettiva esigenza di armonizzazione legislativa della materia²⁴⁸.

Ai sensi di tale articolo, i servizi pubblici locali potevano essere gestiti nelle seguenti forme: in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non fosse opportuno costituire un'istituzione o un'azienda; in concessione a terzi, in presenza di ragioni tecniche, economiche o di opportunità sociale; per mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza imprenditoriale; per mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati; a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria.

di conferimento non sono stati determinati in via definitiva le azioni delle società sono inalienabili. 54 (omissis). 55. Le partecipazioni nelle società di cui al comma 51 possono essere alienate anche ai fini e con le modalità di cui all'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498. 56. Il conferimento e l'assegnazione dei beni degli enti locali e delle aziende speciali alle società di cui al comma 51 sono esenti da imposizioni fiscali, dirette e indirette, statali e regionali. 57. La deliberazione di cui al comma 51 potrà anche prevedere la scissione dell'azienda speciale e la destinazione a società di nuova costituzione di un ramo aziendale di questa. Si applicano, in tal caso, per quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi da 51 a 56 e da 60 a 61 del presente articolo nonché agli articoli 2504-septies e 2504-decies del codice civile”.

²⁴⁸ Per un commento alle disposizioni del TUEL: L. MIGALE, *I servizi pubblici locali: esternalizzazione, contratti e controllo*, Torino, 2004, 9 ss.; B. SPADONI, *Effetti sulle aziende del processo (incerto) di riforma dei servizi pubblici*, in www.issirfa.cnr.it.

La formulazione dell'art. 114²⁴⁹, relativo alla disciplina delle aziende speciali e delle istituzioni, riprende i contenuti dell'art. 23 della l. n. 142/1990. Sono così confermati i numerosi elementi di similitudine tra le due tipologie di gestione, che possiedono gli stessi organi amministrativi - il Consiglio di amministrazione, il Presidente ed il Direttore -, informano entrambe la rispettiva attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo del pareggio di bilancio²⁵⁰.

L'azienda speciale conserva la natura di ente pubblico economico dotato di autonomia imprenditoriale, come già desumibile dalla legge n. 142/1990²⁵¹.

All'art. 116 è ammesso l'affidamento a società per azioni senza il vincolo della maggioranza proprietaria degli enti locali quale modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

I contenuti corrispondono a quelli dell'art. 12 della l. 498/1992 e dall'art. 4 del d.l. 31 gennaio 1995, n. 26, ora abrogati, disciplina che rappresentò la prima possibilità offerta dal quadro normativo vigente di

²⁴⁹ Ai sensi dell'articolo 114 cit., "1. L'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale. 2. L'istituzione è organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale. 3. Organi dell'azienda e dell'istituzione sono il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore, al quale compete la responsabilità gestionale. Le modalità di nomina e revoca degli amministratori sono stabilite dallo statuto dell'ente locale. 4. L'azienda e l'istituzione informano la loro attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti. 5. Nell'ambito della legge, l'ordinamento ed il funzionamento delle aziende speciali sono disciplinati dal proprio statuto e dai regolamenti; quelli delle istituzioni sono disciplinati dallo statuto e dai regolamenti dell'ente locale da cui dipendono. 5-bis. Le aziende speciali e le istituzioni si iscrivono e depositano i propri bilanci al registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economico-amministrative della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del proprio territorio entro il 31 maggio di ciascun anno. 6. L'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali. 7. Il collegio dei revisori dei conti dell'ente locale esercita le sue funzioni anche nei confronti delle istituzioni. Lo statuto dell'azienda speciale prevede un apposito organo di revisione, nonché forme autonome di verifica della gestione. 8. Ai fini di cui al comma 6 sono fondamentali i seguenti atti da sottoporre all'approvazione del consiglio comunale: a) il piano-programma, comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale; b) i bilanci economici di previsione pluriennale ed annuale; c) il conto consuntivo; d) il bilancio di esercizio".

²⁵⁰ Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529. Per la disciplina dell'azienda speciale il riferimento è ancora al t.u. del 1925 e del d.P.R. 906/1986. In questo senso: P. PIVA, *Commento agli artt. 112-118*, in *L'ordinamento degli enti locali. Commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, a cura di M. Bertolissi, Bologna, 2002, 484 ss.

²⁵¹ Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2012, n. 712. Per un'analisi compiuta della disciplina delle aziende speciali e delle istituzioni è necessario rinviare a: R. CAVALLI PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 671 ss.

gestire attività di pubblico interesse mediante società miste non controllate direttamente dall'ente locale²⁵². Sono riconfermate le prescrizioni contenute nella disposizione originaria e, dunque, l'obbligo di provvedere all'individuazione dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure ad evidenza pubblica, nonché la necessità che l'atto costitutivo di tali società includa l'obbligo di nomina di uno o più amministratori e sindaci da parte delle Amministrazioni locali.

Nel T.U.E.L. le norme settoriali di regolazione di determinati servizi vengono espressamente fatte salve.

L'art. 113 del Testo Unico consente la separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio solo nel caso in cui la specifica disciplina di settore contenga una previsione in questo senso e ferma, in linea di principio, la regola del cumulo in capo ad uno stesso soggetto della gestione della rete e del servizio stesso²⁵³.

Accanto alle forme di gestione del servizio sopra riassunte, per la sola gestione delle reti il comma 4 dell'art. 113 prevede la possibilità dell'affidamento *in house* ovvero l'affidamento ad “*imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica*”.

In dottrina, tuttavia, non si è mancato di sottolineare come la separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio si imporrebbe per effetto delle disposizioni dei Trattati europei, da considerarsi ad efficacia diretta e, dunque, immediatamente applicabili. Secondo tale impostazione, in forza delle disposizioni dei Trattati a tutela della concorrenza, non potrebbe considerarsi ammessa – salvo non sia indispensabile al fine di assicurare l'erogazione del servizio – l'acquisizione o il mantenimento di una condizione di monopolio o di oligopolio, condizione che certamente si verifica ove l'esclusiva disponibilità della rete o dell'infrastruttura strumentale all'erogazione del servizio impedisca, od ostacoli, l'accesso al mercato ad altri operatori²⁵⁴.

Se la separazione tra gestione della rete e gestione del servizio viene semplicemente consentita, ma non imposta, la disposizione in commento afferma con rigore il principio della separazione tra la proprietà delle reti e la gestione del servizio²⁵⁵.

²⁵² G. CAIA, *Società miste e altri modi di gestione dei servizi*, in *Appalti pubblici e servizi di interesse generale, Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, novembre-dicembre 2004*, a cura di G.A. Benacchio, D. De Pretis, Trento, 2005, 69.

²⁵³ In questo senso: Corte cost., 20 novembre 2009, n. 370.

²⁵⁴ Il riferimento è all'art. 86, secondo paragrafo del Tr. CE, ora art. 106, secondo paragrafo TFUE. Sul punto: R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 638-639.

²⁵⁵ Corte cost., 1 febbraio 2006, n. 29.

La proprietà delle reti, degli impianti e, più in generale, di tutte le dotazioni destinate all'esercizio del pubblico servizio dovevano rimanere in capo agli enti locali, in quanto incedibili (art. 113, comma 3, TUEL)²⁵⁶.

Secondo parte della dottrina, l'art. 113, comma 2, TUEL, a mente del quale “*gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici*”, avrebbe rintrodotto una nuova categoria di beni pubblici – le reti e gli impianti destinati all'esercizio di un pubblico servizio locale, appunto – soggetti ad un regime giuridico assimilabile a quello proprio dei beni demaniali, stante l'espressa previsione dell'incedibilità di tali beni²⁵⁷.

L'unica eccezione alla regola generale della incedibilità era rappresentata dalla conferibilità della proprietà di reti ed impianti a società aventi capitale interamente pubblico, a condizione che il capitale sociale fosse sottoposto al regime dell'incedibilità²⁵⁸.

²⁵⁶ In dottrina si sono evidenziate differenti posizioni dogmatiche circa il regime giuridico delle reti. Secondo una prima tesi, alla liberalizzazione del settore dei servizi pubblici si sarebbe accompagnata anche la privatizzazione delle reti, divenendo beni soggetti alla disciplina di diritto comune. Secondo altra tesi, invece, le reti sarebbero beni a destinazione pubblica sottoposti a regolazione amministrativa, sottoposti al regime dei beni del patrimonio indisponibile. Da ultimo, secondo una terza impostazione, le reti sarebbero beni pubblici ai quali risulta impressa una peculiare destinazione: sarebbero così qualificabili come beni destinati all'uso comune del mercato, idonei ad assicurare una partecipazione paritaria tra i vari operatori nel mercato dei pubblici servizi (per una compiuta disamina delle differenti posizioni dottrinali alle quali si è fatto cenno si veda: F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 269-270). Ad ogni modo, più convincente appare la tesi tradizionale secondo la quale il regime giuridico dei beni destinati all'erogazione di un pubblico servizio si ricaverebbe dal codice civile. Alcuni beni, quali le strade, le strade ferrate, gli acquedotti, le acque superficiali o sotterranee, gli aerodromi, costituirebbero beni demaniali soggetti alla rigorosa disciplina degli artt. 822 e 824 c.c. Gli altri beni mobili o immobili appartenenti allo Stato e agli enti pubblici rientrerebbero nell'ambito del patrimonio indisponibile, non potendo essere sottratti alla destinazione cui sono rivolti se non nei modi *ex lege* previsti, ai sensi degli artt. 828 e 830 c.c. (R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 636). In generale, in materia di beni pubblici si vedano: A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, voce, in *Enciclopedia del diritto*, volume V, Milano, 1959, 277.

²⁵⁷ AA.VV., *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. Cabiddu, Torino, 2010, 309 - 310. Per un confronto, si veda il contenuto dell'art. 23-bis, comma 5, del d.l. n. 112/2008, il quale prevedeva che “*ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati*”.

²⁵⁸ Al fine di realizzare la condizione descritta dalla disposizione, lo statuto doveva contemplare una clausola di intrasferibilità, ammissibile, senza alcuna limitazione temporale, nelle società a responsabilità limitata (art. 2469 c.c.). Quanto alle società per azioni, doveva ritenersi che l'intrasferibilità assoluta prescritta dall'art. 113, comma 13, del TUEL, in quanto norma speciale, derogasse alla regola generale prevista dall'art. 2355-bis c.c. recante il limite massimo quinquennale apponibile a dette clausole (F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2005, 6, 681 ss.)

Tali società pubbliche avevano il compito di mettere a disposizione gli impianti medesimi in favore dei soggetti individuati quali gestori delle reti, provvedendo le società medesime, ove a ciò incaricate dagli enti locali soci, alla stessa indicazione delle procedure ad evidenza pubblica prodromiche all'individuazione del gestore medesimo (art. 113, comma 13, TUEL)²⁵⁹.

4. Gli artt. 29 e 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per il 2002) e la rivisitazione del T.U.E.L. ad opera del d.l. 30 settembre 2003, n. 269.

In seguito, il Parlamento emanava, con l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria per il 2002, la riforma dei servizi pubblici locali, la quale rivoluzionava la disciplina fino a quel momento vigente.

L'intervento del 2002 avviava un percorso che si caratterizzava per la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società di capitali e per la definitiva affermazione del regime di concorrenza in tutto il settore dei servizi di valenza industriale.

Al fine di analizzare la struttura dell'art. 35, che abroga e sostituisce l'art. 113 del T.U.E.L., appare necessario distinguere in esso due parti: l'una riguardante l'assetto dei “*servizi pubblici locali a rilevanza industriale*”, di

²⁵⁹ La disposizione da ultimo richiamata, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale (Corte cost., 25 novembre 2011, n. 320), deve ritenersi implicitamente abrogata per effetto dell'art. 23-bis, comma 5 del d.l. n. 112/2008, il quale, stabilendo il regime demaniale delle reti, risulta chiaramente incompatibile con la previsione di società patrimoniali, a totale partecipazione pubblica con capitale incredibile.

Si tratta di stabilire se l'Ente locale conservi la possibilità di mantenere in essere società patrimoniali proprietarie di beni destinati all'erogazione di un pubblico servizio.

Secondo l'orientamento espresso in più occasioni dalle Sezioni di controllo della Corte dei conti, alla possibilità del mantenimento in essere di tali società patrimoniali osta la circostanza che la sdemanializzazione di fatto di tali beni, in quanto non più espressamente consentita a seguito dell'abrogazione dell'art. 113, comma 13 citato, deve ritenersi non più ammissibile in forza della regola generale secondo la quale si impone un procedimento di sdemanializzazione, nei limiti e per le categorie di beni per le quali esso è consentito, ovvero, per i beni del patrimonio indisponibile, l'inserimento del bene in un piano di alienazioni. La soluzione, pertanto, è quella di procedere alla liquidazione delle società in parola con conseguente retrocessione dei beni conferiti all'ente (Corte conti, Sez. controllo Emilia-Romagna, 13 febbraio 2013, n. 9/PAR, in www.corteconti.it) Nel senso che l'obbligo di dismettere le società patrimoniali derivi non tanto *ex se* dal regime della demanialità ma, piuttosto, dai limiti imposti dagli artt. 14, comma 32, d.l. n. 78/2010 e 3, comma 27, l. n. 244/2007: Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 19 febbraio 2013, n. 61/PAR; Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 27 febbraio 2013, n. 66/PAR, in www.corteconti.it. Nelle due ultime pronunce citate, meno drasticamente, “*l'ente locale, avvalendosi sia dei poteri autoritativi sia dei poteri tipici del socio unico, deve assicurare che le reti funzionali all'erogazione dei servizi pubblici mantengano il carattere della demanialità e, quindi, anche il regime dell'inalienabilità e dell'inespropriabilità*”.

cui al riformulato art. 113, e l'altra rubricata "gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale", introdotta mediante l'inserimento dell'art. 113-bis.

Si trattava di una riforma organica dell'assetto dei servizi pubblici locali, la quale arrivava dopo il lungo e tortuoso percorso che aveva alimentato il dibattito parlamentare degli anni precedenti, relativo alle privatizzazioni delle imprese comunali e alla progressiva liberalizzazione e apertura alla competizione per il mercato dei servizi locali.

A differenza del più risalente impianto normativo in precedenza tracciato, che conteneva un'elencazione delle forme giuridiche utilizzabili, le nuove disposizioni introducevano una distinzione fondamentale tra due nuove tipologie di servizi: quelli a rilevanza industriale (art. 113) e quelli privi di tale rilevanza (art. 113-bis)²⁶⁰.

Rientrano tra i servizi a rilevanza industriale le attività di erogazione fondate sull'esistenza di sistemi d'infrastrutture di rete, i servizi di trasporto collettivo, e quelli relativi alla gestione del ciclo dei rifiuti, cioè i cinque settori attualmente già regolati²⁶¹.

L'attuazione della riforma era subordinata all'emanazione di un regolamento governativo, mai adottato, che avrebbe dovuto definire quali fossero i servizi aventi rilevanza industriale.

Di particolare importanza, peraltro, è l'introduzione del principio generale secondo il quale l'erogazione dei servizi di rilevanza industriale doveva avvenire in regime di concorrenza, a condizione che il soggetto erogatore del servizio fosse costituito in forma di società di capitali, e che tale affidamento avvenisse attraverso l'espletamento di una gara pubblica.

Le aziende speciali cui era affidato in concessione l'esercizio dei servizi avrebbero dovuto pertanto trasformarsi in società per azioni per partecipare alle gare pubbliche, in condizioni di parità con le società private. Tuttavia, era previsto un congruo periodo transitorio per adeguare le modalità di gestione vigenti al nuovo dettato della riforma.

²⁶⁰ "Il carattere industriale del servizio, richiesto dal testo dell'art. 113, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, introdotto con la legge n. 448 del 2001, equivale a 'imprenditoriale'" (Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2007, n. 4705, in www.giustizia-amministrativa.it). Pertanto, "La previsione di un rendiconto annuale di gestione non può costituire un indice di rilevanza economica di un servizio, dal momento che siffatta forma di trasparenza contabile è obbligatoria in tutti gli affidamenti di servizi pubblici, onde consentire alla P.A. i necessari controlli ai sensi degli artt. 112 e 113, D.Lgs. n. 267 del 2000, a prescindere dalla rilevanza economica o meno del servizio stesso" (Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2011, n. 5379, in www.giustizia-amministrativa.it).

²⁶¹ Legge 5 gennaio 1994, n. 36, disposizioni in materia di risorse idriche, e, ora d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, in materia di trasporto pubblico locale; decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, in attuazione delle direttive CEE sui rifiuti; decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, in attuazione della direttiva CEE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica; legge 14 novembre 1995, n. 481, norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità.

Gli enti locali mantenevano un notevole controllo sulle reti e le altre infrastrutture, in quanto proprietari delle reti e degli impianti necessari all'erogazione del servizio stesso.

Le singole discipline di settore stabilivano i casi in cui gestione delle reti - il cui accesso deve essere comunque garantito a tutti gli operatori - ed erogazione dei servizi potevano essere separati, ferma, in mancanza, la regola dello svolgimento congiunto dell'attività di erogazione e di quella di gestione della rete.

Nel caso di separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio, l'ente locale poteva scegliere se affidare anche la gestione delle reti al mercato, individuando le imprese idonee con gara pubblica, o mantenerne il controllo, avvalendosi di società a capitale pubblico.

I servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale, identificabili nei servizi sociali, potevano, invece, essere gestiti mediante affidamento diretto a istituzioni, aziende speciali, anche consortili, e società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali.

Era consentita la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non fosse opportuno procedere ad affidamento ai soggetti indicati. Inoltre, quando sussistevano ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale, i servizi privi di rilevanza industriale potevano essere affidati a terzi, in base a procedure ad evidenza pubblica, secondo le modalità stabilite dalle normative di settore.

Il succedersi di novelle normative trovava, in seguito, ulteriore spunto in ragione della procedura d'infrazione aperta dalla Commissione europea.

La Commissione delle Comunità Europee, già nel 2000, aveva contestato la disciplina in materia di servizi pubblici locali, recata dall'art. 22 della legge n. 142 del 1990, poi confluita nel testo unico e, successivamente, nel giugno 2002, inviava una lettera di messa in mora in riferimento alla nuova disciplina dell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002, contestando la violazione dei principi di non discriminazione e trasparenza.

Per effetto della riforma recata dall'articolo 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326 e integrato dall'articolo 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, si è tentata una soluzione di compromesso tra il rispetto degli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie²⁶², l'esigenza di tenere conto del mutato quadro delle competenze tra Stato e Regioni a seguito della modifica dell'art. 117 Cost., nonché l'opportunità di riconoscere agli enti locali la possibilità di scelta tra forme diverse di affidamento e di gestione dei servizi.

²⁶² Anche per superare le contestazioni avanzate dalla Commissione UE all'articolo 35 della legge 448/2001 e per evitare le conseguenti procedure di infrazione.

Venendo alle principali novità della riforma, particolarmente importante è la distinzione tra servizi “*di rilevanza economica*”, disciplinati dall’articolo 113 T.U.E.L. rinnovato e servizi “*privi di rilevanza economica*” la cui disciplina, originariamente contenuta nell’art. 113-*bis* del T.U.E.L., è stata riconosciuta, con la citata sentenza della Corte costituzionale, come di competenza delle Regioni.

La nuova ripartizione²⁶³ trae origine dalla necessità di uniformare l’ordinamento italiano a quello comunitario, al quale occorre rinviare ai fini dell’individuazione delle due categorie di servizi, mancando una definizione da parte della legislazione nazionale. Tali servizi devono presentare un duplice ordine di requisiti: per un verso, deve trattarsi di “*servizi d’interesse generale*”, per altro verso avere un contenuto economico. Dal primo punto di vista, seguendo gli orientamenti della Corte di giustizia, essi devono riguardare la collettività e soddisfare i bisogni dei cittadini-utenti; dal secondo punto di vista devono essere offerti nell’ambito di un mercato, anche solo potenziale, ed in base al principio di economicità, dovendo il pagamento di un corrispettivo da parte degli utenti garantire la copertura dei costi ed una remunerazione del capitale investito²⁶⁴.

²⁶³ Ripartizione che sostituisce quella precedente, dettata dalla finanziaria per il 2002, tra servizi a rilevanza industriale e non.

²⁶⁴ Al fine di delimitare il concetto di servizio pubblico locale avente rilevanza economica è necessario rinviare alla sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010, la quale, nel vagliare la questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina successiva, contenuta all’art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, ripercorre gli orientamenti formulati nell’ambito dell’ordinamento europeo, dal quale la nozione impiegata dal legislatore nazionale risulta mutuata. In questo senso, la Corte riporta il percorso interpretativo elaborato dalla Commissione europea e dalla Corte di Giustizia: “*secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, per ‘interesse economico generale’ si intende un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell’esercizio di un’attività economica, cioè di una ‘qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato’, anche potenziale (sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi. Si tratta dunque di una nozione oggettiva di interesse economico, riferita alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente, reale o potenziale. Se si ragiona sulla base di una siffatta ampia nozione comunitaria di interesse economico, è agevole rilevare che gli indici empirici di tale interesse – come lo scopo lucrativo, l’assunzione dei rischi dell’attività, l’incidenza del finanziamento pubblico – talvolta impiegati dalla Corte di giustizia UE (sentenza 22 maggio 2003, C-18/2001, Korhonen e.a.) e richiamati anche da questa Corte (sentenza n. 272 del 2004) possono essere utili solo con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato, per accertare se l’attività svolta sia da considerare economica. Ciò però non significa che l’economicità dell’interesse si debba determinare ex post, esclusivamente in base a tali indici, e cioè a séguito di una scelta discrezionale dell’ente locale competente circa le modalità di gestione del servizio. Al contrario, nel diverso caso in cui si debba immettere nel mercato un servizio pubblico – e, quindi, si debba accertare se e come*

L'altra categoria di servizi - quelli cioè privi di rilevanza economica - al contrario, hanno natura solidaristica, poiché non sottendono il

applicare le regole concorrenziali e concorsuali comunitarie per l'affidamento della sua gestione – occorre necessariamente prendere in considerazione la possibilità dell'apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente al riguardo. È vero che il diritto comunitario lascia qualche spazio in materia alla scelta degli Stati membri, riservando loro, sia pure in via di eccezione, il potere di derogare alle regole del Trattato relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato, ove tali regole – salvo errori manifesti da parte degli Stati stessi – siano ritenute ostative al perseguimento della speciale missione e delle finalità sociali del servizio. Tuttavia, il potere di deroga presuppone la sussistenza dell'interesse economico del servizio stesso, esercitandosi tale potere proprio nell'ambito dei SIEG, e cioè di servizi che sono, per definizione ed obiettivamente, di 'interesse economico' perché idonei ad influenzare un assetto concorrenziale in atto o in fieri. Analogamente a quanto visto a proposito del diritto comunitario, le disposizioni censurate non fanno esclusivo riferimento ad un servizio locale operante in un mercato già esistente, ma riguardano servizi dotati di mera 'rilevanza' economica e, quindi, anche servizi ancora da organizzare e da immettere sul mercato. Infatti, esse, in armonia con l'indicata nozione comunitaria di interesse economico, evidenziano le due seguenti fondamentali caratteristiche della nozione di 'rilevanza' economica: a) che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, nel senso che, per l'applicazione dell'art. 23-bis, è condizione sufficiente che il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità; b) che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici). Tale impostazione – consequenziale alla scelta legislativa di promuovere la concorrenza "per" il mercato della gestione dei servizi – emerge nettamente, in particolare, dai commi 3, 4 e 4-bis, dell'art. 23-bis, i quali possono essere interpretati soltanto nel senso che i servizi pubblici locali non cessano di avere 'rilevanza economica' per il solo fatto che sia formulabile una prognosi di inefficacia o inutilità del semplice ricorso al mercato, con riferimento agli obiettivi pubblici perseguiti dall'ente locale. Evidentemente, anche per il legislatore nazionale, come per quello comunitario, la rilevanza economica sussiste pure quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un 'mercato a monte', e cioè un mercato 'in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi' agli utenti (così – si è visto al punto 6.1. – si esprime la Commissione europea nel citato Libro verde al punto 44).

Dall'evidenziata portata oggettiva delle nozioni in esame e dalla indicata sufficienza di un mercato solo potenziale consegue l'erroneità delle interpretazioni volte a dare alle medesime nozioni un carattere meramente soggettivo e, in particolare, di quell'interpretazione – fatta propria da alcune ricorrenti – secondo cui si avrebbe rilevanza economica solo alla duplice condizione che un mercato del servizio sussista effettivamente e che l'ente locale decida a sua discrezione di finanziare il servizio con gli utili ricavati dall'esercizio di impresa in quel mercato". Sulla nozione di rilevanza economica si veda anche: Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2155, in www.giustizia-amministrativa.it.

perseguimento di fini di lucro e non danno luogo al conseguimento di profitti. Il carattere economico o meno del servizio, dunque, non può essere stabilito a priori, una volta per tutte, ma deve essere determinato nei diversi contesti.

Sempre con riferimento al campo di applicazione della riforma, occorre tenere presente che i settori dell'energia elettrica e del gas, pur presentando carattere economico, erano esplicitamente esclusi dall'art. 113 T.U.E.L. nella sua ultima formulazione, così come, successivamente, anche i trasporti pubblici locali²⁶⁵.

La parte della norma che presenta maggiore portata innovativa rispetto alla precedente disciplina riguarda le modalità di affidamento dei servizi.

Innanzitutto, la gestione delle reti, ove la disciplina di settore consenta lo scorporo dall'erogazione del servizio, può essere affidata solo con gara ad imprese idonee (comma 4, lett. b) ovvero avvalendosi di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali (comma 4, lett. a). Quest'ultima disposizione, in particolare, riporta letteralmente quella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla delimitazione dei requisiti che un modello gestorio deve possedere per poter qualificarsi come *in house providing*. Per la sola gestione delle reti è esclusa la possibilità di avvalersi di società miste.

Per quanto riguarda i servizi di rilevanza economica, con il nuovo art. 113 T.U.E.L. si consente agli enti locali di scegliere, per l'erogazione dei servizi, modelli alternativi tra quelli previsti: (co. 5 lett. a) affidamento a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; (co. 5 lett. b) affidamento a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto mediante gare con procedure ad evidenza pubblica; (co. 5 lett. c) affidamento diretto, ossia senza gara, a società a capitale interamente pubblico operanti in regime di *in house providing*²⁶⁶.

²⁶⁵ Ex art. 113 T.U.E.L., commi 1-*bis* e 2-*bis*, come modificati dall'art 1 co. 48 della legge 2004, n. 308. I servizi appartenenti a questi settori vengono dunque regolati, in generale, dalle norme del Trattato UE sui servizi di interesse economico generale e, nello specifico, dalle normative di settore: il d.lgs. 79/1999 (in attuazione della direttiva 96/92/CE) per l'energia elettrica, il d.lgs. 164/2000 (attuativo della direttiva 98/30/CE) per il gas ed il d.lgs. 422/1997 per i trasporti pubblici locali. Al contrario nei settori rientranti nell'applicazione dell'articolo 113 del T.U.E.L. le norme in esso contenute sono 'integrative delle discipline di settore'. Così, ad esempio, nei servizi idrici e dei rifiuti l'organizzazione per ambiti territoriali ottimali resta disciplinato dalle discipline di settore (rispettivamente la legge 36/1994 e il d.lg.vo 22/1997 e leggi regionali) mentre per i sistemi di affidamento si fa riferimento all'articolo 113.

²⁶⁶ L'art. 150 del Codice dell'ambiente, per la gestione del servizio idrico, prevede l'affidamento mediante gara, in presenza di "obiettive ragioni tecniche od economiche", a società partecipate esclusivamente e direttamente da Comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, ovvero anche a società solo parzialmente partecipate da tali enti, rinviando alle disposizioni dell'art. 113, comma 5 del TUEL.

Per quanto riguarda i servizi privi di rilevanza economica, la nuova normativa introdotta dall'art. 14 del d.l. 269/2003 (convertito nella l. 326/2003) prevedeva che essi potessero essere affidati solo per via diretta in quanto era esclusa la possibilità, precedentemente prevista per i servizi definiti privi di rilevanza industriale, di affidamenti a terzi in base a procedure ad evidenza pubblica.

La nuova disciplina, inoltre, non consentiva nemmeno la gestione mediante società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, in quanto venivano previste unicamente, quali affidatarie della gestione del servizio, le società con capitale interamente pubblico provviste delle caratteristiche proprie delle gestioni *in house*. Le altre forme di gestione erano la gestione in economia, mediante aziende speciali, anche consortili, ovvero attraverso istituzioni, associazioni e fondazioni.

La Corte costituzionale²⁶⁷ ha in parte accolto i ricorsi presentati da alcune Regioni ed ha ulteriormente modificato le suddette norme dichiarandone l'illegittimità costituzionale di alcune, in particolare, di quella relativa alla disciplina dei servizi privi di rilevanza economica.

La Corte costituzionale, nella sentenza sopra richiamata, ha espresso un giudizio di illegittimità rispetto all'intero art. 113-*bis* in quanto lo stesso disciplinava servizi che, in quanto sprovvisti di rilevanza economica, non potevano rientrare nella materia della "*disciplina della concorrenza*", assegnata alla competenza esclusiva dello Stato²⁶⁸.

Di conseguenza, doveva affermarsi la potestà legislativa delle Regioni in ordine alla definizione delle norme concernenti i servizi appartenenti a questa categoria.

In seguito alla rinnovazione dell'art. 113 T.U.E.L., lo scenario che si prospettava era composito²⁶⁹ in quanto, accanto ad ambiti nei quali il mercato di un dato servizio era contendibile nel mercato, per effetto dell'indizione di procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto l'affidamento della gestione del servizio, vi erano altri servizi, invece, caratterizzati dalla presenza di una condizione di monopolio da parte di società *in house*, affidatarie dirette del servizio ed operanti quale *longa manus* dell'ente di appartenenza²⁷⁰.

²⁶⁷ Corte cost., 18 gennaio 2004, n. 14; Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272; Corte cost., 25 maggio 2006, n. 29.

²⁶⁸ M. CAMMELLI, *Il nuovo Titolo V della Costituzione e la finanziaria 2002: note*, in www.aedon.mulino.it.

²⁶⁹ G. SANTILLI, *La lobby potente che l'Unione non vuole scalfire*, in www.ILSOLE24ORE.COM.

²⁷⁰ P. DELLA PORTA, *Forma societaria e affidamenti diretti: primo monito (indiretto) della Plenaria*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2008, 2, 10.

5. L'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 ed il d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

La disposizione in commento traduce, per la prima volta, l'opzione legislativa verso l'attuazione della concorrenza nel mercato²⁷¹.

L'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 introdotto in sede di conversione, operata con legge del 6 agosto 2008 n. 133, riforma l'ordinamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, la cui disciplina era contenuta nell'art. 113 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e nella legislazione di settore: l'art. 113 del T.U.E.L. rimane in vigore limitatamente alle parti non abrogate da questo recente intervento legislativo²⁷².

Ora, l'art. 23-bis, nella sua originaria formulazione, nel riscrivere la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, al comma 2 prevedeva che il conferimento della gestione di servizi pubblici locali dovesse avvenire secondo le procedure ad evidenza pubblica.

Il successivo comma 3 introduceva una deroga al principio affermato al comma precedente ammettendo "*in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2*", l'affidamento *in house* del servizio "*per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*", non avrebbero consentito un efficace e utile ricorso al mercato.

Diversamente dall'art. 113 T.U.E.L., dunque, l'art. 23-bis distingueva espressamente tra modalità ordinarie ed in deroga, quale l'affidamento *in house*, potendo gli enti locali ricorrere a detta modalità solo seguendo una procedura aggravata²⁷³.

In tale ipotesi, precisamente, l'ente affidante doveva dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alle Autorità

²⁷¹ F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 240.

²⁷² In questo senso, non incompatibili con il testo dell'art. 23-bis e, dunque, ancora in vigore, devono ritenersi i commi 1, 2, 2-bis, 3, 4, 5-ter, 9, 10, 11, 12, 13 e 15 del menzionato art. 113 TUEL. L'art. 23-bis, comma 10, lett. m), del d.l. n. 112/2008, demandava ad un regolamento di delegificazione – il d.P.R. n. 168/2010 – l'individuazione delle disposizioni dell'art. 113 TUEL da ritenersi abrogate in quanto incompatibili. L'art. 12, comma 1, lett. a) del d.P.R. cit. ha dunque stabilito che, a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento medesimo, "*sono o restano abrogate*" le disposizioni di cui ai commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis e 15-quater dell'art. 113 del TUEL. In senso contrario, tuttavia, si è espressa la Corte costituzionale la quale, con la sentenza del 25 novembre 2011, n. 320, ha ritenuto abrogato il comma 13, e ciò in considerazione del fatto che, ad avviso della Corte, dovevano considerarsi abrogate non solo le disposizioni espressamente indicate dal regolamento ma anche, in ogni caso, quelle comunque ritenute incompatibili con il disposto dell'art. 23-bis cit. Sul punto: M. ESPOSITO, *Molto ma non abbastanza: la Corte costituzionale al confine tra pubblico e privato*, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4442.

²⁷³ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, 183 ss.

di regolazione del settore, ove costituite, per l'acquisizione del relativo parere in merito ai profili di competenza, parere da rendersi entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione²⁷⁴.

La riforma dei servizi pubblici locali non si esauriva nel decreto legge.

Il legislatore, con il comma 10 dell'articolo in commento, demandava ad un regolamento di delegificazione il compito di completare la riforma.

Il regolamento doveva “disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo”.

Il precedente comma 8, infatti, prevedeva espressamente la cessazione, entro la data del 31 dicembre 2010, delle concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, restando tuttavia escluse dalla cessazione automatica gli affidamenti operati ai sensi del comma 3, ovvero gli affidamenti *in house*²⁷⁵.

La novità introdotta dalla riforma, con riferimento agli affidamenti *in house*, si traduceva, dunque, in un aggravamento del procedimento amministrativo che precedeva l'affidamento medesimo, imponendosi ai Consigli comunali di motivare in modo analitico la scelta, fondandosi su di un'analisi di mercato e dando altresì atto della sussistenza delle ragioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche impedienti un efficace e utile ricorso al mercato, il tutto accompagnato dall'acquisizione di un parere obbligatorio dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

I termini previsti dal regime transitorio, pertanto, non impedivano radicalmente gli affidamenti *in house*, essendo rivolti, invece, a porre fine ai regimi contrastanti con le prescrizioni derivanti dall'ordinamento comunitario: le concessioni affidate senza gara a società miste - laddove la scelta del socio privato fosse avvenuta senza gara -, gli affidamenti a società pubbliche con riferimento alle quali non ricorressero i presupposti per l'affidamento *in house*.

²⁷⁴ L'affidamento *in house* non preceduto dalla trasmissione degli atti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato né dall'accertamento relativo a situazioni che non permettono un utile ricorso al mercato è illegittimo: TAR Toscana-Firenze, Sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2, 227 ss. Sul punto: F. DELLO SBARBA, *La compatibilità degli affidamenti in house con l'art. 23-bis d.l. 112/2008: la g.a. anticipa l'art. 15, d.l. 135/2009*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2, 227 ss.

²⁷⁵ R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 1109 ss.; B. GILIBERTI, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urbanistica e appalti*, Milano, 2009, 2, 146 ss.

Ciò lo si ricava, oltre che da una lettura sistematica, anche dal criterio che doveva ispirare l'estensore del regolamento, criterio contenuto al comma 10, lett. e), in virtù del quale la disciplina della cessazione anticipata doveva riguardare *“gli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3”*.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 16 ottobre 2008, ritenuta l'opportunità di definire le modalità applicative del citato articolo 23-bis, allo scopo di rendere edotti gli enti locali circa le procedure da seguire in materia di affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica per il rilascio del parere di competenza, ha deliberato di adottare un'apposita comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 23-bis.

Quanto all'ambito di applicazione di tale comunicazione, questa era rivolta *“agli enti locali con riguardo alla scelta dei modelli gestionali dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”* e forniva *“alcune indicazioni in relazione ai compiti consultivi affidati all'Autorità dall'art. 23-bis, comma 3”*. Inoltre, si definivano *“servizi pubblici locali di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale”*.

La comunicazione prosegue, poi, precisando che la nuova disposizione riduce ulteriormente l'ambito di applicazione dell'istituto dell'affidamento diretto. Ai criteri elaborati dalla Corte di giustizia che qualificano il rapporto tra l'ente locale e la società affidataria, si aggiungono quelli definiti 'esogeni', inerenti alle *“particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento”*.

Venendo, più in dettaglio, alla nuova procedura introdotta, la comunicazione precisa che *“l'ente locale che intenda affidare un servizio pubblico locale ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3, del d.l. n. 112/2008 deve presentare una richiesta di parere²⁷⁶, utilizzando l'apposito formulario, corredata dalle informazioni e dai documenti rilevanti, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, prima della delibera con la quale l'ente locale stesso affiderà il servizio e, in ogni caso, in tempo utile per il rilascio del prescritto parere.”*

Ancora: *“L'ente locale deve fornire all'Autorità almeno: a) una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica; b) informazioni*

²⁷⁶ L'Autorità rilascia detto parere entro il termine di sessanta giorni decorrenti dal ricevimento dalla richiesta avanzata dall'ente locale, purché la medesima contenga tutte le informazioni previste dal formulario.

circa le modalità con le quali sono resi pubblici gli elementi di cui al punto sub a); c) tutte le indicazioni soggettive relative all'impresa/e interessata/e; d) dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione; e) l'atto costitutivo, lo statuto e le informazioni relative al campo di attività della società affidataria; f) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato tali da giustificare l'affidamento in house; g) indicazioni in merito ai principali concorrenti; h) indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell'attività oggetto di affidamento e delle attività a questa connesse”.

Nella sua versione originaria, l'art. 23 *bis* prevedeva l'intervento delle differenti Autorità regolatrici dei singoli settori, con una conseguente, potenziale, sovrapposizione e interferenza dei rispettivi ambiti di competenza.

Riformato per effetto dell'art. 15 del d.l. n. 135/2009, ha poi previsto, in definitiva, l'intervento della sola Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Nell'esercizio della funzione consultiva così concepita, l'AGCM ha manifestato uno spiccato *favor* per la privatizzazione del servizio²⁷⁷, e ciò non solo in quelle circostanze, più radicali, in cui è risultata evidente la totale assenza dei requisiti per la configurazione dell'istituto dell'*in house providing*, ma, soprattutto, in considerazione della ravvisata inadeguatezza dell'istruttoria condotta dal Comune²⁷⁸, del mancato assolvimento dell'onere probatorio posto a suo carico, suffragato da una compiuta analisi di mercato²⁷⁹.

Volgendo l'attenzione alla disciplina del regime transitorio, è necessario evidenziare come la cessazione anticipata degli affidamenti in essere ponga il problema di stabilire se, ed entro che limiti, essa dia adito all'eventuale risarcibilità o indennizzabilità del soggetto privato, destinatario di un affidamento diretto ovvero socio nell'ambito di una società a capitale misto, pubblico-privato.

La cessazione anticipata degli affidamenti in essere, infatti, oltre a porsi in contrasto la libertà di iniziativa economica privata, lede il principio di tutela della buona fede, così, in linea teorica, aprendo le porte verso

²⁷⁷ AGCM, parere 11 giugno 2009, AS573; AGCM, parere 25 giugno 2009, AS609; AGCM, parere 1 luglio 2009, AS561; AGCM, parere 1 luglio 2009, AS599, in www.agcm.it.

²⁷⁸ AGCM, parere 12 marzo 2009, AS518, AGCM, parere 29 aprile 2009, AS543; AGCM, parere 29 aprile 2009, AS565, in www.agcm.it. Sul punto: F. DI CRISTINA, *I pareri dell'Agcm sull'affidamento 'in house' dei servizi pubblici locali*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 173.

²⁷⁹ Tale dimostrazione è stata spesso definita come *probatio diabolica* (F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 259).

eventuali pretese di ristoro quantomeno nei casi in cui la cessazione anticipata non si riferisca ad affidamenti illegittimamente disposti²⁸⁰.

Il testo dell'art. 23- *bis* è stato poi oggetto di ampia riformulazione, dapprima per effetto dell'art. 15, comma 1, del d.l. 25 settembre 2009, n. 135²⁸¹, in seguito ad opera dell'art. 8, comma 5, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e, non da ultimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 17 novembre 2010, n. 325, la quale ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui stabiliva l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti gestori di un servizio pubblico che fossero affidatari diretti.

In particolare, per quanto concerne gli affidamenti a società *in house*, l'iniziale rigore veniva parzialmente temperato, pur continuando a rappresentare una modalità di gestione eccezionale e derogatoria rispetto alla regola del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

Così, in presenza di determinate condizioni che *“a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “in house” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti che la controllano”*.

Ricorrendo tali condizioni, l'ente affidante avrebbe dovuto *“dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione”*, parere che, se non reso entro il

²⁸⁰ In dottrina è stato correttamente evidenziato come la tutela della posizione del co-gestore privato in caso di cessazione anticipata degli affidamenti passa attraverso la preliminare soluzione del problema della corretta qualificazione giuridica del contratto di servizio. Invero, laddove si accolga la ricostruzione in termini di diritto privato del rapporto, la cessazione anticipata dell'affidamento assumerebbe la forma di un vero e proprio recesso dal contratto ai sensi dell'art. 1372 c.c. Diversamente, accedendo alla qualificazione del contratto di servizio in termini pubblicistici – vale a dire, in termini di concessione –, alla revoca conseguirebbe la corresponsione di un indennizzo ai sensi dell'art. 11 e 21-*quinquies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 (così si esprime F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 244-245).

²⁸¹ In particolare, veniva specificato l'ambito di applicazione della disciplina stabilendone l'esclusione con riferimento ai settori della distribuzione del gas naturale e dell'energia elettrica, della gestione delle farmacie comunali, del trasporto ferroviario regionale. Sul punto: B. GILIBERTI, L.R. PERFETTI, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 3, 257 ss. In materia di trasporto pubblico locale: A. STRUSI, *Riforma del finanziamento dei servizi pubblici locali: i casi del trasporto pubblico locale e del servizio idrico*, in www.issirfa.cnr.it.

termine suddetto, doveva intendersi espresso in senso favorevole. Operava, inoltre, un rinvio alle norme del regolamento per l'individuazione della soglia il cui superamento avrebbe determinato la rilevanza del servizio ai fini dell'espressione del parere.

Oltre alle vicende che hanno toccato il testo dell'articolo 23-bis, l'adozione del relativo regolamento di attuazione, di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, ha grandemente riformulato l'impianto complessivo dettato per la gestione dei servizi pubblici locali.

Dalla lettura complessiva delle disposizioni di rango legislativo e regolamentare si evinceva come l'ente locale, per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, dovesse in primo luogo verificare la realizzabilità della più ampia liberalizzazione del settore, compiendo una puntuale verifica di mercato in questo senso.

Solo nel caso in cui tale verifica avesse fatto emergere l'impossibilità di lasciare l'erogazione del servizio al libero gioco della concorrenza, in mancanza di un mercato di riferimento in grado di assicurare prestazioni adeguate, l'ente locale avrebbe potuto, allora, procedere all'affidamento del servizio a soggetti privati, ovvero a società a capitale misto, nel rispetto della regola aurea del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, realizzando, così, almeno la concorrenza per il mercato.

In questo contesto, a differenza di quanto previsto dall'art. 113 del TUEL, il legislatore esprimeva un chiaro ordine di preferenza per le differenti modalità di gestione del servizio, laddove, nella disciplina più risalente, le modalità di gestione erano concepite come del tutto fungibili.

Nelle giornate del 12 e 13 giugno dell'anno 2011 aveva luogo un referendum abrogativo²⁸² avente ad oggetto l'intera disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nell'art. 23 -bis citato.

²⁸² Nel dichiarare ammissibile il quesito referendario, la Corte costituzionale, con le pronunce del 26 gennaio 2011, nn. 24 e 27, aveva sottolineato la portata generale dell'eventuale effetto abrogativo, non limitata, dunque, alla sola parte in cui il servizio idrico integrato veniva considerato soggetto alla disciplina dettata in via generale dall'art. 23-bis. Nel dichiarare ammissibile il quesito, la Consulta sottolineava come esso non avesse *“ad oggetto una legge a contenuto comunitariamente vincolato (e, quindi, costituzionalmente vincolato, in applicazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.)”*, e come l'eventuale abrogazione referendaria non avrebbe comportato *“alcun inadempimento degli obblighi comunitari”*. Infatti, dalla disciplina oggetto del quesito *“non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai suddetti servizi pubblici, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con l'assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario”*. Inoltre, sottolineava la Corte, *“vi è congruità tra intento referendario e formulazione del quesito: l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto esclusivamente dalla finalità 'incorporata nel quesito', cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento, la quale va ravvisata nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23- bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi*

A seguito del positivo esito della consultazione referendaria, veniva proclamata l'intervenuta abrogazione della disposizione citata²⁸³, e, conseguentemente, dello stesso regolamento di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

A seguito dell'abrogazione referendaria, non potendo affermarsi la riviviscenza delle disposizioni a loro volta abrogate per effetto dell'entrata in vigore delle disposizioni oggetto della consultazione popolare, il quadro normativo di riferimento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica doveva rinvenirsi nei generali principi di derivazione comunitaria in materia di concorrenza, oltre che delle sole disposizioni di cui all'art. 113 del T.U.E.L. in quanto non abrogate per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 23-*bis* citato.

Improprio, pertanto, era il riferimento alla presenza di un vuoto normativo nella materia *de qua*, posto che, in via ermeneutica, erano presto individuabili le norme di riferimento.

L'impiego dell'istituto dell'*in house providing* nel campo dei pubblici servizi risultava condizionato, non più ai rigorosi limiti innanzi descritti, ma ai soli requisiti sanciti dalla giurisprudenza comunitaria, rappresentando, così come prima dell'entrata in vigore dell'art. 23-*bis*, una delle forme di gestione dei pubblici servizi in favore della quale l'ente locale poteva discrezionalmente optare.

Il legislatore, tuttavia, interveniva nuovamente nella materia in parola attraverso l'introduzione di una nuova disciplina che, nonostante la *rubrica legis*²⁸⁴, di fatto introduceva nuovamente, riproducendone in maniera fedele il contenuto, le disposizioni contenute nell'abrogato articolo 23-*bis* citato e nel relativo regolamento di attuazione.

L'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011, n. 148, riproponeva una rigida gerarchia tra le differenti forme di gestione dei servizi pubblici locali²⁸⁵.

*pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico). Non sussiste, pertanto, alcuna contraddizione o incongruità tra tale intento intrinseco e la formulazione - del tutto chiara, semplice ed univoca - della richiesta referendaria". Irrilevanti, ai fini dell'individuazione dell'intento referendario, rimangono le eventuali dichiarazioni rese dai promotori (cfr. ex plurimis; Corte cost., nn. 16 e 15 del 2008, n. 37 del 2000, n. 17 del 1997). Per un commento si veda: J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, cit., 155; A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 261; P. DELLA PORTA, *Disciplina dei servizi pubblici ed esiti referendari. Qualche commento*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2011, 4, 529.*

²⁸³ L'effetto abrogativo è stato sancito dal d.P.R. del 18 luglio 2011, n. 113.

²⁸⁴ "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea".

²⁸⁵ Per un commento, si vedano: C. D'ARIES, A. NONINI, *I servizi pubblici tra liberalizzazione ed equilibri finanziari*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2012, 3; L. SALTARI, *Lo "stato del mercato"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 6, 579; G. FARNETI, *Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate dagli enti*

In primo luogo, perseverando nell'intento di realizzare la piena concorrenza nel mercato, la disposizione subordinava l'assegnazione di diritti di esclusiva alla acclarata impossibilità di lasciare alla libera iniziativa economica l'erogazione del servizio, riproducendo testualmente la formulazione del d.P.R. n. 168/2010.

Dapprima previsto quale adempimento di carattere generale e, successivamente²⁸⁶, limitato agli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti e ove i servizi raggiungessero la soglia complessiva di euro 200.000 all'anno, la delibera quadro doveva essere trasmessa all'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato per il parere – obbligatorio, ma non vincolante - da esprimersi rispetto alla ricorrenza dei presupposti previsti per l'assegnazione di diritti di esclusiva.

In subordine, verificata l'impossibilità di realizzare la concorrenza nel mercato, l'ente locale poteva affidare la gestione del servizio soltanto a soggetti individuati previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, garantendo così il rispetto della concorrenza per il mercato.

La parità di trattamento degli operatori economici era assicurata, peraltro, dalla previa determinazione degli obblighi di servizio e delle eventuali compensazioni economiche²⁸⁷.

L'art. 4 cit., al comma 12, recepiva inoltre le conclusioni alle quali era già addivenuta la giurisprudenza, nazionale e comunitaria, per l'affidamento in favore di società a capitale misto, sancendo la necessità dell'espletamento di una gara a doppio oggetto, relativa, al contempo, sia agli “*specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio*” che al prezzo delle quote²⁸⁸.

Ulteriore ipotesi derogatoria rispetto alla regola dell'affidamento mediante procedura competitiva ad operatori privati era rappresentata dall'istituto dell'*in house providing*, ammesso soltanto nel caso in cui il servizio avesse avuto un valore annuo inferiore ad una data soglia,

locali, in *Azienditalia*, 2012, 11, 780 ss.; C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 11, 3549; G. BASSI, F. MORETTI, *Il nuovo quadro ordinamentale dei servizi pubblici di rilevanza economica dopo la conversione del decreto “liberalizzazioni”*, in *Azienditalia*, 2012, 5, 381.

²⁸⁶ Il comma 3 dell'art. 4 in commento – come, del resto, pressoché l'intero articolo – è stato a più riprese modificato, dapprima dall'art. 9, comma 2, della legge 12 novembre 2011, n. 183 e, in seguito, dall'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27 e, ancora, dall'art. 53 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, peraltro nel momento in cui era già intervenuta la sentenza della Corte costituzionale del 17-20 luglio 2012, n. 199.

²⁸⁷ Art. 4, comma 5, d.l. n. 138/2011, riproduttivo dell'art. comma 5 del d.P.R. n. 168/2010.

²⁸⁸ L'art. 4, comma 12 del d.l. n. 138/2011 riproduce il testo dell'art. 3, comma 4, del d.P.R. n. 168/2010.

individuata, secondo la formulazione originaria della disposizione, nel valore di 900.000 euro annui e, successivamente, ridotta ad euro 200.000²⁸⁹.

La disciplina così riassunta era destinata a trovare applicazione per tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle relative discipline di settore, fatta eccezione per alcuni ambiti, espressamente esclusi: il servizio idrico integrato, il servizio di distribuzione del gas naturale e dell'energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali²⁹⁰.

Ora, se la disciplina così riassunta risulta, nella sostanza, la riproduzione di quanto già sancito dal previgente art. 23-bis²⁹¹, l'aspetto più innovativo si rinviene in considerazione dei soggetti chiamati ad espletare l'istruttoria sottesa all'adozione della delibera quadro e ad occuparsi delle eventuali procedure di affidamento del servizio.

Tutti i profili procedurali innanzi descritti, infatti, dovevano essere espletati dagli enti di governo preposti agli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei disciplinati all'art. 3-bis, disposizione introdotta nel medesimo decreto per effetto dell'art. 25, comma 1, lett. a), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, e poi ulteriormente modificato dall'art. 53, comma 1, lett. a) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, dall'art. 34, comma 23, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e dall'art. 1, comma 559, lett. a), della legge 27 dicembre 2013, n. 147.

I predetti enti risultano gli unici soggetti preposti all'esercizio delle *“funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo”*²⁹².

²⁸⁹ Art. 4, comma 13 d.l. 138/2011, come modificato dall'art. 9, comma 2, lett. d) della legge 12 novembre 2011, n. 183 e, poi, dall'art. 25, comma 1, lett. b), n. 5 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

²⁹⁰ *“Restano, quindi, nell'orbita dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 solo i rifiuti, il trasporto locale e regionale (non ferroviario) per i quali si applicano, rispettivamente, anche il d.lg. 3 aprile 2006, n. 152 (codice dell'ambiente: artt. 200 e seguenti) e il d.lg. 19 novembre 1997, n. 422 nonché i servizi pubblici cosiddetti innominati, nel caso in cui abbiano i connotati del servizio pubblico”* (C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, cit., 3549).

²⁹¹ Parte della dottrina, tuttavia, ha evidenziato alcuni elementi differenziali tra l'art. 23-bis citato e il successivo art. 4 del d.l. n. 138/2011. Si è sostenuto che, mentre la disciplina del 2008 avrebbe puntato alle privatizzazioni, quella successiva sarebbe stata protesa alla liberalizzazione del settore. Ancora, si è ritenuto che la riproduzione, da parte del menzionato art. 4, delle disposizioni contenute nel regolamento di attuazione dell'art. 23-bis cit. avrebbe consentito una effettiva portata applicativa alle disposizioni che, nella vigenza del regolamento, costituivano *“mere statuizioni di principio”* (C. SABETTA, *La riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità. Commento a Corte cost., sent. n. 199 del 2012*, in www.federalismi.it, 2012).

²⁹² Art. 3-bis, comma 1-bis, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, comma inserito dall'art. 34, comma 23 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.

La mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale, così come l'ipotesi della mancata deliberazione dell'affidamento entro il termine del 30 giugno 2014, determinava, ai sensi dell'art. 13, comma 2, del d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, l'esercizio di poteri sostitutivi da parte del Prefetto, che provvede entro il 31 dicembre 2014, ed i cui oneri finanziari sono posti a carico dell'ente rimasto inerte²⁹³.

Ora, a seguito delle modifiche introdotte all'art. 3-*bis* in commento per effetto della legge di stabilità per il 2015²⁹⁴, gli enti locali hanno l'obbligo di partecipare agli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali, obbligo che, se non osservato entro il 1° marzo 2015 ovvero entro sessanta giorni dall'istituzione o designazione dell'ente, spetterà al Presidente della Regione esercitare nei confronti dell'ente, previa diffida, i poteri sostitutivi.

Anche nel menzionato art. 3-*bis* citato si rinvencono alcune disposizioni volte a sfavorire l'impiego dell'istituto dell'*in house providing*.

Milita in questo senso, ad esempio, la previsione secondo la quale l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali costituisce elemento di valutazione della virtuosità dell'ente medesimo ai sensi dell'art. 20, comma 2 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98.

Trattasi di una disciplina non toccata dalla declaratoria di illegittimità costituzionale²⁹⁵ che, invece, ha riguardato l'intero articolo 4 del d.l. 138/2011²⁹⁶: il suo contenuto, pertanto troverà applicazione, integrandone il

²⁹³ Art. 13, comma 2, del d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, convertito in legge 27 febbraio 2014, n. 15. Il mancato rispetto dei termini suddetti, ai sensi del successivo comma 3 dell'art. 13 cit., determina la cessazione automatica degli affidamenti in essere che si rivelino non conformi alla normativa europea. Le disposizioni dell'art. 13 citato, peraltro, non trovano applicazione per i servizi di illuminazione votiva.

²⁹⁴ Legge 23 dicembre 2014, n. 190.

²⁹⁵ Intervenuta per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 4 del d.l. n. 138/2011 poiché, stante il suo carattere riproduttivo della disciplina contenuta nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, si poneva in diretto contrasto con la volontà referendaria che aveva determinato l'abrogazione della disciplina previgente. La Corte, peraltro, ha evidenziato come, proprio a seguito dell'intervenuta abrogazione referendaria, la potestà legislativa regionale in materia di servizi pubblici abbia trovato riespansione. Per un commento si vedano: G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1997, 62; V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 1, 385; G. BASSI, *Le utilities locali dopo l'incostituzionalità della riforma dei servizi pubblici: riconfigurarne il ruolo partendo dai fondamentali dell'economia aziendale*, in *Azienditalia*, 2012, 10, 695.

²⁹⁶ Il regolamento di attuazione dell'art. 4 citato nel testo non ha mai visto la luce, pur essendone stato predisposto uno schema (cfr. parere del Consiglio di Stato, Sez. consultiva per gli atti normativi, adunanza del 24 maggio 2012, in ordine allo schema di regolamento di attuazione di cui all'art. 4, comma 33-*ter*, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138).

significato, unitamente alle sole, scarse, disposizioni vigenti, oggi, in via generale, per i servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Ancora, ulteriore disposizione volta a sfavorire, indirettamente, il modello *in house*, si rinviene nel comma 4 dell'art. 3-*bis* citato, nel testo rinnovellato dall'art. 1, comma 609, lettera c), della legge di stabilità per il 2015, in ordine ai criteri di assegnazione di finanziamenti.

La nuova disposizione prevede che, fatta eccezione per i finanziamenti già assegnati anche con risorse derivanti da fonti europee, i quali rimangono salvi, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'art. 119 Cost. relativi ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, sono attribuiti agli enti di governo dei bacini territoriali ottimali ovvero direttamente ai relativi gestori dei servizi purché tali risorse si rivelino meramente aggiuntive o a garanzia a sostegno dei piani di investimento approvati dagli enti di governo.

Tali risorse verranno assegnate secondo un criterio graduale, che impone di preferire i gestori di pubblico servizio selezionati con gara, ovvero quei gestori di cui l'Autorità di regolazione di settore, o l'ente di governo dell'ambito, attesti l'efficienza della gestione e la qualità del servizio reso, ovvero, ancora, quei gestori che abbiano deliberato operazioni di aggregazione societaria.

Pertanto, la disposizione considera presunta l'efficienza gestionale per le ipotesi in cui il servizio sia erogato da un soggetto selezionato con gara, il quale non deve essere munito di alcuna attestazione di efficienza per accedere, in via preferenziale, al finanziamento. Ai gestori *in house* la possibilità di beneficiare di risorse aggiuntive è aggravata da un onere particolarmente stringente, dettato da un pregiudizio di fondo circa la non sana gestione dei servizi secondo il modello in parola.

6. L'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e l'attuale quadro di riferimento.

Il nuovo quadro normativo di riferimento generale per i servizi pubblici di rilevanza economica – esclusi i servizi di distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica, e della gestione delle farmacie comunali – è ora rappresentato dall'art. 34, commi 20 e seguenti, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221²⁹⁷.

²⁹⁷ Per un commento si vedano: F. MORETTI, *Le rinnovate prospettive di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce del d.l. n. 179/2012*, in *Azienditalia*, 2013, 4, 339; C. D'ARIES, *Scioglimento e alienazioni delle società a partecipazione pubblica "contra legem" – Quadro normativo attuale e scadenario 2013*, in *Azienditalia*, 2013, 5, 415; G. CAIA, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Enciclopedia Treccani, Diritto amministrativo, amministrativo dell'economia*, 2013, 238 ss.; M. MIDIRI, *Il decreto sviluppo bis: una normativa minima (ma utile) sui servizi pubblici locali*, in *Il*

Gli enti affidanti, prima di procedere all'affidamento del servizio, sono tenuti a pubblicare, sul proprio sito internet istituzionale una relazione *ad hoc* attraverso la quale l'ente medesimo deve esplicitare le ragioni sottese alla scelta di una determinata forma di affidamento e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per l'impiego di quella specifica forma di gestione.

Attraverso la menzionata relazione, inoltre, deve essere assicurato il rispetto della parità di trattamento tra gli operatori, l'economicità della gestione, oltre che l'individuazione del contenuto puntuale degli obblighi di servizio e delle eventuali compensazioni.

Gli enti preposti avevano, inizialmente, l'obbligo di pubblicare la relazione e di procedere all'adeguamento degli affidamenti in corso alla disciplina europea entro il 31 dicembre 2013.

A tutela della concorrenza e del mercato, inoltre, veniva imposto l'adeguamento degli affidamenti effettuati *sine die*, imponendosi l'inserimento di un termine "*nel contratto di servizio o negli altri atti*" regolanti il rapporto.

Gli enti locali, peraltro, devono inviare le relazioni predisposte in ossequio alle disposizioni dell'articolo 34, commi 20 e 21 del d.l. n. 179/2012 all'Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico.

L'Osservatorio, poi, ne curerà la diffusione mediante pubblicazione nel proprio portale telematico, "*contenente dati concernenti l'applicazione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sul territorio*"²⁹⁸.

Una deroga alla disciplina posta dall'art. 34 citato è rappresentata dalla possibilità di espletare il servizio pubblico da parte del gestore o dei gestori già operanti fino al subentro del nuovo gestore e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2014, nel caso in cui l'ente responsabile per l'affidamento ovvero l'ente preposto all'ambito o bacino territoriale ottimale abbia già avviato le procedure imposte dal medesimo art. 34 citato e sempre che il proseguimento della gestione si renda necessaria per garantire la continuità del servizio²⁹⁹.

Il mancato rispetto dei termini suddetti, che pure tentano di offrire un contemperamento tra l'interesse pubblico sotteso all'efficiente gestione del servizio ed il principio di tutela dell'affidamento, determina la cessazione

nuovo diritto amministrativo, 2013, 2, 107 ss. Sul punto: Corte conti, Sez. controllo Piemonte, 15 marzo 2013, n. 44/SRCPIE/PAR, in www.corteconti.it.

²⁹⁸ Art. 13, comma 25-*bis*, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, in legge 21 febbraio 2014, n. 9.

²⁹⁹ Art. 13, comma 1, del d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, convertito in legge 27 febbraio 2014, n. 15.

automatica degli affidamenti in essere che si rivelino non conformi alla normativa europea³⁰⁰.

Un regime transitorio peculiare viene dettato per gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, i quali cessano secondo la scadenza naturale prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto. Per gli affidamenti che non recano una data di scadenza, la cessazione, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, è prevista per il 31 dicembre 2020³⁰¹.

La circostanza che la disciplina ad oggi vigente in materia di gestione dei pubblici servizi non preveda stringenti restrizioni in ordine all'affidamento diretto a società *in house*, né in ordine all'affidamento in esclusiva del servizio a società a capitale misto o a soggetti privati, non consente di ritenere che sia venuto meno qualsivoglia incentivo alla tutela della concorrenza nel settore in esame.

Invero, la circostanza che sia ribadito un dovere di motivazione puntuale a sostegno del modello gestorio prescelto costituisce un parametro di riferimento per la valutazione della stessa legittimità dei provvedimenti amministrativi con i quali l'ente pubblico opera l'organizzazione del servizio.

La legittimazione ad impugnare quei provvedimenti che pregiudichino l'assetto concorrenziale del mercato di un dato servizio pubblico, del resto, non è rimessa soltanto a quegli operatori economici che rimangano dagli stessi pregiudicati, ma anche alla stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, introdotto dall'art. 35 del d.l. n. 201/2011, dispone che l'AGCOM è legittimata ad agire in giudizio “*contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*”.

L'impugnazione innanzi al G.A. dei predetti provvedimenti, nelle forme del rito abbreviato di cui al codice del processo amministrativo, è preceduta da una fase precontenziosa, nel corso della quale l'Autorità, entro

³⁰⁰ Art. 13, comma 3, del d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, convertito in legge 27 febbraio 2014, n. 15.

³⁰¹ Così dispone l'art. 34, comma 22, del d.l. n. 179/2012. Particolare attenzione è dedicata, poi, al servizio di illuminazione votiva dall'art. 34, comma 26: “*Al fine di aumentare la concorrenza nell'ambito delle procedure di affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva, all'articolo unico del decreto del Ministro dell'interno 31 dicembre 1983, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 16 del 17 gennaio 1984, al numero 18) sono soppresse le seguenti parole: “e illuminazioni votive”. Conseguentemente i Comuni, per l'affidamento del servizio di illuminazione votiva, applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, e in particolare l'articolo 30 e, qualora ne ricorrano le condizioni, l'articolo 125*”.

sessanta giorni dalla pubblicazione del provvedimento in questione, emette un parere con il quale invita l'ente a conformarsi ai rilievi svolti nei sessanta giorni successivi, decorsi i quali, in mancanza, l'Autorità potrà agire in giudizio³⁰².

7. La nuova direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Quanto si è cercato sin qui di porre in luce in ordine ai modelli di gestione dei servizi pubblici locali impone di considerare, ora, quale sia la disciplina dettata per l'individuazione del soggetto concessionario del pubblico servizio rispetto alla quale l'affidamento diretto ad un soggetto *in house* costituisce una deroga.

Si tratta di stabilire, quindi, una volta che si sia optato per l'affidamento del servizio ad un soggetto terzo, con quali modalità debba essere espletata la procedura ad evidenza pubblica che l'ente affidante dovrà espletare.

Nell'ambito del diritto nazionale, un riferimento espresso all'affidamento dei rapporti concessori previo espletamento di un'asta pubblica era rappresentato dall'art. 267 del TUFL n. 1175/1931³⁰³.

L'affidamento delle concessioni di servizi, ivi comprese le concessioni di pubblico servizio, è stato un settore per lungo tempo escluso dall'applicazione delle norme dedicate agli appalti pubblici, soggetto solamente all'applicazione dei principi generali previsti dai Trattati in materia di concorrenza, dovendo la scelta del concessionario rispettare i soli requisiti minimali previsti dall'art. 30 del codice dei contratti pubblici³⁰⁴.

³⁰² In dottrina si è ipotizzato il contrasto della disposizione in parola con gli artt. 24, 103, 113 e 95 Cost., ritenendo che la legittimazione riconosciuta all'AGCOM costituisca un'ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire, incompatibile con il principio di separazione dei poteri e con il carattere soggettivo del giudizio amministrativo. D'altro canto, è stato evidenziato come la disposizione in parola contribuisca ad operare una soggettivizzazione della stessa Autorità, la quale risulta portatrice di un interesse legittimo qualificato, differenziato ma superindividuale – la tutela della concorrenza – conforme al dettato costituzionale (A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo. Nota alla sentenza non definitiva del TAR Lazio, Sez. III ter, 15 marzo 2013, n. 2720*, in *federalismi.it*, 2013, 14).

³⁰³ R. VILLATA, *Servizi pubblici, discussioni e problemi*, V edizione, Milano, 2008, 151 ss. L'Autore evidenzia come, specie nella giurisprudenza più risalente, fosse talvolta posta in dubbio la necessità del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un pubblico servizio, stante il carattere fiduciario sotteso all'individuazione del soggetto gestore (richiama, sul punto, Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2000, n. 4688, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

³⁰⁴ S. MARTINO, *Commento all'art. 30, "concessione di servizi"*, in AAVV., *Codice degli appalti pubblici annotato con dottrina giurisprudenza e formule*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, Tomo I, VI edizione, Roma, 2011, 333 ss. Le concessioni di servizi sono soggette,

La medesima disposizione, peraltro, conferma la possibilità di disporre affidamenti diretti: “restano ferme, purché conformi ai principi dell’ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo della concessione di servizi a terzi, l’affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici”³⁰⁵. La disposizione offre, dunque, un richiamo esplicito agli affidamenti *in house*.

Lo scarno dato positivo sembra destinato ad essere presto colmato per effetto dell’adozione della prima direttiva europea in materia di concessioni la quale accompagna le nuove direttive in materia di appalti pubblici³⁰⁶.

La nuova disciplina di derivazione europea, destinata a vincolare la futura legislazione nazionale, non pone limiti agli Stati membri in ordine all’organizzazione della “prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale

oltre che ai principi fondamentali del Trattato ed alla gara informale mediante invito di almeno cinque partecipanti, anche alle disposizioni della parte IV del codice, dedicata alla risoluzione delle controversie, e dell’art. 143, comma 7 del codice. Nel senso dell’applicabilità della disposizione richiamata anche alle concessioni di pubblico servizio si veda: G. GRECO, N. BASSI, *L’ambito oggettivo di applicazione del Codice*, in *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Tomo I, Padova, 2014, 247.

³⁰⁵ Art. 30, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Per una disamina compiuta della disciplina relativa alle concessioni di servizi, alla nozione comunitaria di concessione e alla differenza tra questa e l’appalto, si vedano: G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 497 ss.; V. CAIANELLO, voce *Concessioni. Diritto amministrativo*, cit., 231 ss.; G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, S. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, Milano, 1995, 90 ss.; F. SAIITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture / commentario sistematico*, Padova, 2008, 191 ss.; F. PEIRONE, *La scelta del concessionario di servizi*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 539 ss.; S. MAZZA, *La concessione di servizi*, in AA.VV., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, Padova, 2008, 181 ss.; P. DELLA PORTA, *I costi sociali nelle concessioni di servizi: paga l’utente*, nota a TAR Lazio, Sez. II-ter, 7 settembre 2012, n. 7630, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2012, 4, 13. Sul punto: CGCE, Sez. III, sentenza del 13 novembre 2008, causa C – 324/2007; per un commento alla sentenza, si veda F. LEGGIADRO, *Affidamento in house della concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 3, 285 ss. In ordine alla distinzione tra appalto e concessione, la direttiva 2014/23/UE, all’art. 5, ha meglio definito il concetto di ‘rischio operativo’ posto in capo al concessionario, inteso quale mancanza di una garanzia in ordine al recupero degli investimenti effettuati ovvero ai costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto della concessione.

³⁰⁶ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull’aggiudicazione dei contratti di concessione. Per un preliminare commento: G.A. BENACCHIO, *Verso le direttive di quarta generazione*, in AA.VV., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G.A. Benacchio, M. Cozzio, Milano, 2012, 4 ss.; M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l’impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 7, 741; R. CARANTA, C.D. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, 493.

ovvero come una combinazione di tali servizi”³⁰⁷, sancendo il principio di libera amministrazione delle Autorità pubbliche e di libera definizione dei servizi di interesse economico generale.

L’obiettivo della direttiva, invece, è circoscritto allo specifico profilo del “*coordinamento minimo delle procedure nazionali*”³⁰⁸ volte all’aggiudicazione delle concessioni pari o superiori ad una data soglia, soglia che la direttiva individua in 5.186.000 euro, ritenuta sintomatica dell’interesse sovranazionale della concessione medesima³⁰⁹.

La soglia di rilevanza comunitaria, tuttavia, non costituisce l’unico limite all’applicazione della menzionata direttiva, la quale prevede molteplici esclusioni.

Non rientrano nel campo di applicazione della direttiva, tra le molte ipotesi previste, le concessioni di servizi aggiudicate ad un soggetto che sia esso stesso un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, le concessioni di trasporto aereo che già avvengono sulla base di una licenza di gestione ai sensi del regolamento 1008/2008/CE, le concessioni in materia di difesa e sicurezza, già disciplinate dalla direttiva 2009/81/CE, le concessioni inerenti al settore idrico complessivamente inteso.

Altri servizi, per contro, sono sottoposti ad alcune limitate previsioni contenute nella direttiva. Si tratta dei servizi sociali, dei servizi sanitari e legali, e delle altre specifiche tipologie di servizio indicate nell’allegato IV, per i quali si impone la mera pubblicazione di un avviso di preinformazione e dell’avviso di avvenuta aggiudicazione della concessione, anche, eventualmente, cumulativo e con cadenza trimestrale.

Caratteristica essenziale del rapporto concessorio è la durata limitata del medesimo, la cui determinazione, nonostante sia rimessa alla stima dell’amministrazione aggiudicatrice, dovrà essere congrua rispetto al periodo di tempo ritenuto necessario al recupero dell’investimento effettuato dal concessionario e, nel contempo, idonea ad impedire l’acquisizione di una stabile posizione di privilegio.

La definizione di concessione, ed i suoi tratti differenziali rispetto all’appalto, trova nella direttiva una più precisa delimitazione: l’elemento caratterizzante la fattispecie viene individuato nel trasferimento in capo al concessionario di un rischio operativo, assente nell’ipotesi dell’appalto, nel quale il corrispettivo risulta determinato a monte nel *quantum*. Peraltro, esulano dal campo di applicazione della direttiva quei rapporti concessori

³⁰⁷ Considerando n. 6 della direttiva 2014/23/UE.

³⁰⁸ Considerando n. 8 della direttiva 2014/23/UE.

³⁰⁹ Ai sensi dell’art. 8 della direttiva citata, “*il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell’IVA, stimato dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’Ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi*”, computo che dovrà avvenire sulla base di parametri oggettivi predeterminati dai documenti della concessione, sulla base di alcuni criteri di riferimento individuati dalla direttiva medesima.

nei quali il rischio operativo del concessionario, per effetto della predeterminazione di tariffe, risulti del tutto azzerato³¹⁰.

La nuova direttiva, a differenza dello scarno contenuto dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici, emanato in attuazione della precedente generazione di direttive europee, descrive in termini più rigorosi la procedura ad evidenza pubblica prodromica all'aggiudicazione della concessione. Analogamente a quanto già le direttive europee del 2004 prevedevano per gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, anche per le concessioni vengono individuate puntuali condizioni di esclusione dalla gara, precisi obblighi di pubblicità e informazione, i criteri di aggiudicazione ed alcune disposizioni riferite alla fase di esecuzione del rapporto.

La nuova direttiva europea, che, come noto, vincolerà la futura legislazione degli Stati membri nei fini ma non nei mezzi, pare destinata a porre un freno alla prassi degli affidamenti diretti delle concessioni di pubblico servizio, per troppo tempo avvenute senza previa indizione di una vera e propria procedura competitiva fra gli operatori economici.

8. Il rapporto tra ente e soggetto gestore.

Quando si menziona il momento dell'instaurazione del rapporto tra ente pubblico e soggetto gestore del servizio si suole fare riferimento all'atto dell'assunzione, mediante il quale il pubblico potere assume l'impegno di assicurare ai cittadini la fruizione di un dato servizio³¹¹.

Se si escludono i servizi pubblici di rilievo nazionale, regolati sovente da specifiche leggi settoriali, per i servizi pubblici locali l'atto dell'assunzione del servizio trova una generale disciplina all'art. 42, comma 2, lett. e) del Testo unico degli enti locali.

³¹⁰ Il dibattito, giurisprudenziale e dottrinale, sorto in ordine alla distinzione tra appalto e concessione è stato particolarmente vasto: B. RAGANELLI, *L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, 2011, 186; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XII edizione, Milano, 2012, 99; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012, 113 ss.; G. MONTEODORO, V. TALENTI, *Le concessioni di lavori pubblici: nozione e caratteristiche*, in *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV, Le tipologie contrattuali*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, 2457 ss.; G. GRECO, N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Padova, 2014, 239 ss.

³¹¹ In questi termini: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 127. Sul punto: A. BARDUSCO, *L'assunzione dei pubblici servizi e la scelta delle forme di gestione*, in *I servizi pubblici locali. Evoluzione e prospettive*, a cura di G. Caia, Rimini, 1995, 13 ss.

La disposizione in parola individua nel Consiglio dell'ente locale l'organo competente a deliberare *“l'assunzione diretta dei pubblici servizi”*.

L'assunzione del servizio produce *“effetti di tipo organizzativo”*, determinandosi *“una nuova competenza di un'amministrazione pubblica, appunto quella consistente nel provvedere a che sia assicurata la fruizione da parte dei cittadini del servizio in questione”*³¹².

Con tale atto sorge, dunque, per l'amministrazione, il dovere di provvedere, determinandosi, contestualmente, *“le modalità con le quali se ne assicurerà la produzione e distribuzione, e dunque, in particolare, se attraverso un rapporto contrattuale con un'impresa privata o mediante l'istituzione di un'impresa pubblica”*³¹³.

Se all'organo politico spetta la competenza in ordine alla assunzione del servizio, la scelta delle modalità di erogazione e la possibilità di optare per la costituzione di una società pubblica, ai dirigenti dell'ente competono *“la definizione delle procedure di gara”*, nonché *“l'adozione di tutti gli atti della procedura stessa”*³¹⁴.

La disposizione del Testo unico degli enti locali innanzi accennata si riempie di ulteriore contenuto alla luce delle più recenti disposizioni normative, in specie dell'art. 34, commi 20 e seguenti del d.l. n. 179/2012, quanto alla motivazione della scelta per una data forma di gestione del servizio, e l'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 quanto alla individuazione del soggetto competente a procedere all'affidamento ed al monitoraggio del servizio.

La disposizione da ultimo menzionata assume un rilievo centrale in quanto eleva la competenza in ordine all'organizzazione dei pubblici servizi a rete, aventi rilevanza economica, ad un livello sovracomunale, corrispondente ad un bacino di utenza non inferiore a quello provinciale.

Per tali servizi le funzioni di organizzazione, gestione, affidamento e controllo del servizio saranno espletati dagli enti preposti agli ambiti o bacini territoriali ottimali, individuati da ciascuna Regione.

³¹² D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 127.

³¹³ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 128. È stato correttamente posto in luce come *“l'assegnazione alla competenza consiliare dell'organizzazione e dell'affidamento dei servizi pubblici locali”* trovasse giustificazione nel *“fatto che le scelte ad esse sottese si connettono all'esercizio dei poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, caratterizzante entrambi i momenti in cui si articola la scelta ricadente sul modulo e sulle modalità di assegnazione del servizio. Gli elementi che devono poi confluire nell'opzione sono, in materia di servizi pubblici locali, fissati dall'art. 113, commi 5, 7 e 11, d.lgs. n. 267/2000 relativo ai soggetti ai quali conferire il servizio, agli elementi sull'espletamento delle gare ad evidenza pubblica ed ai parametri di controllo, costituenti oggetto del contratto di servizio, quale fonte di disciplina dei rapporti tra enti locali e società di erogazione del servizio”* (Cons. Stato, Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5637, in www.giustizia-amministrativa.it).

³¹⁴ R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 645.

La competenza degli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali ad effettuare la valutazione di cui all'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 è ora ulteriormente enfatizzata dal comma 1-*bis* dell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, come modificato dalla legge di stabilità per il 2015.

La relazione dell'ente preposto all'ambito suddetto è valida ed efficace senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli enti locali e dovrà contenere l'indicazione della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, oltre che una motivazione che giustifichi la scelta con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, efficienza, economicità e qualità del servizio.

La relazione, inoltre, deve contenere un piano economico-finanziario, asseverato da un istituto di credito, che assicuri la realizzazione degli interventi infrastrutturali ed illustri *“la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento in house, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio”*³¹⁵.

Il problema più rilevante attiene alla delimitazione dei servizi pubblici che, per la loro erogazione, presuppongano la sussistenza di una rete, posto che, per i soli servizi erogabili in assenza di impianti o opere infrastrutturali integranti tale concetto, i relativi affidamenti continueranno ad essere gestiti e affidati a livello comunale.

La disposizione legislativa, peraltro, non offre particolari spunti ermeneutici nel senso della delimitazione del concetto di rete, dovendosi richiamare, sul punto, quanto affermato da dottrina e giurisprudenza con riferimento all'art. 113 del TUEL, disposizione che, sia pure ad altri fini, operava un riferimento alla nozione in parola³¹⁶.

Ad ogni modo, a riprova di come l'individuazione dei servizi pubblici a rete sollevi qualche interrogativo, è necessario sottolineare come l'art. 3-*bis* consideri anche i servizi inerenti alla gestione dei rifiuti urbani, servizi che, al contrario, la giurisprudenza aveva in passato escluso fossero definibili 'a rete'³¹⁷.

³¹⁵ Il citato comma 1-*bis* dell'art. 3-*bis*, come modificato dall'art. 1, comma 609, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, prevede che, nel caso di affidamento *in house*, gli enti locali proprietari debbano procedere, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*.

³¹⁶ Le reti, per potersi qualificare come tali, devono, secondo il Consiglio di Stato, presentare le seguenti caratteristiche: inamovibilità, complessità e non agevole riproducibilità. In questo senso: R. GOSO, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore dei soggetti proprietari delle reti*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 5, 614.

³¹⁷ Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 156, in www.giustizia-amministrativa.it.

Quanto ai soggetti preposti ai bacini territoriali ottimali, esclusa la possibilità che essi siano individuati nelle Autorità d'Ambito, soggetti ora soppressi³¹⁸, le Regioni hanno offerto soluzioni variegate.

Così, in determinate ipotesi, si è impiegato l'istituto dell'esercizio associato di funzioni e servizi da parte della Provincia e dei Comuni ricompresi nel bacino³¹⁹. Ancora, le Regioni di più modeste dimensioni, in taluni casi, hanno individuato nella stessa Regione, ovvero nelle Comunità montane, i soggetti preposti agli ambiti territoriali ottimali³²⁰. In altri casi, invece, si è giunti all'istituzione di nuovi soggetti creati *ad hoc*³²¹.

³¹⁸ L'istituzione delle Autorità d'ambito veniva inizialmente prevista nel campo del servizio idrico integrato e della gestione dei rifiuti urbani, ai sensi del d.lgs. n. 152/2006 e, prima ancora, della l. 5 gennaio 1994, n. 36, c.d. legge Galli, al dichiarato scopo di attuare una separazione tra funzione di indirizzo – esercitata dalle Regioni, le quali dovevano peraltro delimitare gli stessi ambiti territoriali ottimali – e funzione di gestione – da espletarsi, appunto, dalle ATO. L'obiettivo era di concentrare la gestione del servizio realizzando economie di scala, possibili solo ove la gestione fosse stata assunta ad un livello sovracomunale. La ATO, infatti, era una struttura dotata di personalità giuridica, costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla Regione, *“alla quale gli enti locali partecipa(va)no obbligatoriamente ed alla quale è (era) trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche”* (art. 148, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). In seguito, tuttavia, il legislatore, ferma l'organizzazione dei menzionati servizi a livello di ambiti territoriali ottimali, optava per l'eliminazione degli enti ad essi preposti, nell'intento di ridurre gli enti intermedi e le spese, gravanti sulle casse pubbliche, inevitabilmente connesse alla loro esistenza. La soppressione delle Autorità d'ambito veniva inizialmente disposta dall'art. 2, comma 38, della legge n. 244/2007. Rimasta sostanzialmente inattuata, la soppressione degli enti in parola veniva nuovamente prevista dal comma 186-*bis* dell'art. 2 della legge finanziaria 2010 (legge 23 dicembre 2009 n.191), comma introdotto dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito in legge 26 marzo 2010, n. 42. Veniva rimessa alle Regioni, nell'esercizio delle funzioni di indirizzo, la ripartizione delle competenze un tempo attribuite alle ATO, con l'unico limite, stante la *ratio* della norma, di non istituire soggetti *ad hoc* a ciò deputati. Inizialmente fissato il termine del 27 marzo 2011, il termine per l'abolizione delle ATO veniva ulteriormente prorogato, per effetto del D.P.C.M. del 25 marzo 2011, al 31 dicembre 2011, e ciò al fine di assicurare la continuità nell'erogazione dei servizi pubblici.

³¹⁹ Opzione alla quale ha fatto ricorso la Regione Piemonte, con la legge regionale n. 7/2012.

³²⁰ È questo il caso della Regione Valle d'Aosta, intervenuta in questo senso già prima dell'introduzione dell'art. 3-*bis* citato nel testo (cfr. legge regionale n. 31/2007 con riferimento alla gestione dei rifiuti, la legge regionale n. 27/1999 per il servizio idrico integrato, la legge regionale n. 29/1997 per il servizio di trasporto).

³²¹ La Regione Lombardia, in materia di trasporto pubblico locale, ha istituito le Agenzie di Trasporto pubblico locale con legge regionale n. 6/2012.

La Regione Veneto ha adottato soluzioni differenziate per ciascun settore. Quanto al servizio di gestione dei rifiuti urbani, con la legge regionale n. 52/2012, ha individuato, quale ambito territoriale ottimale, il territorio dell'intera Regione, istituendo il Comitato di bacino regionale, ferma l'individuazione, ad opera della Giunta regionale, dei bacini territoriali per l'esercizio in forma associata delle funzioni di organizzazione e controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani a livello provinciale. Quanto al servizio idrico integrato, con legge regionale n. 17/2012, la Regione Veneto ha istituito otto ambiti

Quanto all'art. 34, commi 20 e seguenti, del d.l. n. 179/2012, trattasi di una disciplina che impone un dovere di motivazione particolarmente puntuale il quale, malgrado potesse considerarsi implicito nel generale disposto dell'art. 3 della legge n. 241/1990, ha trovato esplicita formulazione al fine di indurre gli enti a sottrarre al mercato determinate attività solo ove strettamente necessario³²².

L'imposizione di un dovere di motivazione siffatto induce non solo a favorire la concorrenza per il mercato e nel mercato, ma, come sottolineato da parte della dottrina³²³, a dare espressione al principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, comma 4, Cost.

La determinazione dell'ente, oltre che espressione di un chiaro favore verso logiche concorrenziali o solidaristiche, dovrà contemplare un'adeguata ponderazione dell'impatto derivante dall'assunzione del servizio sulla finanza pubblica e dovrà recepire, nel caso si opti per la gestione diretta del servizio o per la concessione di diritti speciali o esclusivi, la disciplina, anche di derivazione comunitaria, prescritta per opzioni siffatte.

Ad ogni modo, come innanzi accennato, l'atto con cui l'ente rimette al mercato l'erogazione del servizio ovvero ne determina l'assunzione in capo a sé, non è che il primo attraverso il quale avviene la regolazione del servizio medesimo.

Quanto si è sin qui cercato di descrivere attiene al momento, tutto interno alla pubblica amministrazione, nel quale quest'ultima individua, in primo luogo, i pubblici servizi che intende assumere, in quanto rientranti nel perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, e, in secondo luogo,

interprovinciali, ai quali risultano preposti i Consigli di Bacino, enti di regolazione con funzioni amministrative relative alla programmazione e controllo del servizio idrico integrato (cfr. Corte cost., 12 aprile 2013, n. 67, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione che, in violazione della potestà legislativa esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente, attribuiva ai Consigli di Bacino la competenza in ordine alla determinazione delle tariffe, riservata allo Stato). Ancora, con riferimento al trasporto pubblico locale, già con la delibera di Giunta regionale n. 1671/2005 la Regione Veneto aveva individuato sette bacini, corrispondenti al territorio provinciale. Così, ferma la competenza della Regione in ordine alla definizione degli indirizzi e quella delle Province in ordine all'adozione dei piani di bacino, rimane ai Comuni lo svolgimento delle procedure per l'affidamento del servizio e la stipula dei contratti di servizio (fonte: Programma Operativo "Governance e Azioni di Sistema" FSE 2007 – 2013, Obiettivo 1 – Convergenza, Asse E "Capacità istituzionale", Progetto di supporto e affiancamento operativo a favore degli enti Pubblici delle Regioni "Obiettivo Convergenza" per l'implementazione della riforma del mercato dei Servizi Pubblici Locali a rilevanza economica - RIEPILOGO SU BASE NAZIONALE DEGLI ASSETTI TERRITORIALI ED ORGANIZZATIVI, Maggio 2013, in www.affariregionali.it).

³²² M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, 2011, 10 ss.

³²³ A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, cit.

individua il modello gestorio più adeguato in relazione alle circostanze concrete.

Soltanto in seguito, l'ente darà impulso agli ulteriori atti mediante i quali si addiverrà o all'individuazione del gestore in un soggetto privato, mediante indizione ed espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, ovvero nell'affidamento ad una società – *in house* o a capitale misto – secondo le modalità più diffusamente trattate nel successivo capitolo.

Si apre così il problema di individuare, per ciascuna delle ipotesi così riassunte, quali siano gli ulteriori atti nei quali andrà a riassumersi il rapporto tra l'ente, titolare del servizio, ed il soggetto preposto alla sua gestione.

Come si cercherà di evidenziare più oltre, il problema della individuazione della natura di tali atti e del rapporto al quale essi danno vita trova ulteriore complicazione, dando luogo a differenti soluzioni ermeneutiche, qualora il soggetto gestore sia una società *in house*.

9. Il contratto di servizio e la praticabilità nell'ambito degli affidamenti alle società pubbliche.

Allo scopo di individuare lo strumento destinato a regolare i rapporti tra ente e soggetto gestore viene in rilievo la figura del contratto di servizio ovvero, nel considerare l'orientamento in prevalenza diffuso nella dottrina più risalente, la figura della concessione-contratto.

In via generale, plurime, anche se non chiarificatrici, sono le disposizioni normative che *expressis verbis* menzionano la figura del contratto di servizio quale strumento di regolazione del rapporto.

In primo luogo, l'art. 113, comma 11, del TUEL – disposizione che, in quanto non incompatibile con il previgente dettato dell'art. 23-bis, può ritenersi ancora in vigore – stabilisce che i “*rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratto di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti*”.

Ancora, l'art. 23-bis, comma 9, del d.l. n. 112/2008, nel riferirsi alle società esercenti un pubblico servizio per effetto di un affidamento diretto, menzionava, indifferentemente, quale titolo giuridico disciplinante il rapporto, la legge, l'atto amministrativo ed il contratto.

L'art. 4, comma 18, del d.l. n. 138/2011 – disposizione dichiarata incostituzionale – offriva un importante spunto ermeneutico nel senso della idoneità del contratto di servizio a disciplinare il rapporto tra ente locale e soggetto gestore anche per le ipotesi in cui il gestore medesimo si qualificasse come *in house provider* o come società a capitale misto.

Anzi, proprio nell'ambito dei rapporti con tali soggetti, il contratto di servizio assurgeva ad elemento cardine nell'ambito della verifica del rispetto degli obblighi di servizio da parte dell'affidatario³²⁴.

Ancora, nel medesimo senso, si può menzionare l'art. 147-*quater* TUEL il quale, nel prevedere come nuova tipologia di controllo interno quello esercitato dall'ente locale sulle società partecipate, menziona il contratto di servizio quale oggetto di un siffatto controllo.

Ancor più precise sono le disposizioni di settore.

In materia di trasporto pubblico locale, ad esempio, il contratto di servizio viene eletto quale imprescindibile strumento di regolazione del rapporto, avente, peraltro, un contenuto necessario³²⁵.

Sempre nell'ambito di una disciplina settoriale, l'art. 151 del codice dell'ambiente stabilisce come i rapporti con i gestori del servizio idrico integrato e le – ormai soppresse – Autorità d'ambito fossero regolate da “*convenzioni*”, da allegare ai bandi di gara, dotate di un relativo disciplinare, secondo i modelli predisposti da Regioni e Province autonome³²⁶.

³²⁴ La disposizione menzionata, infatti, così disponeva: “*In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società cosiddette in house e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*”.

³²⁵ Il contratto di servizio regola: “*a) il periodo di validità; b) le caratteristiche dei servizi offerti ed il programma di esercizio; c) gli standard qualitativi minimi del servizio, in termini di età, manutenzione, confortevolezza e pulizia, dei veicoli, e di regolarità delle corse; d) la struttura tariffaria adottata; e) l'importo eventualmente dovuto dall'ente pubblico all'azienda di trasporto per le prestazioni oggetto del contratto...; g) le garanzie che devono essere prestate dall'azienda di trasporto; h) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto*” (art. 19, d.lgs. 422/1997).

³²⁶ Peraltro, il contenuto minimo delle convenzioni-tipo è estremamente articolato, dovendo prevedere: “*a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio; b) la durata dell'affidamento, non superiore comunque a trenta anni; c) l'obbligo del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione; d) il livello di efficienza e di affidabilità del servizio da assicurare all'utenza, anche con riferimento alla manutenzione degli impianti; e) i criteri e le modalità di applicazione delle tariffe determinate dall'Autorità d'ambito e del loro aggiornamento annuale, anche con riferimento alle diverse categorie di utenze; f) l'obbligo di adottare la carta di servizio sulla base degli atti di indirizzo vigenti; g) l'obbligo di provvedere alla realizzazione del programma degli interventi; h) le modalità di controllo del corretto esercizio del servizio e l'obbligo di predisporre un sistema tecnico adeguato a tal fine (...); i) il dovere di prestare ogni collaborazione per l'organizzazione e l'attivazione dei sistemi di controllo integrativi che l'Autorità d'ambito ha facoltà di disporre durante tutto il periodo di affidamento; l) l'obbligo di dare tempestiva comunicazione all'Autorità d'ambito del verificarsi di eventi che comportino o che facciano prevedere irregolarità nell'erogazione del servizio, nonché l'obbligo di assumere ogni iniziativa per l'eliminazione delle irregolarità, in conformità con le prescrizioni dell'Autorità medesima; m) l'obbligo di restituzione, alla scadenza dell'affidamento, delle opere, degli impianti e delle canalizzazioni del servizio idrico*”.

Analogamente, per il servizio di gestione dei rifiuti, l'art. 203 del codice dell'ambiente menziona il contratto di servizio quale strumento di regolazione del rapporto tra ente e soggetto affidatario.

Ora, le disposizioni richiamate, nell'impiegare il termine 'contratto', sembrano evocare uno strumento squisitamente privatistico, con ciò misconoscendo, almeno in apparenza, l'impostazione tradizionale, in forza della quale il rapporto in parola veniva qualificato come concessione – contratto, richiamandone la natura pubblicistica.

Tuttavia, ritenere di poter desumere la qualificazione del rapporto in termini puramente negoziali e, così, la sua natura privatistica sulla base del mero tenore letterale del dato normativo, appare una soluzione non soddisfacente, fondata sul mero presupposto della coerenza del legislatore³²⁷.

Al fine di indagare compiutamente la struttura e la natura del rapporto in parola è necessario ripercorrere le ricostruzioni dogmatiche avanzate dalla dottrina, onde stabilire se il *nomen juris* impiegato dalle più recenti disposizioni normative evochi davvero, in senso rigoroso, l'effettiva natura privatistica del rapporto.

L'affidamento della gestione di un pubblico servizio è da sempre connesso all'idea che ciò avvenga secondo il regime delle concessioni amministrative.

La nozione di concessione di pubblico servizio si intreccia, pertanto, con la più generale questione della definizione dell'istituto della concessione³²⁸.

Secondo una delle molteplici impostazioni tradizionali, pur ricomprendendo fattispecie eterogenee, “*il nucleo tradizionalmente più*

integrato in condizioni di efficienza ed in buono stato di conservazione; n) l'obbligo di prestare idonee garanzie finanziarie ed assicurative; o) le penali, le sanzioni in caso di inadempimento e le condizioni di risoluzione secondo i principi del codice civile; p) le modalità di rendicontazione delle attività del gestore”.

³²⁷ Nel senso che la concessione di pubblico servizio sia ormai un contratto: G. CALDERONI, *La “nuova” concessione di servizi*, in AA.VV., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2011, 253.

³²⁸ La stessa natura giuridica delle concessioni, del resto, ha sempre suscitato un acceso dibattito sicché, anche ove si opti per la riconduzione del rapporto tra ente e soggetto gestore del servizio entro lo schema della concessione non può dirsi risolto il problema della individuazione della sua natura giuridica. Secondo parte della dottrina la concessione rientrerebbe nell'ambito dei negozi di diritto pubblico, altri, invece, ne affermano la natura contrattuale. Infine, altra parte della dottrina, contrapponendosi alla teoria contrattualistica, ritiene che la concessione consista in un atto proveniente dalla sola p.a., laddove la manifestazione di volontà del privato si pone solo come mero presupposto o condizione di efficacia della prima. La ricostruzione delle tesi così riassunte è di E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, voce, in *Enciclopedia del diritto*, volume VIII, Milano, 1959, 370. Per una più approfondita disamina della tesi anticontrattualistica si veda: P. VIRGA, *Contratto (diritto amministrativo)*, voce, in *Enciclopedia del diritto*, volume IX, Milano, 1961, 979.

*significativo delle fattispecie ritenute concessorie corrisponde a quelle ipotesi in cui l'amministrazione attribuisce a terzi, con il loro consenso, il godimento di utilità relative a beni pubblici...oppure la possibilità di esercitare pubblici servizi o di realizzare opere pubbliche o di compiere l'una e l'altra cosa insieme*³²⁹.

Un tratto caratterizzante la concessione si riteneva essere la commistione di “*schemi qualificatori pubblicistici e privatistici*”³³⁰: nel caso dei servizi pubblici si riteneva che il rapporto nascesse, dunque, da un provvedimento amministrativo al quale si accompagnava un atto di sottomissione del soggetto privato³³¹.

Al fine di ricondurre entro un quadro unitario un fenomeno così complesso, la dottrina è giunta all'elaborazione della figura dei contratti di diritto pubblico, altrimenti detti contratti ad oggetto pubblico³³², e della concessione-contratto quale *species* dei primi.

In via di prima approssimazione, con l'espressione contratti di diritto pubblico parte della dottrina si propone di spiegare “*i rapporti intervenienti nell'esplicazione dell'attività pubblica dello Stato (e degli altri enti pubblici) e derivanti non più da atti unilaterali dell'amministrazione, emessi nella sua potestà di comando, bensì da atti che, atteso il non denegabile concorso di almeno due soggetti contrapposti ravvisabile nella loro struttura, richiamano lo schema generale del contratto*”³³³.

La nozione di ‘contratto amministrativo’ o di ‘contratto di diritto pubblico’ discendeva dal presupposto in forza del quale la pubblica amministrazione poteva perseguire le proprie finalità istituzionali sia agendo *jure imperii*, mediante atti autoritativi, che *jure privatorum*, attraverso l'esercizio della capacità di diritto privato. Mediante la figura del contratto

³²⁹ D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative, voce*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume III, Torino, 1989, 282. L'Autore sostiene che la concessione rappresenterebbe un atto amministrativo e non un provvedimento amministrativo, non possedendo un carattere imperativo. Altri, invece, si riferiscono alle concessioni amministrative come “*negozi giuridici emanati dalla pubblica amministrazione*” o, più semplicemente, come rientranti “*nella categoria dei negozi giuridici*”, affermando poi come soltanto alcuni rapporti concessori possano qualificarsi come concessioni-contratto, venendo in rilievo la bilateralità del negozio (C. VITTA, *Concessioni (diritto amministrativo), voce*, in *Novissimo Digesto italiano*, diretto da A. Azara, E. Eula, volume III, Torino, 1959, 919 ss.).

³³⁰ D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative, voce*, cit., 283.

³³¹ Secondo Zanobini le concessioni disposte dallo Stato avrebbero assunto la forma di decreto del Presidente della Repubblica o di decreto ministeriale, a differenza delle concessioni di pubblico servizio disposte dagli enti diversi dallo Stato, aventi la forma di contratto (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, volume III, IV edizione, Milano, 1958, 396).

³³² F. STADERINI, S. ZAMBARDI, I. FRANCO, *I contratti degli enti locali*, Padova, 1996, 6 ss.

³³³ M. GALLO, *Contratto di diritto pubblico, voce*, in *Novissimo Digesto italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, volume IV, Torino, 1959, 644 ss.

di diritto pubblico, inoltre, in quanto essa stessa riconducibile al campo del diritto amministrativo, si riteneva di poter distinguere i negozi sorti per effetto della capacità di diritto privato della p.a. dai contratti di diritto comune³³⁴.

Accanto ai contratti di diritto pubblico, connotati da un regime peculiare, in dottrina si individuavano, poi, quali ulteriori forme di accordo nelle quali una delle parti era la p.a., i contratti ordinari, retti esclusivamente dal diritto privato, quali le locazioni, e i contratti di diritto speciale, fattispecie riconducibili ai contratti di diritto comune ma retti da una disciplina peculiare, qual è il caso degli appalti di lavori, servizi e forniture³³⁵.

All'obiezione secondo la quale il contratto di diritto pubblico non sarebbe stato ammissibile nel nostro ordinamento, mancando un dato positivo di riferimento, la dottrina prevalente affermava come non sarebbe stata necessaria una disposizione normativa espressa poiché la figura del contratto di diritto pubblico altro non era che una "*fattispecie globale*" risultante dalla combinazione di un contratto e di un provvedimento amministrativo insieme³³⁶.

Nell'ambito della più ampia categoria in parola, vengono individuate alcune sottocategorie, distinte in ragione del diverso rapporto sussistente tra il momento provvedimentale-autoritativo ed il momento negoziale.

Così, in dottrina si è operata la distinzione tra contratti sostitutivi di provvedimenti - fattispecie nella quale il provvedimento viene del tutto

³³⁴ La figura del contratto di diritto pubblico era tuttavia contestata da una parte, minoritaria, della dottrina più risalente, secondo argomenti che ben presto si ritennero superabili. La tesi avversa alla possibilità di ammettere la figura in parola si fondava, essenzialmente, sui seguenti argomenti: il carattere impari tra la posizione dell'amministrazione, dotata di supremazia, e quella del soggetto privato, condizione che avrebbe reso impossibile l'incontro e la fusione di due manifestazioni di volontà strutturalmente eterogenee; il carattere *extra commercium* dell'oggetto del contratto di diritto pubblico; il regime di monopolio che avrebbe caratterizzato l'oggetto del contratto di diritto pubblico; il carattere predeterminato del contenuto del negozio, al quale il privato poteva solamente aderire. In ordine alla contestazione dell'ammissibilità della figura del contratto di diritto pubblico si veda, per tutti: F. CAMMEO, *La volontà individuale ed i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, LII, IV, 1. Per la confutazione della tesi contraria si vedano: M. GALLO, *Contratto di diritto pubblico, voce*, in *Novissimo Digesto italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, volume IV, Torino, 1959, 644 ss.; C. VITTA, *Concessioni (diritto amministrativo), voce*, in *Novissimo Digesto italiano*, diretto da A. Azara, E. Eula, volume III, Torino, 1959, 919 ss.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 300 ss.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 24 ss.; M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*, II edizione, Padova, 2009, 956.

³³⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 862 ss.

³³⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 862. L'Autore, in luogo dell'espressione 'contratti di diritto pubblico', ricorre alla diversa formula di 'contratti ad oggetto pubblico'.

obliterato per lasciar spazio al solo negozio -, contratti ausiliari di provvedimenti, e contratti accessivi di provvedimenti³³⁷.

Le concessioni di pubblico servizio, nell'ambito delle categorie così individuate, avrebbero trovato spazio entro la nozione di contratti di diritto pubblico, o contratti ad oggetto pubblico, e, precisamente, tra i contratti accessivi o sostitutivi di provvedimento.

A questo proposito la dottrina, sempre allo scopo di definire la complessa natura e struttura del rapporto tra amministrazione e soggetto gestore, ha elaborato la figura della concessione – contratto, fondata sull'idea che provvedimento e negozio, lungi dal costituire una fattispecie unitaria, come sostenuto dai fautori della teoria del contratto di diritto pubblico, abbiano autonomia funzionale e siano in rapporto di reciproca interdipendenza.

L'Autore al quale si deve il più significativo contributo sul tema³³⁸ afferma come tratto comune di ogni ipotesi di concessione sia l'ampliamento della sfera giuridica del soggetto beneficiario quale conseguenza dell'effetto traslativo di una data posizione di vantaggio dal concedente in favore del concessionario.

La fattispecie doveva ritenersi composta da un provvedimento amministrativo - dal quale discendeva il trasferimento, a titolo derivativo, di una situazione giuridica soggettiva di diritto all'esercizio delle attività concesse ed al loro sfruttamento economico nei limiti delle tariffe ivi fissate – e da un contratto ad esso annesso, costitutivo di una serie di obbligazioni relative all'esercizio della medesima attività³³⁹.

Se la ricostruzione sopra esposta intende rappresentare le impostazioni tradizionali, è necessario dar conto di come, più di recente, altra parte della dottrina abbia affermato la tesi del natura contrattuale pura e semplice del rapporto tra ente e soggetto gestore del servizio.

Secondo questa diversa concezione, la configurazione del rapporto tra ente e soggetto gestore in termini di concessione potrebbe discendere soltanto dalla più risalente nozione di pubblico servizio in senso soggettivo. Invero, *“vi sarebbe stato bisogno di una “concessione” da parte dell'amministrazione perché un'impresa privata fosse legittimata a produrre il servizio stesso, per la ragione che secondo la spiegazione più comune derivante dall'antica concezione vista più indietro, l'“assunzione” di un servizio significava non soltanto assunzione della responsabilità della sua organizzazione e regolazione ma anche della sua “gestione”, cioè della sua produzione e distribuzione”*³⁴⁰.

³³⁷ Con riferimento alla tripartizione illustrata nel testo si rinvia a: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 865.

³³⁸ F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 222 ss.

³³⁹ Obbligazioni che, in primo luogo, attengono alla stessa organizzazione dell'attività concessa (F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 415).

³⁴⁰ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 130.

Sicché, dovendosi considerare superata la concezione di pubblico servizio in senso soggettivo, dovrebbe parimenti abbandonarsi anche la ricostruzione del rapporto in termini concessori, e ciò in quanto “*il diritto di svolgere l’attività in cui consiste la produzione e distribuzione di un servizio appartiene alle imprese alla pari del diritto di svolgere qualsiasi attività economica e non è dunque l’amministrazione che trasferisce o costituisce tale diritto in testa alle imprese*”³⁴¹.

Il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata, ai sensi dell’art. 41 Cost., unitamente al riconoscimento della libertà di svolgere taluni servizi pubblici, quali sono i servizi assistenziali e previdenziali, art. 38 Cost., oltre che il servizio scolastico, art. 33 Cost., hanno condotto a svalutare il momento autoritativo nell’ambito del rapporto tra ente e soggetto gestore del servizio. Alla luce del dettato costituzionale, infatti, non era più sostenibile l’idea che la gestione di un pubblico servizio derivasse dal trasferimento di poteri, compiti e facoltà altrimenti preclusi³⁴².

La conseguenza che se ne trae è che lo strumento più adeguato a far sorgere in capo alle imprese un obbligo siffatto sia essenzialmente il contratto, impregiudicato, tuttavia, il problema dell’individuazione della disciplina – di diritto privato ovvero derogatoria rispetto a quest’ultima - ad esso applicabile³⁴³.

Seguendo questa prospettiva, non si è mancato di evidenziare come il contratto di servizio avrebbe una natura essenzialmente privatistica, riconducibile al contratto a favore di terzi di cui agli artt. 1411 - 1413 c.c. Tale impostazione avrebbe il pregio di fornire una ricostruzione del rapporto tra ente e soggetto gestore e, nel contempo, anche dei rapporti tra gestore e utenti³⁴⁴.

Il dato positivo che consentirebbe di determinare la natura del rapporto tra ente e soggetto gestore del servizio nei termini sopra riferiti dovrebbe rinvenirsi nell’art. 3 del codice dei contratti pubblici, il quale, operando un’assimilazione tra appalto e concessione, qualificandoli entrambi come contratti, consentirebbe di risolvere il quesito che ci occupa escludendone la natura pubblicistica in favore della veste contrattuale e, dunque, squisitamente privatistica del rapporto.

La tesi menzionata ha trovato ulteriore vigore nel disposto della direttiva europea 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei ‘*contratti*’ di

³⁴¹ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 130.

³⁴² R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 652-653.

³⁴³ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 130; B. SPADONI, *Il contratto di servizio nella regolazione dei servizi pubblici*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2012.

³⁴⁴ M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2004, 3-4, 801 ss., il quale rinvia a A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 452 ss.

concessione, il cui articolo 5 definisce espressamente le concessioni di servizi come “*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall’esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”.

Una tale impostazione, tuttavia, ha incontrato numerose critiche ad opera della dottrina.

Queste stesse critiche, anche a seguito dell’adozione della recente direttiva europea specificamente dedicata alle concessioni, consentono di escludere la ricostruzione in termini puramente contrattuali della fattispecie.

Precisamente, nel senso dell’impossibilità di dedurre dall’art. 3 del codice dei contratti pubblici la natura contrattuale del rapporto in parola, si è osservato che la disposizione, in quanto recettiva delle direttive europee del 2004, non intendeva offrire una definizione di carattere generale, ponendosi come neutrale rispetto al dibattito in ordine alla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio³⁴⁵.

Peraltro, ad ulteriore riprova di come il riferimento alla nozione di concessione offerta dagli artt. 3 e 30 del codice dei contratti pubblici non rilevi ai fini della soluzione del quesito in parola, si è osservato come possa considerarsi quantomeno dubbia l’applicabilità di tali disposizioni ai servizi pubblici locali³⁴⁶.

Di conseguenza, si è osservato che “*la definizione di concessione di servizi di origine comunitaria può continuare a convivere con la nozione tradizionale interna al nostro ordinamento*”, e ciò in ragione del fatto che la definizione offerta dal codice ha il solo obiettivo “*di estendere anche alla scelta del concessionario i principi fondamentali in materia di contratti pubblici e non già quello di incidere sulla potestà organizzatoria degli Stati membri*”³⁴⁷.

³⁴⁵ Nel senso dell’impossibilità che “*la locuzione utilizzata a livello comunitario identifichi una precisa categoria di diritto interno*”, si veda: R. VILLATA, *Servizi pubblici, discussioni e problemi*, cit., 107.

³⁴⁶ R. VILLATA, *Servizi pubblici, discussioni e problemi*, cit., 127 ss. L’Autore richiama, sul punto, molteplici orientamenti contrastanti posto che le disposizioni richiamate nel testo non consentirebbero di comprendere se includano, o meno, l’ipotesi della concessione di un pubblico servizio. Al contrario, nel senso dell’applicabilità dell’art. 30 del Codice dei contratti pubblici anche alle concessioni di pubblico servizio, si è affermato come per le concessioni di servizi, a differenza degli appalti di servizi, l’applicazione del Codice dei contratti pubblici non sia circoscritta alle sole attività indicate negli allegati, potendosi così ricomprendere anche i pubblici servizi (G. GRECO, N. BASSI, *L’ambito oggettivo di applicazione del Codice*, cit., 247).

³⁴⁷ S. MARTINO, *Commento all’art. 30, “concessione di servizi”*, cit., 334. Secondo l’Autore la nozione di concessione di servizi contenuta nella direttiva 2004/18/CE era riferibile non solo ai servizi che potevano costituire oggetto di appalto ma anche ai SIEG.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, si ritiene necessario discostarsi dalla tesi della natura meramente privatistica e contrattuale del rapporto tra ente e soggetto gestore posto che, accanto al negozio bilaterale, si ritiene sussistente un insopprimibile momento di carattere pubblicistico che non risulta essere scalfito nemmeno dall'assenza di un regime di carattere monopolistico.

Invero, *“indipendentemente dall'esistenza di una riserva esclusiva in favore dell'amministrazione”, “ciò che conta è che l'amministrazione abbia assunto fra i propri compiti quello di soddisfare le esigenze per le quali occorre procedere all'erogazione del servizio”*³⁴⁸.

L'orientamento al quale si ritiene di aderire, dunque, riconduce il rapporto tra ente e soggetto gestore agli accordi sostitutivi di provvedimento di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990.

Tale concezione si pone in linea di continuità rispetto alla più risalente teoria della concessione-contratto, respingendo la qualificazione in termini puramente privatistici del rapporto per accogliere, invece, una definizione idonea a descrivere il fenomeno pur sempre entro l'ambito del diritto amministrativo³⁴⁹.

Certamente applicabile ai SIEG è, oggi, la nuova direttiva espressamente dedicata alla materia delle concessioni.

³⁴⁸ D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, voce, cit., 298.

³⁴⁹ M.P. GIANESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3081. Per un orientamento analogo si vedano: S. MORRONE, *Commento agli artt. 29-33*, in AA.VV., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, a cura di M. Baldi, R. Tomei, Milano, 2007, 289 ss.; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010, 115. In una pronuncia estremamente puntuale, il TAR Piemonte, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750, argomenta quanto segue: *“Preliminarmente rileva il Collegio la propria competenza giurisdizionale, competenza cui necessariamente si perviene ponendo attenzione alla natura giuridica del contratto di servizio concluso tra ricorrente e amministrazione e che è alla base della richiesta attorea. Non ignora il Collegio che una parte della giurisprudenza amministrativa sostiene che appartenga alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il diritto, di cui il concessionario del servizio di trasporto pubblico locale assume essere titolare perché riconosciutogli dalla normativa comunitaria, ai contributi che la Regione è tenuta a corrispondere alle imprese di trasporto per assicurare alle stesse l'equilibrio di bilancio (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 4 novembre 2009, n. 1181). Tuttavia, tale giurisprudenza trascura il dato per cui tali contratti non sono, in realtà, negozi di diritto privato, ma cd. contratti ad oggetto pubblico; in particolare, essi ricadrebbero nella categoria degli accordi sostitutivi di provvedimento, in quanto sostitutivi del provvedimento concessorio, precedentemente sussistente e regolante i rapporti gestore-amministrazione; tali accordi, quindi, ricadono nella giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi dell'art. 11 della l. 241 del 1990. La particolarità degli accordi in esame è quella di appartenere alla species dei cd. “accordi necessari”, species tipica del settore dei servizi pubblici locali, nella quale è il legislatore stesso ad imporre la conclusione di un accordo in luogo del provvedimento. In questa ipotesi, la sostituzione del modulo concessorio, quale tipico strumento provvedimentale ampliativo di natura unilaterale, con il modulo bilaterale è attuata direttamente dal legislatore, ma non per*

questo ne viene modificata ed inficiata la natura giuridica e l'appartenenza alla categoria degli accordi ex art. 11 che, come è noto, costituiscono forme alternative, ritenute più moderne e comunque più flessibili, di esercizio di una potestà che rimane, tuttavia, genuinamente pubblica. Con riferimento ai contratti di servizi, è noto che il legislatore ha introdotto il concetto di "contratto" come strumento di regolazione dei rapporti tra ente e azienda speciale per effetto della previsione contenuta nell'art. 4 L. 95/95 (art. 114 TUEL). (...) Si può definire il contratto di servizio come il rapporto mediante il quale un ente pubblico affida ad un erogatore (il gestore) lo svolgimento di determinati servizi pubblici, con contestuale ed eventuale trasferimento di pubbliche funzioni, nonché di beni pubblici strumentali allo svolgimento del servizio affidato e con l'individuazione di specifici obblighi standard di servizio pubblico: le parti sono individuate da un lato nell'amministrazione pubblica affidante e, dall'altro, nel soggetto gestore del servizio affidato, affidatario. L'introduzione di tale figura ha senz'altro determinato perplessità in ordine alla relativa natura giuridica. Il Collegio osserva, tuttavia, che l'attività amministrativa, anche quando si avvale di strumenti privatistici, resta comunque attività funzionalizzata, e, sotto questo profilo (che è l'unico rilevante), attività amministrativa, soggetta, pertanto, alle regole generali dell'attività amministrativa, diverse da quelle che disciplinano l'attività privatistica. Nell'ambito delle riflessioni sulla figura del contratto di diritto pubblico, infatti, la dottrina e, in parte, la giurisprudenza, hanno compiuto un ulteriore passo avanti di notevole ampiezza, rilevando che non esiste rapporto di necessarietà biunivoca tra carattere unilaterale del potere dell'amministrazione e struttura unilaterale dell'atto con il quale il potere viene esercitato e che, quindi, il potere amministrativo può trovare espressione anche in atti bilaterali.(...) A prescindere da elementi che arricchiscono, ma complicano e rendono meno limpida, questa idea, il risultato che si raggiunge è di tutta evidenza: accanto ai contratti di diritto privato, dove è comunque possibile e tradizionalmente accettato riconoscere all'amministrazione il potere di autonomia privata, vengono a delinearsi fattispecie a struttura bilaterale, nelle quali l'amministrazione svolge un potere unilaterale non privatistico; vengono a delinearsi accordi pubblicistici e convenzioni pubblicistiche. L'art. 11 finisce per dare corpo di diritto positivo ai risultati della elaborazione dottrinale: nell'ambito del procedimento amministrativo, sempre più luogo non di ponderazione comparativa di interessi, ma di negoziazione degli stessi, la volontà del privato, comunque necessariamente coinvolto in funzione partecipativa, concorre al confezionamento della fattispecie produttiva del precetto, o, se si preferisce, del regolamento di interessi, poiché la legge consente (o impone, nel caso dei cd. "accordi necessari") che l'amministrazione aderisca ad atti bilaterali, anziché adottare atti unilaterali (provvedimenti). Gli accordi previsti dall'art. 11 nascono dalla fusione di potere amministrativo e autonomia privata, sono il risultato di valutazioni discrezionali, sono alternativi (in tutto o in parte) al provvedimento unilaterale: nel caso di specie, e nell'ambito della categoria degli accordi necessari, tale alternatività è posta a monte dall'ordinamento (dalla legge). Ci sono ragioni di diritto positivo che impediscono di ricondurre gli accordi di cui all'art. 11 ai contratti ad evidenza pubblica; i contratti ad evidenza pubblica sono veri e propri contratti, soggetti come tali, in difetto di disposizioni legislative speciali o derogatorie, alla integrale disciplina codicistica; gli accordi non sono affatto disciplinati dall'insieme delle regole codicistiche, dato che ad essi si applicano soltanto i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili (art. 11, comma 2). Altrettanto evidente è la differenza di disciplina processuale: per i contratti ad evidenza pubblica sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla formazione del contratto e la giurisdizione del giudice ordinario a proposito della sua interpretazione e della sua esecuzione. Per gli accordi di cui all'art. 11 non esiste alcun riparto: tutte le controversie in materia di formazione, di conclusione e, ciò che più rileva, sul caso di specie, di esecuzione degli accordi sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Nulla impedisce, com'è

Secondo la prospettazione da ultimo enunciata il contratto di servizio diviene l'unico atto idoneo a contenere la complessiva regolamentazione del rapporto, prevedendo, da un lato, l'identificazione degli obblighi di servizio posti in capo al soggetto gestore e, dall'altro, la determinazione degli "aspetti patrimoniali del rapporto"³⁵⁰.

Mancando un atto amministrativo, diverso da quello relativo al mero affidamento del servizio al soggetto individuato, che, in concreto, contenga la regolazione del rapporto, il contratto di servizio assume una funzione assorbente e, appunto, di carattere sostitutivo del provvedimento.

In altre parole, se la ricostruzione della fattispecie in termini di concessione-contratto sottolineava la contemporanea presenza di un atto unilaterale e di un negozio, la ricostruzione qui adottata sottolinea la presenza del solo elemento negoziale che, tuttavia, mantiene una connotazione pubblicistica: quella, lo si ripete, di accordo sostitutivo di provvedimento³⁵¹.

Il dibattito in ordine alla qualificazione del rapporto tra ente e soggetto gestore si arricchisce di ulteriori aspetti problematici nella particolare ipotesi in cui il gestore del servizio sia una società *in house* o a capitale misto.

Invero, ove l'erogazione del servizio sia affidata ad una società a partecipazione pubblica, è stata posta in dubbio la stessa necessità che alle deliberazioni dell'ente attraverso cui si addivene alla costituzione della società, e, nel caso delle società miste, degli ulteriori atti della procedura ad evidenza pubblica con i quali si addivene alla selezione del partner privato, si accompagnino atti ulteriori che disciplinino gli obblighi di servizio, gli standard di qualità del servizio medesimo, le tariffe e le eventuali compensazioni economiche³⁵².

Parte della dottrina ritiene che la regolamentazione della gestione del servizio, nel rapporto tra ente e società pubblica, sia insita nella stessa deliberazione con cui l'ente determina la costituzione della società.

Secondo questa prima impostazione, dunque, alla deliberazione dell'ente con la quale si dà impulso alla costituzione della società e ai

ovvio, che gli accordi siano qualificati, anche dal legislatore, come contratti, ma la qualificazione, in presenza di una disciplina profondamente diversa, rischia di avere rilievo meramente astratto, se non addirittura valore soltanto terminologico. (...)

³⁵⁰ M.P. GIANESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 3081.

³⁵¹ "Gli accordi amministrativi costituiscono, dunque, una modalità di esercizio negoziato del potere amministrativo, senza mutarne la fisionomia in autonomia privata" (M.P. GIANESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 3081). Nel senso che il contratto di servizio non abbia natura di accordo determinativo o integrativo di provvedimento per l'impossibilità di individuare il provvedimento amministrativo, si veda: L. CARROZZA, *Partecipazione e contratto di servizio*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, a cura di A. Crosetti e F. Fracchia, Milano, 2002, 3 ss.

³⁵² R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 645.

successivi atti negoziali - l'atto costitutivo e lo statuto della società a partecipazione pubblica, *in house* o capitale misto³⁵³ -, non si accompagnerebbe il contratto di servizio.

Le società partecipate erogatrici di un pubblico servizio risulterebbero orientate al perseguimento dell'interesse pubblico in forza del particolare scopo sociale impresso nello stesso momento genetico della società³⁵⁴.

Secondo un opposto indirizzo, invece, sia nel caso delle società *in house* che nelle ipotesi delle società miste, gli atti e negozi costitutivi della società dovrebbero necessariamente essere seguiti dal contratto di servizio³⁵⁵.

Una tesi intermedia, peraltro, afferma come il contratto di servizio, del tutto ultroneo nel caso in cui l'ente opti per l'affidamento del servizio ad una società *in house*, dovrebbe, invece, sussistere ove il soggetto gestore sia una società mista.

Ora, nel senso della non sufficienza degli atti e negozi costitutivi delle società partecipate alla definizione dei contenuti degli obblighi di servizio e degli standard quantitativi e qualitativi militano tutte le disposizioni a cui si è fatto cenno nella parte iniziale del presente paragrafo.

Tali disposizioni, infatti, evocano la figura del contratto di servizio quale generale strumento preordinato alla regolamentazione dei rapporti tra ente e soggetto gestore, a prescindere da quale sia la particolare forma di gestione prescelta.

Nonostante il contratto di servizio sia talvolta menzionato come allegato al capitolato di gara – gara che certamente non sarà espletata ove l'ente abbia optato per l'affidamento *in house* – lo strumento in parola assume una valenza decisiva non soltanto nell'ambito dei rapporti tra ente

³⁵³ Ove l'ente opti per il modello della società mista, peraltro, l'individuazione del socio privato avverrà mediante espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

³⁵⁴ Nel senso che l'affidamento di un servizio ad una società a partecipazione pubblica non necessita di un ulteriore provvedimento di concessione: Cons. Stato, ad. Plen., 16 maggio 1996, n. 90, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 305.

³⁵⁵ Nel senso che non sia sufficiente la mera deliberazione dell'ente in ordine all'affidamento del servizio alla società *in house*, ma che debba necessariamente sussistere, anche in tali ipotesi, il contratto di servizio: Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2003, n. 5444, in www.giustizia-amministrativa.it. “L'atto di affidamento (unitamente al relativo contratto di servizio) costituisce, quale provvedimento costitutivo del pertinente titolo, il presupposto legittimante della gestione del servizio da parte della società mista e che, in mancanza di quello, la mera costituzione della società (o l'acquisizione della partecipazione da parte dell'ente interessato) non vale, di per sé, a legittimare l'espletamento del servizio (da ritenersi, quindi, invalidamente concesso in via di fatto)” (Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2003, n. 2380, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 306). Nel senso che il fondamento dell'affidamento del servizio debba rinvenirsi negli atti costitutivi della società e in quelli volti alla selezione del socio privato, costituendo la convenzione, sia pure necessaria, un mero atto consequenziale rispetto ai primi: Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 305.

affidante e gestore ma anche quale specifico presidio a tutela degli utenti finali del servizio medesimo.

Ancora, riconosciuto il contratto di servizio come parametro di riferimento per l'esercizio dei controlli di cui alle più recenti disposizioni del TUEL, nonché come strumento per verificare l'effettivo raggiungimento degli standard prefissati, non è possibile allora ipotizzare che tale mezzo rivolto, in definitiva, ad assicurare l'efficienza nella gestione del servizio venga poi obliterato, dichiarandone non necessaria la presenza, proprio con riferimento a quelle forme di gestione che vedono un maggiore impegno finanziario da parte degli enti pubblici.

Del resto, le disposizioni contenute nelle tre nuove direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni in relazione alla definizione di *in house providing*, individuano nell'appalto o nella concessione lo strumento di regolazione del rapporto anche con riguardo all'aggiudicazione operata nei confronti dei soggetti *in house*, con ciò escludendo che tale regolamentazione dei rapporti tra ente e *in house provider* sia rimessa esclusivamente all'atto costitutivo ed allo statuto dei soggetti in commento³⁵⁶.

Se, dunque, si ritiene di poter affermare la necessità che il contratto di servizio accompagni anche quegli affidamenti disposti in favore delle società pubbliche, *in house* e a capitale misto, rimane ora da verificare se, anche in tali circostanze, possano predicarsi le medesime conclusioni alle quali si è addivenuti *supra* in ordine alla determinazione della natura giuridica del contratto di servizio medesimo.

Mentre non paiono porsi particolari dubbi ermeneutici con riferimento agli affidamenti a società miste, la qualificazione del contratto di servizio nei rapporti tra ente e soggetto *in house* assume dei contorni più sfumati.

Secondo parte della dottrina la qualificazione in termini negoziali del contratto di servizio risulterebbe ontologicamente incompatibile con la configurazione dell'*in house providing*.

Invero, se il soggetto *in house* è semplicemente un prolungamento dell'apparato della p.a., se è vero che il rapporto tra l'*in house provider* e l'amministrazione di appartenenza si atteggia quale delegazione interorganica, allora tale rapporto dovrà necessariamente avere una connotazione esclusivamente di carattere pubblicistico.

In altre parole, se l'*in house provider* assume i caratteri di organo, quantunque peculiare, dell'amministrazione socia, la struttura di tale rapporto, tutta interna all'ente, dovrà necessariamente essere spiegata in termini pubblicistici come rapporto interorganico, risultando paradossale, in caso contrario, il ricorso a qualificazioni ed istituti mutuati dal diritto privato³⁵⁷.

³⁵⁶ Art. 17 della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

³⁵⁷ M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, cit., 801 ss.; B. SPADONI, *Il contratto di servizio nella regolazione dei servizi pubblici*, cit.

Tale ricostruzione, per quanto risulti coerente con la definizione di *in house providing* che la giurisprudenza della Corte di giustizia offre, non appare condivisibile nella sua radicalità.

Invero, quando la giurisprudenza comunitaria e la Commissione si riferisce al rapporto tra p.a. e *in house provider* in termini di delegazione interorganica certo non intende sancire una qualificazione giuridicamente precisa del fenomeno descritto, essendo, quest'ultima, del tutto peculiare e determinata autonomamente da ogni singolo Stato membro³⁵⁸. Da ciò ne consegue come una descrizione del rapporto in parola in termini di rapporto interorganico non costituisca una definizione imposta dall'ordinamento sovranazionale.

Inoltre, il fatto che il soggetto *in house* sia, nella maggior parte dei casi, una società di capitali, costituita secondo le forme del diritto privato e provvista di un'autonoma personalità giuridica, distinta dall'amministrazione affidante, non può considerarsi un elemento di scarso rilievo. Il momento negoziale del rapporto potrà quindi ben predicarsi anche nell'ipotesi di affidamento *in house* stante l'alterità soggettiva tra le parti, e nonostante il gestore si venga a trovare in una posizione di eterodirezione.

Diversa, e più condivisibile, è l'opinione di quanti, al contrario, ritengono che la qualificazione del contratto di servizio in termini di accordo sostitutivo di provvedimento ben possa considerarsi adeguata quale definizione dei rapporti tra ente e società *in house*.

Il momento pubblicistico e privatistico, negli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, in quanto strettamente correlati, ben spiegano, anche nell'ipotesi in parola, le peculiarità del rapporto.

Ricostruita in questi termini la natura giuridica del contratto di servizio, è necessario un breve cenno alla forma che quest'ultimo dovrà assumere³⁵⁹.

Si è ritenuto che il contratto di servizio debba essere perfezionato nella forma dell'atto pubblico amministrativo e, dunque, rogato dal Segretario generale dell'ente³⁶⁰.

³⁵⁸ Corte dei conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione del 20 ottobre 2008, n. 78, in www.corteconti.it: "neppure vale, ad escludere la necessità della stipula della convenzione, la considerazione che, nel caso di affidamento *in house*, si instaura un particolare rapporto tra ente affidante e società affidataria, generalmente qualificato in termini di delegazione interorganica, e caratterizzato dall'assenza di terzietà del soggetto affidatario rispetto al soggetto affidante, con la conseguente possibilità di considerare il primo quale parte integrante e prolungamento organizzativo del secondo. Non bisogna dimenticare, infatti, che il cosiddetto *in house providing* è istituto di matrice pubblicistico-comunitaria, sorto dall'esigenza di coniugare il fondamentale principio di libera concorrenza con quello di autorganizzazione della p.a., e la ricostruzione del rapporto ente affidante-società affidataria in termini di immedesimazione soggettiva non è trasponibile nell'ambito del diritto civile, conducendo altrimenti all'aberrante conseguenza di considerare sufficiente la delibera amministrativa di affidamento del servizio alla stregua di una delega amministrativa".

³⁵⁹ L'art. 11, comma 2, l. n. 241/1990 prescrive, a pena di nullità, la forma scritta.

Secondo altro indirizzo, invece, ferma la necessità della forma scritta *ad substantiam*, l'ente potrà individuare la forma più opportuna in mancanza di una disposizione di legge o di una specifica previsione del regolamento sull'attività contrattuale emanato ai sensi dell'art. 7 del TUEL.

Pertanto, salva l'ipotesi in cui sia prevista una determinata forma scritta per la sottoscrizione del contratto di servizio, l'ente potrà scegliere liberamente tra la forma pubblica notarile, la forma pubblica amministrativa con rogito del Segretario generale, la scrittura privata autenticata o non autenticata, tenendo conto "*della soluzione che comporta il minor aggravio economico per l'Ente*"³⁶¹.

In nome e per conto dell'ente, soggetto competente a sottoscrivere il contratto di servizio sarà il Dirigente del settore interessato, ai sensi dell'art. 107 del TUEL.

10. Profili di tutela e questioni processuali.

L'individuazione della qualificazione del rapporto tra ente e soggetto gestore in termini di accordo sostitutivo di provvedimento ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990 conduce, ora, ad analizzare ulteriori profili problematici: l'individuazione della disciplina sostanziale applicabile al relativo rapporto e la tutela giurisdizionale.

In dottrina è tema ampiamente dibattuto quello della natura giuridica degli accordi in parola, essendo controversa la loro riconduzione nell'ambito dei contratti di diritto privato, ovvero, in alternativa, nell'ambito dei contratti di diritto speciale, piuttosto che, ancora, nell'ambito dei contratti di diritto pubblico³⁶².

La soluzione del problema passa attraverso l'analisi del dato positivo di riferimento il quale, nello stabilire quale sia la disciplina applicabile, pone in evidenza la sovrapposizione tra normativa privatistica e normativa pubblicistica e, dunque, tra momento autoritativo e momento negoziale³⁶³.

In dottrina è stato posto in luce come la rilevanza del pubblico interesse insito negli accordi tra p.a. e soggetti privati giustifichi la qualificazione dell'accordo "*come atto appartenente al diritto pubblico*"³⁶⁴.

Ad ogni modo, il rinvio espresso che il legislatore opera alla disciplina civilistica nei limiti in cui questa si riveli compatibile, impone di

³⁶⁰ G. DE CANDIA, *Il contratto di servizio nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società di capitali a partecipazione pubblica*, in *Nuova rassegna*, 2000, 19, 2036.

³⁶¹ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione 20 ottobre 2008, n. 78, in www.corteconti.it.

³⁶² G.P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶³ Per una compiuta analisi dell'istituto in parola è necessario rinviare alla copiosa dottrina in materia: M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*, II edizione, cit., 956 ss.

³⁶⁴ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 589.

considerare in che modo risultino integrati i due momenti, privatistico e pubblicistico.

Sul punto, si sono ritenute applicabili le disposizioni relative all'annullabilità del contratto alla sola formazione del consenso della parte privata, il dovere di comportarsi secondo buona fede, ma non la disciplina del recesso di cui all'art. 1373 c.c. a fronte della previsione di un espresso potere di recesso, del tutto assimilabile alla revoca del provvedimento amministrativo in senso stretto³⁶⁵.

L'esercizio del potere sopra riferito risulta tuttavia puntualmente circostanziato, potendo l'amministrazione recedere dal rapporto soltanto in presenza di sopravvenuti motivi di interesse pubblico e con l'obbligo di liquidare in favore del privato un indennizzo congruo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno di questi.

Ancora, in relazione alla violazione di norme imperative, si è ritenuta non esercitabile l'azione di nullità ex art. 1418 c.c., in quanto si tratterebbe di una disposizione incompatibile *“con il regime di tutela pubblicistico approntato dall'ordinamento per reagire contro le violazioni di legge perpetrate dall'amministrazione, in funzione di tutela del principio di legalità”*³⁶⁶. Ove si riscontri la violazione di norma imperativa, pertanto, sarà necessario impugnare l'atto in quanto, trattandosi di una violazione di legge, il vizio suddetto potrà farsi valere per mezzo dell'esercizio dell'azione di annullamento dell'atto stesso.

Precisamente, nel caso sia ravvisabile una sovrapposizione dei rimedi, pubblicistici e privatistici, come per il caso della nullità per violazione di norme imperative, dovranno prevalere i primi, *“atteso il limite di compatibilità del richiamo al codice civile, peraltro esteso soltanto ai principi (...) coerente con la natura giuridica degli accordi”*³⁶⁷.

Ulteriori dubbi interpretativi pone l'inciso in forza del quale gli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990 si perfezionerebbero *“senza pregiudizio dei diritti dei terzi”*.

In giurisprudenza si è affermato come appaia *“difficile pensare che la proposizione in esame non sia altro che una (inutile) ripetizione della disposizione codicistica”*, in quanto *“i terzi controinteressati hanno titolo*

³⁶⁵ In questi termini: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 590.

³⁶⁶ TAR Piemonte, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750.

³⁶⁷ TAR Piemonte, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750. La nullità dell'atto consensuale, vale a dire del contratto di servizio, per violazione di norma imperativa, potrà essere fatto valere soltanto tramite l'azione di annullamento ex artt. 21-octies l. 241 del 1990. Ancora *“non potrà applicarsi il regime di cui all'art. 1339 c.c., relativamente alla sostituzione di clausole e prezzi imposti, norma che postula la nullità per violazione di norma imperativa e che, come visto, per gli atti dei pubblici poteri non può applicarsi, essendo un predicato tipico degli atti genuinamente privati”*. *“Identica conclusione anche nell'ipotesi in cui l'atto amministrativo (in forma unilaterale o bilaterale-consensuale) si assuma in contrasto con una disposizione di rango comunitario che, come è noto, si risolve sul piano interno in un vizio di legittimità”*.

per partecipare al procedimento amministrativo". Si è così ipotizzato "che: a) i terzi controinteressati possano (o addirittura debbano) prendere parte all'accordo; ovvero, alternativamente, b) l'eventuale pregiudizio dei diritti dei terzi determini la patologia dell'accordo concluso tra l'amministrazione e l'interessato", alla cui impugnazione sono legittimati i terzi medesimi, così come avviene per qualsivoglia provvedimento amministrativo³⁶⁸.

I cenni, sia pure del tutto parziali, alla disciplina sostanziale degli accordi tra amministrazione e privati induce, ora, ad analizzare il tema delle forme di tutela riconnesse ad una tale qualificazione del rapporto.

In particolare, si tratta di stabilire quali siano le posizioni giuridiche soggettive sottese ai rapporti tra ente e soggetto gestore del servizio, la qualificazione giuridica di queste e, in definitiva, il tema della giurisdizione.

Alla luce del dato positivo di riferimento, deve osservarsi come uno degli ambiti materiali che il legislatore ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo siano "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità", come dispone l'art. 133 del codice del processo amministrativo.

La disposizione risulta, nella sostanza, una riproduzione di quella di cui al d.lgs. 80/1998, la cui formulazione è stata alquanto travagliata³⁶⁹.

La versione più risalente dell'art. 33 del d.lgs. 80/1998³⁷⁰ è stata riformata, in primo luogo, a seguito della legge 21 luglio 2000, n. 205, la

³⁶⁸ TAR Piemonte, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶⁹ Prima dell'intervento di riforma del 1998, a mente degli artt. 7, comma 2, e 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, l'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo includeva "i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici", ferma la giurisdizione del Giudice ordinario "per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi". Per tutti: AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, VI edizione, Torino, 2014.

³⁷⁰ A seguito della legge n. 205/2000, l'art. 33 prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di "tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481", intendendo, in particolare, le controversie: "a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana; b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi; c) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi; d) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione

quale, a fronte della declaratoria di incostituzionalità della disposizione per eccesso di delega³⁷¹, ne aveva riprodotto l'originario contenuto, attuando ciò che è stato definita una sorta di "novazione della fonte"³⁷².

La legge delega 15 marzo 1997, n. 59, all'art. 11, comma 4, aveva infatti previsto l'estensione della giurisdizione del Giudice amministrativo ai diritti patrimoniali consequenziali in materia di urbanistica, edilizia e dei servizi pubblici, tuttavia non postulando la creazione di nuovi ambiti di giurisdizione esclusiva rispetto a tali materie.

La legge delega, in buona sostanza, intendeva soltanto espungere il sistema del doppio binario, in virtù del quale, nelle materie innanzi indicate, chi avesse ottenuto l'annullamento di un provvedimento amministrativo da parte del G.A. doveva però rivolgersi al Giudice ordinario per il ristoro dell'eventuale pregiudizio patrimoniale subito³⁷³.

Prima che della legittimità dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 fosse nuovamente chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale, il Consiglio di Stato, con un'importante pronuncia³⁷⁴, ha offerto una prima definizione dell'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, con particolare riferimento alle controversie meramente patrimoniali inerenti al servizio farmaceutico.

Il Consiglio di Stato, oltre a ritenere che nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rientrassero tutte le controversie, comprese quelle riguardanti il mancato pagamento di somme, affermava come il generale riferimento normativo a "tutte le controversie in materia di pubblici servizi" implicasse l'affermazione della giurisdizione

delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale; e) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità".

³⁷¹ Corte cost., 17 luglio 2000, n. 292.

³⁷² M. CUNIBERTI, *Il servizio pubblico nella nuova giurisdizione esclusiva (art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998, come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205)*, in AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, 2001, 274.

³⁷³ I profili di criticità sottesi alla legge delega erano di più ampio respiro rispetto a quelli di cui si è fatto cenno. In specie, sotto il profilo della possibile frizione della legge di delega, recante un criterio di riparto fondato sulla materia, rispetto al quadro costituzionale, fondante il riparto di giurisdizione sul diverso criterio della natura della situazione giuridica soggettiva tutelata, ai sensi degli artt. 24, 103 e 113 Cost., si veda: M. CUNIBERTI, *Il servizio pubblico nella nuova giurisdizione esclusiva (art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998, come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205)*, cit., 270.

³⁷⁴ Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 30 marzo 2000, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto: V. PARISIO, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Volume II, Attività, organizzazione, servizi*, Padova, 2007, 398 ss.

esclusiva del G.A. a prescindere dalla qualità formale di concessionario di pubblico servizio, rilevando soltanto la qualità di ‘gestore’ del servizio pubblico.

Nella vigenza dell’originaria formulazione dell’art. 33 citato, pertanto, la qualificazione giuridica dei rapporti tra ente e soggetto gestore del servizio non veniva in considerazione ai fini della determinazione della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Al contrario, l’attuale formulazione dell’art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. che, come innanzi accennato, recepisce il disposto dell’art. 33 cit. come risultante a seguito della pronuncia additiva della Corte costituzionale n. 204/2004³⁷⁵, pare porre in dubbio tale conclusione, stante il riferimento espresso alle controversie in materia di pubblici servizi “*relative a concessioni di pubblico servizio*”.

³⁷⁵ La Corte costituzionale, con sentenza 5 - 6 luglio 2004, n. 204, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall’art. 7, lettera a), della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevede che siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “*tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli*” anziché “*le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché*”. Per un commento si vedano, *ex plurimis*: V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *Rivista telematica federalismi.it*; F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *Rivista telematica federalismi.it*; L. COEN, *Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; M. A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004)*, in *Rivista telematica Lexitalia.it*; R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Rivista telematica Lexitalia.it*; M. E. RITROVATO, *Legge n. 205/2000: bocciata la giurisdizione esclusiva, promossa la tutela risarcitoria*, in *Rivista telematica dell’AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*; M. CLARICH, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in *www.giustizia.amministrativa.it*; S. DE FELICE, *La giurisdizione sui comportamenti delle amministrazioni e la tutela processuale (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 204/2004)*, in *www.giustizia.amministrativa.it*; U. DI BENEDETTO, *Le materie della giurisdizione esclusiva dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

L'ambito della giurisdizione del G.A. nel campo dei pubblici servizi sembra allora doversi circoscrivere a quelle sole ipotesi in cui il rapporto tra ente e soggetto gestore si possa qualificare come di tipo concessorio.

Il quesito che investe la definizione dell'estensione della giurisdizione esclusiva, allora, dovrebbe trovare soluzione preliminarmente risolvendo il problema della qualificazione del rapporto suddetto.

Seguendo questa prospettiva, in dottrina è stato posto in luce come, ad oggi, dovendo dubitarsi della qualificazione in termini di concessione dell'affidamento di un pubblico servizio, dovrebbe parimenti circoscriversi la stessa estensione della giurisdizione del G.A., escludendola quanto alle controversie attinenti alla fase esecutiva del rapporto³⁷⁶.

Al contrario, tale impostazione non risulta condivisibile alla luce della qualificazione del rapporto tra ente e soggetto gestore del servizio nei termini sopra riferiti, orientamento peraltro avallato dalla giurisprudenza più recente.

Inoltre, potrebbe trarsi proprio dalla disposizione relativa all'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. una indiretta conferma della qualificazione del rapporto in parola in termini pubblicistici.

La permanenza dell'esercizio di poteri autoritativi da parte della p.a. nell'ambito dei pubblici servizi risulta confermato, del resto, dalla stessa Corte costituzionale la quale, nella nota pronuncia n. 204/2004, ha ritenuto insufficiente, ai fini dell'individuazione di un ambito di giurisdizione esclusiva, la *“pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse”* essendo necessario che la pubblica amministrazione agisca e si atteggi *“come autorità”*.

Ad avviso della Consulta, se l'esercizio di poteri autoritativi risulta assente ove si discorra di indennità, canoni ed altri corrispettivi connessi alla gestione di un pubblico servizio, dovendosi escludere la conformità a Costituzione di una disposizione che estenda a tale ambito la giurisdizione esclusiva del G.A., ciò non può dirsi con riferimento alla materia dei pubblici servizi. Quest'ultima, infatti, *“può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990)”*.

L'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, così come attualmente definita dal codice del processo amministrativo,

³⁷⁶ C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, cit., 563.

appare, dunque, il frutto dell'apporto ermeneutico offerto dalla Corte costituzionale³⁷⁷.

Per completezza, deve peraltro accennarsi come il codice del processo amministrativo riconduca all'ambito della giurisdizione esclusiva del GA altre materie – quali le controversie relative ai provvedimenti di concessione di aiuti di stato, alla concessione di beni pubblici e quelle relative proprio alle controversie in ordine alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento e degli accordi fra p.a.³⁷⁸ - contigue rispetto a quella dei pubblici servizi, con ciò contribuendo ad ingenerare un quadro estremamente composito³⁷⁹.

³⁷⁷ Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2011, n. 3611; Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529; Cons. Stato, Sez. III, 31 ottobre 2011, n. 5823, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3892, in www.giustizia-amministrativa.it: “L’art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, ora art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., nel prevedere che ‘le controversie relative all’affidamento di un pubblico servizio’ rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, si riferisce ai ‘servizi pubblici’ da intendersi come i servizi affidati in favore della collettività, in virtù di un rapporto concessorio a monte, con la conseguenza che per affidamento di un pubblico servizio si fa riferimento a qualsivoglia tipo contrattuale o procedura di affidamento con cui appunto viene attribuito ad un soggetto il compito di erogare un servizio pubblico in favore della collettività”. Pertanto, “Mentre in caso di affidamento di un servizio pubblico (recte, servizio al pubblico), la giurisdizione del giudice amministrativo si determina prescindendo dalla natura soggettiva del soggetto affidante e della sussistenza di un dovere di seguire procedure di evidenza pubblica, nel caso di affidamento di un appalto pubblico di servizi la giurisdizione si determina in applicazione dell’art. 133, co. 1, lett. e), n. 1), D.Lgs. n. 104/2010”.

³⁷⁸ Art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.

³⁷⁹ Art. 133, d.lgs. 104/2010, “Materie di giurisdizione esclusiva”: “1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: (...) b) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche; (...) m) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di comunicazioni elettroniche, compresi quelli relativi all’imposizione di servitù, nonché i giudizi riguardanti l’assegnazione di diritti d’uso delle frequenze, la gara e le altre procedure di cui ai commi da 8 a 13 dell’articolo 1 della legge 13 dicembre 2010, n. 220, incluse le procedure di cui all’articolo 4 del decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 maggio 2011, n. 75; n) le controversie relative alle sanzioni amministrative ed ai provvedimenti adottati dall’organismo di regolazione competente in materia di infrastrutture ferroviarie ai sensi dell’articolo 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188; o) le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti; p) le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell’articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze

La giurisdizione del GA nell'ambito delle concessioni di pubblici servizi comprende le controversie inerenti alla fase dell'affidamento così come quelle relative alla fase di esecuzione del rapporto e che in qualche misura incidano sull'esistenza, durata o rinnovazione del rapporto medesimo³⁸⁰.

Le controversie aventi ad oggetto i rapporti patrimoniali, invece, ivi comprese quelle concernenti *“l'adeguamento dei contributi pubblici secondo il criterio dei costi effettivamente sostenuti anziché dei costi standardizzati o forfetari, in quanto fondata sulla richiesta di diretta applicazione del Regolamento 1191/1969/CEE, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e non del giudice amministrativo, non ricorrendo elementi di discrezionalità amministrativa, bensì parametri normativi predeterminati, in relazione ai quali la concessionaria risulta titolare di un diritto soggettivo”*³⁸¹.

Tuttavia, se il riconoscimento del rapporto creditorio in favore del concessionario di pubblico servizio *“passa attraverso l'adozione di un provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione (...) in veste d'autorità, anche se questo porta al riconoscimento di un diritto soggettivo, la controversia insorta sullo stesso appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”*³⁸².

emanati ai sensi dell'articolo 5, commi 2 e 4 della medesima legge n. 225 del 1992 e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati; (...) z-ter) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua istituita dall'articolo 10, comma 11, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106; (...) z-quinquies) le controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni; z-sexies) le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso”.

³⁸⁰ G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, IV edizione, Roma, 2014, 1324 ss. L'Autore rinvia a: Cons. St., Sez. IV, 22 gennaio 2014, n. 337; id., Sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7737.

³⁸¹ G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 1326 e, sul punto, TAR Piemonte, Sez. II, 22 ottobre 2013, n. 1089.

³⁸² G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 1326. Cfr. Cons. St., Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4469. Più in generale, sul tema di riparto di giurisdizione nella materia in esame, si vedano: Cass., Sez. un., 7 gennaio 2014, n. 67; Cass., Sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3044; Cass., Sez. un., 20 giugno 2012, n. 10149; Cass., Sez. un., 14 novembre 2012, n. 19828; Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2371; Cass., Sez. un., 10 luglio 2012, n. 11512.

Adottando una differente prospettiva, la sussistenza della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo è stata affermata con riferimento alla fase esecutiva di un rapporto convenzionale tra l'amministrazione e una società in merito all'affidamento di un servizio pubblico in forza dell'art. 133, comma 1, lettera a), n. 2, d.lgs. n. 104/2010, in forza della qualificazione del rapporto tra ente e soggetto gestore quale accordo di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241³⁸³.

Concludendo, l'analisi della disciplina inerente al riparto di giurisdizione nella materia in esame conduce ad affermare come l'assimilazione tra appalto e concessione operata dal codice dei contratti pubblici, pur attenuando i profili pubblicistici inerenti alla seconda fattispecie, non elimina il carattere preminente che l'interesse pubblico mantiene nell'ambito del rapporto trilaterale caratteristico delle concessioni di pubblico servizio³⁸⁴. Ed è la preminenza di tale interesse a giustificare la previsione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva³⁸⁵.

³⁸³ Cons. Stato, Sez. IV, 22 agosto 2011, n. 4795, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁸⁴ Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La controversia decisa aveva ad oggetto l'impugnazione della delibera del Consiglio comunale con la quale veniva sancita la decadenza e/o la risoluzione per grave inadempimento della società concessionaria, esercente la gestione del servizio idrico integrato in ambito comunale, controversia rispetto alla quale è stata affermata la giurisdizione del G.A. (in senso conforme: Cass., Sez. un., 2 aprile 2007, n. 8094; Cass., Sez. un., 20 novembre 2007, n. 24012; Cons. St., Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 5173. In senso contrario: Cons. St., Sez. V, 17 maggio 2005, n. 2461; TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 12 settembre 2012, n. 554; Cons. St., Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 5412, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*).

³⁸⁵ A. MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'“araba fenice” del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 2, 148 ss. L'Autore sottolinea come il profilo più controverso attenga alla determinazione della giurisdizione con riferimento alla fase esecutiva del rapporto. Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, tali controversie, in quanto scaturenti da rapporti di carattere paritetico tra p.a. e privato gestore, ricadrebbero nell'ambito della giurisdizione del Giudice ordinario, e ciò sulla base del criterio di riparto fondato, ai sensi dell'art. 103 Cost., sulla natura della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa (Cons. St., Sez. V, 17 maggio 2005, n. 2461, in *www.giustizia-amministrativa.it*). A tale orientamento fa da contraltare la tesi che, ad oggi, appare prevalente, secondo il quale nella giurisdizione del Giudice amministrativo rientrerebbero sia le controversie relative alla individuazione del concessionario sia le controversie inerenti alla fase esecutiva del rapporto (Cass., Sez. un., 20 novembre 2007, n. 24012; Cons. St., Sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3997, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

CAPITOLO III

LE SOCIETÀ PUBBLICHE, *IN HOUSE* E A CAPITALE MISTO

1. La definizione dell'*in house providing* come istituto giuridico nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

L'espressione *in house providing* è stata utilizzata per la prima volta in ambito comunitario nella Comunicazione della Commissione europea n. 143, il cosiddetto Libro Bianco sugli appalti pubblici nell'Unione europea³⁸⁶. Questo documento segue e completa il Libro Verde presentato nel 1996³⁸⁷, nel quale la Commissione fornisce una prima specificazione degli *in house contracts*, definendoli “*contratti aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra un'amministrazione centrale e le amministrazioni locali, ovvero tra un'amministrazione ed una società da questa interamente controllata*”.

La Commissione si è occupata ancora una volta della figura dell'affidamento *in house*, sempre in un atto privo di efficacia cogente³⁸⁸. L'istituto veniva, allora, definito come “*problema particolare che si pone se tra concedente e concessionario esiste una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice*”.

Di fronte al sostanziale silenzio del Trattato, del diritto comunitario derivato e della disciplina nazionale, è stato possibile costruire in modo coerente questa fattispecie attraverso l'ausilio del principale contributo a disposizione: l'opera pretoria della Corte di giustizia, intervenuta sul punto a partire dalla seconda metà degli anni novanta³⁸⁹.

³⁸⁶ Libro Bianco COM (1998) n. 143, *Public Procurement in the European Union*, presentato a Bruxelles l'11 marzo 1998, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 889 con commento di PASQUINI, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa*.

³⁸⁷ COM (1996) n. 583, *Public Procurement in the European Union, exploring the way forward*, presentato a Bruxelles il 27 novembre 1996.

³⁸⁸ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni per il diritto comunitario, pubblicata in GUCE il 29 aprile 2000.

³⁸⁹ La dottrina in materia è, oggi, molto vasta: M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e*

La figura dell'*in house providing* nasce nell'ordinamento del Regno Unito, in contrapposizione al *contracting out*, con riferimento all'ipotesi in cui l'amministrazione pubblica, dovendo approvvigionarsi di beni, servizi, forniture, esecuzione di lavori e di opere, esercizio di funzioni pubbliche o erogazione di servizi, è tenuta ad operare una scelta fra la possibilità di rivolgersi all'esterno o soddisfare le proprie esigenze ricorrendo al suo interno.

Dunque, nell'ordinamento inglese, l'*in house provider* è soggetto ad un confronto concorrenziale con produttori esterni, confronto che si colloca in un momento intermedio tra quello in cui la p.a. determina la propria necessità di approvvigionarsi ed il successivo, in cui la p.a. stessa sceglie le modalità con cui soddisfare il proprio bisogno. Qualora la p.a. si determini ad affidare *in house* l'attività oggetto della procedura competitiva, il rapporto giuridico che s'instaura tra p.a. e produttore *in house* non sarà soggetto alla disciplina europea sugli appalti pubblici³⁹⁰.

nazionale, in *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 243 ss.; M. FRATINI, G. BASCHETTI, *Le società di capitali: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, 785 ss.; M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 5, 551 ss.; I. MOSCARDI, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di controllo analogo*, in *Foro amministrativo TAR*, 2007, 6, 2248; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 1, 179-186; S. CORNELLA, *L'in house providing nel dialogo fra Corte di Giustizia e giudici nazionali*, in AA.VV., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G.A. Benacchio, M. Cozzio, Milano, 2012, 70 ss.; F. PORCELLANA, *Servizi pubblici locali e deroghe alla concorrenza: la Corte salva l'in house providing*, cit., 475; G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2005, 308; C. TESSAROLO, *La gestione in house di pubblici servizi*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; G. MULLANO, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del consiglio di stato*, in www.Altalex.it; N. FERRANTE, *Gli affidamenti in house: il rapporto tra l'amministrazione e la società affidataria nella logica del controllo analogo*, in www.Altalex.it; A. ILACQUA, *L'in house "puro" dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3, 747; B. MAMELI, *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 10, 1949 ss.; A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 8, 889.

³⁹⁰ N. LANDI, A. PAPI ROSSI, *L'affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, anno XVI, 2008, 2, 147. L'*in house providing*, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, rappresenta un'eccezione all'applicazione delle regole dell'evidenza al pari dell'ipotesi di cooperazione tra enti pubblici, riconducibile all'istituto dell'accordo tra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15 della legge n. 241/1990. Anche il partenariato pubblico-pubblico, quale forma di cooperazione orizzontale, non istituzionalizzata come, invece, avviene nel caso dell'*in house providing*, rappresenta un'alternativa al *contracting-out*, ove ricorrano alcune stringenti condizioni: il perseguimento del pubblico interesse; i movimenti finanziari tra le p.a. partecipanti all'accordo costituiscono soltanto il mero rimborso delle spese effettivamente sostenute per la realizzazione dell'attività; l'effettiva compartecipazione di tutte le p.a. coinvolte all'esercizio dell'attività comune, la quale può consistere anche nell'espletamento di un pubblico servizio; l'attività deve essere svolta senza la

Ulteriore contributo alla spiegazione del fenomeno si rinviene nelle conclusioni dell'avvocato generale nella causa *Arnhem* contro *BFI Holding BV*³⁹¹. La causa riguardava una controversia tra due Comuni olandesi ed un'impresa privata (*BFI*), la quale sosteneva che l'assegnazione del servizio di raccolta dei rifiuti con una società per azioni (*ARA*), a tal fine costituita dai Comuni di cui trattasi, dovesse essere assoggettata alla procedura prevista dalle direttive comunitarie. L'avvocato generale La Pergola concludeva affermando come non sussistesse una sostanziale terzietà tra la società ed i due Comuni. Così proseguiva l'avvocato generale: “*Siamo di fronte ad una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei Comuni, i quali nel conferire ad ARA le attività in questione non hanno inteso in alcun modo privatizzare le funzioni precedentemente da essi svolte in quel settore. In definitiva (...) il rapporto che intercorre tra i Comuni ed ARA non può essere considerato un appalto ai sensi della direttiva*”.

Sono proprio queste conclusioni, riprese dalla Corte solo in seguito, a segnare il primo passo verso la paradigmatica sentenza *Teckal*. Da essa discenderebbe il principio secondo cui le p.a. possono scegliere di non esternalizzare e di rivolgersi all'interno della propria organizzazione, verso soggetti che, in virtù di un rapporto di delegazione interorganica con l'amministrazione aggiudicatrice, non escono dalla sfera amministrativa di essa.

Esaminando l'ordinamento giuridico comunitario, infatti, non è ravvisabile un obbligo a carico della p.a. di rivolgersi al mercato per il soddisfacimento dei propri bisogni³⁹².

partecipazione di privati, i quali, altrimenti, verrebbero a trovarsi in una posizione privilegiata rispetto agli altri operatori (*ex plurimis*: CGCE, 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, CGCE, Sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Hamburg, Hochschul-Informations-System GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, in www.curia.europa.eu). Sul punto: T. BIANCHI, L. PONZONE, *La cooperazione pubblico-pubblico e gli accordi di collaborazione tra pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G.A. Benacchio, M. Cozzio, Milano, 2012, 56 ss.; A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in AA.VV., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2011, 699 ss.

³⁹¹ CGCE, sentenza del 10 novembre 1998, causa C-360/96, *Geemente Arnhem e Geemente Rheden contro BFI Holding BV*, in *Foro italiano*, 1999, 139.

³⁹² *L'in house providing* può essere qualificato come un istituto a carattere eccezionale, forse speciale, ma sicuramente non residuale.

L'affermazione dell'eccezionalità dell'istituto discende da molti arresti della Corte di Giustizia (CGCE, sentenza del 13 ottobre 2005, causa C- 458/03; *id.*, sentenza dell'8 maggio 2003, causa C- 349/97, in www.curia.europa.eu), prontamente recepiti nell'ordinamento interno (Cons. Stato, Sez. II, parere del 18 aprile 2007, n. 456; TAR Toscana, Sez. II, 18 maggio 2007, n. 762; TAR Sicilia, Sez. II, sentenza del 13 febbraio 2006, n. 198, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2006, 217 ss.).

Allora, solo quando la p.a. decida di ricorrere al mercato, sussisterà l'obbligo di rispettare il principio dell'evidenza pubblica. La scelta tra rivolgersi all'esterno o auto-produrre è quindi rimessa all'amministrazione la quale, nel determinarsi in un senso piuttosto che in un altro, incontrerà i soli limiti di diritto interno, tra i quali, oltre alle norme generali ed astratte, i principi che regolano le scelte discrezionali di ogni amministrazione pubblica quali, in modo particolare, quelli di efficienza, efficacia, economicità³⁹³.

I soggetti *in house* non possiedono un autentico carattere imprenditoriale: *l'in house provider* non conosce il rischio di mercato

Infatti, talune decisioni del giudice amministrativo fanno espressamente riferimento all'*in house* quale fattispecie residuale (TAR Campania, Sez. I, sentenza del 13 settembre 2006, n. 8055, in www.dirittodeiservizipubblici.it; TAR Lombardia, Sez. I, sentenza del 12 dicembre 2006, n. 2920, in www.giustizia-amministrativa.it) ed altre, seppure non si esprimono in questi termini, circoscrivono l'applicazione dell'istituto ad ambiti così angusti da relegarlo nel campo della marginalità (in questo senso TAR Lazio, sentenza del 9 gennaio 2007, n. 72, in www.giustizia-amministrativa.it).

Questo significa che per la CGCE il modello *in house* è propriamente eccezionale e, cioè, contemplato da norme che derogano ad altre (quelle in tema di gare). In quanto istituto derogante (TAR Trentino Alto Adige, sezione Bolzano, sentenza dell'8 marzo 2007, n. 91, in *Giustizia amministrativa*, 2007, 4), le condizioni necessarie ad integrare l'organizzazione *in house* devono essere interpretate restrittivamente, in conformità all'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

A questo punto, emerge un ulteriore interrogativo: se l'amministrazione possa ricorrere al modello *in house* anche nei settori ove la normativa interna non annovera tale modulo organizzativo tra le forme di gestione di una determinata attività e tuttavia nemmeno lo vieti.

Un approccio corretto al problema non può prescindere dall'esame dei rapporti tra ordinamento interno e comunitario. Questi starebbero in un rapporto d'integrazione e non di separazione: ciò è confermato anche dalla Corte Costituzionale in quanto questa ha statuito che "le esigenze della riserva di legge possono essere soddisfatte con riferimento all'ordinamento nel suo insieme" e ha ritenuto idonee "le norme contenute nelle direttive comunitarie, in carenza di un quadro organicamente predisposto dal legislatore nazionale" (Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, in *Giur. cost.*, 1998, 3316).

Non convince allora quanto sostenuto da parte della giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, sentenza del 3 aprile 2007, n. 1514), e cioè che non sarebbe legittimo il ricorso all'*in house providing* in assenza di un'espressa disposizione di legge idonea a consentirlo. Quest'ipotesi è diversa da quella che si realizza quando l'ordinamento interno preclude alla p.a. il ricorso all'affidamento *in house*: in tale evenienza non si fa questione della supplenza della norma di diritto comunitario rispetto all'ordinamento interno, ma si registra una precisa scelta politico - organizzativa da parte del legislatore nazionale. Un'opzione siffatta non è ovviamente in contrasto con il diritto comunitario, laddove questo lasci espressamente discrezionalità agli Stati membri circa la previsione o meno del modello *in house* quanto allo svolgimento di certi compiti. La questione è rilevante in quanto l'eventuale limitazione, da parte del legislatore statale o regionale, delle possibili scelte organizzative di altre amministrazioni territoriali potrebbe stridere con altri valori costituzionali, quali il principio di autonomia, ex art. 114 Cost.

³⁹³ L. CAMERIERO, *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 5, 590.

considerato com'è alla stregua di una *longa manus* dell'ente pubblico che l'ha generato³⁹⁴.

Natura e caratteri del controllo che la p.a. deve esercitare sull'ente affidatario sono stati oggetto di approfondimento da parte dell'avvocato generale Alber nella causa *RI.SAN. s.r.l.*³⁹⁵. Il giudizio aveva ad oggetto la legittimità di due delibere di un ente locale con le quali lo stesso aveva provveduto alla costituzione di una società mista³⁹⁶ e, successivamente, all'affidamento diretto alla stessa società del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, senza osservare le procedure di aggiudicazione previste dalla disciplina comunitaria. L'avvocato generale Alber formulava, nelle sue conclusioni, alcune considerazioni sulle caratteristiche che il controllo dell'amministrazione aggiudicatrice sull'ente affidatario deve possedere perché si possa configurare un rapporto assimilabile a quello di delegazione interorganica. L'eventuale classificazione della società affidataria quale ente *in house* al Comune andava effettuata da un punto di vista funzionale, dovendosi accertare in che misura la pubblica amministrazione controllava la società di cui si tratta. L'avvocato generale sosteneva che, in ogni caso, il controllo del 100% del capitale sociale di una s.p.a. da parte di un ente pubblico lascerebbe presumere che la società costituisca parte dello stesso ente.

Questo presupposto, tuttavia, non veniva considerato sufficiente in quanto, per considerare *in house* un servizio, si riteneva necessario un collegamento amministrativo oltre che finanziario.

Nonostante le considerazioni dell'avvocato generale sul fenomeno dell'*in house providing* non siano state accolte dalla Corte di giustizia nella decisione citata, esse hanno rappresentato un importante passo nella definizione dell'istituto, costituendo l'antecedente della successiva, paradigmatica, sentenza *Teckal*³⁹⁷.

³⁹⁴ M. GIORGIO, *L'affidamento in house è sempre l'eccezione? Il caso Catania Multiservizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 5, 546.

³⁹⁵ CGCE, sentenza 9 settembre 1999, causa C- 108/98, *RI.SAN. s.r.l. contro Comune di Ischia e Ischia Ambiente s.p.a.*, in *Finanza locale*, 2001, 1069.

³⁹⁶ Società partecipata al 49% da altra società pubblica, GEPI s.p.a., e per la rimanente parte dall'ente locale stesso.

³⁹⁷ Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre 1999, causa C- 107/98, *Teckal s.r.l. contro Comune di Viano e AGAC*, punto 50 della decisione, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2000, 1399, i cui principi sono stati, più di recente, ribaditi dalla CGCE, Sez. II, sentenza del 17 luglio 2008, causa C – 371/2005. Estremamente ampia è la dottrina in materia di *in house providing* sviluppatasi a seguito della sentenza *Teckal*: C. D'ARIES, A. NONINI, *L'affidamento "in house providing": aspetti giuridici e gestionali*, in *Azienditalia*, 2008, 3 ss.; C. VOLPE, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale: un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 12, 1401 ss.; R. VESPIA, *Brevi note sugli affidamenti in house in senso lato a parte delle amministrazioni centrali alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, anno XIII, 2005, 3, 376. R. CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urbanistica e*

Questa pronuncia aveva ad oggetto la soluzione di una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE³⁹⁸. La questione veniva proposta nell'ambito di una controversia in ordine all'affidamento diretto della gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali all'Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia (AGAC). L'ente locale, senza avvalersi di procedure concorrenziali, affidava il servizio a questo consorzio dotato di personalità giuridica e costituito da alcuni Comuni, tra i quali l'amministrazione aggiudicatrice. Il compito dell'AGAC consisteva, in particolare, nella conduzione e manutenzione degli impianti termici degli edifici comunali interessati nonché nella fornitura di combustibile. La deliberazione, non preceduta da una gara e con cui era stato disposto l'affidamento diretto, veniva impugnata innanzi al TAR Emilia –Romagna dalla *Teckal*, impresa privata operante nel settore dei servizi di riscaldamento, per violazione delle procedure di evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria sugli appalti.

Alla Corte di giustizia veniva richiesto se l'affidamento in contestazione potesse farsi rientrare nell'ambito di applicazione della deroga prevista dall'art. 6, cioè se il consorzio potesse considerarsi amministrazione aggiudicatrice ai sensi del combinato disposto degli artt. 6 e 1 lett. b).

La Corte risolveva la questione preliminare applicando un criterio puramente quantitativo: qualora un appalto pubblico avesse avuto ad oggetto sia prodotti, ai sensi della direttiva forniture 93/36/CEE, sia servizi, ai sensi della direttiva 92/50/CEE, esso sarebbe rientrato nell'ambito di applicazione della prima, ove il valore dei prodotti previsti dal contratto fosse stato superiore a quello dei servizi. Per tale ragione, la Corte riteneva che il caso di specie andasse risolto con riferimento alla direttiva 93/36/CEE e alle sue eventuali deroghe.

appalti, 2007, 12, 1487; I. MOSCARDI, In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di controllo analogo, cit., 2246; B. GAGLIARDI, *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 6, 691.

³⁹⁸ Disposizione ora trasferita all'art. 18 della direttiva 2004/18 e che, già in origine, escludeva l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica "agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice (...) in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato". Disposizione che, a ben vedere, parla invece di amministrazioni aggiudicatrici ed organismi di diritto pubblico, ipotesi diverse dalla costruzione giurisprudenziale del fenomeno *in house*. Inizialmente, infatti, in dottrina e in giurisprudenza si dubitava della possibilità di ricondurre il fenomeno *in house* alla deroga espressa contenuta nell'art. 6 della direttiva 92/50 e agli artt. 11 e 13 della direttiva 93/38. Si è poi esclusa questa interpretazione, ritenendo che l'istituto in esame avesse un differente fondamento giuridico, dato che le disposizioni richiamate presupponevano l'esistenza di due amministrazioni aggiudicatrici, dove invece nell'*in house providing* c'è una sola p.a. e un ampliamento della sua organizzazione.

Non essendo rinvenibile in quest'ultima direttiva alcuna disposizione espressa analoga a quella di cui all'art. 6 della direttiva 92/50³⁹⁹, al fine di determinare se l'affidamento della fornitura di prodotti da parte di un ente locale ad un consorzio al quale esso partecipi dovesse essere disciplinato dalle procedure di gara, era necessario compiere un ulteriore passaggio logico-interpretativo.

La Corte individuava i due criteri cumulativi necessari all'esclusione dal campo di applicazione della direttiva di un rapporto instaurato tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto partecipato.

Detti criteri venivano individuati: a) nell'esercizio sull'affidatario, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) nella realizzazione, da parte dell'affidatario, della parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice che lo controlla.

Al fine di escludere le regole comunitarie di aggiudicazione degli appalti pubblici occorre verificare l'effettiva contemporanea presenza di tali condizioni.

L'affermazione di tali requisiti avviene solo per inciso nella sentenza *Teckal*: per ottenere una compiuta specificazione dei presupposti richiesti per la sussistenza del primo requisito, il controllo analogo, è necessario fare riferimento alla giurisprudenza successiva.

È necessario precisare sin d'ora come la definizione dell'*in house providing* come rapporto di delegazione interorganica, nella ricorrenza dei presupposti che si andranno ad analizzare nei paragrafi a seguire, costituisce qualificazione del fenomeno data a livello europeo, funzionale alla determinazione delle ipotesi in cui non si dia luogo all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

Tale qualificazione, essenziale per la comprensione del fenomeno, non risolve tuttavia il problema della qualificazione giuridica dello stesso, la quale dovrà essere rinvenuta, come accade per tutte le definizioni di matrice europea, nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro.

2. Gli elementi costitutivi dell'istituto: a) il controllo analogo;

Per controllo analogo a quello che l'amministrazione esercita sull'ente aggiudicatario, deve intendersi un rapporto equivalente a quello di subordinazione gerarchica o, quantomeno, di direzione e coordinamento.

Quando ricorre un'ipotesi siffatta il controllo esercitato dalla prima sul secondo è tale da annullare del tutto la volontà negoziale e l'autonomia decisionale di quest'ultimo.

³⁹⁹ Disposizione ora trasfusa nell'art. 18 della direttiva 2004/18/CE, relativa alla derogabilità delle procedure ad evidenza pubblica nel caso di affidamenti diretti a soggetti che sono amministrazioni aggiudicatrici e, in particolare, organismi di diritto pubblico.

Al fine di puntualizzare ulteriormente il requisito del controllo analogo, prendendo come termine di paragone i controlli che la p.a. effettua sui propri organi, si è ritenuta necessaria la distinzione tra controllo strutturale e controllo sull'attività⁴⁰⁰.

Il primo sussiste nei casi in cui il soggetto controllante esercita un potere di controllo sulla struttura di vertice del soggetto controllato: tale controllo si manifesta generalmente nel potere di nomina della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza del soggetto aggiudicatario.

Il controllo sull'attività, invece, ricorre nei casi in cui il soggetto controllante ha il potere di valutare la conformità dell'attività svolta dall'ente controllato rispetto ad un parametro legale.

In tutti i casi di *in house providing* esaminati dalla Corte di giustizia, il controllo strutturale viene esercitato da parte dell'amministrazione controllante o in virtù di poteri speciali direttamente attribuiti dalla legge, dallo statuto dell'ente controllato ovvero, ancora, in virtù di una partecipazione totalitaria al capitale di questo.

La giurisprudenza comunitaria ha esteso il concetto di controllo strutturale anche alle ipotesi in cui l'amministrazione controllante ha un potere d'ingerenza di carattere meramente sanzionatorio, per esempio a seguito di esito negativo del controllo effettuato sull'attività del soggetto controllato.

In questa direzione si è espressa la Corte di giustizia⁴⁰¹, la quale ha affermato che il potere di scioglimento degli organi di vertice o di rimozione dei componenti comporta un potere di ingerenza nell'organizzazione dell'ente produttore e, pertanto, pare assimilabile al controllo strutturale ai fini della configurazione di un controllo analogo, quale condizione di esistenza dell'*in house providing*.

Sempre nell'ambito di questo concetto, il caso di controllo a posteriori sul bilancio d'esercizio da parte del soggetto controllante, che consente di verificare che la gestione sia esatta, regolare, improntata a risparmio, redditizia e razionale e che si accompagna al potere di visitare i locali ed impianti aziendali, è sembrato idoneo ad influenzare le decisioni dell'organismo controllato⁴⁰².

L'ipotesi del finanziamento pubblico maggioritario può determinare un controllo strutturale se consente all'ente controllante, in virtù di una partecipazione maggioritaria per esempio, la nomina della metà più uno dei componenti degli organi di vertice.

⁴⁰⁰ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 260 ss.

⁴⁰¹ CGCE, sentenza dell'1 febbraio 2001, causa C-237/99, *Commissione contro Repubblica francese*, in www.curia.europa.eu.

⁴⁰² CGCE, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH contro Bestattung Wien GmbH*, in www.curia.europa.eu.

È stato efficacemente evidenziato, alla luce delle molteplici forme in cui l'attività di controllo può estrinsecarsi, come la presenza di un controllo strutturale costituisca una condizione necessaria, non essendo sufficiente, in sé, un mero controllo sull'attività⁴⁰³.

Il solo controllo sull'attività del concessionario di servizio pubblico non può essere ritenuto idoneo a configurare un'ipotesi di *in house providing*, anche ove sussista il requisito della destinazione dell'attività in favore dell'amministrazione concedente. Il controllo sull'attività del concessionario di servizio pubblico non legittima un'ingerenza sull'organizzazione imprenditoriale di questo tale da permettere di considerarlo parte dell'amministrazione.

L'affidamento *in house*, dunque, presuppone un'assoluta mancanza, nell'ente assoggettato al controllo, di autonomia imprenditoriale e di potere decisionale distinto da quello dell'amministrazione⁴⁰⁴. L'affidatario si configura così come una propaggine organizzativa dell'amministrazione, tanto da qualificare l'*in house providing* come forma di "autoproduzione del servizio pubblico"⁴⁰⁵.

Inoltre, il controllo sull'ente affidatario non potrebbe essere esercitato da qualsiasi soggetto pubblico, ma dovrebbe essere esercitato, direttamente o indirettamente, da quella stessa amministrazione che sia destinataria in via principale delle prestazioni del potenziale affidatario⁴⁰⁶.

Il controllo in via indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice sull'ente affidatario sussiste quando la prima ha un rapporto diretto con la società che, a sua volta, controlla in via diretta l'*in house provider*. In tal modo si garantisce che l'amministrazione aggiudicatrice possa gestire la partecipazione nel capitale dell'ente affidatario il quale, in tal modo, si configura come un organo interno operativo della società interamente partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice⁴⁰⁷.

Sul criterio del controllo analogo si è soffermato anche l'avvocato generale Kokott nelle conclusioni presentate nella causa *Parking Brixen*⁴⁰⁸. Nelle conclusioni si legge che il controllo della p.a. sui propri servizi è caratterizzato in prevalenza da poteri di direzione e vigilanza: all'interno

⁴⁰³ D. CASALINI, cit., 262 ss.

⁴⁰⁴ M. GALESI, *In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo?*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8, 2004, 935.

⁴⁰⁵ G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

⁴⁰⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Léger, presentate il 15 giugno 2000, nella causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz contra Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft*, in www.curia.europa.eu.

⁴⁰⁷ CGCE, causa C-373/00, cit.

⁴⁰⁸ CGCE, sentenza del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadwerke Brixen AG*, in www.curia.europa.eu; M. BALDINATO, *Nota alla Sentenza Parking Brixen: la Corte di Giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2006, 227.

dell'ente spetta di regola al dirigente il potere di impartire ordini ed istruzioni agli uffici subordinati.

Nella decisione della Corte di giustizia, poi, si afferma che la valutazione attinente all'esistenza di un controllo di questo genere "*deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti*". Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità d'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

Il caso esaminato dalla Corte riguardava il Comune di Bressanone il quale era ricorso, per la gestione di alcuni servizi pubblici locali rientranti nella sua competenza, ad una società per azioni, controllata dal medesimo ente al 100% e denominata ASM Bressanone s.p.a.

La Corte, malgrado la partecipazione di assoluto controllo del Comune, ha ritenuto non soddisfatto il criterio del controllo analogo definendo precario il controllo esercitato su tale società, in ragione del fatto che i poteri conferiti dallo statuto al Consiglio di amministrazione della medesima attribuivano alla società ampi margini di autonomia.

Tra i poteri del c.d.a. presi in considerazione dalla Corte di giustizia, per affermare come tale società disponesse di un'ampia autonomia nei confronti degli azionisti, si ricordano la facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale ed il potere di rilasciare garanzie fino ad un tetto massimo di cinque milioni di euro o di realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci. Altri indici di controllo precario da parte del Comune sono stati individuati nell'estensione dell'oggetto sociale a nuovi importanti settori e nell'apertura obbligatoria della società ad altri capitali.

Il criterio del controllo analogo può trovare la sua fonte nella legge, nello statuto o anche in una convenzione che preveda specifici strumenti di sindacato in dipendenza dell'affidamento di un servizio.

Sul versante nazionale, la giurisprudenza ha specificato, in aggiunta ai criteri comunitari, ulteriori requisiti per la sussistenza del controllo analogo.

Il Consiglio di Stato, così, ha escluso la sussistenza di un controllo analogo nell'ipotesi in cui il consiglio di amministrazione abbia poteri ordinari che non prevedano la sottoposizione delle decisioni più importanti a un vaglio preventivo dell'ente affidante⁴⁰⁹; in altra pronuncia, lo stesso Consiglio di Stato ha escluso il controllo analogo quando lo statuto prevede la cedibilità delle quote ai privati⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Cons. Stato, 8 gennaio 2007, n. 5, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴¹⁰ Cons. Stato, Sez. V, sentenza del 30 agosto 2006, n. 5072.

La Corte di giustizia ha poi sancito un ulteriore principio⁴¹¹: il controllo analogo deve sussistere non soltanto alla data dell'aggiudicazione del servizio in questione ma anche successivamente a detto evento.

Nel caso affrontato in altra occasione dalla Corte, al momento dell'affidamento *in house* alla società *Abfall*, il Comune austriaco di *Modling*, deteneva il 100% del capitale sociale della medesima. Quattro mesi dopo, il Comune cedeva il 49% di *Abfall* ad un'impresa privata. La Corte di giustizia, dopo aver ribadito che gli affidamenti *in house* possono essere effettuati solo in favore di soggetti a totale partecipazione pubblica, ha affermato che: *“occorre ricordare che la cessione del 49% delle quote della società Abfall è intervenuta poco tempo dopo che tale società è stata incaricata, in esclusiva e a tempo indeterminato, della raccolta e dello smaltimento dei rifiuti della città di Mödling. Inoltre, la società Abfall è diventata operativa solo dopo che la società Saubermacher ha rilevato una parte delle sue quote. Così, è pacifico che, attraverso una costruzione artificiale comprendente più fasi distinte, e cioè la creazione della società Abfall, la conclusione con essa del contratto di smaltimento dei rifiuti e la cessione del 49% delle quote di tale società alla società Saubermacher, un appalto pubblico di servizi sia stato attribuito ad un'impresa a economia mista in cui il 49% delle quote sono detenute da un'impresa privata”*.

Rimanendo in tema di controllo analogo, è da ricordare la sentenza *Carbotermo*⁴¹², in cui la Corte di giustizia afferma che la partecipazione pubblica totalitaria è condizione necessaria ma non sufficiente perché sussista questo requisito. Per giustificare la deroga alle procedure ad evidenza pubblica, infatti, occorrono maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. La giurisprudenza comunitaria ha provveduto alla loro individuazione: 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 renda precario il controllo da parte dell'ente pubblico⁴¹³; le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante; il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati.

⁴¹¹ CGCE, sentenza del 10 novembre 2005, causa C- 29/04, *Commissione contro Repubblica d'Austria*.

⁴¹² CGCE, sentenza dell'11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP s.p.a.*

⁴¹³ CGCE, sentenza del 13 ottobre 2005, causa C-458/03 *Parking Brixen GmbH*.

CGCE, sentenza del 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Modling o Commissione contro Austria*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 157, con commento di M. GIOVANNELLI, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*.

La giurisprudenza nazionale⁴¹⁴ risulta in linea rispetto alle pronunce della Corte di giustizia, di cui ne recepisce gli orientamenti.

Numerosi sono gli arresti del Consiglio di Stato in ordine al requisito del controllo analogo. Da un iniziale apertura, maturata prima che l'art. 113 del T.U.E.L. fosse riformato per effetto dell'art. 14 del d.lgs. 269/03, verso il riconoscimento del controllo analogo anche in presenza di una partecipazione pubblica del 51% del capitale da mantenersi per tutta la durata dell'affidamento⁴¹⁵, anche la giurisprudenza nazionale assume orientamenti più rigorosi, uniformandosi, poi, alla successiva elaborazione dell'istituto maturata dalla Corte di giustizia⁴¹⁶.

La giurisprudenza nazionale, inoltre, ha indicato, in modo dettagliato, i vari elementi indicatori della sussistenza del controllo analogo: la consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, il suo andamento generale e le concrete scelte operative; l'audizione, con frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore; le modifiche dello statuto della società previa informativa ai singoli enti locali

⁴¹⁴ Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2004, n. 679, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un commento alla sentenza citata: M. RICCIO, *La dubbia sanabilità degli affidamenti* in house providing, in *Urbanistica e appalti*, n. 6, 2004, 691.

⁴¹⁵ Cons. Stato, Sez. V, sentenza del 18 settembre 2003, n. 5316, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴¹⁶ La partecipazione pubblica totalitaria – come si avrà modo di evidenziare nei successivi paragrafi – verrà poi considerata elemento necessario ma non sufficiente per integrare il requisito del controllo analogo, occorrendo a tal fine maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile. I giudici, in definitiva, sono chiamati a valutare in concreto quanto dispone lo statuto delle società affidatarie ed eventuali patti parasociali. Il Consiglio di Stato ha, per esempio, ritenuto illegittimo l'affidamento disposto dal Comune di Padova a favore dell'APS, relativo all'attività di collaborazione con il Comune circa il servizio di pubbliche affissioni, sia quello di sfruttamento economico degli spazi pubblicitari. L'illegittimità derivava dal fatto che la società non era a totale partecipazione pubblica ma anche perché era conferito al consiglio di amministrazione il potere di compiere ogni atto ritenuto necessario per il perseguimento dello scopo sociale, senza la presenza di adeguati poteri di controllo da parte del Comune. Nello statuto, infatti, non era contemplata alcuna disposizione specifica che vincolasse l'attività sociale alle decisioni dell'ente locale. In questo senso: Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2334; nella stessa direzione anche TAR Friuli-Venezia Giulia, sentenza del 10 gennaio 2007, n. 13; TAR Lombardia- Brescia, 2 maggio 2006, n. 433; Cons. Stato, Sez. V, sentenza del 23 gennaio 2008, n. 136, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il Consiglio di Stato, in particolare, nell'ultima delle pronunce citate, affermava come lo statuto fosse *“quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi: il Presidente del consiglio d'amministrazione e il Direttore sono eletti dal Consiglio d'amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta; la stessa assemblea è composta dai soci senza ulteriori specificazioni; riguardo al collegio sindacale si prevede solo che sia composto di tre sindaci elettivi e di due supplenti, i quali durano in carica tre anni e sono rieleggibili. Gli enti pubblici soci, a parte l'art. 5 sulla possibilità di alienare le azioni, non sono neppure menzionati(...)”*

per gli adempimenti di competenza; consenso degli enti associati all'eventuale esercizio di attività particolari; controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi con successiva relazione all'assemblea degli azionisti; ispezioni dirette da parte dei soci; creazione di una convenzione tra tutti gli enti associati *ex art. 30 T.U.E.L.*⁴¹⁷.

Ancora⁴¹⁸, assurgono ad indici rivelatori della sussistenza del requisito in parola altri significativi fattori: il controllo del bilancio; il controllo sulla qualità dell'amministrazione; la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti riguardo anche i luoghi aziendali; la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali; la determinazione dell'ordine del giorno del consiglio di amministrazione, che garantirebbe il controllo dell'indirizzo strategico ed operativo della società; l'indicazione dei dirigenti; l'elaborazione delle direttive sulla politica aziendale⁴¹⁹.

3. (segue): b). lo svolgimento dell'attività prevalente;

La verifica della sussistenza del secondo requisito individuato dalla sentenza *Teckal* postula il riferimento al destinatario dell'attività economica esercitata dall'affidatario: solo nel caso in cui tale attività sia rivolta, per la parte preponderante, a vantaggio dell'amministrazione aggiudicatrice che detiene il controllo analogo, si è in presenza di un affidamento *in house*, in quanto l'amministrazione utilizza le prestazioni dell'affidatario per destinarle al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

L'individuazione della destinazione dell'attività esercitata dal soggetto controllato in favore dell'ente controllante deve essere effettuata in concreto al momento dell'affidamento, senza aver riguardo ai caratteri meramente formali, quali lo statuto, l'oggetto sociale o la competenza attribuita al *provider*⁴²⁰.

⁴¹⁷ TAR Friuli Venezia Giulia, sentenza del 12 dicembre 2005, n. 986, in *www.diritto.it*, con commento di G. RANCI, *Servizi pubblici: affidamento in house ed a società miste fra normativa nazionale e principi comunitari (nascita ed evoluzione delle problematiche – esperienze recenti)*.

⁴¹⁸ CGARS, 4 settembre 2007, n. 719, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴¹⁹ F. LOGIUDICE, *Sul controllo analogo nel caso di affidamento in house*, in *www.Altalex.it*; S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 2, 211, B. DI GIACOMO RUSSO, *Una pronuncia del TAR Lombardia per un più stringente controllo analogo in materia di servizi pubblici locali*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2009, 1, 54 ss. Sul punto si vedano anche: G. D'AURIA, *I controlli*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 377; M. GIORGIO, *L'affidamento in house è sempre l'eccezione? Il caso Catania Multiservizi*, cit., 551.

⁴²⁰ CGCE, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau AG contro Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, in *www.curia.europa.eu*, relativa alla legittimità dell'affidamento diretto di pubblici servizi da parte del Comune di Vienna in favore di una società di capitali (EBS), costituita dall'ente stesso, senza che lo statuto societario

La stipulazione di convenzioni o accordi quadro che prevedano una stabile destinazione dell'attività svolta dall'ente a favore dell'amministrazione che ne detiene il controllo, può pertanto rendere legittimo un affidamento *in house* anche nell'ipotesi in cui, nello statuto del controllato, non vi sia la previsione di una destinazione prevalente dell'attività sociale in favore dell'amministrazione controllante.

In questi casi, lo svolgimento stabile ed istituzionale dell'attività dell'amministrazione aggiudicatrice per il tramite di un soggetto da questa controllato, costituisce esercizio del potere di autorganizzazione della p.a. stessa, che esula dal sindacato di compatibilità con le norme a tutela della concorrenza anche dal punto di vista del diritto comunitario, il quale rimane indifferente rispetto alle scelte dell'ente pubblico in ordine alle proprie modalità di gestione.

La destinazione principale dell'attività a favore dell'amministrazione controllante è una formula che pare riassumere due ipotesi tra loro distinte: le prestazioni possono essere svolte dall'ente controllato sia "per conto", sia "nei confronti" dell'amministrazione controllante.

L'attività svolta "nei confronti" dell'amministrazione controllante è volta a soddisfare il fabbisogno dell'amministrazione, a procurarle i fattori produttivi, le risorse necessarie all'esercizio delle proprie competenze istituzionali. Le prestazioni di servizi, lavori o forniture del produttore *in house* saranno utilizzate dall'amministrazione controllante per l'esercizio delle funzioni o servizi che essa è istituzionalmente chiamata a svolgere o erogare.

È il caso di quelle attività che il legislatore nazionale, sia pure in contesti diversi, ha definito come attività strumentali, attraverso le quali l'amministrazione acquisisce beni o servizi finalizzati a consentire a questa il perseguimento delle finalità pubblicistiche alle quali è preposta.

L'attività svolta "per conto" dell'amministrazione controllante consiste in prestazioni di cui l'amministrazione assicura l'erogazione, ma che hanno una diretta destinazione in favore di soggetti terzi. In questo caso, il prestatore *in house* agisce in luogo dell'amministrazione controllante, esercitando direttamente le sue attività istituzionali, per esempio un servizio pubblico.

La Corte di giustizia⁴²¹ ha affrontato anche il problema di stabilire se costituisca *in house providing* l'ipotesi minima in cui la p.a. trasferisce all'ente controllato semplicemente il compito di reperire sul mercato le prestazioni di lavori, servizi o forniture di cui essa necessita per l'esercizio della propria competenza istituzionale: l'ente controllato opererebbe in questo caso come stazione appaltante, richiedendo all'esterno la commessa

prevedesse alcuna posizione particolare del soggetto aggiudicatario rispetto all'ente controllante.

⁴²¹ CGCE, sentenza del 15 gennaio 1998, causa C- 44/96, *Mannesman Anlagenbau Austria AG contro Strobal Rotationsdruck GemsmbH.*, in *Foro italiano*, 1998, 133.

ricevuta. Secondo la Corte, il trasferimento delle attività connesse all'indizione e allo svolgimento della procedura di selezione del contraente privato non comporta il venir meno dell'obbligo di osservanza della disciplina europea sugli appalti pubblici in capo all'ente delegato, ammesso sia amministrazione aggiudicatrice l'ente delegante.

Il rapporto *in house* si rivela senz'altro ove l'ente controllato reperisca i fattori produttivi o prodotti in mercati differenti e li riunisca in un'unica operazione, dando luogo ad una trasformazione quanto meno giuridica delle prestazioni in una commessa unitaria, con asservimento del produttore *in house* che opera nei confronti dell'amministrazione controllante⁴²².

Ancora una volta, peraltro, la sentenza Carbotermo⁴²³ viene in rilievo al fine di delimitare il requisito in questione. In questa pronuncia della Corte di giustizia viene fatto uso dell'espressione "*sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale*", e si afferma poi che il modello *in house* sussiste "*solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione ed ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale*".

Per verificare l'esistenza di tale situazione il giudice nazionale, secondo la Corte, deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative che quantitative. Assumono rilievo "*le attività effettive e non anche le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale, o addirittura le attività che il soggetto controllato è obbligato a svolgere*"⁴²⁴.

La Corte di giustizia prevede 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.

La Corte parte dal principio secondo cui "*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*".

Secondo quanto risulta dalla sentenza Carbotermo, quindi, non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi che fruiscono di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente.

⁴²² CGCE, sentenza del 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau AG contro Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, in www.curia.europa.eu.

⁴²³ CGCE, sentenza dell'11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP s.p.a.*, in www.curia.europa.eu.

⁴²⁴ Conclusioni dell'avvocato generale *Stix-Hackl*, presentate il 12 gennaio 2006, causa C-340/04.

Un'attività svolta sul mercato, dunque, ha carattere marginale solo se essa si pone come complementare rispetto ad altre attività gestite *in house* o rappresenta un'attività collaterale preordinata a non disperdere le utilità generate dalla produzione *in house* del servizio pubblico. Al contrario, non sarebbe marginale l'attività effettuata sul mercato per la quale la società impiega risorse di uomini e mezzi paragonabili a quelle delle attività svolte *in house*, anche se l'attività in discorso, da sola, non genera la parte preponderante del fatturato della società⁴²⁵.

Il cammino della giurisprudenza della Corte europea, che ha sempre più ristretto il concetto espresso dalla nozione di "parte più importante", lascia prevedere che il traguardo definitivo della totale esclusività sia assai prossimo. Si parte, infatti, dall'espressione "parte più importante" della sentenza *Teckal*, alla complessa motivazione della sentenza *Parking Brixen*, all'espressione "sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale in questione" della sentenza *Carbotermo*.

Volgendo l'attenzione alla giurisprudenza nazionale, anche il secondo requisito espresso dalla sentenza *Teckal* - la realizzazione della parte più importante dell'attività a favore dell'ente, o degli enti, controllanti - è ad oggetto di numerose pronunce.

La prevalente giurisprudenza, confermando quanto già espresso in sede comunitaria, ritiene che la condizione sia soddisfatta quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante. Sotto questo profilo, il Consiglio di Stato sembra ritenere a priori che l'espansione territoriale, anche a vantaggio di altri enti pubblici analoghi, violi il requisito della prevalenza⁴²⁶.

⁴²⁵ S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, cit., 218.

⁴²⁶ CGARS, sentenza del 4 settembre 2007, n. 719, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il caso riguardava l'affidamento del servizio di illuminazione votiva dei cimiteri ad una società *in house*, la Catania Multiservizi s.p.a., da parte del Comune di Catania, titolare al 100% del capitale della stessa. La s.n.c. controinteressata impugnava gli atti relativi all'affidamento, per violazione dell'art. 113 T.U.E.L., data la mancanza di controllo analogo e la non prevalenza dell'attività, innanzi al TAR Catania che accoglie il ricorso. Il TAR riconosce la violazione dell'art. 113 del T.U.E.L. nella parte in cui richiede la prevalenza dell'attività svolta dall'affidatario in favore dell'ente affidante: pur se la società affidataria ha destinato il 62% del suo fatturato ai servizi pubblici comunali, la medesima ha altresì indirizzato la propria attività verso altri ambiti e altri territori amministrativi. La società comunale, allora, propone appello al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, il quale espone quanto segue: "(...) più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale, necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo". "In altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione

4. (segue): c) la partecipazione pubblica totalitaria.

La prassi amministrativa generata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale nel senso dell'apertura nei confronti dell'istituto in parola ha generato la moltiplicazione degli affidamenti diretti, in luogo dell'*outsourcing*.

L'esigenza di arginare il fenomeno dell'eccessivo ed ingiustificato ricorso ad affidamenti diretti è stata manifestata dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza del 10 aprile 2003, nelle cause riunite C-20/01 e C-28/01⁴²⁷. La Corte ha stabilito che *“le disposizioni (...) che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici di servizi, devono essere interpretate restrittivamente e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga gravano su colui che intenda avvalersene”*.

La tappa fondamentale, in questo processo evolutivo che ha caratterizzato il fenomeno *in house*, è rappresentata dalla sentenza *Stadt Halle*⁴²⁸.

Questa pronuncia rivela la volontà di circoscrivere gli affidamenti *in house*, ammettendo affidamenti di questa natura esclusivamente per i soggetti a totale partecipazione pubblica⁴²⁹.

La vicenda che ha dato origine alla pronuncia della Corte nasceva a seguito della decisione della città di *Halle* di affidare, senza fare ricorso a

dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. Che un'impresa creata per gestire lo spin off immobiliare di un grande ente locale come una Provincia, fornisca, saltuariamente, una sola volta all'anno, e in quantità irrisoria rispetto al fatturato pubblico, un servizio di global service ad una grande impresa privata dello stesso territorio, particolarmente importante sotto il profilo sociale, potrebbe non violare il principio della prevalenza. Ma se la stessa operazione, negli stessi limiti quantitativi, cominciasse ad inserirsi in un piano aziendale di espansione, anche territoriale, ciò implicherebbe una rilevanza qualitativa dell'operazione in contrasto con il principio della prevalenza”.

⁴²⁷ CGCE, sentenza del 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C- 28/01, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Federale di Germania e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in www.curia.europa.eu.

⁴²⁸ CGCE, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau GmbH contro TREA Leuna*, in www.curia.europa.eu. In senso analogo si veda anche: CGCE sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, in www.curia.europa.eu.

⁴²⁹ Per un commento alla sentenza, R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 3, 288; A. CLARIZIA, *Il privato inquinato: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it; C. GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2005, 271; R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è casa per le società a capitale misto*, in *Foro italiano*, 2005, 4, 136 ss.

procedure ad evidenza pubblica, alla *RPL Lochau* un incarico avente ad oggetto l'elaborazione d un progetto di costruzione di un impianto tecnico di smaltimento dei rifiuti. La *RPL Lochau* era una società il cui capitale di maggioranza era indirettamente detenuto dalla città di *Halle* e per il resto era di proprietà di una società privata. La stessa città di *Halle*, inoltre, aveva avviato, sempre fuori dalle procedure ad evidenza pubblica, una trattativa con la *RPL Lochau* in vista della conclusione di un contratto per lo smaltimento dei rifiuti in questione. La *TREA Leuna*, società interessata alla fornitura dei servizi oggetto di incarico diretto alla *RPL Lochau*, impugnava le delibere della città di *Halle* davanti alla competente autorità amministrativa.

La società *RPL Lochau* risultava essere una subcontrollata dell'ente locale. Infatti, la città di *Halle* era proprietaria al 100% della sua controllata diretta, la quale deteneva a sua volta il 100% di un'altra società, quest'ultima detentrici delle quote di controllo del capitale sociale della *RPL Lochau* nella misura del 75,1% (mentre il residuo 24,9% era di proprietà di una semplice impresa privata).

La Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sul quesito se un'amministrazione aggiudicatrice potesse legittimamente stipulare, con una società della quale indirettamente deteneva la quota maggioritaria del capitale sociale, un contratto a titolo oneroso relativo a servizi in deroga alle procedure ad evidenza pubblica⁴³⁰.

La Corte ha osservato che, nel caso *Teckal*, l'affidatario era un consorzio costituito da più amministrazioni aggiudicatrici, al quale partecipava anche l'amministrazione precedente, il cui capitale risultava interamente in mano pubblica; nel caso esaminato, la partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata al capitale di una società cui partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. In altre parole, la partecipazione di un'impresa privata al capitale dell'ente affidatario comporta la non applicabilità della deroga ai principi della direttiva in quanto ciò esclude che la p.a. eserciti un controllo analogo.

La Corte ha motivato la propria scelta in considerazione del fatto che la partecipazione di un'amministrazione aggiudicatrice ad un ente *in house* sottende, sempre, il perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, mentre l'investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie di interessi privati, perseguendo obiettivi di natura differente ed incompatibili con i primi.

Diversamente opinando, ove venisse affidato in via diretta un servizio ad una società a capitale misto, pubblico-privato, verrebbe legittimata una

⁴³⁰ R. MANGANI, *La Corte di giustizia europea boccia l'affidamento interno anche negli appalti di servizi: niente in house se s.p.a. è mista*, in *Edilizia e territorio* del 22 gennaio 2005, in www.ediliziaterritorio.ilsole24ore.com.

situazione di ingiustificato vantaggio della società privata che detiene una quota del capitale del soggetto affidatario, rispetto alle imprese sue concorrenti⁴³¹.

L'avvocato generale *Stix-Hackl* aveva evidenziato, nelle sue conclusioni, come il caso dovesse risolversi facendo riferimento alla distinzione tra affidamenti *in house* e *quasi in house*. In particolare, vengono qualificati come *quasi in house* gli affidamenti: I) relativi a società detenute al 100% dall'autorità aggiudicatrice o da organismi da questa detenuti; II) a società a capitale interamente pubblico, con partecipazione, in qualità di soci, di più amministrazioni aggiudicatrici; III) relativi a società miste pubblico-private, società con partecipazione di veri e propri soggetti privati.

La distinzione tra affidamenti *in house* e *quasi in house*, che però non ha trovato seguito nella sentenza della Corte, è stata utilizzata, nelle conclusioni dell'avvocato generale, come argomento per affermare che non è decisiva l'entità della partecipazione dell'amministrazione per configurare il modello *in house*, in quanto determinante è la configurazione del rapporto tra affidante e affidatario⁴³².

La Corte, ribaltando le conclusioni dell'avvocato generale, ha ritenuto invece che "*nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito dell'applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva devono essere applicate*".

Due sono le ragioni che portano la Corte a bocciare la qualificazione in termini di *in house providing* a favore di società a capitale misto: la mancanza di un confronto concorrenziale per l'individuazione del socio privato e l'introduzione, per la semplice presenza di tale *partner*, di interessi naturalmente ed inevitabilmente non in linea con quelli del socio pubblico.

La sentenza *Stadt Halle* afferma la totale partecipazione pubblica al capitale sociale quale condizione necessaria⁴³³.

La stessa posizione enunciata nella sentenza *Stadt Halle* - oltre ad essere ribadito in occasione del Libro Verde del 2004⁴³⁴, relativo ai

⁴³¹ G. ASTEGIANO, *Società partecipata da ente locale e affidamento del servizio pubblico*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2005, 2, 231 ss.

⁴³² FONDAZIONE ROSSELLI, *Affidamento diretto e in house contracts negli appalti pubblici di servizi delle amministrazioni centrali, Rapporto al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, Roma, ottobre 2005.

⁴³³ Sul punto, il legislatore italiano sembra aver anticipato la giurisprudenza comunitaria. Infatti, in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, l'art. 113, comma 5, lett. c), d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (nel testo modificato dal comma 1 dell'art. 14 d.l. n. 269 del 2003), richiede espressamente, per l'affidamento diretto, oltre alle due condizioni indicate nella sentenza *Teckal*, che la società titolare del servizio sia a capitale interamente pubblico.

partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni - viene ribadita dalla Corte di giustizia qualche mese più tardi, escludendo ancora una volta la possibilità di procedere ad affidamenti *in house* tutte le volte in cui l'affidatario del servizio sia partecipato da privati, per difetto del requisito del controllo analogo.

Detto altrimenti, la Corte nega che una società mista, sia pure a prevalente capitale pubblico, possa essere considerata “*come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell’ambito dei comuni che ne fanno parte*”⁴³⁵.

La giurisprudenza comunitaria non si è però fermata qui: vi sono state delle interpretazioni ancor più severe nei riguardi del fenomeno *in house*.

Nella sentenza *Parking Brixen*⁴³⁶ infatti, la Corte di giustizia ha ritenuto illegittimo l'affidamento operato dall'ente pubblico/socio a favore di una società di cui il primo detenga l'intero capitale sociale. Il risultato è che l'intero panorama giurisprudenziale allo stato assolutamente dominante porta a concludere che non è sufficiente che il capitale sociale sia interamente posseduto da soggetti pubblici, occorrendo altresì uno strumento di carattere sociale o parasociale (ma diverso dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercita sull'assemblea) che attribuisca all'ente pubblico la possibilità di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società affidataria.

La semplice posizione di socio, anche se totalitario, non consentirebbe all'ente pubblico di esercitare sulla società il cosiddetto controllo analogo e di configurare quella sostanziale identificazione tra affidante ed affidatario che è l'unica condizione che consente di far luogo all'affidamento senza il previo svolgimento di una ordinaria procedura di gara.

Il modello societario è disciplinato da un insieme di regole che, per quanto possano essere piegate alle esigenze del socio pubblico, non potranno mai limitare l'autonomia decisionale e gestionale della società fino al punto di ricreare una relazione così stringente con l'ente pubblico di riferimento. Infatti, nella vicenda sottoposta all'attenzione della Corte, quest'ultima ha individuato una serie di elementi che, rafforzando la vocazione commerciale della società affidataria, rendevano precario il controllo dell'ente locale sulla stessa, con la conseguenza di non poter considerare sussistente un rapporto di controllo analogo.

⁴³⁴ COM (2004) 327, Libro Verde relativo ai PPP ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, presentato dalla Commissione il 30 aprile 2004, in www.europa.eu; ancora, COM (2007) 6661, pubblicata il 5 febbraio 2008.

⁴³⁵ CGCE, sentenza del 21 luglio 2005, C- 231/03, CO.NA.ME, in www.curia.europa.eu.

⁴³⁶ CGCE, sentenza del 13 ottobre 2005, C- 458/03, in www.curia.europa.eu.

Ancora, nella sentenza ANAV⁴³⁷, la Corte di giustizia ha ribadito l'orientamento, da considerarsi ormai consolidato⁴³⁸, secondo cui non ricorre la figura dell'affidamento *in house* se nella società affidataria c'è una partecipazione privata. In questo caso, il Comune di Bari aveva deciso di cedere l'80% della società AMTAB, il cui capitale era interamente detenuto da detta amministrazione, ad un investitore privato. Detta privatizzazione non ebbe luogo nella realtà ma la Corte di giustizia non ha mancato di far notare che: *“Qualora, durante la vigenza del rapporto, il capitale dell'AMTAB fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi*

⁴³⁷ CGCE, sentenza del 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV contro Comune di Bari e AMTAB Servizio s.p.a. Questione pregiudiziale sollevata con ordinanza del 22 luglio 2004, n. 885, in *Urbanistica e appalti*, 2005, con nota di P. LOTTI.

Alla luce di questa causa pregiudiziale, si è espresso il TAR Puglia, Sez. III, sentenza dell'8 febbraio 2007, n. 362, rigettando il ricorso proposto dall'ANAV. Quest'ultima, propone appello contestando nuovamente la sussistenza del requisito del controllo analogo nei confronti dell'AMTAB da parte del Comune di Bari del servizio di trasporto pubblico locale. Le ragioni addotte dall'appellante fanno leva sul fatto che l'AMTAB, pur essendo una società a totale partecipazione pubblica, nel suo statuto non contempla l'incapacità di parte del suo capitale a soggetti privati: se ciò accadesse, si realizzerebbe un affidamento *in house* a società mista. L'appello è accolto dal Cons. Stato, Sez. V, sentenza del 3 febbraio 2009, n. 591. In questa sede viene ribadito che *“se nel corso della durata di un rapporto di concessione sorto per affidamento diretto muta la compagine sociale dell'affidatario, con l'ingresso anche minoritario di privati, ciò comporta la vulnerazione dei principi sanciti dal Trattato in materia di concorrenza. Se ne ricava che, oltre a dover sussistere nel momento genetico del rapporto, la proprietà pubblica della totalità del capitale sociale non solo deve permanere per tutta la durata del rapporto ma deve anche essere garantita da appositi e stabili strumenti giuridici, quali il divieto di cedibilità delle azioni posto ad opera dello statuto (...). In mancanza di una certa e stabile incedibilità delle azioni, il rispetto delle regole della concorrenza sarebbe rimesso alla costante vigilanza degli altri operatori del settore, i quali dovrebbero verificare, per tutta la durata del rapporto sorto per affidamento diretto, la permanenza in mano pubblica del capitale”*.

Il consiglio evidenzia come il requisito della totale partecipazione pubblica debba essere soddisfatto in modo permanente. Se così non fosse e l'amministrazione procedesse a cedere una parte, anche di minoranza, delle quote della società interessata ad un'impresa privata, ne conseguirebbe che, mediante una costruzione artificiale comprendente varie fasi distinte, vale a dire la creazione della società, l'attribuzione della gestione del servizio di trasporto pubblico alla medesima e la cessione di parte di sue quote ad un'impresa privata, la concessione di un servizio pubblico potrebbe avvenire a favore di una società ad economia mista. Nel caso in esame, lo statuto della società affidataria non prevedeva lo svolgimento di una gara per l'eventuale scelta del socio e, di conseguenza, il Consiglio non fa altro che ribadire un atteggiamento di totale chiusura verso le società miste, già più volte ribadito anche in sede comunitaria.

⁴³⁸ CGCE, 10 settembre 2009, causa C-573/07, Sea S.r.l. c. Comune di Ponte Nossa, in *www.curia.europa.eu*. Sul punto: R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo 'analogo' esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali 'extra-codicistiche'*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2009, 10, 2246.

perseguiti dal diritto comunitario (...). Se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura interna di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente che la detiene”.

In tal modo, la giurisprudenza comunitaria ha individuato un ulteriore criterio per la configurabilità dell'*in house providing*, consistente nell'esigenza che la totale partecipazione pubblica sia una condizione soddisfatta permanentemente onde evitare che, in un momento successivo all'affidamento del servizio, attraverso un'apertura della società a capitale privato, il servizio venga svolto da una società mista, eludendo così in concreto la regola dell'evidenza pubblica.

La Corte di giustizia giunge a conclusioni identiche nella sentenza *Commune de Roane* nei confronti della concessionaria *SEDL*⁴³⁹, società ad economia mista, al cui capitale partecipavano fondi privati.

Alla base della vicenda sottoposta al vaglio della Corte, vi era una delibera con cui il Consiglio comunale di *Roane* aveva autorizzato il sindaco a sottoscrivere con la *SEDL* una convenzione pubblica di lottizzazione per la realizzazione di un centro ricreativo: era un caso di affidamento diretto di un appalto di lavori.

Per l'avvocato generale *Kokott*, in questo caso, è possibile escludere a priori anche l'esistenza di un affidamento *in house* o *quasi in house*, essendo la *SEDL* una società ad economia mista e non potendo per tale ragione essere controllata come un servizio interno dagli enti territoriali che partecipano al suo capitale⁴⁴⁰.

Più di recente però, la Corte di giustizia ha sostenuto un diverso indirizzo⁴⁴¹. In senso contrario alle precedenti pronunce, i giudici europei hanno mostrato un'apertura circa l'utilizzabilità, almeno potenziale, dello schema dell'*in house providing* anche qualora fosse prevista la possibilità di ingresso di soggetti privati in una società interamente pubblica⁴⁴².

⁴³⁹ CGCE, 18 gennaio 2007, causa C- 220/05, *Jean Auroux e Comune di Roane*, in www.curia.europa.eu.

⁴⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale *Kokott*, presentate il 15 giugno 2006, causa C-220/05, *Jean Auroux e Comune de Roane*, in www.curia.europa.eu.

⁴⁴¹ CGCE, sentenza del 17 luglio 2008, causa C- 371/05, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Italiana*, in www.curia.europa.eu.

La Commissione chiedeva alla Corte di constatare la violazione delle procedure ad evidenza pubblica disposte dal diritto comunitario da parte del Comune di Mantova, il quale aveva affidato in via diretta la gestione dei propri servizi informatici all'ASI s.p.a., società che, al momento della stipula della convenzione, non era partecipata da due organismi di diritto privato, in quanto il loro ingresso era avvenuto solo successivamente. Questo fatto, per la Commissione, era sufficiente ad escludere il requisito del controllo analogo. La Corte, al contrario, ritiene sufficientemente penetranti i poteri esercitati dal socio pubblico, quale azionista di maggioranza, e considera soddisfatti i requisiti necessari per la configurazione di un rapporto *in house*.

⁴⁴² Nella configurazione dell'istituto dell'*in house providing*, in uno specifico settore, il requisito della partecipazione pubblica totalitaria non rappresenta un elemento essenziale.

In questa sede si è sostenuto che i poteri ordinari propri dell'azionista di maggioranza, unitamente a forme di controllo esterno, erano sufficienti a dimostrare l'esistenza di un controllo analogo e, conseguentemente, che la mera possibilità dell'ingresso di terzi privati non esclude il controllo analogo.

Tornando ancora una volta alla sentenza *Carbotermo*, si deve sottolineare il suo carattere innovativo anche per un ulteriore aspetto da essa considerato, risultante già implicitamente dalla sentenza *Teckal*.

La Corte di giustizia ha contemplato la possibilità che l'eccezione alle procedure ad evidenza pubblica si applichi, “*non solo all'ipotesi in cui un solo ente pubblico detenga una siffatta persona giuridica, ma anche a quella in cui la detengano più enti. Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la seconda condizione richiesta dalla sentenza Teckal può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività, non necessariamente con questo o quell'ente locale, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti*”.⁴⁴³

La Corte di giustizia ha ritenuto configurabile un legittimo affidamento *in house* anche nell'ipotesi in cui la società sia detenuta da più enti pubblici.

La Corte sembra far riferimento all'ipotesi in cui più enti, per esempio più Comuni, detengano, anche per quote tra loro significativamente di diversa consistenza, azioni di una società che pertanto si configura *in house* nei confronti di ciascuno di questi enti. Allora, si farà riferimento, per valutare la condizione dell'attività prevalente, a tutti gli enti complessivamente considerati e non all'ente che nel caso specifico funge da amministrazione aggiudicatrice⁴⁴⁴.

È questo il caso dell'affidamento della gestione del servizio pubblico di trasporto, settore nel quale è ammesso l'affidamento ad un c.d. 'operatore interno', secondo la dizione dell'art. 5, comma 2, del regolamento CE n. 1370/2007.

Malgrado l'orientamento della Corte di giustizia sia chiaro nel senso di ritenere requisito essenziale, ai fini della qualificazione di un soggetto come *in house provider*, che la partecipazione al capitale sia pubblica al 100%, nell'ambito del servizio di trasporto l'assetto dell'istituto assume una connotazione del tutto *sui generis*, prendendo le distanze dalla tradizionale formulazione pretoria. La tesi è di: AA.VV., *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. Cabiddu, Torino, 2010, 322.

⁴⁴³ CGCE, sentenza dell'11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP s.p.a.*, punti 69-70-71.

⁴⁴⁴ In questo senso, la pronuncia della CGCE, Sez. II, del 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asociación de Empresas Forestales (ASEMFO) contro Transformación Agraria SA (TRASGA)*. Questo caso si riferiva ad una società posseduta al 99% dello Stato spagnolo, mentre il restante 1% era diviso in parti uguali tra quattro comunità autonome. La sentenza afferma esplicitamente che “non può essere accolta la tesi secondo cui il controllo analogo sarebbe soddisfatto solamente rispetto agli appalti effettuati su incarico dello Stato

Una siffatta impostazione sembra oggettivamente consentire, ai fini dell'affidamento diretto, la costituzione di società *in house* che siano al servizio di più enti, anche se il controllo analogo sarà esercitato, presumibilmente⁴⁴⁵, dall'amministrazione di volta in volta interessata. In ipotesi di questo tipo, l'individuazione del controllo analogo diviene problematica, poiché è difficile immaginare che tutti i soci possano esercitarlo contemporaneamente.

La sentenza TRASGA indica una soluzione, individuando il controllo analogo nella possibilità per ciascun socio di ordinare all'organismo *in house* di compiere una certa attività. Tale ipotesi presuppone una previa determinazione, tra gli enti pubblici soci, delle modalità e delle condizioni alle quali ciascuno di essi può utilizzare l'organismo *in house*⁴⁴⁶.

Allo stato della giurisprudenza allora, si ammette la possibilità di un soggetto *in house* in relazione ad una pluralità di soci pubblici, anche se alcuni di essi hanno una partecipazione minima, purché sia dimostrata l'esistenza del controllo analogo.

Sembrano ammissibili due modelli: un controllo analogo esercitato collettivamente da tutti i soci su tutte le attività svolte *in house*, oppure un controllo analogo svolto da ciascun socio pubblico per le attività *in house* da esso affidate alla società⁴⁴⁷.

Nel primo caso, è sufficiente prevedere che i soci pubblici affidanti collettivamente esercitino il controllo analogo e quindi che essi, in quanto soci, possano collettivamente esercitare influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni più importanti. Questo modello comporta però che, se i soci pubblici vengono intesi in senso collettivo, è ben possibile che uno o più di essi si trovino in minoranza rispetto alla decisione dell'insieme dei soci pubblici perché ciò che importa è la volontà dei soci pubblici nel loro complesso. L'alternativa sarebbe l'unanimità nelle decisioni sulla gestione della società, ma ciò paralizzerebbe l'attività della società stessa.

Nel secondo caso, invece, rileva la volontà di ciascun singolo socio pubblico, non in relazione a tutta l'attività della società, ma solo in relazione all'attività del servizio da essa affidato alla società.

Nella citata sentenza TRAGSA, la Corte precisa il concetto di controllo di tipo "individuale", richiedendo che l'organismo *in house* sia

spagnolo, con esclusione di quelli oggetto di incarichi delle comunità autonome, rispetto alle quali TRASGA dovrebbe essere considerata come un terzo".

⁴⁴⁵ F. PATRONI GRIFFI, *L'in house providing: un de profundis rinviato?*, in *Quaderni del DAE, Rivista di diritto amministrativo elettronico*, 2006, in www.cesda.it.

⁴⁴⁶ M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, cit., 549 ss.

⁴⁴⁷ G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 5, 1231 ss.

giuridicamente tenuto ad eseguire le prestazioni richieste dal socio e non abbia alcuna possibilità di trattare il compenso⁴⁴⁸.

Anche la giurisprudenza nazionale ha affermato la necessità di una partecipazione pubblica totalitaria, la cui presenza si giustifica con il fatto che non può essere considerato un organismo appartenente all'organizzazione della p.a. una società al cui capitale partecipino soci privati⁴⁴⁹, venendosi progressivamente a superare l'orientamento⁴⁵⁰ in forza del quale la totale partecipazione pubblica al capitale sociale non rappresentava requisito imprescindibile⁴⁵¹.

Peraltro, la giurisprudenza nazionale ha conservato un orientamento particolarmente rigoroso, affermando l'insussistenza del controllo analogo in ipotesi di apertura, anche solo potenziale, all'ingresso di soci privati nella compagine societaria⁴⁵².

La nostra giurisprudenza si è espressa anche in ordine alla partecipazione di una pluralità di enti pubblici alla società *in house*.

Sul punto, a mero titolo esemplificativo, si è ritenuto⁴⁵³ utile strumento per la realizzazione di un controllo congiunto la costituzione di un'assemblea di coordinamento intercomunale, concepita come un ufficio, autonomo rispetto agli organi societari, attraverso la quale gli enti locali esercitavano, tutti insieme, una serie di compiti e funzioni preordinati ad

⁴⁴⁸ CGCE, sentenza del 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asemfo c. Tragsa. Ma anche: CGCE, sentenza del 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord S.p.a. c. Comuni di Cagno, Varese e Solbiate. Per un commento si rinvia a: S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 5, 495.

⁴⁴⁹ In questo senso: Cons. Stato, Sez. V, sentenza del 18 settembre 2007, n. 4862, in *www.Altalex.it*, con nota di A. DEL DOTTO del 4 febbraio 2008; TAR Lombardia, Sez. III, sentenza del 17 luglio 2006, n. 1837; TAR Puglia-Lecce, Sez. II, sentenza dell'11 febbraio 2008, n. 432, in *www.Altalex.it*, con nota di A. DEL DOTTO, del 18 aprile 2008. Il T.A.R., partendo dal presupposto che la totale partecipazione pubblica sia condizione necessaria ma non sufficiente per la configurabilità dell'istituto, dichiara infondato il ricorso. Il giudice motiva ciò in considerazione del fatto che la delibera di affidamento *in house* prevede una clausola risolutiva espressa, stabilendosi la decadenza dell'affidamento nel caso in cui vengano a cessare le condizioni che tale affidamento legittimano. Quindi, ove venisse meno il requisito della totale partecipazione pubblica per una successiva cessione di parte del capitale sociale, il contratto perderebbe immediatamente efficacia. In tal modo, il TAR legittima un affidamento *in house* a favore di un soggetto il cui statuto non prevede l'incapacità delle quote detenute dall'ente pubblico affidante, ma prevede l'automatica decadenza dell'affidamento ove la totale partecipazione pubblica, inizialmente esistente, venga meno poi.

⁴⁵⁰ Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁵¹ Nel senso della sufficienza della gara per la scelta del socio, Cons. Stato, Sez. V, sentenza 3 febbraio 2005, n. 272, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁵² TAR Puglia- Bari, Sez. I, 2 aprile 2013, n. 458, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁵³ TAR Friuli Venezia Giulia, sentenza del 15 luglio 2005, n. 634, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

indirizzare la vita della società, a controllarne lo svolgimento ed a formare le decisioni che dovevano poi essere assunte dagli organi societari.

Anche il contenuto dedotto nello statuto della società si è rivelato mezzo idoneo a creare un controllo congiunto analogo, per esempio attraverso l'introduzione del previo esame da parte dell'assemblea di coordinamento comunale ai fini dell'approvazione del bilancio, del piano industriale e di ogni altro documento programmatico⁴⁵⁴.

5. La nuova generazione di direttive europee in materia di appalti e concessioni e la definizione espressa dell'*in house providing*.

Le direttive nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE, nulla prevedevano in ordine ai requisiti caratterizzanti l'istituto dell'*in house providing*: rimaneva così necessario il rinvio agli indirizzi giurisprudenziali⁴⁵⁵.

Nonostante il Parlamento europeo, nel corso dell'iter di adozione, avesse proposto l'introduzione di una disposizione in materia, l'emendamento, pur traendo spunto dalla sentenza *Teckal*, non trovava seguito.

Nel corso del 2014 è stata approvata una nuova generazione di direttive in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e, per la prima volta, è stata adottata una direttiva specifica per le concessioni⁴⁵⁶.

All'interno delle nuove direttive si rinviene una definizione puntuale dell'istituto dell'*in house providing*, quale ipotesi in cui, in deroga alla disciplina ivi dettata, è consentito l'affidamento diretto.

Le direttive, con formulazione del tutto analoga, recepiscono, con alcune novità, il consolidato orientamento giurisprudenziale innanzi esposto.

In primo luogo, il requisito del controllo analogo viene specificato nel suo contenuto, coincidendo con la situazione in cui un'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi

⁴⁵⁴ In senso analogo: TAR Lazio, 16 ottobre 2007, n. 9988, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵⁵ AA. VV., *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, n. 9 dei *Quaderni del giornale di diritto amministrativo*, 2004, 30-31.

⁴⁵⁶ S. CORNELLA, *L'in house providing nel dialogo fra Corte di Giustizia e giudici nazionali*, cit., 70 ss. Per la definizione di *in house providing* si veda, in particolare: l'art. 12 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE, approvata dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2014, n. 24; l'art. 28 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che sostituirà la direttiva 2004/17/CE, approvata dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2014, n. 25; l'art. 17 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, approvata dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2014, n. 23.

strategici, che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Inoltre, confermando l'ammissibilità di un controllo analogo meramente indiretto, le nuove direttive riconoscono come esso possa anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata, secondo le stesse modalità, dall'amministrazione aggiudicatrice.

Ulteriore specificazione trova il requisito del controllo analogo c.d. 'congiunto', ove la persona giuridica sia partecipata da più Amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori.

Le nuove direttive prevedono che il suddetto requisito possa definirsi soddisfatto ove risultino integrate tre specifiche condizioni.

Il primo requisito sarà soddisfatto ove gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni partecipanti, ben potendo anche un solo soggetto esprimere la rappresentanza di più di una, e persino di tutte, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti.

Il secondo requisito necessario ai fini della configurabilità del controllo analogo congiunto consiste nell'esercizio di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Da ultimo, la persona giuridica controllata non deve perseguire interessi contrari a quelli delle Amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori.

L'esplicita definizione del requisito del controllo analogo congiunto recepisce, in larga misura, gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza sul punto.

Tuttavia, ciò che rappresenta l'aspetto più innovativo è dato dalla previsione di un necessario e rigoroso cumulo tra le condizioni innanzi accennate, le quali, sia pure già tutte individuate in sede pretoria, trovavano una formulazione meno rigorosa⁴⁵⁷.

In secondo luogo, il requisito dello svolgimento, da parte del soggetto *in house*, della parte più importante della propria attività in favore dell'amministrazione controllante trova una specificazione di carattere quantitativo.

Potranno qualificarsi come *in house* quei soggetti che effettuino più dell'80% delle attività nello svolgimento dei compiti ad essi affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante, ma anche da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi.

⁴⁵⁷ Una pronuncia della CGCE che, in certa misura, può ritenersi un'anticipazione del contenuto della nuova generazione di direttive è la sentenza del 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, con la quale la Corte afferma come il requisito del controllo analogo congiunto sia soddisfatto ove ciascuna autorità partecipi sia al capitale sociale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta.

La disposizione, pertanto, sembra consentire che il soggetto *in house* destini la propria attività anche in favore del complesso del “*gruppo amministrazione pubblica*” nel quale si trova ad essere calato.

Da ultimo, il requisito della partecipazione pubblica totalitaria trova temperamento con una peculiare eccezione.

La partecipazione di capitali privati, nel caso in cui la sua presenza trovi fondamento in una disposizione normativa, non esclude la qualifica di *in house provider* ove da tale partecipazione non discenda un potere di controllo o di veto, che si traduca nell’esercizio di un’influenza determinante sulla persona giuridica da parte dello stesso soggetto privato.

Tale dirompente novità pare, tuttavia, rendere estremamente più labile la distinzione tra *in house providing* e le società miste quale forma di partenariato pubblico-privato⁴⁵⁸.

6. La società mista quale forma di P.P.P.I.: la concezione del modello in ambito europeo.

Nella ricostruzione dei diversi modelli di gestione dei pubblici servizi previsti dal legislatore si evince come, nel tempo, sia stata valorizzata la forma della società a capitale misto.

Il modello, come già evidenziato, ha trovato iniziale applicazione con il limite della partecipazione pubblica maggioritaria, per poi venire ammesso anche ricorrendo un’ipotesi opposta, quella della partecipazione maggioritaria del partner privato.

Al di là delle alterne vicende relative alla compagine sociale, il problema di maggior rilievo sollevato dall’istituto della società mista attiene, invece, alla modalità di costituzione.

Ci si riferisce, in altri termini, all’annosa questione consistente nello stabilire se, e a quali condizioni, la gara per la scelta del socio possa rendere superflua la gara per l’affidamento del servizio⁴⁵⁹. Esclusa la possibilità di

⁴⁵⁸ Per una prima analisi della disciplina contenuta nelle nuove direttive, la quale esula dal campo di indagine del presente lavoro, è necessario rinviare a: G. GUZZO, *La Direttiva Ue n. 2014/24/UE e le nuove regole in materia di affidamenti in house: riflessioni minime e prime interpretazioni*, in www.lexitalia.it, 2014, 7-8; C. VOLPE, *L’affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell’istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, 2014, 3.

⁴⁵⁹ N. AICARDI, *Società miste ed evidenza pubblica “a monte”*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Volume II, Attività, organizzazione, servizi*, Padova, 2007, 219 ss.; M. DUGATO, *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 2, 154; N. LANDI, A. PAPI ROSSI, *L’affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, cit., 150; A. MUSSA, *Le società miste nell’ordinamento italiano*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 4, 1081; M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell’evoluzione normativa*, in www.federalismi.it, 2012, 3.

qualificare le società miste come *in house providers*, la questione, prima di trovare chiara composizione, è stata oggetto di un ampio dibattito⁴⁶⁰.

Precisamente, come osservato dalla V Sezione del Consiglio di Stato⁴⁶¹ che ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, in giurisprudenza e in dottrina si profilavano due diversi orientamenti.

Secondo una prima tesi non sarebbero mai consentiti gli affidamenti diretti a società miste, anche se a prevalente partecipazione pubblica e anche se la scelta del socio privato sia stata effettuata mediante gara ad evidenza pubblica.

Volendo seguire questo orientamento, l'amministrazione che intenda affidare il servizio alla società da essa costituita avrebbe dovuto comunque svolgere una seconda gara, non potendo rilevare nemmeno ulteriori requisiti particolari, quali la durata limitata del contratto sociale, l'inalienabilità delle partecipazioni o la limitazione dell'oggetto sociale.

Seppur limitatamente all'attività di accertamento e di riscossione dei tributi, in questa stessa direzione milita anche l'art. 1, comma 224, della legge finanziaria per il 2008, unica disposizione in cui il legislatore ha espresso questo indirizzo interpretativo.

Un opposto indirizzo ermeneutico, invece, sostiene che la società mista a prevalente partecipazione pubblica possa essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive⁴⁶². La gara per la scelta del socio, dunque, renderebbe superflua la gara per l'affidamento del servizio o dell'appalto.

Questa seconda tesi è stata espressa dal Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere n. 456 del 2007⁴⁶³.

Il Consiglio, muovendo dalla premessa secondo cui il fenomeno dell'affidamento a società mista pubblico – privata vada distinto dall'*in house providing*, giunge ad una conclusione opposta: in taluni specifici settori, individuati dalla legge considerando la peculiarità di una data materia e quindi l'inopportunità di una totale devoluzione a privati, ma anche l'impossibilità tecnica di lasciar gestire il servizio interamente alla parte pubblica, non vi sarebbero ragioni, né logiche né giuridiche, per escludere l'affidamento diretto anche in presenza di società miste.

Secondo questa impostazione, sarebbe illogico ammettere, in alternativa all'affidamento totale del servizio all'esterno, la sola rinuncia

⁴⁶⁰ R. VILLATA, *Servizi pubblici, discussioni e problemi*, cit., 143 ss.; L. IERA, *È ancora legittimo l'affidamento in house in favore di una società mista?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 9, 984 ss.

⁴⁶¹ Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶² Si tratterebbe del cosiddetto *in house spurio*, secondo M. GIORGIO, *L'affidamento in house è sempre l'eccezione? Il caso Catania Multiservizi*, cit., 549.

⁴⁶³ Cons. Stato, Sez. II, parere del 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustizia-amministrativa.it.

totale al mercato con la società pubblica *in house* e non consentire, invece, un'apertura parziale a più flessibili forme di collaborazione tra pubblico e privato, laddove tale apertura si giustifichi razionalmente con l'esigenza di un controllo più stringente sull'operatore, svolto non nella veste di committente ma in quella di socio.

Come si legge nel parere, “*se è vero che la società mista, in quanto tale, non è sottoposta al controllo analogo, è dirimente la circostanza che proprio la componente esterna che esclude la ricorrenza dell'in house sia selezionata con procedure di evidenza pubblica: la quota esterna alla pubblica amministrazione è, cioè, reperita con il ricorso ad un mercato che è certamente premiato, diversamente da quanto avviene nel caso della chiusura in se stessa dell'amministrazione in un modello di pura autoproduzione. E ciò avviene coniugando l'interesse alla valorizzazione delle risorse del mercato, che altrimenti resterebbero disattese in una logica di monopolio pubblico, con l'interesse dell'amministrazione pubblica alla scelta di moduli organizzatori che le consentano di esercitare un controllo non solo esterno (come soggetto affidante) ma interno ed organico (come partner societario) sull'operato del soggetto privato selezionato per la gestione*”.

Secondo questa tesi, in conclusione, sarebbe possibile il ricorso alla figura della società mista, ma ad una triplice condizione: il socio privato deve essere scelto con gara; lo stesso socio privato deve configurarsi come un socio operativo o industriale⁴⁶⁴ che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; infine, deve essere previsto un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento, evitando così che il socio divenga socio stabile della società mista⁴⁶⁵.

La questione, malgrado questi ulteriori approdi ermeneutici, veniva nuovamente sottoposta all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Nella società mista, proprio perché il socio privato deve rappresentare un partner non soltanto finanziario ma anche operativo, le azioni delle quali diverrebbe titolare a seguito della gara a doppio oggetto dovrebbero assumere la connotazione di azioni con l'obbligo di prestazioni accessorie, ai sensi dell'art. 2348 c.c. In questo senso si esprime F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 248.

⁴⁶⁵ Questa soluzione, è stata accolta anche dal legislatore nell'art. 113, comma 5, del T.U.E.L., nella sua formulazione attualmente in vigore, dove si distingue l'ipotesi dell'affidamento del servizio a società con capitale interamente pubblico (modello *in house*), dall'affidamento a società di capitali individuate mediante gara (nel rispetto, quindi, delle procedure ad evidenza pubblica) e, ancora, dall'affidamento a società mista in cui il socio privato sia scelto mediante gara. Sul punto: M. GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8, 2007, 8, 984 ss.

⁴⁶⁶ Cons. Stato, Sez. V, parere del 23 ottobre 2007, n. 5587, in *www.Altalex.it*, con nota di A. DEL DOTTO.

In primo grado, si era espresso il TAR Piemonte (Sez. II, sentenza del 4 giugno 2007, n. 2539, in *www.giustizia-amministrativa.it*) riferendosi ampiamente a quanto già espresso dal

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si esprimeva con decisione del 3 marzo 2008, n. 1⁴⁶⁷, soffermandosi sui requisiti dell'*in house providing* e sulla relativa evoluzione⁴⁶⁸.

In questa sede, il Consiglio riconosce che l'affidamento diretto a società miste può prestarsi ad alcuni abusi. Tuttavia, reputa valido il modello delineato dal parere n. 456 del 2007, in cui si considerano fungibili la scelta del contratto d'appalto e quella del contratto sociale, purché il socio sia operativo, non diventi stabile la sua posizione e le caratteristiche della gestione (condizioni, modalità, durata) siano stabilite contestualmente alla scelta del socio mediante gara⁴⁶⁹.

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia nella sentenza n. 589. In questa occasione, è stato disposto l'annullamento (richiesto dalla società MEDICASA ITALIA s.p.a.) del provvedimento con cui l'ASL 19 di Asti aveva disposto l'affidamento del servizio di prestazione di cure sanitarie domiciliari alla società AMOS, società costituita nel 1994 con la partecipazione di numerosi soggetti sia pubblici che privati, una cui quota era stata acquisita solo in un secondo momento dall'ASL predetta (nella misura del 18%). Nella pronuncia si fa riferimento all'art. 113, comma 5, lett. b) T.U.E.L., ritenendo che *“nella parte in cui consente l'affidamento diretto di un servizio pubblico di rilevanza economica ad una società mista a prevalente capitale pubblico, con socio privato scelto mediante gara, vada interpretato restrittivamente, se non disapplicato, posto che, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, deve attivarsi, per la scelta del gestore del servizio, una seconda procedura ad evidenza pubblica. La gara per la scelta del socio privato, infatti, non è sovrapponibile a quella per l'affidamento del servizio, avendo tali procedure finalità ben distinte (...). Si è in presenza di una società avente un oggetto plurimo e variegato dal punto di vista qualitativo, per cui non può affermarsi che la scelta con gara del socio effettuata a monte della costituzione della società garantisca gli stessi effetti di una pubblica gara da svolgersi con riferimento al singolo servizio: in altre parole, la scelta del socio privato con gara garantisce che la concorrenza sia stata rispettata quando è chiaro che il socio è selezionato proprio per svolgere una specifica attività, ovvero più attività all'interno di un unico settore. Ma quando il bando di gara o l'oggetto sociale non delimitano a sufficienza l'attività da svolgere, la quale si presenta in modo ampio e variegato, non è possibile affermare che la sola indicazione di una gara per la scelta del socio abbia la stessa efficacia, in termini di rispetto dei principi della concorrenza, di una gara effettuata per l'aggiudicazione del singolo settore di attività”*.

⁴⁶⁷ F. NAVARO, *Modello organizzativo della società mista e in house providing a margine della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 3 marzo 2008*, in *Il diritto della Regione del Veneto*, 2008, 3-4, 333 ss.

⁴⁶⁸ Il Consiglio di Stato richiama anche un'importante sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia: CGARS, 4 settembre 2007, n. 719, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶⁹ La Plenaria aggiunge però 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. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni praeter legem, che potrebbero non trovare l'avvallo della Corte di Giustizia”*. Per un commento si veda: P. DELLA PORTA, *Forma societaria e affidamenti diretti: primo monito (indiretto) della Plenaria*, cit., 221.

Evidenziata la netta alterità tra il modello *in house* e le società a capitale misto⁴⁷⁰, la giurisprudenza maggioritaria afferma non essere necessaria la doppia gara, sostenendo, in definitiva, la necessità dello svolgimento di una gara a doppio oggetto, con l'unico limite dell'impossibilità di affidare servizi ulteriori, in via diretta, rispetto a quelli contemplati nell'originario bando di gara⁴⁷¹.

Se a livello nazionale si riscontravano numerose incertezze sul tema, a livello comunitario la Commissione offriva una prima chiarificazione con il Libro Verde relativo al partenariato pubblico-privato⁴⁷².

Con questo termine ci si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese private.

Negli ultimi decenni, il fenomeno dei PPP si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica, e ciò è riconducibile a svariati motivi. In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono far fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Il fenomeno si spiega anche con la necessità di beneficiare del *know-how* proprio del settore privato.

Il Libro Verde mirava, in definitiva, ad illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del *partner* privato ed

⁴⁷⁰ Cons. Stato, 13 luglio 2006, n. 4440; Cons. Stato, Sez. V, 1 giugno 2007, n. 2932; Cons. Stato, 30 agosto 2006, n. 5072, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Nella fattispecie oggetto dell'ultima pronuncia citata, lo statuto societario prevedeva la possibilità che potessero entrare a far parte della società anche imprese private, con partecipazione fino al 49% del capitale sociale. I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che, anche se al momento dell'affidamento senza gara dell'appalto di servizi non era intervenuta alcuna cessione di capitale a favore di soggetti terzi, il fatto stesso della cedibilità di parte del capitale a soggetti privati, comportava comunque la perdita del controllo analogo da parte del Comune. Questa pronuncia ribadisce così l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia circa la necessaria permanenza del tempo della totale partecipazione pubblica.

⁴⁷¹ Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5281; Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272; Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, tutte in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza del 20 marzo 2009, n. 1555, in www.federalismi.it. I giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che: *“la risposta alla questione se gli appalti pubblici possano essere affidati a società miste in via diretta, o se occorra seguire procedure di evidenza pubblica, deve essere differenziata, occorrendo distinguere l'ipotesi di costituzione di una società mista per una specifica missione, sulla base di una gara che abbia per oggetto sia la scelta del socio che l'affidamento della specifica missione, e l'ipotesi in cui si intendano affidare ulteriori appalti ad una società mista già costituita”*. Così prosegue la sentenza: *“Insomma, la scelta del socio privato tramite una gara pubblica, giustifica un singolo affidamento (come viene precisato, una singola missione) e non può costituire la giustificazione per la creazione di una società c.d. “aperta” o “generalista”, in grado di assumere legittimamente la posizione di affidataria diretta per ulteriori contratti”*.

⁴⁷² COM (2004) 327, Libro Verde relativo ai PPP ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, presentato dalla Commissione il 30 aprile 2004, in www.europa.eu. Nell'ordinamento interno, per una definizione omnicomprensiva delle forme di partenariato pubblico-privato si veda l'art. 3, comma 15-ter, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide ed alle caratteristiche specifiche dei PPP.

Veniva tracciata una distinzione tra PPP di tipo puramente contrattuale, in cui il legame tra pubblico e privato è puramente convenzionale, e PPP di tipo istituzionalizzato, implicante una cooperazione tra pubblico e privato in seno ad un'entità distinta⁴⁷³. Proprio in questa seconda categoria si inserisce il dibattito relativo alle società miste⁴⁷⁴.

Le operazioni di tipo PPP istituzionalizzato implicano la creazione di un soggetto detenuto congiuntamente dal *partner* pubblico e dal *partner* privato, il quale ha il compito di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

La creazione di un PPP istituzionalizzato, sempre secondo il Libro Verde, può avvenire sia attraverso la creazione di un'entità *ad hoc* detenuta congiuntamente dal settore pubblico e dal settore privato, sia tramite l'apertura di un soggetto giuridico inizialmente pubblico alla partecipazione dei privati, di maggioranza o meno.

Nel primo caso, si assisterà alla creazione di una società a capitale misto, operazione di per sé non contemplata dal diritto degli appalti pubblici e delle concessioni. Occorre però garantire il rispetto di tali norme anche quando tale operazione sia accompagnata dall'attribuzione d'incarichi tramite un atto che può essere definito come appalto o concessione, anche se si tratta di atto unilaterale come un atto legislativo o regolamentare.

È necessario, poi, che le condizioni relative alla creazione dell'impresa siano chiaramente stabilite in occasione della pubblicazione del bando relativo agli incarichi che si desiderano affidare al *partner* privato.

La Commissione ha rilevato che, in alcuni Stati, la legislazione nazionale permette alle entità miste, nelle quali la partecipazione del settore pubblico è quella dell'organismo aggiudicatore, di partecipare ad una procedura d'attribuzione di appalti o di concessioni prima ancora di essere costituite. In questi casi, l'impresa viene a tutti gli effetti costituita solo quando abbia concretamente ottenuto l'incarico. In altri Stati si è affermata la pratica che tende a confondere la fase di costituzione dell'impresa e la fase di attribuzione dei compiti.

A parere della Commissione, queste formule non sembrano offrire soluzioni soddisfacenti per quanto concerne le disposizioni applicabili in materia di appalti e concessioni. Nel primo caso, una situazione di

⁴⁷³ Tale distinzione non tiene conto delle qualifiche giuridiche operate nel diritto nazionale e non ne pregiudica la definizione. Tale analisi ha il solo scopo di distinguere tra loro le operazioni di solito qualificate come PPP, per poter poi più agevolmente determinare quali norme del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni vadano ad esse applicate.

⁴⁷⁴ M. P. CHITI, *Introduzione: luci, ombre e vaghezze nella disciplina del partenariato pubblico - privato, intervento all'incontro di studio organizzato dalla sezione italiana dell'IISA* del 29 luglio 2005, 9.

concorrenza rischia di essere pregiudicata dalla posizione privilegiata della società in costituzione, e dunque del *partner* privato che vi partecipa. Anche nel secondo caso, la procedura specifica di selezione del *partner* privato comporta numerosi problemi.

Si può inoltre constatare che, solitamente, la durata dell'impresa creata non coincide con la durata del contratto o della concessione attribuita, il che appare suscettibile di indurre a rinnovi dell'incarico affidato a questa impresa senza che sia posta in essere una reale nuova messa in concorrenza. Ciò a volte implica che, *de facto*, gli incarichi siano attribuiti per una durata illimitata.

La creazione di un PPP di tipo istituzionalizzato può anche avvenire tramite una modifica della partecipazione azionaria di un'impresa pubblica. La Commissione ha rilevato che il passaggio di un'impresa del settore pubblico al settore privato è una scelta di politica economica che, come tale, è di esclusiva competenza degli Stati membri. La buona pratica consiglia di accertarsi che tale operazione in capitale non nasconda, in realtà, l'attribuzione ad un *partner* privato di contratti definibili come appalti pubblici o come concessioni. In particolare, ciò accade quando, prima dell'operazione in capitale, l'impresa in questione si vede attribuire, direttamente e senza messa in concorrenza, degli incarichi particolari, nell'intento di rendere attraente l'operazione in capitale.

Il dibattito sollevato dal Libro Verde ha suscitato l'interesse degli Stati membri e la Commissione, nel maggio del 2005, ha raccolto i diversi contributi offerti sul tema in un rapporto che analizza il complesso di questi pareri⁴⁷⁵. Successivamente, la Commissione ha redatto una comunicazione⁴⁷⁶ in cui riporta le posizioni politiche emerse in sede di consultazione nonché informazioni concrete derivanti dall'esperienza pratica in materia.

In questa sede la Commissione ha ribadito come le amministrazioni pubbliche siano sempre più interessate a collaborare con il settore privato qualora si tratti di creare infrastrutture o di fornire un servizio. Queste forme di collaborazione però non sono una soluzione miracolosa: per ogni progetto si rende necessario determinare se il partenariato costituisca un reale valore aggiunto al servizio o ai lavori pubblici interessati, una volta comparato con le altre opzioni, come l'aggiudicazione più classica di un appalto. Il diritto comunitario non interviene in merito alla scelta delle p.a. di fornire esse stesse un servizio economico o di affidarlo ad un terzo. Qualora le p.a. decidano di far intervenire terzi, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni potrebbe entrare in gioco. La principale finalità del diritto comunitario in tema di appalti e concessioni è quella di creare un mercato interno in cui i principi fondamentali del trattato istitutivo siano

⁴⁷⁵ SEC (2005) 629, del 3 maggio 2005, in www.europa.eu.

⁴⁷⁶ COM (2005) 569.

garantiti e in cui sia ottenuto il miglior rapporto qualità prezzo nel momento in cui le p.a. acquistano prodotti o affidano lavori o servizi a terzi. Nell'ottica della crescente importanza che stanno assumendo i PPP, si è ritenuto necessario determinare in che misura le disposizioni comunitarie esistenti implementino adeguatamente questi obiettivi quando si tratti di aggiudicare contratti o concessioni di tipo PPP.

A fronte di queste esigenze, la Commissione ha fornito una chiara risposta con la comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico - privati istituzionalizzati (PPPI)⁴⁷⁷.

La Commissione in questo intervento più recente precisa che l'apporto privato alle attività del PPPI deve consistere, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale attività. Al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPPI.

La Commissione ritiene che una doppia procedura, la prima per la selezione del *partner* privato del PPPI, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto, sia difficilmente praticabile⁴⁷⁸.

Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario, evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura, si può procedere, secondo quanto risulta dalla comunicazione, nel modo seguente. Il *partner* privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del *partner* privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del *partner* privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

Per quanto riguarda la disciplina applicabile, se l'incarico affidato a un'entità a capitale misto è l'esecuzione di un appalto pubblico, la procedura di selezione del *partner* privato è stabilita da tali direttive. Se si tratta di una concessione di lavori o di un appalto pubblico parzialmente disciplinato dalle direttive in materia, si applicano le regole e i principi fondamentali derivanti dal Trattato CE insieme alle pertinenti disposizioni delle direttive.

Secondo la Commissione, il diritto comunitario obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a rendere noti i criteri di selezione e di aggiudicazione per l'individuazione del *partner* privato del PPPI. Le

⁴⁷⁷ COM (2007) 6661, pubblicata il 5 febbraio 2008.

⁴⁷⁸ Sotto questo profilo, quindi, risultano problematiche le disposizioni, precedentemente citate, contenute nella legge finanziaria per il 2008.

direttive in materia di appalti pubblici prevedono alcuni criteri specifici relativi alle capacità personali del *partner* privato, come la situazione personale del candidato, la sua capacità economica e finanziaria, l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale e le capacità tecniche o professionali. Tali criteri possono essere utilizzati anche nell'ambito delle concessioni e degli appalti pubblici non interamente disciplinati dalle direttive in materia di appalti pubblici.

Nonostante con questa comunicazione emergano delle soluzioni precise rispetto al tema delle società miste, la valutazione della cooperazione fra soggetto pubblico e imprese private e il suo impatto sulla concorrenza rimane a tutt'oggi problematica. Bisogna riconoscere che l'imprenditore quando si avvicina e collabora con il soggetto pubblico lo fa comunque in vista del proprio interesse privato, non nell'interesse della collettività. Proprio sulla base di questo principio si può spiegare l'ambiguità intrinseca del rapporto collaborativo fra pubblico e privato⁴⁷⁹.

Malgrado l'orientamento espresso nell'ambito dell'ordinamento europeo abbia chiarito molti dei profili incerti, il partenariato pubblico-privato continua a destare molteplici criticità operative, e ciò non solo in considerazione della duplice vocazione delle società miste, determinata dalla natura eterogenea delle partecipazioni⁴⁸⁰. I problemi applicativi si riscontrano anche, e soprattutto, in considerazione della non piana riconduzione dell'oggetto delle procedure ad evidenza pubblica, indette per la selezione del socio privato, o per il trasferimento della quota di sua spettanza, entro l'ambito di applicazione delle direttive europee in materia di appalti⁴⁸¹.

7. Le limitazioni poste alle società pubbliche: a) la legge finanziaria per il 2008;

Alla luce della configurazione degli istituti dell'*in house providing* e del partenariato pubblico-privato nella forma della società mista offerta, in

⁴⁷⁹ M. CLARICH, *Conclusioni, intervento all'incontro di studio organizzato dalla sezione italiana dello IISA* del 29 luglio 2005, 289.

⁴⁸⁰ CGUE, Sez. III, 22 dicembre 2010, n. 215, *Mehilainen e altri c. Oulun kaupunki*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010; CGUE, Sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08, *Pres. e Rel. Cunha Rodrigues – Acoset S.p.a. c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e altri*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2, 156 ss., con nota di G.F. Nicodemo.

⁴⁸¹ “Un contratto misto il cui oggetto principale è l'acquisizione da parte di un'impresa del 49% del capitale di un'impresa pubblica e il cui oggetto accessorio, indissolubilmente connesso con tale oggetto principale, verte sulla fornitura di servizi e sull'esecuzione di lavori non rientra, nel suo insieme, nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di pubblici appalti” (CGUE, Sez. IV, 6 maggio 2010, n. 145, *Club Hotel Loutraki Ae e altri c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis e altri*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 7, 781).

specie, nell'ordinamento sovranazionale, le uniche limitazioni poste all'impiego di tali strumenti risultano essere i soli presupposti di applicazione dei medesimi istituti.

Pertanto, l'affidamento di un servizio pubblico locale, in via diretta, ad un soggetto *in house*, in presenza dei tre essenziali requisiti innanzi individuati, è sempre possibile, ove ciò, com'è ovvio, corrisponda al pubblico interesse e al rispetto dei canoni di cui all'art. 97 Cost.

Analogamente, il ricorso al modello gestorio della società mista scontrerà la sola condizione del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica a doppio oggetto.

Nell'ordinamento nazionale, invece, le limitazioni progressivamente apposte alla costituzione di società pubbliche o al mantenimento delle partecipazioni in essere sono state, nel corso del tempo, sempre più stringenti.

Il rigore sotteso agli interventi normativi più recenti, oltre a rappresentare un contemperamento tra il ricorso a tali strumenti e la tutela della concorrenza e del mercato, appare, in senso più radicale, il frutto della necessità di porre fine alla proliferazione di soggetti che, per il loro particolare legame strutturale con l'ente pubblico socio, rappresentano, per più fattori, un aggravio per la finanza locale.

La prima disposizione legislativa volta al contenimento della proliferazione delle società pubbliche è contenuta nella legge finanziaria per il 2008⁴⁸².

Precisamente, la legge 24 dicembre 2007, n. 244, all'art. 3, commi 27 e seguenti, ha individuato un limite di scopo rispetto alla costituzione e partecipazione alle società in parola⁴⁸³.

Il comma 27 stabilisce che le p.a. non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni o di servizi non necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Ammesse, invece, sono la costituzione ed il mantenimento di partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale, società espressamente escluse dall'ambito di applicazione delle disposizioni in parola, oltre, ad esempio alle società partecipate emittenti strumenti finanziari in mercati regolamentati.

Il comma 28 dispone, in coerenza con il divieto parziale, che l'assunzione di nuove partecipazioni ed anche il mantenimento delle attuali

⁴⁸² Per un più approfondito commento: F. ALBO, *Le dimissioni delle partecipazioni societarie e il ruolo delle sezioni di controllo della Corte dei conti*, in *Inserito di Azienditalia*, 2012, 3, III.

⁴⁸³ A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dimissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 57 ss.

debbano essere autorizzati dall'organo competente con provvedimento che motivi la sussistenza dei presupposti suindicati. L'art. 19, comma 2, lett. a) del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, ha peraltro introdotto l'obbligo di trasmettere la delibera alla competente Sezione di controllo della Corte dei conti.

Il comma 29 conclude il quadro inserendo un esplicito obbligo di dismissione, prevedendo che entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore della legge le p.a. siano tenute a cedere a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica.

Inizialmente posticipato di 18 mesi, il termine entro cui procedere alla dismissione è stato ulteriormente prorogato di altri 12 mesi⁴⁸⁴, decorsi i quali la cessazione della partecipazione avverrà, in ogni caso, in modo automatico.

I successivi commi 30-32, infine, dettano disposizioni relative alle dotazioni organiche da destinare alle società partecipate ed ai trasferimenti di risorse umane e finanziarie da parte dell'ente socio. Altro obbligo di informativa viene peraltro prescritto in questo specifico ambito, stabilendosi 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 devono 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”*.

La ratio della disciplina così riassunta merita di essere più approfonditamente analizzata.

Anzitutto, la stessa relazione al disegno di legge poi divenuto legge n. 244 del 2007, stabilisce 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”* e che *“scopo della norma è quello di evitare forme di abuso (la cui esistenza*

⁴⁸⁴ L'art. 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. b), D.L. 6 marzo 2014, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 maggio 2014, n. 68, così dispone: *“Il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è prorogato di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi successivi alla cessazione la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile”*. L'obbligo di cessione, tuttavia, non opera con riferimento alle *“aziende termali le cui partecipazioni azionarie o le attività, i beni, il personale, i patrimoni, i marchi e le pertinenze sono state trasferite a titolo gratuito alle Regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano nel cui territorio sono ubicati gli stabilimenti termali, ai sensi dell'articolo 22, commi da 1 a 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59”* (art. 3, comma 29 cit.).

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”*.

Il legislatore, dunque, attraverso l'introduzione della disciplina in esame, intendeva generare processi decisionali virtuosi, ponendo un freno alla costituzione di nuovi soggetti partecipati ed inducendo le p.a. ad effettuare una ricognizione delle partecipazioni esistenti, imponendo la dismissioni di quelle non strettamente necessarie al perseguimento del pubblico interesse⁴⁸⁵.

Per le società escluse dal campo di applicazione della norma – ivi comprese, dunque, le società partecipate preposte alla gestione di un pubblico servizio – il legislatore accoglieva una sorta di presunzione di non inutilità nei confronti delle partecipazioni detenute e della costituzione di nuove società.

Di grande rilievo, nell'intento di ricostruire la *ratio* della disciplina in parola, è la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Invero, i commi 27-32 del menzionato articolo 3 hanno costituito l'oggetto di censura nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale promosso in via principale sulla scorta del loro postulato contrasto con gli artt. 117 e 118 Cost. e al principio di leale collaborazione, di cui agli artt. 5 e 120, secondo comma, Cost.

Precisamente, secondo la prospettazione della Regione ricorrente, le disposizioni censurate avrebbero avuto ad oggetto *“la materia ‘organizzazione amministrativa della Regione’, riconducibile alla competenza legislativa di tipo residuale delle Regioni”*, in violazione, dunque, degli artt. 117, quarto comma, e 118 Cost.

Dichiarata l'inammissibilità delle questioni aventi ad oggetto l'art. 3, commi da 30 a 32, della legge n. 244 del 2007, a causa del carattere generico delle censure, la Consulta ha ritenuto non fondate le altre questioni concernenti le disposizioni in parola.

La Corte ha ritenuto che la disciplina in esame andasse *“ricondotta alla materia ‘tutela della concorrenza’, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.), anziché, come sostenuto dalla ricorrente, alla materia dell'organizzazione e del funzionamento della Regione, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.”*. E ciò in quanto *“la prima di dette materie comprende, 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*

⁴⁸⁵ Nel senso che la disposizione in parola precluderebbe la costituzione di società *holding* in quanto improduttive di qualsivoglia utilità aggiuntiva, essendo lo stesso Ente, per sua natura, idoneo a svolgere le funzioni di *holding*, si veda: G. FARNETI, *Le società partecipate: problemi d'attualità*, cit., 684.

*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*⁴⁸⁶.

Le norme in commento, in altre parole, “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 preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza”⁴⁸⁷.

In dottrina, d'altro canto, quanto alla portata precettiva delle disposizioni in commento, si è sostenuto come esse inciderebbero in ordine alla legittimazione negoziale delle p.a., con ciò scalfendo la tesi, del tutto preminente, del riconoscimento di una capacità giuridica generale di diritto privato allo Stato ed agli altri enti pubblici, in forza del generale disposto dell'art. 11 c.c.⁴⁸⁸.

Ora, tale orientamento non si ritiene condivisibile in quanto il complesso delle disposizioni in esame, lungi dal contenere una limitazione alla capacità giuridica degli enti pubblici, paiono piuttosto avere un contenuto meramente ricognitivo di principi di carattere generale.

Invero, è la stessa osservanza dei principi di economicità, efficienza e buon andamento della p.a. a vietare agli enti pubblici - anche in sede di costituzione e mantenimento di partecipazioni societarie - la creazione o il mantenimento di partecipazioni in strutture inefficienti ovvero la cui azione non sia orientata alla soddisfazione di un interesse pubblico.

8. (segue): b) l'art. 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78;

Se è vero che la disciplina contenuta nella legge finanziaria per il 2008 riconosce, sempre, il carattere necessario delle partecipazioni in società affidatarie della gestione di un pubblico servizio, sottraendole, dunque, dalle limitazioni innanzi accennate, l'analisi sin qui condotta consente, ora, di meglio interpretare il contenuto della disciplina successiva, che con questa andrà coordinato.

⁴⁸⁶ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148.

⁴⁸⁷ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148.

⁴⁸⁸ S. FANTINI, *Le disposizioni della finanziaria 2008 in tema di società pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 4, 413.

A questo proposito, viene in rilievo l'art. 14 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, e ss.mm.ii, rubricato "*Patto di stabilità interno ed altre disposizioni sugli enti territoriali*".

Il comma 32, fatto salvo il disposto dell'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, così disponeva: "*i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2012 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite: a) abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, 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*".

Escluse dal campo di applicazione della disposizione erano le società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superasse i 30.000 abitanti.

In ogni caso, ai Comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti era consentito detenere la partecipazione di una sola società.

Il termine per procedere alla liquidazione delle società partecipate contrastanti con le nuove prescrizioni, più volte modificato, era stato da ultimo fissato al 30 settembre 2013, per le dismissioni da parte dei Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, ed al 30 settembre 2014 quanto ai Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti⁴⁸⁹.

La disposizione – ora abrogata dall'art. 1, comma 561, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, a decorrere dal 1° gennaio 2014 – ha generato numerosi problemi interpretativi, in primo luogo in ordine al suo coordinamento con l'art. 3, commi 27 e seguenti, della legge n. 244/2007.

⁴⁸⁹ Per la proroga dei termini temporali e delle disposizioni di cui al presente comma si veda l'art. 29, comma 11-*bis*, d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 2012, n. 14, il quale aveva previsto una proroga di nove mesi per i termini indicati dalla disposizione in commento. Prima ancora, tuttavia, l'art. 16, comma 27, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, aveva previsto l'anticipazione del termine del 31 dicembre 2013, fissato anche con riferimento ai Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, al 31 dicembre 2012, rimanendo fermo, invece, il termine del 31 dicembre 2013 per i Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti. La ricostruzione dei termini di scadenza, per effetto delle numerose interpolazioni, è stata ampiamente dibattuta: Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 27 febbraio 2013, n. 66/PAR. Sul punto: Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 113/2012/PAR; id., n. 316/2012/PRSE, id., n. 34/2013/COMP; Corte conti, Sez. controllo Piemonte, n. 291/2012/PAR

Si trattava di stabilire l'esatto significato del richiamo operato dall'art. 14, comma 32, in esame, alla legge finanziaria per il 2008⁴⁹⁰.

Secondo un primo orientamento, elaborato all'indomani dell'entrata in vigore della disposizione, tale richiamo doveva essere inteso nel senso che le ipotesi escluse dall'obbligo di dismissione ai sensi dell'art. 3, commi 27 e seguenti cit. dovevano parimenti considerarsi escluse anche dal campo di applicazione delle ulteriori limitazioni imposte dall'art.14, comma 32 citato.

Tale interpretazione conduceva ad affermare che le società partecipate esercenti un pubblico servizio, in quanto non soggette all'obbligo di dismissione ed al divieto di costituzione contenuto nella legge finanziaria per il 2008, dovevano ritenersi sottratte pure ai vincoli contenuti nella disposizione in commento.

Tale orientamento, tuttavia, veniva presto superato da una tesi contraria, affermata poi come prevalente⁴⁹¹.

Secondo tale diversa ricostruzione, la disposizione del 2010, nel fare salvo il disposto dell'art. 3, commi 27 ss. della legge n. 244/2007, semplicemente sanciva come le nuove preclusioni dettate per la costituzione ed il mantenimento delle partecipazioni in determinate società dovessero sommarsi alle limitazioni già in vigore.

Così, se è vero che la disciplina della finanziaria del 2007 era destinata a non trovare applicazione rispetto alle società partecipate destinate alla gestione di un pubblico servizio, l'art. 14, comma 32 citato, invece, includeva entro l'ambito dei nuovi divieti tutte le società municipali, a prescindere da quale fosse la natura dell'attività esercitata dalle medesime.

Altro rilevante problema interpretativo si era posto con riferimento al requisito, necessario al fine di ritenere la società sottratta dalla procedura di liquidazione o cessione delle quote pubbliche, consistente nella permanenza del bilancio in utile per tre esercizi consecutivi.

Secondo il più rigoroso orientamento delle Sezioni di controllo della Corte dei conti, tale inciso doveva essere inteso nel senso che il bilancio, oltre ad aver generato utili nel ciclo economico, rispondesse ai requisiti di regolarità contabile. L'arco temporale di riferimento ai fini della valutazione della sussistenza di tale condizione doveva individuarsi negli ultimi tre esercizi – 2010, 2011 e 2012 -, non essendo sufficiente che la società,

⁴⁹⁰ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 861/2010/PAR e n. 912/2010/PAR, in www.corteconti.it. Sul punto: M. LIBANORA, G. TOMMASINI, *La normativa sulle partecipazioni pubbliche e il loro necessario riordino*, in *Azienditalia*, 2011, 3, 226; F. MORETTI, *Limiti all'utilizzabilità dello strumento societario da parte dei comuni di piccole e medie dimensioni*, in *Azienditalia*, 2012, 7, 554.

⁴⁹¹ Corte conti, Sez. controllo Basilicata, 13 luglio 2012, n. 168/PAR; Corte conti, Sez. controllo Basilicata, 20 settembre 2012, n. 173/PAR; Corte conti, Sez. controllo Basilicata, 22 marzo 2012, n.12/PAR, tutte in www.corteconti.it.

nell'intero arco della sua vita, avesse presentato, anche in momenti risalenti, tale requisito⁴⁹².

Altri dubbi interpretativi si ponevano con riferimento al requisito di cui alla lettera b) e, precisamente, circa la determinazione dei “*precedenti esercizi*” a cui fare riferimento per la verifica delle intervenute riduzioni di capitale per perdite.

Mentre appariva pacifico che dovesse trattarsi dei bilanci anteriori al 2010, ampiamente dibattuto era se il riferimento dovesse intendersi a tutti i bilanci della società, da quello riferito all'esercizio 2009 fino, a ritroso, a quello dell'anno di costituzione della società o di sub-ingresso del socio pubblico, ovvero ai soli ultimi tre esercizi, analogamente a quanto previsto per la condizione di cui alla lettera a).

Seguendo l'interpretazione offerta dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, propensa ad accogliere il primo e più rigoroso orientamento, la condizione prevista dalla lettera b) doveva ritenersi integrata non dalla riduzione volontaria di capitale di cui agli artt. 2445 e 2482 c.c.⁴⁹³, né dalle ipotesi di riduzione facoltativa in caso di perdite inferiore ad un terzo del patrimonio netto, ma soltanto dall'ipotesi in cui, risultando il capitale diminuito di oltre un terzo, ma non al di sotto del minimo legale, l'assemblea dei soci avesse rinviato al nuovo anno le determinazioni sul capitale e, nell'esercizio successivo, la perdita non fosse diminuita a meno di un terzo del capitale medesimo, con conseguente obbligo dell'assemblea di ridurre il capitale in misura proporzionale (art. 2446 e 2482-*bis* c.c.).

La condizione descritta alla lettera c), invece, si riferiva al caso in cui le perdite avessero azzerato il capitale sociale ovvero ne avessero determinato la riduzione al di sotto del minimo legale, con conseguente obbligo per l'ente pubblico socio di procedere alla trasformazione della società ovvero di deliberare la riduzione del capitale sociale con contestuale aumento del medesimo fino al raggiungimento, almeno, del valore minimo previsto *ex lege* (artt. 2446 e 2482-*ter* c.c.).

Certamente, andranno ricomprese nella suddetta ipotesi tutti i casi di ripianamento di perdite o di soccorso finanziario intraprese dall'ente pubblico anche al di fuori dello schema prescritto dal codice civile, e ciò al fine di sanzionare con l'obbligo di liquidazione o di cessione delle quote

⁴⁹² Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 27 febbraio 2013, n. 66/PAR, ma anche Corte conti, Sez. controllo Emilia –Romagna, n. 9/2012/PAR, in www.corteconti.it. Per un commento si veda: G. COLANGELO, P. FOSSATI, M.G. MONTANARO, *Le dimissioni delle società partecipate dai Comuni minori*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 7, 822.

⁴⁹³ La riduzione volontaria si attua mediante rimborso ai soci delle quote pagate, ovvero mediante liberazione dei soci dall'obbligo di effettuare i versamenti ancora dovuti, ovvero, ancora, mediante l'attribuzione ai soci di beni in natura (Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 27 febbraio 2013, n. 66/PAR, in www.corteconti.it).

anche quelle situazioni in cui siano state adottate delle pratiche elusive volte a mascherare l'intervenuta maturazione di perdite di esercizio.

Analogo carattere elusivo, e, dunque, incompatibile con la *ratio* della disposizione in commento, avrebbe l'operazione di fusione per incorporazione di una società avente i requisiti che imporrebbero la liquidazione o la dismissione della partecipazione pubblica con altra società: *“la riorganizzazione societaria delle partecipazioni pubbliche locali presuppone necessariamente l'idoneità della società partecipata ad essere mantenuta in mano pubblica, sicché non appare conforme allo scopo della normativa sulle dismissioni applicabile agli enti demograficamente minori, procedere ad operazioni di concentrazione societaria facendo perno su partecipazioni che debbono essere dismesse mediante liquidazione o alienazione. E ciò non solo nel caso di fusione per incorporazione della società in perdita ... nella società in utile ..., ma anche nell'ipotesi inversa, poiché, in entrambe le evenienze, le diseconomie strutturali e le criticità della società da dismettere, si estenderebbero alla società in utile, in palese contrasto con i principi di sana gestione di buon andamento della pubblica amministrazione”*⁴⁹⁴.

Quanto alla portata applicativa della disposizione in commento, è stato correttamente evidenziato come il processo di liquidazione o dismissione delle partecipazioni detenute dagli enti locali riguardasse anche le istituzioni e le aziende speciali, posto che l'art. 114, comma 5-bis del TUEL, introdotto dall'art. 25, comma 2, lett. a) del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, ha esteso anche a tali figure giuridiche soggettive le disposizioni che stabiliscono *“obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali”*⁴⁹⁵.

La disposizione in commento è stata oggetto, peraltro, di numerosi giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale, attraverso i quali molte Regioni hanno censurato la violazione del principio di leale collaborazione, oltre che l'indebita compressione dell'autonomia organizzativa regionale.

La disposizione, secondo le ricorrenti, condizionava le modalità organizzative dei servizi resi dagli enti locali e ne limitava fortemente l'iniziativa economica, la capacità di agire, determinando, in definitiva, una violazione dell'art. 117, comma 4, Cost., e ciò in quanto la materia dell'ordinamento e organizzazione amministrativa degli enti sub-statali rientrerebbe nella potestà legislativa residuale delle Regioni.

Lungi dal rappresentare una norma a presidio della concorrenza e del mercato ovvero di riforma dell'ordinamento civile, la disposizione avrebbe inteso promuovere *“il risparmio nell'azione amministrativa locale”*⁴⁹⁶, con

⁴⁹⁴ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 27 febbraio 2013, n. 66/PAR, in www.corteconti.it.

⁴⁹⁵ Corte conti, Sez. controllo Basilicata, 13 luglio 2012, n. 168/PAR, in www.corteconti.it.

⁴⁹⁶ Corte cost., 7 giugno 2012, n. 148.

conseguente incisione su un ambito materiale – quello dell'autonomia organizzativa e finanziaria dei Comuni di cui agli artt. 114, comma 2, e 119 Cost. - afferente alla potestà legislativa concorrente.

La Corte costituzionale, nel disattendere *in toto* le censure formulate e riconducendo la disposizione entro gli ambiti materiali della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile⁴⁹⁷, ha offerto una chiara enunciazione della *ratio legis*: *“la norma impugnata presenta i caratteri di una sanzione nei confronti degli enti le cui società partecipate non presentino bilanci in utile negli ultimi tre esercizi o abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio o, ancora, abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio, per effetto delle quali il Comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. In particolare, sugli enti “non virtuosi” (nel senso prima precisato) incombe l'obbligo di mettere in liquidazione le società già costituite al momento dell'entrata in vigore del d.l. n. 78 del 2010, obbligo che non sussiste per gli enti le cui società siano “virtuose” (sempre nel senso già precisato). Il divieto di costituire nuove società opera invece nei confronti di tutti gli enti (senza distinzione tra “virtuosi” e non) con popolazione inferiore a 30.000 abitanti. Tale divieto risponde all'esigenza di evitare eccessivi indebitamenti da parte di enti le cui piccole dimensioni non consentono un ritorno economico in grado di compensare le eventuali perdite subite. È chiaro quindi l'intento di assicurare un contenimento della spesa, non precludendo, in linea di principio, neanche agli enti con popolazione inferiore a 30.000 abitanti la possibilità di mantenere in esercizio le società già costituite”*.

Da ultimo, è necessario segnalare come, in aggiunta ai divieti di costituzione o mantenimento delle società pubbliche in essere, il legislatore abbia talvolta impiegato strumenti volti, meno drasticamente, ad incentivare i procedimenti di dismissione.

È questo il caso dell'art. 5 del d.l. n. 138/2011, il quale prevedeva, per gli enti territoriali che avessero provveduto, entro il 31 dicembre 2012 ovvero entro il 31 dicembre 2013, alla dismissione di partecipazioni in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica diversi dal servizio idrico integrato, la possibilità di attingere, per il finanziamento di investimenti infrastrutturali, ad *“una quota del Fondo infrastrutture di cui all'art. 6-quinquies del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, nei limiti delle disponibilità in base alla legislazione vigente e comunque fino a 250 milioni di euro per l'anno 2013 e 250 milioni di euro per l'anno 2014”*.

⁴⁹⁷ Secondo la Consulta, si tratterebbe di *“una norma che incide in modo permanente sul diritto societario, escludendo per determinati soggetti pubblici (i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti) l'idoneità a costituire società partecipate. Si tratta pertanto di una regola ricadente nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato”* (Corte cost., 7 giugno 2012, n. 148).

9. (segue): c) la riforma sulla c.d. *spending review*.

Prima che intervenisse l'abrogazione dell'art. 14, comma 32, d.l. n. 78/2010 per effetto della legge finanziaria per il 2014, il legislatore, al contenimento già imposto alle società partecipate, interveniva con una nuova disposizione limitativa, volta ulteriormente ad incentivare la dismissione delle partecipazioni.

Con l'art. 4, comma 1, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 135, veniva così disposto: *“Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, si procede, alternativamente: a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013; b) all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 30 giugno 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014”*.

A differenza dell'art. 14, comma 32, sopra esaminato, il campo di applicazione soggettivo della disposizione era assai più ampio, rivolgendosi non soltanto ai Comuni ma a tutte le amministrazioni pubbliche⁴⁹⁸.

Anche in caso di mancata osservanza degli obblighi imposti, le distorsioni della concorrenza che con la prescritta liquidazione si volevano evitare venivano comunque scongiurate, posto che il successivo comma 2 dell'art. 4 citato vietava, a decorrere dal 1° gennaio 2014, che le predette società potessero ricevere affidamenti diretti di servizi, ovvero fruissero del rinnovo di affidamenti preesistenti.

Il comma 3 dell'art. 4 in commento delimitava il campo di applicazione degli obblighi di dismissione, ritenendo possibile il mantenimento delle partecipazioni nelle predette società *“qualora 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*

⁴⁹⁸ D. COLACCINO, *La dismissione e la razionalizzazione di partecipazioni societarie dello Stato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 12, 1189; A. PIEROBON, *Spending review tra società in house e Comuni: una nuova geografia?*, in *Gazzetta Enti locali on line*, Rimini, 1 ottobre 2012; G. TACCOGNA, *Spending review e società finanziarie regionali*, in *federalismi.it*, 2012, 20; M. PANI, C. SANNA, *L'in house providing alla luce della giurisprudenza costituzionale e rapporto con gli artt. 4 e 9 del d.l. 95/2012*, in *www.lexitalia.it*; A. DI BELLA, *La gestione associata dei servizi nei piccoli Comuni dopo la “spending review”*, in *Azienditalia*, 2012, 10, 689; Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 13 novembre 2013, n. 483/PAR, in *Quotidiano enti locali* 2014.

mercato”, fermo l’obbligo di sottoporre tale verifica all’Autorità garante della concorrenza e del mercato per l’acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione, e da comunicarsi, poi, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

In alternativa, e sempre al fine di sottrarre le società *in house*, esercenti attività strumentali, alla procedura di dismissione, le p.a., entro 90 giorni dall’entrata in vigore della legge di conversione, avevano la facoltà di predisporre piani di razionalizzazione e ristrutturazione delle predette società, assoggettati al previo parere favorevole del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l’acquisto di beni e servizi di cui all’articolo 2 del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52

Il comma 3, inoltre, sottraeva dagli obblighi di dismissione alcune società partecipate in ragione del loro peculiare oggetto sociale. In particolare, per quanto in questa sede rileva, la disciplina di cui al comma 1 non avrebbe trovato applicazione in ordine alle partecipazioni detenute in società eroganti servizi in favore dei cittadini⁴⁹⁹.

L’esclusione in parola, pacificamente sottraendo dalle procedure di dismissione le società partecipate operative nel campo dei servizi pubblici locali, assume, in via riflessa, un peculiare significato anche nel presente campo di indagine.

Sulla base di una interpretazione letterale, le società partecipate esercenti un pubblico servizio, al pari delle altre società escluse dalla procedura di dismissione, potrebbero ritenersi assoggettate ad una disciplina parzialmente diversa rispetto alle società partecipate aventi ad oggetto l’esercizio di un’attività strumentale alla p.a. proprio per effetto dell’esclusione operata dal terzo comma.

Così, l’art. 4, comma 4, nel dettare una peculiare disciplina per la composizione dei consigli di amministrazione delle società partecipate, espressamente limita il proprio campo di applicazione alle sole società indicate al comma 1 e, pertanto, con esclusione delle società operanti nel campo dei servizi pubblici⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Corte conti, Sez. controllo Basilicata, 20 settembre 2012, n. 173/PAR; Corte conti, Sez. controllo Umbria, 23 ottobre 2013, n. 126/PAR, entrambe in www.corteconti.it.

⁵⁰⁰ Così, per le società di cui al comma 1, i consigli di amministrazione dovevano “*essere composti da non più di tre membri, di cui due dipendenti dell’amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d’intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero due scelti tra dipendenti dell’amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d’intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta. Il terzo membro svolge le funzioni di amministratore delegato. I dipendenti dell’amministrazione titolare della partecipazione ovvero i dipendenti della società controllante hanno obbligo di riversare i relativi compensi assembleari all’amministrazione e alla società di appartenenza. È comunque consentita la nomina di un amministratore unico. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza*”.

Ancora, i successivi commi 9, 10 e 11 dell'art. 4 citato, dettavano, sempre per le sole “società di cui al comma 1”, puntuali limitazioni e tetti in ordine alle assunzioni, all'impiego di personale a tempo determinato, al trattamento economico dei singoli dipendenti⁵⁰¹.

dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto” (art. 4, comma 4, d.l. n. 95/2012).

Invece, “consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, devono essere composti da tre o cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte. Nel caso di consigli di amministrazione composti da tre membri, la composizione è determinata sulla base dei criteri del precedente comma. Nel caso di consigli di amministrazione composti da cinque membri, la composizione dovrà assicurare la presenza di almeno tre dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero almeno tre membri scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta. In tale ultimo caso le cariche di Presidente e di Amministratore delegato sono disgiunte e al Presidente potranno essere affidate dal Consiglio di amministrazione deleghe esclusivamente nelle aree relazioni esterne e istituzionali e supervisione delle attività di controllo interno. Resta fermo l'obbligo di riversamento dei compensi assembleari di cui al comma precedente. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto” (art. 4, comma 5, d.l. n. 95/2012).

⁵⁰¹ “9. A decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2015, alle società di cui al comma 1 si applicano le disposizioni limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante. Resta fermo, sino alla data di entrata in vigore del presente decreto, quanto previsto dall'articolo 9, comma 29, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Salva comunque l'applicazione della disposizione più restrittiva prevista dal primo periodo del presente comma, continua ad applicarsi l'articolo 18, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. 10. A decorrere dall'anno 2013 le società di cui al comma 1 possono avvalersi di personale a tempo determinato ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009. 11. A decorrere dal 1° gennaio 2013 e fino al 31 dicembre 2014 il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti delle società di cui al comma 1, ivi compreso quello accessorio, non può superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011” (art. 4, commi 9, 10 e 11, d.l. n. 95/2012). L'art. 1, comma 148, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, aveva modificato il comma 10 del medesimo art. 4 del d.l. n. 95 del 2012, aggiungendo, al testo già vigente, il seguente periodo: “Le medesime società applicano le disposizioni di cui all'articolo 7, commi 6 e 6-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in materia di presupposti, limiti e obblighi di trasparenza nel conferimento degli incarichi”. Peraltro, ove fossero stati superati i suddetti vincoli, gli amministratori esecutivi e i dirigenti responsabili della società avrebbero risposto, “a titolo di danno erariale, per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati” (art. 4, comma 12, d.l. n. 95/2012).

Nel senso che il blocco retributivo previsto dal comma 11 dell'art. 4 citato si applicasse alle sole società strumentali, controllate direttamente o indirettamente dalle p.a., che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazioni di servizi a favore di pubbliche

L'interpretazione delle disposizioni in commento, ad ogni modo, non poteva certo considerarsi pacifica.

Numerosi, infatti, erano i dubbi interpretativi in ordine al diverso campo di applicazione soggettivo di tali disposizioni posto che l'inciso "*le società di cui al comma 1*" si prestava a differenti interpretazioni.

In particolare, era difficile stabilire se con tale espressione si intendessero, effettivamente, quelle sole società per le quali si imponeva la dismissione escluse, dunque, le società di cui al comma 3. Il successivo comma 4 avrebbe allora inteso dettare una disciplina transitoria per le società che avrebbero vissuto una procedura di dismissione, alienazione, o ristrutturazione e per quelle che, pur avendo i requisiti prescritti dal comma 1, non fossero state interessate, per inerzia delle p.a. socie, dalle procedure di dismissione.

Diversamente opinando, poteva affermarsi che l'inciso "*le società di cui al comma 1*" si riferisse, più in generale, alle società qualificabili come *in house providers*, ricorrendo altresì lo specifico requisito quantitativo relativo al fatturato prodotto derivante da attività rivolte in favore delle p.a. socie. In questo senso, allora, le disposizioni avrebbero dettato una disciplina differenziata per le sole società *in house* destinate a rimanere operanti in quanto escluse dagli obblighi di dismissione.

Secondo l'orientamento maggiormente seguito dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti – che si ritiene di dover condividere – adottando i criteri di interpretazione sistematici e teleologici, oltre che letterali, "*i limiti previsti dai commi 4, 9, 10 e 11 dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012 si applicano alle società ... di cui all'art. 4 comma 1, a prescindere dal fatto che esse siano esentate dagli obblighi di dismissione in virtù dell'art. 4 comma 3 del d.l. n. 95/2012*"⁵⁰².

Difficoltosa, inoltre, era la stessa delimitazione delle società per le quali si rendeva necessario il rispetto degli obblighi alienazione di cui al

amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato e non rientrando nelle tipologie escluse dai commi 3 e 13, si rinvia a: Corte conti, Sez. controllo Puglia, 15 maggio 2013, n. 96/PAR, in www.corteconti.it.

⁵⁰² Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 3 giugno 2013, n. 233, in www.corteconti.it: "*Le prescrizioni introdotte dai commi 4, 9, 10 e 11 per le 'società di cui al comma 1' sono destinate a trovare applicazione in un periodo temporale incompatibile con le scadenze individuate per lo scioglimento (31 dicembre 2013) o l'alienazione (30 giugno 2013) delle società che presentino i requisiti relativi al controllo pubblico e al fatturato e che non siano ricomprese nell'elenco compilato al successivo comma 3. In altri termini, il complesso delle disposizioni dettate dall'articolo in esame difetterebbe di intrinseca coerenza se fosse inteso nel senso di individuare un insieme di società soggette a scioglimento o alienazione entro l'anno corrente e per le quali, al tempo stesso, sia dettata una nuova disciplina per la composizione degli organi amministrativi a partire dal primo rinnovo degli stessi successivo all'entrata in vigore del decreto o siano imposti limiti al personale impiegato fino al 2015*". Sul punto: Corte conti, Sez. controllo Lazio, 10 luglio 2013, n. 143, in www.corteconti.it; Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 3 maggio 2013, n. 186, in www.corteconti.it.

comma 1. I requisiti indicati, da un lato, evocavano chiaramente la struttura delle società *in house* destinate all'acquisizione di beni e servizi strumentali della p.a.

Tuttavia, il successivo comma 8, nell'ammettere, al 1° gennaio 2014, gli affidamenti *in house*, sia pure ove il valore economico del servizio o dei beni ad oggetto dell'affidamento fosse inferiore o pari al valore di 200.000 euro annui⁵⁰³, lasciava intendere come la *ratio legis* non fosse quella di impedire, in generale, gli affidamenti in parola, ma soltanto l'eliminazione di quegli affidamenti diretti disposti in favore di soggetti sprovvisti, in realtà dei requisiti per l'*in house providing*, ovvero che, pur rispondendo ai requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria, riguardassero l'esercizio di attività di valore superiore alla soglia ivi prescritta⁵⁰⁴.

Inoltre, alla luce delle esclusioni disposte dal comma 3, la *ratio* della disciplina sembrava risiedere nell'esigenza di contenere l'impegno dell'istituto dell'*in house* a quelle sole ipotesi in cui esso si rivelasse necessario in vista del perseguimento del pubblico interesse.

La valutazione di stretta necessità del ricorso agli affidamenti *in house*, mentre doveva espletarsi con una puntuale valutazione caso per caso in ordine alle società strumentali, volte all'approvvigionamento di beni e servizi per la p.a., veniva compiuta, *ex lege*, proprio per il settore dei pubblici servizi.

Molti dei dubbi interpretativi sollevati dalla disposizione in commento hanno trovato soluzione a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, alla quale sono state rimesse numerose questioni di legittimità inerenti a pressoché tutti i commi dell'articolo 4 menzionato⁵⁰⁵.

La Consulta rilevava come molte delle disposizioni censurate incidessero “*sulla materia dell'organizzazione e funzionamento della Regione, affidata dall'art. 117, quarto comma, Cost., alla competenza legislativa regionale residuale delle Regioni ad autonomia ordinaria*” in quanto, impedendo in maniera significativa l'impiego dell'istituto dell'*in house providing* per lo svolgimento di attività strumentali, si risolvevano nell'inibizione “*in radice una delle possibili declinazioni dell'autonomia organizzativa regionale*”⁵⁰⁶.

Dichiarata, pertanto, l'illegittimità costituzionale dei commi 1, 2, 3, secondo periodo - quanto al procedimento di esclusione ivi previsto -, 3-*sexies* - quanto alla procedura di ristrutturazione - ed 8 dell'art. 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, limitatamente alla parte in cui si

⁵⁰³ Soglia di valore poi espunta dall'art. 34, comma 27, del d.l. n. 179/2012.

⁵⁰⁴ Corte conti, Sez. controllo Puglia, 19 settembre 2013, n. 142, in www.corteconti.it; Corte conti, Sez. controllo Liguria, 17 giugno 2013, n. 53, in *Azienditalia*, 2013, 8-9, 648.

⁵⁰⁵ Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229.

⁵⁰⁶ Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229.

applicavano alle Regioni ad autonomia ordinaria⁵⁰⁷, la Corte dichiarava, invece, l'infondatezza delle censure proposte avverso i commi 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12 e 14 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012, in quanto riconducibili alla materia dell'ordinamento civile, di potestà legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost.

A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, i commi 1, 2, 3, 9, 10 e 11 dell'art. 4 citato venivano espressamente abrogati per effetto dell'entrata in vigore della legge di stabilità per il 2014⁵⁰⁸.

Le sole disposizioni attualmente in vigore, peraltro a più riprese oggetto di modifica, rimangono i commi 4 e 5, relativi alla disciplina della composizione dei consigli di amministrazione e dei compensi dettata, rispettivamente, per le società *in house*⁵⁰⁹, da un lato, e per le altre società a totale partecipazione pubblica, diretta e indiretta, dall'altro⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Diverse, invece, sono le conclusioni a cui si addiende con riferimento alle Regioni ad autonomia speciale, titolari di competenza legislativa primaria in materia di "ordinamento degli enti locali" (cfr. capitolo II, parte I del presente lavoro).

⁵⁰⁸ Art. 1, comma 562, lett. a), legge 27 dicembre 2013, n. 147, a decorrere dal 1° gennaio 2014.

⁵⁰⁹ Art. 4, comma 4, d.l. n. 95/2012: "I consigli di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato devono essere composti da non più di tre membri, di cui due scelti d'intesa tra l'amministrazione titolare della partecipazione e quella titolare di poteri di indirizzo e vigilanza, per le società a partecipazione diretta, ovvero scelti d'intesa tra l'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante, quella titolare di poteri di indirizzo e vigilanza e la stessa società controllante, per le società a partecipazione indiretta. Il terzo membro svolge le funzioni di amministratore delegato. Ferme le disposizioni vigenti in materia di onnicomprensività del trattamento economico, qualora i membri del consiglio di amministrazione siano dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza ovvero dipendenti della società controllante hanno obbligo di riversare i relativi compensi assembleari all'amministrazione, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio, e alla società di appartenenza. È comunque consentita la nomina di un amministratore unico".

⁵¹⁰ Art. 4, comma 5, d.l. n. 95/2012: "Fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge, i consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, devono essere composti da tre o cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte. Nel caso di consigli di amministrazione composti da tre membri, la composizione è determinata sulla base dei criteri del precedente comma. Nel caso di consigli di amministrazione composti da cinque membri, è assicurata la presenza di almeno tre membri scelti d'intesa tra l'amministrazione titolare della partecipazione e quella titolare di poteri di indirizzo e vigilanza, per le società a partecipazione diretta, ovvero almeno tre membri scelti d'intesa tra l'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante, quella titolare di poteri di indirizzo e vigilanza e la stessa società controllante, per le società a partecipazione indiretta. Si applica quanto previsto al terzo periodo del comma 4. Resta fermo l'obbligo di riversamento dei compensi assembleari di cui al comma precedente".

Per effetto della pronuncia della Corte costituzionale – prima ancora che la legge di stabilità per il 2014 intervenisse armonizzando il contenuto del comma 4 della disposizione in commento – risultava corroborata l’originaria interpretazione offerta dalle Sezioni di controllo della Corte dei conti circa la più ampia applicabilità delle norme relative alla composizione dei c.d.a.⁵¹¹

10. (segue): d) la legge di stabilità per il 2014;

L’art. 1, ai commi 550 e seguenti, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, introduce ulteriori disposizioni, ancora una volta ispirate al contenimento della spesa pubblica, destinate a trovare applicazione nei confronti dei soggetti, legati da un rapporto funzionale con una pubblica amministrazione, che risultino caratterizzati da una gestione inefficiente.

Le disposizioni in parola - applicandosi, in via generale, “*alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell’elenco di cui all’articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196*” con esclusione degli intermediari finanziari e delle società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e le loro controllate⁵¹² – assume rilevanza anche con riferimento alle società partecipate aventi ad oggetto la gestione di un pubblico servizio.

Mentre tutti gli interventi normativi in precedenza esaminati individuavano nella dismissione la sola soluzione necessaria e sufficiente ad interrompere la proliferazione di società partecipate inefficienti, la disciplina in esame, in una mutata prospettiva, mira, anzitutto, ad individuare un percorso finalizzato al risanamento di aziende, istituzioni e società partecipate in perdita.

Così, per le ipotesi in cui i soggetti ricadenti nel campo di applicazione della norma “*presentino un risultato di esercizio o saldo finanziario negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti accantonano nell’anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione*”.

In particolare, il risultato di esercizio a cui fare riferimento nel caso di “*società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica, compresa la gestione dei rifiuti*” è puntualmente individuato nella “*differenza tra valore e costi della produzione ai sensi dell’articolo 2425 del codice civile*”.

⁵¹¹ Corte conti, Sez. controllo Piemonte, 10 ottobre 2013, n. 352/2013/SRCPIE/PAR, in www.corteconti.it.

⁵¹² Art. 1, comma 550, legge 27 dicembre 2013, n. 147.

L'importo così accantonato sarà reso disponibile, in misura proporzionale alla quota di partecipazione, nel caso in cui l'ente partecipante *“ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione”*. Nel caso in cui, peraltro, *“i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione”*⁵¹³.

A tali misure si accompagna la previsione di ulteriori strumenti finalizzati al contenimento ed alla razionalizzazione delle spese che, pur gravando su aziende, istituzioni e società partecipate, finiscono per riverberarsi, inevitabilmente, sulla finanza pubblica.

In primo luogo, a prescindere dal risultato di esercizio, i predetti soggetti, che siano partecipati in via maggioritaria, diretta e indiretta, dalle pubbliche amministrazioni locali, *“concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza”*⁵¹⁴.

Per i servizi pubblici locali, in particolare, detto obiettivo è perseguito attraverso l'individuazione di parametri standard dei costi e dei rendimenti, costruiti nell'ambito della banca dati delle amministrazioni pubbliche ed utilizzando le informazioni disponibili presso le amministrazioni medesime. Per i servizi strumentali i parametri standard di riferimento sono costituiti dai prezzi di mercato.

In secondo luogo, alle misure di razionalizzazione della spesa si aggiungono altre misure che, oltre ad offrire un ulteriore strumento di contenimento dei costi, mirano a sanzionare coloro che abbiano provocato la permanenza delle condizioni di inefficienza, con l'obiettivo finale di stimolare l'assunzione di condotte virtuose.

Il riferimento è, in particolare, al comma 554 della disposizione in esame, il quale stabilisce, con decorrenza dall'esercizio 2015, che *“le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione di maggioranza,*

⁵¹³ Art. 1, comma 551, legge 27 dicembre 2013, n. 147. Gli accantonamenti in parola, da applicarsi a decorrere dal 2015 sono soggetti ad un regime transitorio in vista dell'introduzione, a regime, del procedimento descritto. Il successivo comma 552, infatti così dispone: *“In sede di prima applicazione, per gli anni 2015, 2016 e 2017: a) l'ente partecipante di soggetti che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio negativo accantona, in proporzione alla quota di partecipazione, una somma pari alla differenza tra il risultato conseguito nell'esercizio precedente e il risultato medio 2011-2013 migliorato, rispettivamente, del 25 per cento per il 2014, del 50 per cento per il 2015 e del 75 per cento per il 2016. Qualora il risultato negativo sia peggiore di quello medio registrato nel triennio 2011-2013, l'accantonamento è operato nella misura indicata dalla lettera b); b) l'ente partecipante di soggetti che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio non negativo accantona, in misura proporzionale alla quota di partecipazione, una somma pari al 25 per cento per il 2015, al 50 per cento per il 2016 e al 75 per cento per il 2017 del risultato negativo conseguito nell'esercizio precedente”*.

⁵¹⁴ Art. 1, comma 553, legge 27 dicembre 2013, n. 147.

diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione”.

Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta, peraltro, giusta causa ai fini della revoca degli amministratori.

Tali misure, aventi un'intrinseca portata sanzionatoria, non troveranno applicazione per i soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante.

In terzo luogo, il legislatore, a prescindere dal risultato economico della gestione, ha inteso incentivare, attraverso la previsioni di considerevoli sgravi fiscali, l'opzione dello scioglimento delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco redatto dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge di contabilità, legge 31 dicembre 2009, n. 196⁵¹⁵.

Solo da ultimo, le disposizioni della legge di stabilità per il 2014 prevedono il rimedio della liquidazione come *extrema ratio*.

⁵¹⁵ Art. 1, comma 568-bis, legge 27 dicembre 2013, comma inserito dall' art. 2, comma 1, lett. a-bis), d.l. 6 marzo 2014, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 maggio 2014, n. 68: “*Le pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, e successive modificazioni, e le società da esse controllate direttamente o indirettamente possono procedere: a) allo scioglimento della società controllata direttamente o indirettamente. Se lo scioglimento è in corso ovvero è deliberato non oltre dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, gli atti e le operazioni posti in essere in favore di pubbliche amministrazioni in seguito allo scioglimento della società sono esenti da imposizione fiscale, incluse le imposte sui redditi e l'imposta regionale sulle attività produttive, ad eccezione dell'imposta sul valore aggiunto. Le imposte di registro, ipotecarie e catastali si applicano in misura fissa. In tal caso i dipendenti in forza alla data di entrata in vigore della presente disposizione sono ammessi di diritto alle procedure di cui ai commi da 563 a 568 del presente articolo. Ove lo scioglimento riguardi una società controllata indirettamente, le plusvalenze realizzate in capo alla società controllante non concorrono alla formazione del reddito e del valore della produzione netta e le minusvalenze sono deducibili nell'esercizio in cui sono realizzate e nei quattro successivi; b) all'alienazione, a condizione che questa avvenga con procedura a evidenza pubblica deliberata non oltre dodici mesi ovvero sia in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore della presente disposizione e alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014. In caso di società mista, al socio privato detentore di una quota di almeno il 30 per cento alla data di entrata in vigore della presente disposizione deve essere riconosciuto il diritto di prelazione. Ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive, le plusvalenze non concorrono alla formazione del reddito e del valore della produzione netta e le minusvalenze sono deducibili nell'esercizio in cui sono realizzate e nei quattro successivi”.*

Le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione che, a decorrere dall'esercizio 2017, registrino un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, “sono posti in liquidazione entro sei mesi dalla data di approvazione del bilancio o rendiconto relativo all'ultimo esercizio”⁵¹⁶. In caso di mancato avvio della procedura di liquidazione entro il predetto termine, i successivi atti di gestione sono nulli e la loro adozione comporta responsabilità erariale dei soci.

La dismissione dei soggetti caratterizzati da una durevole condizione di crisi non rappresenta, tuttavia, un rimedio praticabile con riferimento alle società che svolgono servizi pubblici locali.

Ancora una volta, dunque, in presenza di una disciplina destinata a trovare applicazione alle società a partecipazione pubblica, alle aziende ed istituzioni – modelli gestori impiegati diffusamente anche, e certo non solo, nel campo dei servizi pubblici locali – si rinvergono numerose distinzioni.

11. (segue): e) la legge di stabilità per il 2015.

Da ultimo, è necessario svolgere una prima ed approssimativa lettura dei contenuti della legge di stabilità per il 2015 – la legge 23 dicembre 2014, n. 190 – la quale, all'art. 1, commi 611-615, introduce ulteriori disposizioni volte alla razionalizzazione delle partecipazioni societarie⁵¹⁷.

I nuovi precetti legislativi fanno salvi, aggiungendosi a questi, gli obblighi di dismissione contenuti nella legge di stabilità per il 2014 e nella legge finanziaria per il 2008.

A presidio del coordinamento della finanza pubblica, del contenimento della spesa, del buon andamento dell'azione amministrativa e della tutela della concorrenza, Regioni e Province autonome, così come gli enti locali, le Camere di commercio, le Università, le Autorità portuali, hanno l'obbligo di avviare, a decorrere dal 1° gennaio 2015, un processo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie, dirette ed indirette, con l'obiettivo di pervenire, entro il 31 dicembre 2015, ad una loro sensibile riduzione quantitativa⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Art. 1, comma 555, legge 27 dicembre 2013, n. 147.

⁵¹⁷ Per un primo commento: M. PANI, C. SANNA, *Le novità in materia di società partecipate nella legge di stabilità 2015 (legge 23 dicembre 2014, n. 190)*, in www.lexitalia.it.

⁵¹⁸ Trattasi di prescrizioni che recepiscono quanto indicato nel c.d. rapporto Cotarelli (programma di razionalizzazione delle partecipate locali del Commissario straordinario per la revisione della spesa, pubblicato il 7 agosto 2014, in www.revisionedellaspesa.gov.it).

Soggette al predetto processo sono: le partecipazioni in società non indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali proprie degli enti, le quali andranno poste in liquidazione ovvero cedute a terzi; le società composte da soli amministratori, o con un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti, le quali andranno, del pari, soppresse; le partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, rispetto alle quali la razionalizzazione potrà avvenire attraverso operazioni di fusione ovvero mediante l'internalizzazione delle relative funzioni.

Le società pubbliche esercenti un pubblico servizio non andranno soppresse, rendendosi necessario, invece, un loro accorpamento, finalizzato a realizzare economie di scala.

A completamento di tale quadro, il processo di razionalizzazione dovrà essere realizzato anche attraverso il contenimento dei costi di funzionamento delle società partecipate, ponendo in essere una riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo, oltre che delle strutture aziendali, e mediante una riduzione delle remunerazioni.

Ciascun ente tenuto a realizzare il predetto processo dovrà assolvere un ruolo propulsivo, definendo ed approvando, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo volto alla razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, contenente l'esposizione dei tempi e delle modalità di attuazione del piano.

L'intervento normativo in commento contiene, peraltro, la previsione di ulteriori obblighi di trasparenza ed una nuova funzione di controllo intestata alla Corte dei conti.

In primo luogo, il piano e la relazione tecnica ad esso allegata dovranno essere pubblicati nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata, quale ulteriore obbligo di pubblicità rientrante tra quelli di cui al d.lgs. n. 33/2013.

In secondo luogo, tanto il piano quanto la predetta relazione tecnica andranno trasmessi alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti.

Alla trasmissione del piano finalizzato alla razionalizzazione delle partecipazioni societarie dovrà seguire, entro il 31 marzo 2016, la redazione, da parte dell'ente coinvolto nel processo, di un'apposita relazione in ordine ai risultati conseguiti in rapporto agli obiettivi prefissati nel piano.

Anche quest'ultima dovrà essere pubblicato nel sito internet istituzionale e trasmessa alla competente Sezione di controllo della Corte dei conti.

A margine del sintetico richiamo delle disposizioni normative da ultimo introdotte è possibile svolgere due preliminari e, in quanto tali, parziali, considerazioni di fondo.

Innanzitutto, può essere quantomeno posto in dubbio l'effettivo carattere innovativo dei precetti in commento.

La previsione dell'obbligo di dismettere le partecipazioni inutili e dispendiose appare, più che l'introduzione di un nuovo limite per gli enti pubblici ad esso soggetti, la chiara constatazione di come le scelte dell'amministrazione, attraverso le quali si è pervenuti ad una proliferazione delle partecipazioni societarie stesse, siano state troppo spesso contrarie ai principi di efficienza, efficacia ed economicità, il cui rispetto avrebbe, da solo, scongiurato la creazione di soggetti inutili e forieri di cattiva gestione delle risorse pubbliche.

L'ulteriore previsione di obblighi di pubblicità e controllo, che si accompagnano al processo di razionalizzazione in fase di avvio, rappresenta l'ulteriore riprova delle difficoltà e delle resistenze che queste disposizioni, al pari di quelle che le hanno precedute, troveranno in sede di concreta applicazione.

Altra preliminare riflessione può compiersi in ordine alla natura del controllo che la Corte dei conti sarà chiamata ad effettuare e, in particolare, ci si può chiedere se si tratti di una funzione del tutto nuova e distinta, ovvero di un ulteriore adempimento collocantesi all'interno di altre funzioni espletate dall'organo in parola.

A fronte dell'eterogeneità delle Amministrazioni tenute alla predisposizione ed all'invio del piano e della relazione sui risultati, ed a fronte della previsione di termini specifici per i relativi adempimenti, si potrebbe ritenere preferibile considerare come del tutto nuova ed autonoma la funzione di controllo intestata alla Corte dei conti dalle disposizioni in commento.

Trattasi, peraltro, non di una forma di controllo istituzionalizzata ma, piuttosto, di un adempimento *una tantum*, avente una efficacia temporale circoscritta, della quale, peraltro, non viene affatto disciplinato l'esito.

È difficile, inoltre, stabilire in quale rapporto si collochi la predetta funzione di controllo rispetto a quella disciplinata dall'art. 3, commi 27 e seguenti, della legge di stabilità per il 2008, disposizione con le quali veniva demandata alla Corte dei conti la verifica in ordine all'effettiva dismissione delle partecipazioni in società non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali degli enti soci.

La mancata previsione di poteri specifici della Corte dei conti in sede di espletamento di tale controllo, e la stessa mancata previsione delle conseguenze derivanti dal controllo medesimo, tuttavia, depotenziano significativamente tale istituto.

Il quadro complessivo che si evince - anche solo considerando i limiti posti alla costituzione e al mantenimento delle società pubbliche - è di una disciplina estremamente complessa e composita: disciplina che, di volta in volta, delinea il proprio specifico campo di applicazione soggettivo.

Analizzando le disorganiche disposizioni dettate per i singoli settori di disciplina - quali sono, ad esempio, le norme relative al reclutamento del personale, ai vincoli finanziari, alle dismissioni, alla composizione e

compensi dei c.d.a., alla responsabilità erariale, ai controlli, alle procedure ad evidenza pubblica – si potrà verificare come differente sia la disciplina applicabile alle società partecipate in ragione, talvolta, dell'oggetto sociale, dell'entità della partecipazione pubblica, del carattere diretto o indiretto della medesima, del fatto che si tratti, o meno, di un soggetto quotato in borsa.

Sono queste, infatti, le questioni che si intendono affrontare nel corso della parte II del presente lavoro.

L'obiettivo avuto di mira risiede nella volontà di porre in risalto la stretta connessione sussistente tra le riforme che hanno interessato il settore dei pubblici servizi, indirizzate al perseguimento di una maggiore concorrenzialità dei relativi mercati ed in vista di una razionalizzazione delle decisioni di spesa in materia, e le molteplici disposizioni, derogatorie rispetto al regime delineato dal codice civile, destinate alle società a partecipazione pubblica.

Il nesso, quale osservazione di carattere preliminare, appare rappresentato dalla necessità di riformare i servizi pubblici locali in ossequio ai canoni insiti nel buon andamento dell'azione amministrativa attraverso un'ampia rimodulazione dei relativi moduli organizzativi rappresentati, in numero considerevole, proprio dalle società a partecipazione pubblica.

PARTE II

**LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI
UN'ANALISI RICOSTRUTTIVA: LA DIFFICILE
INDIVIDUAZIONE DI UNO "STATUTO" UNITARIO APPLICABILE
ALLE SOCIETÀ PUBBLICHE**

CAPITOLO I

IL CONTRATTO DI SOCIETÀ E GLI EFFETTI DELLA PRESENZA DI UN SOCIO PUBBLICO

1. La società pubblica come autonomo tipo negoziale: la causa del contratto.

La compiuta ricostruzione della disciplina complessivamente applicabile alle società pubbliche, *in house* e a capitale misto, non può prescindere da una indagine – sia pure sintetica e parziale – in ordine al momento genetico delle società in parola.

Nell'ambito del diritto commerciale la dottrina ha evidenziato come le più recenti evoluzioni della disciplina societaria abbiano progressivamente messo in crisi la pacifica riconduzione dell'istituto entro la figura del contratto, manifestando, invece, una più marcata tendenza verso la figura dell'istituzione⁵¹⁹.

Parte della dottrina, nell'affermare la concezione contrattualistica della società⁵²⁰, ha sottolineato come l'ampliamento dell'autonomia statutaria della società a responsabilità limitata e della società per azioni denoterebbe una riconferma di tale impostazione, consentendo così di affermare in modo piano la natura contrattuale della società.

In questo senso si collocano anche quanti sottolineano la riconducibilità della società entro la più ampia categoria del negozio giuridico, così fornendo una ricostruzione idonea a ricomprendere anche il fenomeno delle società unipersonali, a responsabilità limitata o per azioni,

⁵¹⁹ A. DI MAJO, *La causa del contratto*, in *La disciplina generale del contratto: dalle istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, XX edizione, Torino, 2013, 153.

⁵²⁰ F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 210-211. Secondo l'impostazione contrattualistica, l'interesse della società non rappresenta un interesse superiore e diverso rispetto a quello dei soci: l'interesse sociale coincide, invece, con l'interesse comune dei soci. In dottrina si è tuttavia sottolineato come tale teoria non riesca ad offrire un'adeguata spiegazione dell'attuale assetto delle società per azioni laddove si riscontra una contrapposizione tra i soci che, detenendo un pacchetto azionario di maggioranza, assumono una posizione di comando, e quella dei soci cosiddetti risparmiatori, la cui partecipazione al capitale sociale, irrilevante ai fini della determinazione della gestione e degli indirizzi, costituisce mero titolo per la partecipazione agli utili.

scaturenti da un atto unilaterale⁵²¹. L'ammissibilità di società unipersonali, pertanto, pur rappresentando una deroga alla natura contrattuale, integrano pur sempre un negozio giuridico, unilaterale, anch'esso espressione di autonomia negoziale.

Non si è mancato tuttavia di sottolineare come altre novità introdotte nella disciplina societaria “*per la loro coloritura pubblicistica*” denotino “*il perdurare e persino l'accentuarsi di propensioni di tipo 'istituzionalistico'*”⁵²².

Parte della dottrina, in via più radicale, afferma l'incompatibilità di fondo tra contratto e momento organizzativo, ritenendo che “*ogniqualevolta si rinvenga un'organizzazione destinata ad operare per uno scopo comune a più soggetti, là non vi può essere un contratto, ma deve necessariamente esservi un'istituzione*”⁵²³.

Secondo la teoria istituzionalistica “*l'interesse della società trascende l'interesse personale dei soci*”, per identificarsi con l'interesse dell'impresa in quanto tale, “*ossia nell'interesse all'efficienza produttiva dell'impresa, vista come strumento di sviluppo economico generale*”⁵²⁴.

Le incertezze circa il corretto inquadramento dogmatico dell'istituto societario risultano ulteriormente acuite dalla previsione delle società di origine legale.

Così, il dibattito tra la tesi contrattualistica e la tesi istituzionalistica trova ulteriore vigore anche in ragione della presenza di società che traggono la loro origine in via diretta da uno specifico intervento legislativo⁵²⁵.

Soprattutto negli anni Novanta, nel corso del processo di trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni, si è assistito all'introduzione *ex lege* di disposizioni che imponevano, o facoltizzavano, la costituzione di nuove società aventi le caratteristiche al

⁵²¹ G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere giuridico*, 2003, 145 ss.

⁵²² In questo senso può essere letta, ad esempio, la sancita compressione dei diritti delle minoranze a far valere i vizi degli atti assembleari: R. ROVELLI, *I contenuti qualificanti della riforma e le sue ricadute sistematiche*, in AA.VV., *Le nuove s.p.a.*, a cura di O. Cagnasso e L. Panzani, Torino, 2010, 48. L'Autore, tuttavia, conclude propendendo per la tesi della natura contrattuale: “*riemerge incontestabilmente, attraverso l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia statutaria nella regolazione del modello base della società per azioni, la normale genesi contrattuale della società, che vede proprio la contrattazione come il congegno privilegiato per la determinazione delle regole organizzative, con correlativa rarefazione di regole imperative*”.

⁵²³ G. OSTI, *Contratto*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1959, 477.

⁵²⁴ F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 209.

⁵²⁵ È stato infatti evidenziato come la teoria istituzionalistica abbia come riferimento un'economia caratterizzata da una forte presenza dello Stato come imprenditore, intendendo offrire una ricostruzione del modello societario compatibile con l'ingerenza dei pubblici poteri nell'ambito delle società (F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 210).

contempo fissate dal legislatore. In via più radicale, altre previsioni normative disponevano la stessa costituzione *ex lege* della società⁵²⁶.

Disposizioni di tal sorta pongono in crisi non soltanto l'origine contrattuale del rapporto sociale ma la stessa individuazione dell'“*autonomia privata come fonte del rapporto sociale*”⁵²⁷.

Sotto altro profilo, sia pure parzialmente connesso con quanto sin qui esposto, la presenza di società pubbliche⁵²⁸ ha costituito uno dei fattori che ha condotto a riconsiderare l'elemento causale della fattispecie societaria.

Il modello contenuto nel codice civile sottende, oltre alla questione della natura contrattuale, negoziale ovvero istituzionale, due ulteriori nodi problematici: l'individuazione dei possibili scopi perseguibili attraverso tale strumento, in quanto con esso compatibili, da un lato, e le possibili opzioni organizzative impiegabili in vista del perseguimento dello scopo comune, dall'altro.

Invero, accogliendo la tesi contrattualistica, la società può ricondursi entro la categoria dei contratti associativi, rispetto ai quali è essenziale, sotto il profilo funzionale, la presenza di uno scopo comune tra i soci e, sotto quello organizzativo, l'individuazione di un determinato modello di conduzione dell'attività.

Sotto il profilo funzionale, secondo l'originaria impostazione del codice civile del 1942, il contratto di società, a differenza degli altri contratti associativi, si riteneva connotato dallo scopo di lucro inteso sia in senso oggettivo – la produzione di utili – che in senso soggettivo – la distribuzione degli utili percepiti ai soci⁵²⁹.

La causa del contratto, così identificata nel fine lucrativo, doveva considerarsi comune a tutti i tipi di società previsti dal codice civile, distinguendosi da altri negozi associativi, quali le società cooperative, i consorzi con o senza attività esterna, le associazioni.

La tipicità della causa rendeva inflessibile il suddetto modello, sia sotto il profilo funzionale che sotto il diverso profilo organizzativo, non

⁵²⁶ La dottrina ha operato una distinzione tra società autorizzate, la cui costituzione è facoltizzata dalla legge, società obbligatorie, rispetto alle quali è la legge stessa a determinarne la nascita, società coattive, ove la legge ne imponga la costituzione (in questi termini: C. IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992; C. IBBA, voce *Società legali*, in *Dizionari del diritto privato promossi da N. Irti, Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011, 889 ss.).

⁵²⁷ G. MARASÀ, *La s.p.a. nel quadro dei fenomeni associativi e i limiti legali alla sua utilizzazione*, in AA.VV., *Le nuove s.p.a.*, a cura di O. Cagnasso e L. Panzani, Torino, 2010, 144.

⁵²⁸ Per un commento degli artt. 11 c.c. e 1, comma 1-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, quali fondamento della riconosciuta capacità di diritto privato propria degli enti pubblici e, dunque, della capacità di questi di acquisire la qualità di soci: M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008, 1.

⁵²⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2005, 122.

essendo tali aspetti rimessi all'autonomia privata ma rigidamente determinati da disposizioni aventi carattere imperativo⁵³⁰.

La tipicità dell'elemento causale del contratto di società – oltre che, come visto sopra, la stessa origine contrattuale delle società stesse – è stata posta in crisi da molteplici interventi normativi volti a consentire, da un lato, una ibridazione dei fini perseguibili attraverso il modello societario, e dall'altro, attraverso l'ammissibilità di un uso indiretto del negozio di società quale duttile strumento attraverso cui perseguire le più eterogenee finalità⁵³¹.

Il *vulnus* maggiore arrecato al principio di tipicità dell'elemento causale si è registrato a seguito dell'introduzione, sempre più frequente, di numerose ipotesi di società sprovviste dello scopo di lucro.

Ciò è accaduto, in primo luogo, con l'introduzione delle società consortili⁵³² e, ancor più radicalmente, con riguardo alle società sportive⁵³³ e all'impresa sociale⁵³⁴.

Tali novità normative, se, da un lato, hanno indotto parte della dottrina ad affermare il superamento della tipicità della causa ed il possibile impiego delle s.p.a. per il raggiungimento di qualsiasi scopo lecito e meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico⁵³⁵, sono state tuttavia intese in senso più prudente da altra parte della dottrina, secondo la quale l'istituto della società per azioni avrebbe potuto essere piegato a scopi diversi da quello tipico solo ove espressamente previsto *ex lege*⁵³⁶.

Con la riforma del diritto societario avvenuta nel 2003 il dibattito sulla cosiddetta “*neutralizzazione funzionale*”⁵³⁷ della società per azioni ha avuto una significativa riviviscenza, se non altro per effetto dell'introduzione di alcune disposizioni militanti in tal senso.

⁵³⁰ G. MARASÀ, *La s.p.a. nel quadro dei fenomeni associativi*, cit., 143.

⁵³¹ G. MARASÀ, *La s.p.a. nel quadro dei fenomeni associativi*, cit., 145. Negli stessi termini si esprime M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 101.

⁵³² Art. 4 della legge 10 maggio 1976, n. 377.

⁵³³ Legge 23 marzo 1981, n. 91, il cui art. 10 stabiliva l'obbligo di reinvestire gli utili nella società per il perseguimento dell'attività sportiva.

⁵³⁴ D.lgs. 24 marzo 2006, n. 155.

⁵³⁵ G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151, al quale rinvia G. MARASÀ, *La s.p.a. nel quadro dei fenomeni associativi*, cit., 146.

⁵³⁶ F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 197.

⁵³⁷ G. MARASÀ, *La s.p.a. nel quadro dei fenomeni associativi*, cit., 150; R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le società*, 2013, 12, 1326. L'Autore sottolinea come le società pubbliche, specie quelle esercenti un pubblico servizio, abbiano una modalità di azione così peculiare da compromettere la piana configurabilità della causa tipica delle società: quella lucrativa, ai sensi dell'art. 2247 c.c. L'Autore, al contempo, sottolinea come, in linea più generale, lo scopo lucrativo abbia progressivamente perso il suo carattere pregnante, divenendo la società “*un contenitore adattabile per finalità diverse*”, e ciò varrebbe anche per le ipotesi delle società pubbliche.

In primo luogo, agli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c. è stata introdotta la trasformazione eterogenea, ammettendosi la transizione dal modello della società di capitali, a quello associativo, per sua natura privo del fine lucrativo.

In secondo luogo, altro elemento da cui poter evincere la neutralizzazione innanzi accennata risiederebbe nell'espunzione, tra le cause di nullità della s.p.a., della “*mancaza dell'atto costitutivo*”, di cui al vecchio testo dell'art. 2332, comma 1, n. 1, c.c., in passato considerato estendibile anche alla mancanza di un qualsiasi elemento genetico del rapporto, ivi compreso il momento causale.

Tuttavia, è stato efficacemente posto in luce come tali riferimenti positivi non possano costituire un valido fondamento per la tesi sopra esposta circa l'indifferenza dell'elemento causale.

In questa diversa prospettiva, l'istituto della trasformazione eterogenea presuppone, e non consente di superare, la tipicità dell'elemento causale sia della società di capitali che dell'associazione. La riformulata disciplina delle cause di nullità della s.p.a. dovrebbe pertanto essere letta in senso armonico rispetto agli altri riferimenti testuali in ordine alla necessaria presenza della causa di lucro la quale, pertanto, rimarrebbe essenziale elemento del contratto di società⁵³⁸.

Cionondimeno, la difficile riconduzione ad unità delle eterogenee ipotesi di utilizzazione del modello societario, ha indotto parte della dottrina ad adottare una meno rigida concezione dello “*scopo lucrativo*”, ovvero a ricorrere alla “*teoria del negozio indiretto*”, onde giustificare l'impiego in vista del perseguimento di finalità diverse rispetto a quella costituente la causa tipica del negozio⁵³⁹.

Sulla scorta di queste considerazioni di carattere generale, è ora necessario stabilire se, ed in quali termini, la partecipazione, esclusiva, maggioritaria o di minoranza, di un ente pubblico al capitale sociale sia un fattore idoneo ad incidere rispetto alla configurazione codicistica dello schema causale.

Invero, se lo scopo di lucro costituisce la causa tipica del negozio, generalmente perseguito dai soci che siano soggetti privati, tale finalità non appare riferibile all'operatore pubblico.

Se, dunque, le società a partecipazione pubblica totalitaria paiono destinate a perseguire scopi del tutto differenti rispetto a quello tipicamente lucrativo, nelle società a capitale misto la compresenza di soci pubblici e privati determina una ibridazione delle finalità che, attraverso la costituzione della società, si intendono perseguire.

L'orientamento della società verso il perseguimento di finalità prettamente pubblicistiche sarà, in definitiva, tanto più pervasivo quanto più

⁵³⁸ In questo senso: Cass., 12 aprile 2005, n. 7536, in *Foro it.*, 2006, I, 2889; Cass., 14 ottobre 1958, n. 3251, in *Foro it.*, 1958, I, 1617.

⁵³⁹ M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 13.

importante sarà l'entità della partecipazione al capitale sociale da parte dei soci pubblici⁵⁴⁰.

In dottrina, secondo l'impostazione maggiormente condivisa, è stato posto in luce come il fine pubblico perseguito dall'ente socio attraverso la partecipazione al capitale sociale avrebbe carattere recessivo rispetto all'interesse sociale, e sarebbe destinato ad essere soddisfatto soltanto in via mediata, indiretta⁵⁴¹.

Secondo un diverso orientamento, invece, ove la partecipazione pubblica sia maggioritaria, il perseguimento dell'interesse pubblico assumerebbe carattere pregnante rispetto allo scopo di lucro, il quale, proprio dei soci privati di minoranza, assumerebbe mera rilevanza extrasociale.

Tale impostazione è stata tuttavia criticata da quella parte della dottrina che ha efficacemente posto in luce come l'art. 2247 c.c. non richieda la massimizzazione del profitto, essendo invece necessario e sufficiente, quale requisito minimale, il rispetto del criterio dell'economicità della gestione, in forza del quale la gestione sociale deve condurre quantomeno ad un risultato idoneo a coprire i relativi costi, attraverso la remunerazione dei fattori produttivi⁵⁴².

Così inteso, lo scopo sociale tipico enunciato dall'art. 2247 c.c. risulterebbe congruente anche con riferimento alle società partecipate in via maggioritaria dagli enti pubblici, rispetto alle quali, se può dirsi estraneo il perseguimento del massimo risultato di esercizio, certamente presente si rivela l'obiettivo dell'economicità della gestione⁵⁴³.

In definitiva, la ricostruzione che pare più fedele al dato positivo di riferimento induce a considerare come la previsione *ex lege* della facoltà, per gli enti pubblici, anche locali, di costituire società partecipate, rappresenti l'esplicito riconoscimento normativo del carattere sfumato che la causa del contratto di società, così come definita dall'art. 2247 c.c., è andata ad assumere. In altre parole, lo sforzo ermeneutico di ricondurre entro la tradizionale concezione anche le società a partecipazione pubblica non tiene conto di come il legislatore stesso abbia ammesso la costituzione di società che, seppure riconducibili allo schema formale descritto dal codice civile, non possiedono, nel senso più autentico, lo scopo lucrativo.

La conclusione in ordine alla "*sostanziale neutralità della struttura societaria*"⁵⁴⁴, alla quale conduce la constatazione della presenza di tipi di società, ammessi dal legislatore, ai quali risulta estraneo il fine di lucro, non può tuttavia giungere ad individuare la causa tipica del negozio, come

⁵⁴⁰ F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 443.

⁵⁴¹ F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 443.

⁵⁴² F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 444.

⁵⁴³ F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 444-445.

⁵⁴⁴ R. GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, in *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 146.

prospettato da un minoritario orientamento, non nel fine di lucro, ma nel mero svolgimento in comune di un'attività⁵⁴⁵. Tale concezione, se mira ad offrire una ricostruzione unitaria del fenomeno e si propone di ricondurre ad unità modelli nella sostanza differenti, non tiene in debita considerazione come il legislatore abbia inteso introdurre delle deroghe al modello tipizzato dal codice, ciascuna delle quali andrà considerata nella sua specificità.

Si è rilevato, seguendo un'impostazione che si ritiene condivisibile, come la causa tipica individuata dall'art. 2247 c.c. sia riferibile alle sole società lucrative, posto che “*col contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, salvo quanto previsto per le società cooperative, consortili e pubbliche*”⁵⁴⁶, ma anche per quelle sportive e sociali, le quali, lungi dal rappresentare nuove figure giuridiche soggettive, nuovi organismi, rappresentano, più semplicemente, una deroga al modello della società lucrativa.

Pertanto, “*il legislatore non ha creato un organismo associativo speciale per la realizzazione di fini pubblici, ma ha allargato l'area di utilizzazione dello schema societario alla causa pubblica*”⁵⁴⁷, circostanza che determina l'applicazione della disciplina generale dettata per le società lucrative alla quale, talvolta, deroga, ovvero si aggiunge alla prima, una disciplina speciale, identica o simile rispetto a quella dettata per gli enti pubblici soci⁵⁴⁸.

2. Disposizioni derogatorie dettate per la società pubblica: la *golden share*.

Secondo parte della dottrina, il proliferare di disposizioni *ad hoc* dettate per le società partecipate da enti pubblici avrebbe contribuito a delineare una disciplina di carattere speciale, suscettibile di porre in dubbio

⁵⁴⁵ Per una ricostruzione nel senso della non essenzialità del fine di lucro si veda A. FALZEA, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, 4, 996, al quale rinvia R. GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, cit., 146.

⁵⁴⁶ R. GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, cit., 151.

⁵⁴⁷ R. GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, cit., 154.

⁵⁴⁸ F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società 'a partecipazione mista' pubblico-privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 4, 511. Secondo l'Autore le società a partecipazione pubblica non comportano “*una alterazione causale dello schema societario, ma soltanto una peculiare colorazione della 'causa concreta' del contratto e del rapporto sociale: lo 'scopo lucrativo comune' sussiste, ma risulta, per un verso, temperato dalla natura pubblicistica del servizio e dai limiti operativi della società mista (impedita ad acquisire altre commesse), per altro verso, talora anche frammentato dalla differenziazione della misura soggettiva di partecipazione dei soci agli utili e alle perdite*”.

la riconducibilità di tali società al modello delineato dal codice civile e la stessa possibilità di predicarne la natura giuridica di soggetti privati⁵⁴⁹.

Nonostante siano ormai molte le disposizioni che, per alcuni limitati profili, attraggono le società a capitale misto, ovvero, talvolta, le sole *in house*, entro l'ambito della disciplina concepita per gli enti pubblici, non è possibile sostenere che il legislatore abbia dato vita ad un tipo diverso di società, né che abbia delineato un insieme omogeneo di norme applicabili, uno statuto differenziato rispetto a quello dettato, in via generale, per le società descritte dal codice civile.

A riprova di tale assunto, basti considerare il contenuto dell'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95/2012, il quale - a chiusura di alcune disposizioni derogatorie in ordine alla composizione dei consigli di amministrazione delle società partecipate, peraltro da ultimo modificate per effetto del d.l. n. 90/2014 - puntualizza come tutte le disposizioni, "*anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica*" si debbano interpretare "*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*".

Se la base di partenza è rappresentata dalla generale disciplina codicistica, è però necessario evidenziare come già in tale ambito siano ravvisabili alcune puntuali disposizioni dedicate alle società pubbliche.

Il riferimento è, precisamente, agli articoli 2449-2451 del codice civile⁵⁵⁰. In disparte il contenuto di quest'ultima disposizione - dedicata alle società di interesse nazionale, la quale rinvia alle disposizioni speciali dettate in ordine alla gestione sociale, alla trasferibilità delle azioni, al diritto di voto e alla nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti - gli articoli 2449 e 2450 c.c., nella loro formulazione originaria, dettavano, per le società per azioni a partecipazione pubblica, una disciplina derogatoria rispetto al principio in forza del quale il potere di nomina e revoca di amministratori e sindaci spetta all'assemblea e, dunque, all'organo che rappresenta la composizione del capitale sociale.

Precisamente, se l'art. 2449 c.c. si limitava a prevedere in capo all'ente pubblico un potere diretto di nomina, nel presupposto che, in ogni caso, l'ente medesimo detenesse quantomeno una minima partecipazione al capitale sociale, in via più radicale l'art. 2450 c.c. riconosceva la possibilità che, per disposizione statutaria o di legge, il potere di nomina e revoca di componenti dell'organo di gestione della società potesse essere affidato ad enti pubblici sprovvisti della qualità di socio. L'eterodirezione della società, in queste ipotesi, era significativamente più marcata in quanto del tutto sganciata dall'assetto della compagine societaria.

⁵⁴⁹ G. ASTEGIANO, *Società a partecipazione locale e vincoli di finanza pubblica*, in *Azienditalia*, 2009, 5, 373.

⁵⁵⁰ A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267 ss.

La portata, teoricamente dirompente, di tali disposizioni è stata vanificata per effetto, da un lato, dell'abrogazione espressa dell'art. 2450 c.c. a seguito dell'art. 3 del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito in legge 6 aprile 2007, n. 46, e, dall'altro lato, in ragione delle modifiche apportate al contenuto dell'art. 2449 c.c., in quanto contrastante, nella sua formulazione originaria, con i principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, sanciti dagli artt. 49 e 63 del T.F.U.E., corrispondenti agli artt. 43 e 56 del T.C.E.

Allo scopo di rendere compatibile il contenuto dell'art. 2449 c.c. con l'ordinamento europeo, l'art. 13, comma 1, della legge 25 febbraio 2008, c.d. legge comunitaria 2007, ha ampiamente riformulato la disposizione in parola, ammettendo le sole disposizioni statutarie concedenti agli enti pubblici soci un potere di nomina e revoca di amministratori, membri del consiglio di sorveglianza e sindaci purché nel rispetto del principio di proporzionalità rispetto alla partecipazione detenuta e con esclusione di poteri siffatti nell'ambito delle società per azioni quotate⁵⁵¹.

Le vicende che hanno interessato le disposizioni codicistiche dettate per le società in mano pubblica trovano giustificazione proprio con riferimento all'ordinamento europeo.

La c.d. *golden share* - vale a dire la previsione di diritti e poteri di nomina ma anche di veto, in ordine a determinate scelte strategiche e all'individuazione dei soggetti componenti gli organi di gestione, in misura non proporzionale alla partecipazione al capitale sociale - ha rappresentato lo strumento preferenziale attraverso cui all'ente pubblico veniva assicurata una posizione di sostanziale controllo, persino nonostante la mancanza o la perdita di una partecipazione al capitale sociale idonea allo scopo⁵⁵².

⁵⁵¹ Quale disposizione transitoria, l'art. 13, comma 2, della legge n. 43/2008, prevede: "*Il consiglio di amministrazione, nelle società che ricorrono al capitale di rischio e nelle quali sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, adegua lo statuto entro otto mesi da tale data, prevedendo che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, ai sensi dell'articolo 2346, sesto comma, del codice civile. Scaduto il predetto termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'articolo 2449, come sostituito dal comma 1*". Sul punto: V. SALAFIA, *Le società a partecipazione pubblica: l'allargamento della compagine sociale*, in *Le società*, 2010, 2, 167; S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "golden share" ai fondi sovrani)*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 187 ss.

⁵⁵² S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, 345 ss.; M. NICO, *Le società partecipate dagli enti locali*, Rimini, 2010, 34 ss.; R. FAZIOLI, *Economia delle public utilities. L'evoluzione dell'intervento pubblico di regolazione, liberalizzazione e privatizzazione*, Padova, 2013, 217 ss.; M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, 4, 627; S. NINATTI, *Privatizzazioni: la Comunità europea e le golden share nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 3, 702; A. SANTA MARIA, *European*

La presenza di poteri di tal sorta, rendendo non appetibile la circolazione dei capitali e, quindi, scarsamente contendibili sul mercato le quote di società siffatte, è stata a più riprese censurata dalla Corte di giustizia, la quale ha condannato la Repubblica italiana a seguito di molteplici procedure di infrazione.

L'orientamento della Corte di giustizia si rivela particolarmente significativo al fine di delineare le possibili distorsioni derivanti non tanto dall'intervento dello Stato nell'economia ma dalle concrete modalità attraverso le quali tale intervento può avere luogo. Merita, dunque, alcune più diffuse considerazioni l'orientamento espresso dalla Corte in ordine alla compatibilità con i principi contenuti nei Trattati istitutivi dell'art. 2449 c.c., introduttivo di una deroga rispetto al diritto societario comune.

Ritenendo che la nozione di movimenti di capitali includea “*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*”, la Corte ha affermato come debbano considerarsi restrizioni quelle “*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*”⁵⁵³.

L'art. 2449 c.c., nella formulazione previgente, costituiva a tutti gli effetti una restrizione siffatta in quanto, consentendo “*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*”, metteva a disposizione di detti azionisti pubblici uno strumento che forniva “*la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là dei loro investimenti*”, con corrispondente riduzione dell'influenza esercitabile dagli altri azionisti.

Ad avviso della Corte, “*indipendentemente dalla questione se l'azionista pubblico disponga di per sé della maggioranza necessaria per fare inserire nello Statuto della società interessata il suo diritto di nomina diretta di amministratori di quest'ultima ... è solo in forza della disciplina di cui trattasi ... che l'azionista pubblico, a differenza di un'azionista*

economic law, II edizione, Bedfordshire UK, 2009, 224 ss.; I. DEMURO, *Le società privatizzate*, in *Diritto Commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011, 908; S. MONZANI, *Controllo “analogo” e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, 217.

⁵⁵³ Corte di Giustizia, Sez. I, 6 dicembre 2007, cause C-463/04 e C-464/04, in www.curia.europa.eu. Per un esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia si vedano: CGCE, 4 giugno 2002, cause C-503/99 e C-483/99, Commissione c. Belgio e Commissione c. Francia, in www.curia.europa.eu; CGCE, 13 maggio 2003, cause C-98/01 e C-463/00, Commissione c. regno Unito e Commissione c. Spagna, tutte in www.curia.europa.eu.

privato, può ottenere che gli sia concesso il diritto di partecipare all'attività del consiglio d'amministrazione con maggiore rilievo rispetto a quanto gli sarebbe normalmente concesso dalla sua qualità di azionista".

La circostanza, inoltre, che la disposizione in parola non temperasse la possibilità di inserire nello statuto una clausola di tale tenore in presenza di "motivi imperativi di interesse generale", né in ragione del peculiare settore in cui la società si trovi ad operare, conferma ulteriormente l'incompatibilità di quelle disposizioni con i principi di derivazione comunitaria.

Malgrado la disposizione in parola sia stata, per effetto di tale pronuncia, resa oggetto di una novella normativa, può tuttavia ancora oggi dubitarsi della sua compatibilità con principi di derivazione comunitaria, posto che la possibilità che lo statuto riservi all'azionista pubblico il potere di nominare direttamente alcuni componenti del c.d.a. e del consiglio di sorveglianza è venuta meno con esclusivo riferimento alle sole società con azioni quotate.

Al vaglio della Corte di giustizia sono state inoltre sottoposte le disposizioni recanti particolari poteri riservati all'azionista pubblico contenute in leggi speciali.

Il contrasto con i sopra riferiti principi di derivazione europea veniva ravvisato anche con riferimento agli articoli 1, comma 5 e 2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, recante le "norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni", testo normativo centrale nell'ambito del processo di privatizzazione, formale, prima, e sostanziale, poi, che ha caratterizzato gli anni Novanta del secolo scorso⁵⁵⁴.

Tali disposizioni, prima della loro riformulazione per effetto dell'art. 25 della legge 1 marzo 2002, c.d. legge comunitaria per il 2001, prevedevano l'introduzione negli statuti delle società privatizzate di alcuni poteri speciali in favore del Ministero dell'Economia e delle Finanze, quali l'inserimento di clausole di gradimento in ordine all'assunzione di partecipazioni rilevanti, alla conclusione di patti parasociali che vedessero la partecipazione di una data percentuale del capitale sociale, la nomina di uno o più sindaci o amministratori, la previsione di un potere di veto in ordine alle vicende più significative per la società, quali la fusione, il trasferimento della sede, il mutamento dell'oggetto sociale o la modifica degli stessi poteri speciali.

Un'ulteriore procedura di infrazione veniva subita dalla Repubblica italiana con riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 4, commi 227-231, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 e nel d.P.C.M. del 10 giugno 2004, disciplina con la quale, peraltro, era intervenuta una riforma volta ad adeguare la *golden share* all'orientamento della Corte di giustizia,

⁵⁵⁴ CGCE, 23 maggio 2000, causa C-58/99, Commissione c. Repubblica italiana, in *Racc. giur.*, 2000, 3811.

limitandone la presenza a quelle sole società aventi un ruolo chiave per l'economia, ed introducendo poteri di opposizione in luogo dei poteri di gradimento preventivo, limitando il potere di nomina ad un solo componente dell'organo amministrativo, privo, peraltro, del diritto di voto, ma in possesso del potere di veto rispetto alle operazioni di carattere straordinario.

Nonostante la riforma della disciplina relativa alla *golden share*, la Commissione europea, con ricorso del 28 giugno 2006, IP/06/859, censurava la legge n. 474/1994, come modificata a seguito della legge finanziaria per il 2004 ed integrata dal d.p.c.m. citato, giudicando non proporzionati i poteri speciali riconosciuti.

La CGCE accoglieva il ricorso della Commissione con la sentenza 26 marzo 2009, causa C-326/07, giudicando la disciplina italiana contraria ai principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera circolazione di capitali⁵⁵⁵.

La previsione di un potere di opposizione all'acquisizione di partecipazioni o alla conclusione di patti tra azionisti che rappresentino almeno il 5% dei diritti di voto viene considerata una disposizione contrastante con il principio di proporzionalità in quanto l'esercizio di tale potere non viene adeguatamente circostanziato.

Ad avviso della Corte di giustizia la previsione di un potere siffatto, per essere compatibile con i principi di derivazione comunitaria, dovrebbe essere costruita in modo tale da assicurare l'effettivo perseguimento degli interessi generali afferenti all'approvvigionamento di beni essenziali per la collettività, alla continuità del servizio pubblico ed alla sicurezza degli impianti, subordinandone l'esercizio alla sussistenza di specifiche ed obiettive circostanze potenzialmente pregiudizievoli.

Il contrasto delle disposizioni censurate con la libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali viene ravvisato in ragione della mancata previsione "*di un nesso tra tali criteri e i poteri speciali ai quali si riferiscono*", assenza che "*accentua l'incertezza in ordine alle circostanze in cui i medesimi possono essere esercitati e conferisce un carattere*

⁵⁵⁵ Sul punto: E. FRENI, *Golden share: raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 25 ss.; C. SAN MAURO, *Recenti trasformazioni nel diritto dell'economia*, Rimini, 2010, 13 ss.; C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 409 ss.; L. SCIPIONE, *La "golden share" nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile*, in *Le società*, 2010, 7, 855; I. DEMURO, *La nomina delle cariche sociali nelle società a partecipazione pubblica dopo le censure della giurisprudenza comunitaria*, in *Profili attuali di diritto societario europeo*, a cura di G. Ferri e M. Stella Richter, Milano, 2010, 171.

*discrezionale a detti poteri tenuto conto del potere discrezionale di cui dispongono le autorità nazionali per il loro esercizio*⁵⁵⁶.

3. Corporate governance nelle società in house e a capitale misto.

La generale disciplina dettata dal codice civile in relazione ai sistemi di amministrazione e controllo, al pari di tutti quegli istituti idonei ad incidere sugli assetti proprietari e sui meccanismi decisionali interni alla società, assumono una connotazione peculiare nelle società pubbliche, quali strumenti in grado di veicolare il perseguimento dell'interesse proprio del socio pubblico.

Anche in seno all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), che, come noto, rappresenta un'importante occasione di confronto per i Paesi membri, accomunati dalla presenza di un'economia di mercato, il tema dei sistemi di *governance* nelle società a partecipazione pubblica ha costituito l'oggetto di un apposito documento, recante alcune essenziali linee guida in materia⁵⁵⁷.

Malgrado non sia possibile in questa sede affrontare in modo compiuto i temi sottesi ai modelli di gestione nel diritto societario, ci si limiterà ad analizzare alcuni dei profili peculiari che la materia pone ove nella compagine societaria vi siano uno o più soci pubblici.

Il quesito si pone in maniera particolare con riferimento alle società *in house*, uno dei cui elementi strutturali è la sussistenza di condizioni idonee a consentire all'ente socio l'esercizio, in capo alla società, di un controllo

⁵⁵⁶ CGCE, 26 marzo 2009, causa C-326/07, in www.curia.europa.eu. Peculiari poteri in favore dello Stato sono stati peraltro previsti dal decreto legge del 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge 11 maggio 2012, n. 56, in relazione ad operazioni straordinarie inerenti alle imprese definite strategiche, in quanto operanti nei settori della difesa, delle comunicazioni, dei trasporti, dell'energia. Peraltro, il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, ha previsto che l'art. 2 del d.l. n. 332/1994 ed il d.P.R. n. 350/2003 cessino di avere efficacia dal momento dell'entrata in vigore dei decreti disciplinanti l'ambito di esercizio dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e, in ogni caso, siano abrogati una volta entrato in vigore l'ultimo dei decreti suddetti. M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche. Istituzioni di contabilità pubblica*, Milano, 2013, 346 ss.; M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo I, II edizione, Milano, 2007, 1210.

⁵⁵⁷ "The corporate governance of State-owned enterprises in OECD countries", OECD, 2005, e "Privatising State-owned enterprise, an overview of policies and practices in OECD countries", OECD, 2003. Pur trattandosi di un atto avente mero valore ricognitivo e divulgativo, esso contiene alcuni spunti di rilievo, se non altro in quanto tratti dalle esperienze concrete dei diversi Paesi. Così, alla partecipazione di un ente pubblico al capitale sociale dovrebbe accompagnarsi non l'ingerenza di quest'ultimo nei più minuti e quotidiani momenti gestori ma l'esercizio dei poteri connessi alla detenzione della partecipazione stessa, i quali troveranno espressione non solo attraverso il voto assembleare ma anche attraverso la predisposizione di sistemi di report e di monitoraggio. Sul punto: M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253.

analogo rispetto a quello esercitato in ordine ai propri uffici e servizi. In altre parole, alla luce della ricostruzione pretoria del requisito del controllo analogo, si tratta di stabilire, ora, in che modo gli orientamenti espressi dal Giudice amministrativo e dalla Corte di giustizia si coniughino con gli istituti propri del diritto societario e attraverso quali strumenti si traduca il peculiare legame tra ente e *in house provider*.

Secondo il prevalente orientamento della dottrina, nelle società *in house*, così come, sia pure in diversa misura, nelle società a capitale misto, la partecipazione di uno o più soggetti pubblici al capitale sociale postula la necessità che gli strumenti di *governance* siano opportunamente adeguati.

A questo fine, lo statuto si rivela lo strumento essenziale attraverso il quale modulare l'ingerenza del socio pubblico.

Potranno essere previsti dei report periodici da effettuarsi in occasione di assemblee, da espletarsi in un numero minimo predefinito, potrà essere limitato l'ambito territoriale entro il quale la società svolge la propria *mission* istituzionale e, non da ultimo, potrà essere prevista l'adozione di ulteriori strumenti, quali un "*codice di corporate governance*" o il "*codice di comportamento*", quest'ultimo peraltro previsto dallo stesso d.lgs. n. 231/2001.

Trattasi di regolamenti volti a disciplinare, rispettivamente, il funzionamento e le competenze degli organi sociali ed i flussi informativi tra gli organi sociali e tra questi ultimi e gli enti pubblici soci⁵⁵⁸.

Al medesimo scopo, ancora, si è riconosciuto nella relazione previsionale aziendale lo strumento attraverso cui la società espone "*una visione preventiva dell'attività che la stessa andrà a svolgere*"⁵⁵⁹.

Tra i contenuti che lo strumento in parola dovrebbe possedere, appare di assoluta rilevanza l'individuazione di un budget relativo alla gestione che sarà posta in essere nel corso dell'esercizio successivo, unitamente a piani di investimento e ad una relazione sul c.d. *risk management*⁵⁶⁰.

I patti parasociali, d'altro canto, costituiscono un importante strumento in grado di tradurre il requisito del controllo analogo, nell'ambito delle società *in house* e, sia pure in senso meno pregnante, nel panorama delle società a capitale misto, rappresentano la sede in cui al socio pubblico può essere garantito un ruolo determinante.

In via generale, i patti parasociali possono essere individuati nel sindacato di voto, nel sindacato di blocco e nel patto di concertazione⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Gli strumenti attraverso cui riempire di contenuto il requisito del controllo analogo, modulando opportunamente la disciplina dettata dal codice civile per le società, sono diffusamente illustrati da: C. D'ARIES, A. NONINI, *L'affidamento "in house providing": aspetti giuridici e gestionali*, cit., 16-17.

⁵⁵⁹ C. D'ARIES, A. NONINI, *L'affidamento "in house providing"*, cit., 15 ss.

⁵⁶⁰ C. D'ARIES, A. NONINI, *op. cit.*, 16.

⁵⁶¹ La dottrina in materia è particolarmente vasta: D. SCARPA, *I patti parasociali nelle s.p.a. e nelle s.r.l.*, Milano, 2011; L. GIANNINI, M. VITALI, *I patti parasociali*, Rimini, 2008; D. PROVERBIO, *I patti parasociali. Disciplina, prassi e modelli contrattuali*,

Mentre il sindacato di blocco - consistente, ai sensi dell'art. 2341-*bis*, comma 1, lett. b), c.c., nell'apposizione di limiti al trasferimento delle azioni o delle partecipazioni in società controllanti - mira alla stabilizzazione degli assetti proprietari, è nei sindacati di voto che il requisito del controllo analogo, nelle società partecipate da più soci pubblici, può trovare attuazione.

Attraverso tali patti parasociali, gli enti pubblici soci potranno concertare, al di fuori dell'assemblea, l'azione condivisa, così rimettendo la definizione del voto, che sarà espresso all'interno dell'organo sociale in una sede diversa. In senso analogo, attraverso il patto di concertazione gli enti pubblici soci potranno assicurarsi l'esercizio di un'influenza dominante sulla società.

Lo strumento in parola è destinato ad assumere una valenza decisiva in considerazione della nuova definizione di *in house providing* dettata dalle nuove direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni, posto che la partecipazione pubblica totalitaria al capitale sociale non costituisce più elemento essenziale della fattispecie.

In dottrina, tuttavia, è stato evidenziato come l'attuazione del controllo analogo mediante apposito patto parasociale, se pure, in astratto, sia una soluzione percorribile, soffra di alcune criticità derivanti dalla stessa natura dei patti parasociali: la loro segretezza, l'efficacia temporale limitata al quinquennio, l'inidoneità della violazione del patto ad inficiare la validità delle delibere dell'organo amministrativo che con esso contrastino⁵⁶².

Altri strumenti che possono assicurare all'ente pubblico socio una peculiare posizione in ordine all'assetto proprietario sono rinvenibili nell'ambito della disciplina relativa alla circolazione delle azioni e, più in generale, delle quote di partecipazione al capitale sociale delle società a responsabilità limitata.

Lo statuto della società, infatti, può contenere la previsione di alcune particolari condizioni in ordine alla alienazione di azioni o quote, quali le clausole di gradimento⁵⁶³, di prelazione⁵⁶⁴ e di intrasferibilità⁵⁶⁵, nei limiti previsti dal codice civile.

Milano, 2010; V.V. CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, Milano, 2008; G. AULETTA, N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano, 2010, 191.

⁵⁶² F. GUERRA, *Il controllo analogo*, in *Giur. comm.*, 2011, 5, 774 ss. In ordine alla mera efficacia obbligatoria del patto, e alla sua non opponibilità ai terzi acquirenti delle azioni, né ai terzi che concludano contratti con la società, si vedano: F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 229.

⁵⁶³ Le clausole di gradimento mero, le quali “*subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci*”, sono inefficaci, a meno non sia contestualmente previsto, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante (art. 2355-*bis* c.c.).

⁵⁶⁴ Detta clausola, in quanto contenuta all'art. 2355-*bis* c.c., viene qualificata come prelazione legale e, dunque, reale, non meramente ad efficacia obbligatoria: ciò significa

Nella medesima ottica possono essere lette le disposizioni che ammettono la possibilità di emettere speciali categorie di azioni, costituenti una deroga alla regola in forza della quale, ai sensi dell'art. 2348 c.c., tutte le azioni hanno uguale valore e conferiscono ai relativi possessori uguali diritti patrimoniali ed amministrativi, quali il diritto di intervento e di voto in assemblea, il diritto di impugnare le deliberazioni assembleari invalide, il diritto di denunciare al collegio sindacale i fatti lesivi.

Trattasi delle azioni atipiche, il cui limite è rappresentato dal fatto che tutte le azioni riconducibili alla medesima categoria attribuiscono uguali diritti e che non si tratti di azioni che riconoscano la possibilità di esprimere un voto plurimo.

Potranno essere così introdotte particolari categorie di azioni che riconoscano una più elevata partecipazione agli utili ovvero, all'opposto, che determinino l'assunzione di un minor rischio d'impresa, comportando una minore incidenza delle perdite. Trattasi, in quest'ultimo caso, delle c.d. azioni postergate⁵⁶⁶, le quali assicurano al socio il mantenimento dell'integrità della partecipazione in quanto subiranno gli effetti negativi di una riduzione del capitale sociale per perdite solo in via subordinata rispetto alle azioni ordinarie, venendo elise soltanto in via successiva rispetto a quanto accade per queste.

Ancora, potranno esservi azioni che non assicurano il diritto di voto, ovvero che riconoscano un diritto di voto limitato a determinati oggetti o condizionato a dati accadimenti⁵⁶⁷.

L'art. 2350 c.c., peraltro, consente l'emissione di azioni correlate, ossia caratterizzate dalla presenza di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore⁵⁶⁸. Trattasi di uno strumento che consente una diversificazione dell'attività d'impresa ed una conseguente limitazione del rischio.

Passando all'analisi dei differenti sistemi di amministrazione e controllo, deve sottolinearsi come il ruolo rivestito dagli enti pubblici soci sia destinato, in prima battuta, a misurarsi nell'ambito dell'assemblea,

che, ove un socio alieni le proprie azioni a terzi, in violazione dell'obbligo di offrirle previamente agli altri soci, questi ultimi potranno riscattarle presso il terzo acquirente.

⁵⁶⁵ Generalmente ammessa per la quota di partecipazione al capitale di una s.r.l., l'intrasferibilità delle azioni nominative non può essere prevista per un periodo superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal perfezionamento della relativa clausola.

⁵⁶⁶ F. GALGANO, *Diritto commerciale, cit.*, 254.

⁵⁶⁷ In tali casi il valore delle azioni non può complessivamente superare la metà del capitale sociale (art. 2351, comma 2, c.c.). Sul punto: P. SFAMENI, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, Milano, 2008.

⁵⁶⁸ M. DE ACUTIS, *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo: il punto di vista del giuscommercialista*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, *Atti del convegno tenutosi a Padova in data 8 giugno 2007*, Padova, 2008, 58.

organo all'interno del quale la composizione del capitale sociale trova rappresentazione.

Se il peso rivestito dall'ente socio è, in linea di principio, direttamente proporzionale all'entità del capitale sociale sottoscritto, differente, nell'ambito delle società per azioni, è il peso rivestito dall'assemblea dei soci a seconda del modello di amministrazione e controllo prescelto.

Così, ove si consideri il modello della società per azioni nell'ambito del quale si sia optato per il sistema tradizionale, all'assemblea si affiancherà, come noto, un organo amministrativo, a composizione collegiale o monocratica, ed il collegio sindacale quale organo di controllo.

Nell'ambito di tale modello di *governance* l'assemblea gode di ampie competenze: nomina e revoca degli amministratori e dei sindaci, ne determina il compenso e, nei casi previsti dallo statuto, delibera le autorizzazioni necessarie al compimento di determinati atti da parte degli amministratori, ferma in ogni caso, ai sensi dell'art. 2364, n. 5, c.c., “*la responsabilità di questi per gli atti compiuti*”.

Gli amministratori godono di poteri gestori di carattere generale, spettando a questi ultimi la convocazione dell'assemblea e la fissazione dell'ordine del giorno, la redazione del progetto di bilancio e l'esecuzione delle deliberazioni assembleari.

Il collegio sindacale, d'altro canto, quale organo di controllo, è deputato a vigilare sulla esatta osservanza della legge e dello statuto nella gestione della società, oltre che a verificare che la gestione medesima avvenga nel rispetto del criterio dell'efficienza. Il collegio sindacale, organo imparziale, è nominato dall'assemblea dei soci e può essere composto da soggetti che, soci o non soci, non abbiano rapporti di coniugio, parentela o affinità entro il quarto grado degli amministratori, anche di società controllanti o controllate, o che si trovino in una posizione di conflitto di interessi anche, ad esempio, in ragione della sussistenza di un rapporto di lavoro o di consulenza di carattere non episodico.

Al collegio sindacale può essere demandato anche il controllo contabile ove si tratti di società non quotata o non tenuta alla redazione del bilancio consolidato: in tali ipotesi tale funzione non potrà cumularsi in capo al collegio sindacale ma dovrà essere affidata ad un revisore dei conti, singolo professionista o società di revisione⁵⁶⁹.

Diversamente, ove sia stato adottato il sistema dualistico, l'assemblea dei soci avrà competenze ridotte e vedrà maggiormente attenuato il rapporto

⁵⁶⁹ E. MASCHIO, *I nuovi sistemi di “governance” nelle s.p.a.*, in *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, *Atti del convegno tenutosi a Padova in data 8 giugno 2007*, Padova, 2008, 67 ss. Per una più diffusa disamina delle attribuzioni proprie del collegio sindacale e del revisore legale dei conti: E. MATTEI, *L'obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisore legale dei conti*, in *Le società*, 2012, 12, 1319.

con l'organo di amministrazione, posto che tra questo e l'assemblea si interpone un terzo organo: il consiglio di sorveglianza.

In questo diverso contesto, l'assemblea nomina e revoca i consiglieri di sorveglianza e delibera in ordine alla responsabilità di questi ultimi. Tale organo, d'altro canto, assume alcune delle funzioni che, nel modello tradizionale, sono proprie dell'assemblea dei soci, oltre che le funzioni del collegio sindacale. In particolare, al consiglio di sorveglianza spetta la nomina e la revoca dei membri dell'organo esecutivo, rappresentato dal consiglio di gestione, l'approvazione del bilancio e la deliberazione dell'azione di responsabilità dei membri del consiglio di gestione.

Un terzo modello di *corporate governance* è rappresentato dal sistema monistico, caratterizzato dalla concentrazione delle funzioni di gestione e di quelle di controllo in capo ad un unico organo, il consiglio di amministrazione, i cui componenti, almeno un terzo di essi, proprio in ragione del duplice ruolo attribuito, devono possedere i requisiti di indipendenza e professionalità previsti, nell'ambito del sistema tradizionale, per i componenti del collegio sindacale. Nell'ambito del consiglio di amministrazione, gli amministratori nominano un comitato per il controllo, organismo interno al primo, al quale sarà demandato l'esercizio delle funzioni di controllo.

I componenti del consiglio di amministrazione, in quanto sommano le competenze proprie anche dell'organo di controllo, possono assumere delle funzioni diversificate: potranno esservi, infatti, amministratori ai quali spetta lo svolgimento di un'attività di amministrazione diretta, ed amministratori ai quali, invece, spetta una funzione di equilibrio, svolgendo un'attività che può definirsi di "*alta amministrazione*"⁵⁷⁰.

In ogni caso, a prescindere dal modello di amministrazione e controllo adottato, l'assemblea non può considerarsi come organo a competenza generale, non avendo quest'ultima poteri di gestione ma avendo la competenza a deliberare soltanto in ordine alle specifiche materia ad essa attribuite, inerenti soltanto alle scelte fondamentali della vita della società. Spetta, invece, all'organo di amministrazione la competenza in ordine alla gestione della società, competenza da esercitarsi in via autonoma rispetto all'organo assembleare, al quale non è consentito di ingerirsi mediante direttive o atti di indirizzo⁵⁷¹.

In questi termini deve essere letta la novella apportata nel 2003 all'art. 2364 c.c., il quale, nella più risalente formulazione, consentiva allo statuto la possibilità di rimettere all'assemblea "*oggetti attinenti alla gestione della società*", rientranti altrimenti tra le competenze dell'organo amministrativo.

⁵⁷⁰ Per la distinzione tra amministratori *executive* e *non executive* si rinvia a: E. MASCHIO, *I nuovi sistemi di "governance" nelle s.p.a.*, cit., 69 ss.

⁵⁷¹ F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 299. Secondo l'Autore le delibere assembleari che dovessero esorbitare dai relativi poteri sarebbero inefficaci, senza necessità di impugnazione.

A conclusione di quanto sin qui esposto, è necessario stabilire quale sia il modello di *corporate governance* e, non da ultimo, lo stesso tipo sociale, più adatto a soddisfare i tratti caratterizzanti le società pubbliche.

Il problema si pone, non tanto rispetto alle società a capitale misto, quanto, come innanzi evidenziato, con riferimento alle società *in house*, per le quali sono previsti dei requisiti particolarmente incisivi in ordine all'assetto degli organi sociali.

Nell'ambito dei differenti modelli di *governance* previsti con riferimento alle società per azioni, il sistema tradizionale pare, in astratto, il modello che meglio può tradurre il legame stringente tra assemblea dei soci e gestione sociale, in considerazione di come, specie nel sistema dualistico, il consiglio di gestione pare destinato ad assumere maggiori possibilità di autodeterminazione. Invero, la circostanza che tra questo e l'assemblea dei soci si frapponga un ulteriore organo – il consiglio di sorveglianza – rappresenta un significativo distacco tra l'assetto della proprietà e l'amministrazione.

Parimenti, anche il sistema monistico, nel quale manca un organo *ad hoc* destinato ad esercitare il controllo di gestione, si rivela inadeguato alla concretizzazione del requisito del controllo analogo.

In linea di principio, la forma della società a responsabilità limitata, rispetto a quella della società per azioni, sembra offrire una disciplina più duttile e maggiormente ancorata alla personalità dei singoli soci⁵⁷². Lo spazio rimesso all'autonomia statutaria pare consentire la configurazione di

⁵⁷² R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, cit., 256. Nel senso dell'ammagiore flessibilità del modello della s.r.l.: F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società 'a partecipazione mista' pubblico-privata*, cit., 511. L'Autore sottolinea come la disciplina della s.r.l. consenta di ricorrere: "(i) alla possibilità di innalzare per statuto i quorum costitutivi e deliberativi dell'assemblea dei soci (art. 2479 bis c.c.) sino alla soglia dell'unanimità, con riferimento sia alle decisioni di rilievo funzionale, sia a quelle di portata organizzativa, così consentendo a ciascuno dei partner di condizionare le gestioni e le vicende della società (salvo a prevedere in statuto appositi meccanismi per il superamento delle situazioni di stallo decisionale, sul modello delle c.d. dead-lock clauses); (ii) alla possibilità di attribuire ai singoli soci (privato e pubblico) particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società (art. 2468, comma 3°, c.c.), riservando loro il potere di nomina extra-assembleare di alcuni membri dell'organo amministrativo e di controllo e del direttore generale (e ciò anche oltre il limite di proporzionalità stabilito dal nuovo art. 2449 c.c. per le s.p.a. pubbliche), ovvero riconoscendo all'uno o all'altro socio un diritto di consultazione e di compartecipazione alle decisioni gestionali o un diritto di voto potenziato o, al contrario, un potere di veto su determinate questioni; oppure, in un'ottica del tutto diversa, (iii) alla possibilità di rafforzare l'autonomia dell'organo amministrativo rispetto alle competenze decisionali dei soci, che si può conseguire eliminando la facoltà di devoluzione al (o di avocazione da parte del) socio pubblico, ex art. 2479, comma 1°, c.c., delle decisioni di competenza degli amministratori: ciò con l'effetto, non secondario, di porre l'ente pubblico maggiormente al riparo, almeno sul piano formale, dal rischio di coinvolgimento nella responsabilità gestoria da concorso nell'illecito degli amministratori (art. 2476, comma 7°, c.c.) o da abuso dell'eterodirezione (art. 2497 c.c.)".

un organo assembleare dotato di poteri incisivi anche sotto i profili gestori, così permettendo di realizzare, nelle società *in house*, l'indirizzo gestionale che i soci pubblici intendono imprimere alla società⁵⁷³.

Altra parte della dottrina, quanto ai connotati del requisito del controllo analogo, ha autorevolmente evidenziato come sussista una sostanziale incomunicabilità tra le soluzioni alle quali è giunta la dottrina pubblicistica e le soluzioni, in materia di amministrazione e controllo, percorribili sulla base del diritto societario.

Sul punto, non si è mancato di rilevare come il requisito del controllo analogo, nei termini in cui è stato delineato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di giustizia, non possa trovare effettiva attuazione in quanto incompatibile con la disciplina delle società per azioni ma ammissibile, al più, nel contesto delle sole società a responsabilità limitata, nelle quali è ancora ammesso “*un controllo di tipo invasivo ed anche asimmetrico*” da parte dell'assemblea rispetto all'organo di amministrazione⁵⁷⁴.

Si è così ritenuto che “*l'unico eventuale luogo per l'esercizio del controllo sui servizi*” sia lo stesso “*contratto di affidamento dei servizi, dove l'ente, azionista ed appaltante, può effettivamente imporre, in via parasociale, modalità, termini e condizioni così stringenti ed unilaterali, da generare la configurazione di un effettivo controllo analogo a quello effettuato sui propri servizi*”⁵⁷⁵.

Alcuni Autori, pur ravvisando un momento di frizione tra la concezione del controllo analogo – che postulerebbe la preminenza dell'assemblea dei soci rispetto all'organo amministrativo – e l'art. 2380-*bis* del codice civile – che, nell'ambito della disciplina delle società per azioni, riconosce al solo organo amministrativo una competenza gestoria -, hanno tentato di individuare, nell'ambito del diritto societario, gli strumenti più

⁵⁷³ G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 330.

⁵⁷⁴ F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, cit., 681 ss.; F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, in *Le società*, 2014, 1, 75 ss. Nell'ambito delle società per azioni, gli amministratori “*non sono mandatari dell'assemblea, vincolati dalle istruzioni del mandante: fruiscono, al contrario, di una propria ed esclusiva competenza ad amministrare la società, e sono investiti di una propria responsabilità sia verso la società, sia verso i creditori sociali, sia verso singoli soci o terzi che si ritengano direttamente danneggiati (artt. 2393-2395), per non parlare della responsabilità personale per i reati propri degli amministratori (art. 2621-2633)*” (F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 281).

⁵⁷⁵ F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, cit., 1, 74 ss. In senso contrario F. GUERRA, *Il controllo analogo*, cit., 774 ss., ad avviso del quale, riservando l'attuazione del controllo analogo allo strumento del contratto di servizio si realizzerebbe solamente un'ipotesi di controllo esterno, insufficiente ad integrare il requisito in parola.

idei attraverso i quali attuare il requisito del controllo analogo anche nelle società per azioni⁵⁷⁶.

Così, si è affermata, pur con qualche incertezza, la possibilità di dotare l'assemblea dei soci di un generale potere autorizzatorio mediante un'espressa previsione in questo senso inserita nello statuto, ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.⁵⁷⁷. Precisamente, ove si opti per il sistema di amministrazione di tipo dualistico, il consiglio di sorveglianza potrebbe essere dotato, mediante apposita previsione statutaria, di un potere autorizzatorio in ordine alle più significative scelte gestionali, senza però poter privare il comitato di gestione del potere di discostarsi dalle determinazioni assunte dal consiglio di sorveglianza stesso⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ F. GUERRA, *Il controllo analogo*, cit., 774 ss.

⁵⁷⁷ F. GUERRA, *Il controllo analogo*, cit., 774 ss. L'Autore, tuttavia, dubita che tale soluzione sia compatibile con il già richiamato art. 2380-bis c.c.

⁵⁷⁸ F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società 'a partecipazione mista' pubblico-privata*, cit., 511. L'Autore vede con favore l'impiego del modello della s.p.a. e del modello dualistico in ragione di molteplici fattori che paiono poter assicurare, al socio pubblico di una società *in house* o a capitale misto, le seguenti prerogative: "(i) spostare a favore dell'assemblea dei soci il baricentro del potere di gestione dell'impresa, prevedendo la necessità di autorizzazione con riferimento a una serie di atti di alta amministrazione (art. 2364, n. 5, c.c.); (ii) nel modello dualistico, rafforzare il consiglio di sorveglianza, prescrivendo l'approvazione da parte di esso delle operazioni strategiche e dei piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione (art. 2409 terdecies c.c.); (iii) disciplinare secondo particolari modalità (voto di lista, designazione in assemblee separate ecc.) la nomina alle cariche sociali (art. 2368, comma 1°, c.c.), sempre in seno al procedimento assembleare e senza incidere sul regime ordinario della revoca; (iv) prescrivere particolari requisiti di onorabilità, professionalità o indipendenza per la nomina ad amministratore (art. 2387 c.c.), oltre il livello minimo di referenze richiesto dalla legge (cfr. art. 71, comma 1°, lett. f), l. 18-6-2009, n. 69); (v) predisporre un peculiare sistema informativo e di controllo interno, prevedendo l'obbligo degli amministratori di elaborare e trasmettere ai soci o al consiglio di sorveglianza i documenti tecnici, economici e contabili più rilevanti, rafforzando quindi l'informazione (e la dialettica) preassembleare; (vi) agevolare l'esercizio dei diritti di minoranza, abbassando le soglie del possesso azionario prescritto per richiedere la convocazione dell'assemblea (art. 2367 c.c.), impugnare le delibere assembleari (art. 2377, comma 3°, c.c.), avviare il giudizio di responsabilità per conto della società (art. 2393 bis c.c.), denunciare fatti e condotte censurabili al collegio sindacale (art. 2408, comma 2°, c.c.) o al tribunale (art. 2409 c.c.) o, anche, eliminando le predette soglie legali e perciò individualizzando i relativi diritti in capo ai singoli soci, come nelle s.r.l.; (vii) dettare una particolare disciplina dei quorum costitutivi e deliberativi assembleari per l'assunzione delle decisioni idonee a incidere sull'equilibrio dei rapporti endo-societari; (viii) prevedere e disciplinare in dettaglio delle particolari cause di scioglimento della società (art. 2484, comma 4°, c.c.), in relazione a vicende patologiche del rapporto di servizio o al mancato conseguimento di dati obiettivi economico-imprenditoriali, non potendo operare nella s.p.a. il meccanismo dell'esclusione; (ix) prevedere particolari cause di recesso dalla società mista o di riscatto delle azioni del partner privato, in relazione a possibili sviluppi conflittuali del contratto di servizio nel rapporto con l'ente pubblico, disciplinando la liquidazione della partecipazione del recedente e la gestione transitoria che prelude alla conclusione materiale della partnership".

4. Il conferimento degli incarichi agli amministratori: a) composizione dei c.d.a. e limiti;

Nel tentativo di ricostruire la disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica esercenti un pubblico servizio, onde desumere, dal quadro che si andrà a delineare, la qualificazione giuridica dei soggetti in esame, è necessario, ora, individuare quegli elementi distintivi che connotano la composizione dell'organo di amministrazione e le modalità della sua costituzione.

Se, come innanzi accennato, alle società pubbliche si applicherà la disciplina prevista per le società di diritto comune salvo la previsione di deroghe espresse, tale rilievo vale, in particolare, con riferimento agli atti di nomina e revoca degli amministratori, atti che, anche nel caso in cui rispondano a poteri speciali riservati al socio pubblico dalla legge – nei limiti sopra esaminati – o dallo statuto⁵⁷⁹, non hanno natura pubblicistica ma privatistica⁵⁸⁰.

In quanto espressione di poteri privatistici, le relative controversie rientreranno nella giurisdizione del Giudice ordinario, avendo esse ad oggetto diritti soggettivi⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche*, cit., 345.

⁵⁸⁰ I poteri di nomina e revoca degli amministratori riconosciuti all'ente pubblico socio non si traducono in atti amministrativi: costituiscono espressione di un diritto potestativo di diritto privato ed avverso i medesimi sarà ammessa tutela giurisdizionale innanzi al Giudice ordinario. L'eventuale fase procedimentale prodromica alla nomina o revoca dell'amministratore rimarrà meramente interna all'ente pubblico (Cass., Sez. un., 5 aprile 2007, n. 8526, in *Mass. Giur. it.*, 2007).

⁵⁸¹ Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 532, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 308; più di recente: Cass. civ., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799; TAR Sicilia-Catania, Sez. III, 25 gennaio 2010, n. 89; TAR Calabria-Catanzaro, Sez. II, 18 dicembre 2006, n. 1984; TAR Lazio-Latina, Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it. Nel senso che il mutamento della maggioranza politica che ha determinato la nomina dell'amministratore non sia considerabile quale giusta causa di revoca dell'incarico: A. STABILINI, *L'idoneità del cambio di amministrazione comunale a costituire giusta causa di revoca dei sindaci di società partecipate dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2449 c.c.*, Nota a Trib. Palermo, 13 febbraio 2013, in *Le Società*, 2013, 5, 597; V. DE CAMPO, *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: mutamento della maggioranza politica quale giusta causa di revoca*, in *Le società*, 2011, 3, 262; A. CAPRARA, *La revoca del sindaco nominato dal socio pubblico è un affare (di diritto) privato*, Nota a Tribunale di Palermo, Sezione specializzata in materia di impresa, decreto del 13 febbraio 2013, in *Le società*, 2013, 10, 1036. Il caso affrontato con la pronuncia del Tribunale di Palermo del 13 febbraio 2013 verteva sulla richiesta da parte di AMG Energia S.p.a., società partecipata al 51% dal Comune di Palermo, dell'approvazione con decreto della revoca dei componenti effettivi e supplenti del Collegio sindacale deliberata dall'assemblea della società. La revoca dei componenti del Collegio sindacale, in particolare, era stata disposta sulla base dell'art. 6,

Del tutto minoritario, infatti, è l'orientamento giurisprudenziale in forza del quale residuerebbe un marginale spazio per la giurisdizione del Giudice amministrativo con esclusivo riferimento ai soli atti prodromici alla nomina e revoca degli amministratori⁵⁸².

Tuttavia, se il momento del conferimento e della revoca dell'incarico degli amministratori di società a partecipazione pubblica non pare connotato da elementi di specialità rispetto al regime di diritto comune, non altrettanto può dirsi con riferimento alla composizione, per numero e provenienza dei relativi membri, dell'organo di amministrazione.

La composizione dei consigli di amministrazione, oltre che la previsione di limiti ai relativi compensi, hanno trovato una puntuale disciplina nell'art. 1, commi 725 ss., della legge 27 dicembre 2006, n. 296⁵⁸³, disposizioni dedicate alle società partecipate, in tutto o in parte, dagli enti locali, non quotate in borsa, partecipazione che, ai sensi della circolare del 13 luglio 2007, può essere anche indiretta⁵⁸⁴.

comma 3, della legge della Regione Sicilia n. 30/2000, la quale prevedeva, per gli organi fiduciari, il meccanismo dello *spoils system*. Così, con l'avvicinarsi del nuovo Sindaco, doveva ritenersi venuto meno il rapporto fiduciario tra questi ed i componenti del Collegio sindacale della società di nomina comunale, con la conseguente decadenza automatica dei medesimi. Il Tribunale, ritenendo che l'art. 2449 c.c. non contenga una deroga all'art. 2400 c.c., il quale prevede la necessità che la revoca dei sindaci avvenga in presenza di una giusta causa, riconosce come, in ogni caso, l'esercizio del potere di revoca da parte dell'ente pubblico socio, ai sensi dell'art. 2449 c.c., non possa prescindere dall'approvazione della revoca stessa con decreto del Tribunale, in quanto trattasi di un provvedimento che costituisce espressione di una potestà privatistica. In ogni caso, il meccanismo di decadenza automatica previsto dalla legge regionale non risulta compatibile con il sistema dei controlli per la revoca dei sindaci previsto dagli artt. 2400 e 2449 c.c. né con il principio di separazione tra politica ed attività di amministrazione in senso stretto (Corte cost. nn. 104/2007, 233/2006, 390/2008). La nomina dei sindaci delle società partecipate, peraltro, non ha affatto carattere fiduciario in quanto il soggetto incaricato non è chiamato ad esprimere l'indirizzo, l'orientamento del soggetto che ha conferito l'incarico: si tratta soltanto di un incarico *intuitu personae*. Il richiamo alla legge regionale, la quale prevede un meccanismo di decadenza automatica dagli incarichi fiduciari in conseguenza del rinnovamento degli organi politici comunali, viene ritenuto inidoneo ad integrare una giusta causa di revoca dell'incarico di sindaco richiesta dall'art. 2400 c.c., con ciò impedendo l'approvazione dello stesso provvedimento di revoca da parte del Tribunale. Per l'applicazione del meccanismo dello *spoils system* si veda il disposto dell'art. 6 della legge n. 145/2002, il quale prevede che le nomine degli organi di vertice dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati delle società controllate o partecipate dallo stato, conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura, possano essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto di fiducia al Governo (sul punto: M. MAGRI, *Lo spoils system di inizio legislatura*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 6, 605).

⁵⁸² TAR Lazio-Roma, Sez. III *ter*, 16 novembre 2007, n. 11271, alla quale rinvia R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche*, cit., 346.

⁵⁸³ R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche*, cit., 262 ss.

⁵⁸⁴ La disciplina ivi dettata, con riferimento alle società partecipate dalle Regioni, aveva carattere di principio, dovendo le Regioni e le Province autonome, ai sensi del comma 730,

Il numero complessivo di componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate totalmente, anche in via indiretta, da enti locali, non può essere superiore a tre, ovvero a cinque per le società con capitale, interamente versato, pari o superiore a due milioni di euro, come stabilito dal d.P.C.M. 26 giugno 2007.

Nelle società a capitale misto, invece, il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci che siano enti pubblici locali, ivi compresi quelli eventualmente designati dalle Regioni, non può essere superiore a cinque.

L'introduzione di tali prescrizioni comportava l'obbligo per tali società di adeguare i relativi statuti e gli eventuali patti parasociali entro i tre mesi successivi all'entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Allo scopo di dar corso alla modifica statutaria, gli amministratori avevano il dovere di convocare l'assemblea dei soci ai fini dell'adozione della relativa delibera; in caso di inerzia dell'organo di amministrazione, il collegio sindacale avrebbe potuto, ai sensi dell'art. 2367, comma 2, c.c., presentare un'istanza *ad hoc* al Tribunale.

Ulteriori disposizioni in materia di composizione dell'organo di amministrazione vengono dettate con esclusivo riferimento alle società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), così introducendo ulteriori elementi di specialità per alcune soltanto tra le società a partecipazione pubblica⁵⁸⁵.

adeguarsi alle prescrizioni in materia di compensi agli amministratori. La Corte costituzionale, evidenziando come lo Stato possa dettare norme di principio nelle materie di potestà concorrente – qual è il coordinamento della finanza pubblica, materia nella quale si inserivano le disposizioni in parola – dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 730 citato. Analogamente la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 734 in quanto, limitando la possibilità di nominare amministratore di un ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico coloro che, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, avessero chiuso in perdita tre esercizi consecutivi, rappresentava una indebita compressione dell'autonomia organizzativa delle Regioni e delle Province autonome. I restanti commi 725-728 venivano dichiarati incostituzionali nella parte in cui trovavano applicazione per gli enti locali delle Province autonome di Trento e di Bolzano. (Corte cost., 20 maggio 2008, n. 159). Malgrado l'intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, è da segnalare l'inserimento del comma 32-*bis* all'art. 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, mediante il quale, con una norma di interpretazione autentica, si è sancito come il comma 734 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, si interpreti “*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*”.

⁵⁸⁵ Senza contare, peraltro, come alcune disposizioni abbiano sancito la riduzione del numero dei componenti dell'organo di amministrazione *ex lege*, senza la necessità di una previa deliberazione statutaria. Si tratta dell'art. 1, comma 459, della legge n. 269/2006, il

In questo senso, l'art. 3, commi 12 ss., della legge 24 dicembre 2007, n. 244, stabilisce che gli statuti delle società suddette vengano adeguati, introducendo la riduzione del numero massimo dei componenti degli organi di amministrazione a cinque, se le disposizioni statutarie vigenti prevedono un numero massimo di componenti superiore a cinque, e a sette, se le citate disposizioni statutarie prevedono un numero massimo di componenti superiore a sette⁵⁸⁶.

Alla disciplina così brevemente illustrata hanno fatto seguito ulteriori disposizioni⁵⁸⁷ volte a contenere il numero dei componenti dell'organo di amministrazione, disposizioni che, individuando un campo di applicazione solo parzialmente difforme, impongono la risoluzione di un'antinomia tra fonti.

Il riferimento è, in particolare, all'art. 4, commi 4 e 5, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, in seguito a più riprese modificato.

Nella loro versione originaria, i commi menzionati introducevano limitazioni al numero dei componenti, tre o cinque, dei Consigli di amministrazioni delle società a partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, e imponevano vincoli nella composizione dei predetti organi, statuendo

quale ha previsto il menzionato meccanismo per la società Sviluppo Italia S.p.a. e per la società Sogin S.p.a.

⁵⁸⁶ Contestualmente, vengono previste limitazioni di varia natura: la riduzione del 25% dei compensi precedentemente deliberati per ciascun componente dell'organo di amministrazione, la definitiva soppressione della carica di vicepresidente, fatta salva la possibilità del suo mantenimento ove essa non dia titolo a compensi aggiuntivi, la possibilità che l'organo di amministrazione deleghi proprie attribuzioni a un solo componente, il divieto di corrispondere gettoni di presenza ai componenti degli organi sociali, l'obbligo dell'organo di controllo interno di riferire all'organo di amministrazione, il contenimento ai casi strettamente necessari della costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta, ai quali può essere riconosciuta, per ciascuno dei componenti, una remunerazione complessivamente non superiore al 30 per cento del compenso deliberato per la carica di componente dell'organo amministrativo. Sul punto: E. LORIA, *Le società pubbliche dopo la legge n. 69/2009*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 10, 1164.

⁵⁸⁷ L'art. 6, comma 5, del d.l. n. 78/2010, dispone quanto segue: *"Fermo restando quanto previsto dall'articolo 7, tutti gli enti pubblici, anche economici, e gli organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato, provvedono all'adeguamento dei rispettivi statuti al fine di assicurare che, a decorrere dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, gli organi di amministrazione e quelli di controllo, ove non già costituiti in forma monocratica, nonché il collegio dei revisori, siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti. In ogni caso, le amministrazioni vigilanti provvedono all'adeguamento della relativa disciplina di organizzazione, mediante i regolamenti di cui all'articolo 2, comma 634, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, con riferimento a tutti gli enti ed organismi pubblici rispettivamente vigilati, al fine di apportare gli adeguamenti previsti ai sensi del presente comma. La mancata adozione dei provvedimenti di adeguamento statutario o di organizzazione previsti dal presente comma nei termini indicati determina responsabilità erariale e tutti gli atti adottati dagli organi degli enti e degli organismi pubblici interessati sono nulli. Agli enti previdenziali nazionali si applica comunque quanto previsto dall'art. 7, comma 62"*.

l'obbligo di assicurare la presenza maggioritaria dei dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza.

Precisamente, il comma 4 si rivolgeva alle *“società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001”*, che avessero conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato. Così individuato il campo di applicazione, la disposizione sanciva come i consigli di amministrazione delle predette società dovessero *“essere composti da non più di tre membri, di cui due dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero due scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta”*.

Il terzo componente dell'organo di amministrazione avrebbe svolto le funzioni di amministratore delegato.

La disposizione, da applicarsi con decorrenza dal primo rinnovo degli organi, successivo alla data di entrata in vigore del decreto medesimo, lasciava aperta la possibilità di nomina di un amministratore unico.

Il successivo comma 5, invece, pur espressamente lasciando ferme le disposizioni previgenti in ordine alla composizione dell'organo amministrativo, introduceva in materia ulteriori disposizioni destinate a trovare applicazione nei riguardi *“delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta”*.

In tali società, il c.d.a. doveva essere composto da tre o cinque membri, in ragione della rilevanza e della complessità delle attività svolte.

Nel caso in cui i componenti del c.d.a. fossero stati nel numero di tre, i criteri per la loro individuazione erano identici a quelli previsti per le società strumentali, direttamente o indirettamente controllate da una pubblica amministrazione. Invece, ove si fosse optato per un numero di amministratori pari a cinque, doveva essere assicurata *“la presenza di almeno tre dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero almeno tre membri scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta”*. Nell'ipotesi da ultimo considerata, *“le cariche di Presidente e di Amministratore delegato”* dovevano essere disgiunte, potendo essere affidate al Presidente

“deleghe esclusivamente nelle aree relazioni esterne e istituzionali e supervisione delle attività di controllo interno”.

Il campo di applicazione delle disposizioni innanzi menzionate è stato ulteriormente esteso dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147, la quale ha disposto, all'art. 1, comma 550, che le modifiche apportate alle disposizioni in commento trovino applicazione alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, con esclusione degli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e delle società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e le loro controllate.

Da ultimo, il testo delle disposizioni in parola è stato ampiamente riformulato dal d.l. giugno 2014, n. 90, come a sua volta modificato per effetto della legge di conversione.

Quanto al comma 4 dell'art. 4 del d.l. 95/2012, la novella normativa dispone, per l'ipotesi in cui, in luogo di un organo di amministrazione monocratico si opti per un organo a composizione collegiale, che quest'ultimo debba essere composto da non più di tre membri, ferme restando le disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39.

Nulla più viene disposto, dunque, in ordine alla provenienza dei componenti del c.d.a., con ciò risolvendosi i molteplici problemi interpretativi sollevati dal coordinamento delle disposizioni menzionate⁵⁸⁸.

⁵⁸⁸ Con delibera del 27 giugno 2013, n. 47, in *www.civit.it*, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, destinataria di numerose richieste di parere in ordine al possibile contrasto ravvisato tra l'art. 4 del d.l. n. 95/2012 e gli artt. 9 e 12 del d.lgs. n. 39/2013, evidenziava come non vi fosse *“piena coincidenza degli enti interessati”*, tenuto conto di come alcuni enti non rientrassero nella previsione di cui all'art. 4 cit. Sottolineava, inoltre, come non vi fosse un integrale e diretto contrasto tra le disposizioni, posto che il d.l. n. 95/2012 pone *“l'obbligatorietà della nomina nei consigli di amministrazione di “dipendenti” senza specificarne qualifica o funzione”*, potendo così ravvisarsi un contrasto tra le norme solo con riferimento alla *“possibilità di nominare dirigenti in enti di diritto privato in controllo pubblico”*. L'Autorità rilevava come il d.lgs. n. 39/2013 avesse *“delimitato l'ambito soggettivo cui si riferiscono gli obblighi di nomina previsti dall'art. 4 del d.l. n. 95/2012”*, *“vale a dire, nel caso dell'art. 4, comma 4, del d.l. n. 95/2012, i due nominandi membri del consiglio di amministrazione possono anche essere dirigenti, purché non investiti della carica di presidente con deleghe gestionali dirette o di amministratore delegato”*. *“Per quanto riguarda, poi, l'art. 4, comma 5, del d.l. n. 95/2012, si giunge a conclusioni analoghe, nel senso che, nel caso di cinque componenti, i tre designandi da parte delle amministrazioni non possono rivestire le summenzionate funzioni”*. L'incompatibilità di cui al comma 9 si può configurare soltanto con riferimento alle cariche di presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato, le posizioni di dirigente, lo svolgimento stabile di attività di consulenza a favore dell'ente. Quanto all'art. 12 del d.lgs. 39/2013, l'incompatibilità si riferisce alle cariche di presidente con deleghe gestionali dirette e di amministratore delegato. L'Autorità, del resto, escludeva la sussistenza di un contrasto anche con riferimento all'art. 12, comma 4, lett. c) del d.lgs. n. 39/2012, intendendo la dizione

Il campo di applicazione soggettivo della disposizione rimane, invece, invariato, posto che la nuova disciplina troverà applicazione con riferimento alle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato.

Quanto alle modifiche apportate al comma 5 citato, con riferimento alla composizione dei c.d.a. delle “*altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta*”, la disposizione ha mantenuto fermo il limite numerico dei componenti, già previsto dalla precedente formulazione, ma espunge i limiti circa la provenienza dei componenti medesimi, sancendo una interruzione di quel processo di “*convergenza organizzativa e finanziaria*” tra ente e società partecipata che la disposizione in parola intendeva realizzare⁵⁸⁹.

5. (segue): b) incompatibilità;

Le novelle apportate alle disposizioni di cui agli art. 4, commi 4 e 5, d.l. 95/2012, applicabili anche alle società partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici, trovano giustificazione, con tutta evidenza, nella riscontrata difficoltà di coniugare l'obbligo di selezionare i componenti dell'organo amministrativo tra il personale degli enti medesimi con le incompatibilità e le cause di ineleggibilità⁵⁹⁰ previste da altre disposizioni normative.

“*componente di organi di indirizzo negli enti di diritto privato in controllo pubblico*” come coincidente con la carica di presidente con delega e amministratore delegato.

⁵⁸⁹ Corte conti, Sez. controllo Sicilia, 4 dicembre 2013, n. 367, in *Quotidiano degli enti locali*, 2014.

⁵⁹⁰ Mentre le cause di ineleggibilità alle cariche pubbliche elettive “*sono costituite da quelle condizioni personali del cittadino consistenti nel possesso di determinate cariche pubbliche o private o dello ‘status’ di dipendente di alcuni enti che limitano il diritto di elettorato passivo del cittadino stesso, che, ove non siano rimosse entro un certo termine precedente alle elezioni, le invalidano, senza che al cittadino sia consentito di scegliere, una volta eletto, tra l’ufficio precedentemente ricoperto e quello elettivo*”, la previsione di ipotesi di incompatibilità, invece, mira a “*garantire il regolare esercizio delle funzioni pubbliche mediante il divieto di cumulo della carica elettiva con altre cariche, sicché non incide sul diritto di elettorato passivo del cittadino, che è posto di fronte alla scelta di optare per l’una o l’altra carica*” (Cass. civ., Sez. I, 21 luglio 1998, n. 7173, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 231). In altre parole, l’istituto dell’incompatibilità non influisce sulla validità dell’elezione ma “*impone all’eletto di scegliere, entro termini perentori, tra il mandato elettivo e l’altra carica con questo incompatibile, là dove si ravvisi l’esigenza di evitare che un soggetto titolare di un munus publicum cumuli nella sua persona le predette cariche, trovandosi in un conflitto di interesse con l’ente siccome portatore di interessi propri o di congiunti che contrastano*

In relazione a tale profilo, è necessario anzitutto considerare il testo dell'art. 60 del T.U.E.L., il quale, ai nn. 10 e 11, sancisce la non eleggibilità a Sindaco, Presidente della Provincia, Consigliere comunale, Consigliere metropolitano, provinciale e circoscrizionale dei legali rappresentanti e dei dirigenti delle società per azioni con capitale superiore al 50% rispettivamente del Comune o della Provincia, né degli amministratori e dipendenti con funzioni di rappresentanza o con poteri di organizzazione o coordinamento del personale di istituto, consorzio o azienda dipendente, rispettivamente, dal Comune o dalla Provincia.

Tali cause di ineleggibilità non operano ove l'interessato cessi dalle funzioni per dimissioni, trasferimento, revoca dell'incarico o del comando, ovvero sia collocato in aspettativa non retribuita entro il giorno fissato per la presentazione delle candidature.

Le menzionate disposizioni, volte a prevenire l'insorgenza di una turbativa del corretto svolgimento della competizione elettorale, devono essere intese nel senso che l'appartenenza al c.d.a. di una società per azioni con capitale maggioritario di un Comune o una Provincia configuri l'ineleggibilità a Sindaco del medesimo Comune, e ciò in quanto la nozione di 'dirigente', alla quale il testo normativo allude, non deve essere intesa nel suo significato letterale, come comprensiva dei soli rapporti di lavoro subordinato di cui all'art. 2095 c.c., ma deve essere intesa in senso ampio come volta ricomprendere la posizione di tutti coloro che concorrano alla determinazione delle scelte di gestione e alla definizione dell'indirizzo imprenditoriale della società⁵⁹¹.

Quanto all'estensione della portata della causa di ineleggibilità di cui al n. 10 dell'art. 60 citato, si è ritenuto come essa sia riferibile anche alle posizioni ricoperte in società a partecipazione soltanto indiretta⁵⁹², purché superiore alla soglia percentuale indicata dalla disposizione.

Il Testo unico sull'ordinamento degli enti locali introduce altresì delle ipotesi di incompatibilità con la carica di Sindaco, Presidente della Provincia, Consigliere comunale, Consigliere metropolitano, provinciale e circoscrizionale, all'art. 63, introducendo alcune cause e condizioni rilevanti anche nella materia in esame.

Precisamente, le cariche suddette non possono essere ricoperte dall'amministratore o dipendente che abbia poteri di rappresentanza o coordinamento di un ente, istituto o azienda soggetti vigilanza da parte di un ente locale e nel quale sussista una partecipazione sociale di quest'ultimo pari ad almeno il 20%, ovvero che l'azienda in questione riceva dal Comune

con quelli della pubblica amministrazione" (Cass. civ., Sez. I, 16 marzo 2002, n. 3902, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 233).

⁵⁹¹ Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2003, n. 17981, e Cass. civ., Sez. I, 24 marzo 1993, n. 3508, entrambe in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 230 e 235.

⁵⁹² M. NICO, *Le società partecipate dagli enti locali*, cit., 39 ss.

o dalla Provincia, in via continuativa, una sovvenzione in tutto o in parte facoltativa, quando la componente facoltativa della sovvenzione medesima superi, nell'anno, il 10% del totale delle entrate dell'ente.

La differente *ratio* sottesa alle ipotesi di ineleggibilità di cui all'art. 60 del TUEL rispetto a quella delle incompatibilità di cui all'art. 63 del medesimo Testo unico è stata ben evidenziata dalla Corte costituzionale⁵⁹³.

Ad avviso della Corte, la circostanza che il soggetto in questione sia rappresentante legale o dirigente di una società con una partecipazione maggioritaria di un ente locale, significa che trattasi di soggetti aventi una posizione chiave nell'ambito di una persona giuridica di cui l'ente locale, per mezzo della partecipazione maggioritaria, contribuisce a formare la volontà, esercitando, così, un controllo dall'interno.

Tale condizione giustifica la previsione di una causa di ineleggibilità volta ad impedire che il candidato, per effetto del ruolo ricoperto nell'ambito della persona giuridica, eserciti una illegittima pressione sull'elettorato, turbando l'esito dell'elezione stessa.

L'ipotesi contemplata dall'art. 63 del TUEL, dalla quale consegue, invece, una causa di incompatibilità, concerne quei soggetti che, invece, siano amministratori o dipendenti di un organismo, anche se avente la forma di società, sottoposto a vigilanza ovvero finanziato da un ente locale. In queste circostanze, il controllo esercitato dall'ente locale è soltanto esterno ed avente ad oggetto, essenzialmente, l'attività esercitata dall'organismo: la previsione di una incompatibilità, pertanto, mira ad evitare l'insorgenza di una situazione di conflitto di interessi tra gli amministratori o dipendenti dell'organismo e l'ente locale esercente la vigilanza.

Le cause di ineleggibilità e quelle di incompatibilità sono accomunate dalla presenza di una circostanza esimente: esse non sussistono nelle ipotesi in cui gli incarichi e le funzioni conferite ad amministratori del Comune o della Provincia siano previsti da norme di legge, statuto o regolamento. La fonte che legittima la cumulabilità di funzioni e cariche dovrà essere di carattere pubblico, non potendosi considerare sufficiente, ai fini dell'operatività dell'esimente, che una tale previsione sia contenuta nello stesso statuto della società partecipata o sottoposta a vigilanza o finanziamento.

Malgrado siano state investite dalla declaratoria di incostituzionalità, sono da segnalare alcune disposizioni che hanno contribuito ad implementare il regime delle incompatibilità.

L'art. 4, comma 19 del d.l. n. 138/2011, riproducendo il contenuto dell'art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 168/2010, prevedeva che gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi espletanti funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici

⁵⁹³ Corte cost., 1 giugno 2006, n. 217.

locali, non potessero svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto trovava applicazione anche nel caso in cui dette funzioni fossero state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali.

Tale divieto operava anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestassero, o avessero prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo, attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti affidanti la gestione del servizio pubblico locale⁵⁹⁴.

Ancora, ai sensi del successivo comma 21 dell'art. 4 cit., non potevano essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina avessero *“ricoperto la carica di amministratore di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società”*.

A tale regime facevano eccezione le società quotate in mercati regolamentati, alle quali doveva applicarsi la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

In un tessuto normativo già ampiamente disorganico è intervenuto, da ultimo, il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, emanato in forza della delega contenuta nella legge 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione⁵⁹⁵.

Il recente testo normativo prevede un ampio ventaglio di ipotesi di inconfiribilità⁵⁹⁶ e incompatibilità⁵⁹⁷.

Nel complesso delle molteplici ipotesi di incompatibilità tra incarichi nelle P.A. e negli enti di privati in controllo pubblico e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni nonché lo svolgimento di attività professionale (Capo V), e di incompatibilità tra

⁵⁹⁴ Art. 4, comma 20, d.l. 138/2011.

⁵⁹⁵ F. MERLONI, *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 806 ss.

⁵⁹⁶ L'inconfiribilità viene definita quale *“preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico”* (art. 1, comma, 1, lett. g), d.lgs. n. 39/2013).

⁵⁹⁷ Per incompatibilità, invece, si intende *“l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico”* (art. 1, comma, 1, lett. h), d.lgs. n. 39/2013).

incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche di componenti di organi di indirizzo politico (Capo VI), vengono in particolare rilievo le disposizioni di cui agli artt. 9, 11 e 12.

La prima delle disposizioni in commento prevede l'incompatibilità degli incarichi amministrativi di vertice e degli incarichi dirigenziali nelle PA che comportino poteri di vigilanza o controllo sulle attività svolte dagli enti di diritto privato regolati o finanziati dalla PA che conferisce l'incarico, da un lato, con gli incarichi e cariche negli enti di diritto privato medesimi, dall'altro, con lo svolgimento in proprio di un'attività professionale, se questa è regolata, finanziata o comunque retribuita dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico.

D'altro canto, il successivo art. 11 sancisce l'incompatibilità degli incarichi amministrativi di vertice nelle PA statali, regionali e locali con la carica di presidente e amministratore delegato di un ente di diritto privato in controllo pubblico. Ancora, l'art. 12 afferma l'incompatibilità tra l'assunzione di incarichi dirigenziali interni ed esterni e le cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali.

Nel complesso quadro di ipotesi così delineato, il legislatore ha definito espressamente sia la nozione di "*enti di diritto privato in controllo pubblico*" e di "*enti di diritto privato regolati o finanziati*" che la nozione di "*incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati*" e di "*incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico*", con ciò evidentemente riducendo lo spazio di eventuali ipotesi di incerta applicazione.

Da ultimo, a completamento del quadro relativo alle peculiarità che connotano la composizione degli organi di amministrazione controllo nelle società pubbliche, è necessario sottolineare come le società non quotate e controllate da pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 2359 c.c. siano state destinatarie di una specifica disciplina volta a garantire la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo.

Invero, ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. 30 novembre 2012, n. 251⁵⁹⁸, tali società devono prevedere nei relativi statuti "*che la nomina degli organi di amministrazione e di controllo, ove a composizione collegiale, sia effettuata secondo modalità tali da garantire che il genere meno rappresentato ottenga almeno un terzo dei componenti di ciascun organo*".

Il rispetto dell'equilibrio tra i generi nella composizione degli organi sociali costituisce l'oggetto di un peculiare dovere di informativa, posto che

⁵⁹⁸ Regolamento adottato ai sensi dell'art. 3 della legge 12 luglio 2011, n. 120, il quale, a sua volta, ha modificato il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il testo unico in materia di intermediazione finanziaria, estendendone l'applicazione anche alle società controllate da pubbliche amministrazioni, non quotate in mercati regolamentati (M. BENEDETTI, *Le quote rosa nei consigli di amministrazione delle imprese a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 7, 719 ss.).

gli organi di amministrazione e controllo sono tenuti a riferire al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato per le pari opportunità la composizione dei relativi organi entro quindici giorni dalla relativa nomina e di comunicare la sopravvenienza di condizioni che pregiudichino l'equilibrio suddetto.

6. (segue): c) contenimento dei compensi.

L'esigenza del contenimento della spesa pubblica, già emergente dalle disposizioni limitative del numero di componenti dell'organo di amministrazione, ha trovato ingresso in maniera più incisiva nell'ambito della disciplina relativa ai compensi dell'organo di amministrazione delle società partecipate.

La disciplina civilistica in materia lascia il più ampio spazio all'autonomia negoziale.

Di regola, se il compenso degli amministratori non è predeterminato dallo statuto, spetterà all'assemblea il compito di stabilirne l'ammontare, anche all'atto della nomina.

Il compenso può consistere in una somma a misura fissa, in un gettone di presenza per ogni riunione del consiglio di amministrazione, in una partecipazione agli utili ovvero, ancora, nell'attribuzione di *stock option*, "titoli che conferiscono il diritto di sottoscrivere, a prezzo predeterminato, azioni di futura emissione"⁵⁹⁹.

Accanto alla generale disciplina civilistica si collocano, quale *lex specialis*, l'insieme delle disposizioni dettate dall'art. 1, commi 725 ss., della legge n. 296/2006 per la regolazione dei compensi degli amministratori delle società partecipate dagli enti locali⁶⁰⁰.

Più nel dettaglio, il comma 725 stabilisce che, nelle società partecipate *in toto* da Comuni o Province e nelle società da queste controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., il compenso lordo annuale, onnicomprensivo⁶⁰¹,

⁵⁹⁹ F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 327.

⁶⁰⁰ Il medesimo art. 1 della legge n. 296/2006, ai commi 465 e 466, pone, peraltro, per gli amministratori di società non quotate partecipate dal Ministero dell'economia e delle finanze e rispettive società controllate e collegate, il limite di una annualità quale indennità di fine rapporto.

⁶⁰¹ In ordine alla specificazione del carattere onnicomprensivo del compenso sono intervenute le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in sede consultiva (Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 5 novembre 2008, n. 220; Corte conti, Sez. controllo Lazio, 30 marzo 2011, n. 18; Corte conti, Sez. controllo Toscana, 31 gennaio 2012, n. 8, tutte in www.corteconti.it). Precisamente, il termine 'onnicomprensivo', riferito al compenso annuale lordo percepito dal presidente e dagli altri componenti del c.d.a., "si riferisce a qualsiasi compenso percepito in ragione del rapporto societario, ivi inclusa la remunerazione degli ulteriori incarichi di cui al comma 3 dell'art. 2389 del c.c. e che l'onnicomprensività può trovare un temperamento ragionevole nella deroga contenuta nel secondo periodo del citato comma 725, laddove si prevede la possibilità di erogare agli

attribuito al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione, non possa essere superiore, quanto al presidente, al 70 per cento, e, quanto ai componenti, al 60 per cento delle indennità spettanti, rispettivamente, al Sindaco e al Presidente della provincia ai sensi dell'articolo 82 del TUEL.

La possibilità di prevedere indennità di risultato è ammessa solo nell'ipotesi di produzione di utili e, in ogni caso, in misura comunque non superiore al doppio del compenso massimo consentito.

Nel caso in cui si tratti di società a totale partecipazione pubblica di una pluralità di enti locali, il successivo comma 726 sancisce come il compenso debba essere calcolato in percentuale della indennità spettante al rappresentante del socio pubblico con la maggiore quota di partecipazione e, in caso di parità di quote, a quella di maggiore importo tra le indennità spettanti ai rappresentanti dei soci pubblici.

I rimborsi spese e le indennità di missione, per il presidente ed i componenti del consiglio di amministrazione, sono soggetti agli stessi limiti previsti dall'articolo 84 del TUEL per gli amministratori degli enti locali.

Diverso è il regime dei compensi per le società a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti pubblici o privati.

Secondo il comma 728, i compensi di cui ai commi 725 e 726 possono essere elevati in proporzione alla partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali, nella misura di un punto percentuale ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali, nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è pari o superiore al 50 per cento del capitale, e di due punti percentuali ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è inferiore al 50 per cento del capitale⁶⁰².

amministratori, con implicita ma evidente allusione a quelli investiti di particolari cariche, un compenso aggiuntivo sotto forma di indennità di risultato” (Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 21 maggio 2012, n. 218; in senso analogo: Corte conti, Sez. controllo Piemonte, parere 29/2009, tutte in www.corteconti.it). Così, ove un soggetto ricopra, nel contempo, il ruolo di presidente o amministratore delegato all'interno del c.d.a. e quello di direttore generale, l'ente locale potrà prevedere la corresponsione di una indennità parametrata al doppio ruolo ricoperto purché, nel complesso, il compenso non superi il tetto individuato dall'art. 1, commi 725-726 citati.

⁶⁰² D. FRACCHIA, *Una prima lettura del comma 734 della L. 27/12/2006, n. 296 e della Circolare 13 luglio 2007*, in *Le società*, 2008, 2, 137. La circolare 13 luglio 2007 non sembra limitarsi ad offrire una mera chiave interpretativa posto che le indicazioni ivi contenute paiono rappresentare, piuttosto, una versa e propria integrazione del dettato normativo. Sia sufficiente richiamarne un passaggio significativo: *“Può ritenersi che la partecipazione rilevante ai fini che qui interessano sia quella che consente all'ente locale di esercitare un'influenza dominante sulla società partecipata, per cui appare praticabile utilizzare, quale parametro di riferimento, il concetto di controllo descritto dall'art. 2359, commi 1 e 2, del codice civile. Quanto alla portata soggettiva delle disposizioni va evidenziato che, con la riforma del diritto societario operata con il D.Lgs. n. 37 del 2004, le società per azioni possono scegliere fra diversi assetti di governance: infatti, oltre al sistema cosiddetto “tradizionale”, caratterizzato da un amministratore unico ovvero da un consiglio d'amministrazione ed eventuale comitato esecutivo (o amministratori delegati), e*

A tali disposizioni normative, espressamente dedicate alle società partecipate dagli enti locali, ha fatto seguito l'art. 3, comma 44, della legge 24 dicembre 2007, n. 244⁶⁰³.

La disposizione stabilisce come il trattamento economico onnicomprensivo di chiunque riceva a carico delle pubbliche finanze emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o

dal collegio sindacale, si prevede la possibilità di fare ricorso al sistema cosiddetto "dualistico", basato su un Consiglio di gestione, cui compete la gestione dell'impresa, e un Consiglio di sorveglianza, cui spetta il controllo sulla gestione, esteso alla nomina degli amministratori e all'approvazione del bilancio, ovvero al sistema cosiddetto "monistico", nel quale il controllo sulla gestione è affidato ad un comitato nominato di regola dal Consiglio di amministrazione e di cui fanno parte amministratori privi di deleghe operative. Ciò premesso, seguendo un'interpretazione sistematica, si ritiene, pur nel silenzio della legge finanziaria, che le norme in discussione si applichino anche ai componenti il consiglio di gestione, in considerazione della sostanziale identità della natura delle funzioni svolte rispetto ai componenti il Consiglio di amministrazione delle società per azioni "tradizionali". In tal senso, soccorre, oltre che il criterio di interpretazione logico e quello desunto dalla voluntas legis, anche la possibilità di fare ricorso all'interpretazione analogica. Non può, peraltro, riconoscersi alle norme in esame carattere eccezionale, atteso che le stesse non sono dettate in funzione della regolamentazione di determinate situazioni contingenti, né derogano a principi cardine dell'ordinamento giuridico, ma costituiscono norme speciali destinate a regolare il funzionamento delle società pubbliche partecipate da enti locali. A nulla appare invero rilevare la circostanza che le norme facciano riferimento ai componenti del Consiglio di amministrazione e non già - come, invece, ai successivi commi 734 e 735 - agli amministratori, giacché i termini, secondo una loro accezione sostanziale e non meramente letterale, devono considerarsi sinonimi. D'altra parte lo stesso comma 735 utilizza chiaramente il termine amministratori per indicare i componenti del Consiglio di amministrazione delle società di cui ai commi da 725 a 734. Resta, peraltro, evidente che il ricorso al sistema cosiddetto "dualistico" presenta carattere eccezionale, essendo previsto per agevolare il governo societario in presenza di compagini sociali diffuse e laddove in maggior misura si realizza la dissociazione tra proprietà dei soci e potere degli organi sociali. Le norme della legge finanziaria sono, inoltre, coerenti con le previsioni del codice civile in tema di individuazione dei soggetti titolari del potere di determinazione della retribuzione degli amministratori della società, in quanto si limitano, in piena coerenza con i Comuni e condivisi intenti di contenere la spesa pubblica, a fissare un tetto massimo oltre il quale l'importo non può essere individuato, mantenendo intatte le prerogative degli organi sociali sull'entità del compenso. Infine, il tetto ai compensi non può essere superato per effetto del riconoscimento di remunerazioni attribuite ad alcuni amministratori in relazione all'investitura di particolare cariche previste statutariamente, avuto riguardo alla perentorietà del comma 725, che ammette il superamento solo per effetto di indennità di risultato e solo per il caso di produzione di utili, purché sia determinato in misura ragionevole e proporzionata, tenuto conto della onnicomprensività del compenso preso in considerazione dalla citata disposizione".

⁶⁰³ La legge finanziaria 2008 è nuovamente intervenuta a disciplinare le retribuzioni e gli emolumenti a carico di pubbliche Amministrazioni e di società partecipate ponendo tetti retributivi. Le disposizioni contenute nell'art. 3, commi da 43 a 53 hanno innovato il regime che era stato posto dall'art. 1, comma 593, della legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007), disposizione che è stata espressamente abrogata dal comma 43 dell'art. 3 (Circolare emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica 24 gennaio 2008, n. 1).

autonomo con pubbliche amministrazioni statali di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, agenzie, enti pubblici anche economici, enti di ricerca, università, società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate, ovvero sia titolare di incarichi o mandati di qualsiasi natura nel territorio metropolitano, non possa superare quello del primo presidente della Corte di cassazione.

Tale limite si applica anche ai componenti di collegi e organi di governo e di controllo di società non quotate, ai dirigenti.

L'effettiva corresponsione dei trattamenti economici di cui sopra è sottoposta, inoltre, ad un particolare regime di pubblicità: nessun atto comportante spesa può ricevere attuazione se non sia stato previamente reso noto, con l'indicazione nominativa dei destinatari e dell'ammontare del compenso, attraverso la pubblicazione sul sito *web* dell'amministrazione o del soggetto interessato, nonché comunicato al Governo e al Parlamento.

Alla violazione del suddetto obbligo di pubblicità è connessa una fattispecie tipizzata di responsabilità amministrativa in quanto l'amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare eccedente la cifra consentita.

Il tetto economico ivi previsto non può essere derogato se non per motivate esigenze di carattere eccezionale e per un periodo di tempo, comunque, non superiore a tre anni.

Le amministrazioni, gli enti e le società per i quali il limite suddetto trova applicazione sono tenuti alla preventiva comunicazione dei relativi atti alla Corte dei conti.

La disposizione in parola, accanto al limite previsto ai compensi sopra indicati, pone un'ulteriore, stringente, vincolo: tutti coloro che risultino legati da un rapporto di lavoro con organismi pubblici, anche economici, ovvero con società a partecipazione pubblica o loro partecipate, collegate e controllate, e che siano, al tempo stesso, componenti degli organi di governo o di controllo dell'organismo o società con cui è instaurato un rapporto di lavoro, sono collocati di diritto in aspettativa senza assegni e con sospensione della loro iscrizione ai competenti istituti di previdenza e di assistenza⁶⁰⁴.

Le disposizioni sin qui accennate pongono un preliminare problema interpretativo in quanto si tratta di stabilire se i limiti previsti dall'art. 3, comma 44 citato vadano a sommarsi, con riferimento alle società partecipate

⁶⁰⁴ In termini generali, nel senso della cumulabilità della carica di amministratore delegato e di dipendente della società ove sussistano, sotto il profilo fattuale, due distinti rapporti giuridici aventi ad oggetto prestazioni ontologicamente differenti: Cass., 24 maggio 2000, n. 6813; Cass., 17 febbraio 2000, n. 1791; Cass., 19 aprile 1999, n. 3886; Cass., 23 novembre 1988, n. 6310; Cass., 4 luglio 1981, n. 4373.

dagli enti locali, a quelli dettati dall'art. 1, commi 725 ss., della legge n. 296/2006, ovvero se abbiano un campo di applicazione diverso.

Sul punto, mentre parte della dottrina ritiene che l'art. 3, comma 44 citato contenga un limite, quanto alla definizione dei compensi, avente carattere generale, il quale andrebbe ad aggiungersi ai limiti previsti dalla *lex specialis* di cui alla legge finanziaria per il 2007⁶⁰⁵, l'orientamento della Corte dei conti risulta di segno diverso.

Quest'ultima, in particolare, distingue l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione relativa al tetto massimo dei compensi da quello della disposizione, contenuta nell'ultimo periodo del medesimo art. 3 comma 44, relativa alla cumulabilità delle funzioni di amministratore di una società partecipata da enti pubblici con la qualifica di dipendente.

Così, mentre l'individuato limite massimo retributivo previsto dal citato art. 3 trova esclusiva applicazione per il comparto statale⁶⁰⁶, il divieto di cumulo dei trattamenti economici connessi alle cariche nell'organo di amministrazione con quello derivante dai rapporti di lavoro, e la conseguente aspettativa di diritto senza assegni, è un istituto destinato a disciplinare tutto il settore pubblico, ivi compresi gli enti locali⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ S. POZZOLI, *I compensi degli amministratori di società pubbliche e trasparenza*, in *Azienditalia*, 2008, 12, 869.

⁶⁰⁶ "Gli incarichi o rapporti rilevanti sono quelli che intercorrono con le Amministrazioni statali, le Agenzie, gli enti pubblici economici e non economici, gli enti di ricerca, le Università, le società sono quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica e le loro controllate. La disciplina 'de qua' vale come principio per le altre Amministrazioni, nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica" (Circolare emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, 24 gennaio 2008, n. 1).

⁶⁰⁷ Corte conti, Sez. controllo Calabria, 14 giugno 2012, n. 84, in www.corteconti.it. In senso analogo: Corte conti, Sez. controllo Liguria n. 63/2011/PAR, in www.corteconti.it. "La disposizione prevede direttamente (senza cioè lasciare margini di discrezionalità all'organismo o alla società interessati) il collocamento in aspettativa senza assegni e la sospensione dell'iscrizione agli istituti di previdenza e di assistenza. La ratio della norma è desumibile dal contesto in cui essa è collocata, quello del tetto sulle retribuzioni dei manager pubblici, e dalla complessive intenzioni del Governo di ridurre la spesa pubblica anche intervenendo sulle situazioni che possono portare a delle patologie di sistema. Essa vuole innanzi tutto impedire cumuli di posizioni retributive, nonché ingiustificati aggravii per l'erario relativamente agli oneri connessi al trattamento previdenziale degli interessati. Inoltre, con la norma si vuole evitare che i soggetti che rivestono all'interno degli organismi pubblici una posizione di potere che consenta loro di assumere determinazioni influenti sulla gestione dell'organismo stesso possano trarre dall'esercizio della funzione dei vantaggi personali riguardanti il proprio rapporto in termini giuridici ed economici gravando sulle finanze pubbliche. In sostanza, attraverso la previsione di un'aspettativa ex lege, viene stabilita in via legislativa un'opzione per l'attività di espletamento del mandato; l'automatica sospensione del rapporto di lavoro per la durata del primo consente il mantenimento del rapporto. (...) Essa riguarda soggetti pubblici e privati, fra cui le società se partecipate direttamente o indirettamente da pubbliche amministrazioni, prescindendo dalla tipologia di attività, economica o non economica, svolta. In base all'ampia dizione utilizzata per individuare la categoria dei soggetti datori di lavoro, che è quella degli "organismi pubblici", e alla ratio della normativa, debbono considerarsi inclusi nel campo

Peraltro, un ulteriore divieto di cumulo dei compensi viene disposto *ex lege* per l'ipotesi di intestazione, in capo al medesimo soggetto, delle funzioni di amministratore di ente locale e di società partecipata, posto che l'art. 1, comma 718 della legge n. 296/2006, prevede che *“fermo restando quanto disposto dagli articoli 60 e 63 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, l'assunzione, da parte dell'amministratore di un ente locale, della carica di componente degli organi di amministrazione di società di capitali partecipate dallo stesso ente non dà titolo alla corresponsione di alcun emolumento a carico della società”*.

Dal quadro complessivo della materia in esame, emerge come una delle finalità perseguite dal legislatore *“sia evidentemente anche quella di stabilire un tetto massimo retributivo categoriale-individuale per i compensi, ritenuto necessario e socialmente equo nell'ambito di una generale politica di riduzione della spesa pubblica e dei c.d. costi della politica, per ciascuno dei soggetti incaricati di svolgere le funzioni, rispettivamente, di presidente e di componente del consiglio di amministrazione delle partecipate dagli enti locali, e non soltanto quella più generale di contenimento delle spese complessive delle società o dei costi del CDA globalmente inteso”*⁶⁰⁸.

Nell'ambito di tale quadro normativo si è inserito il disposto dell'art. 6, comma 6, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, il quale ha introdotto una ulteriore riduzione addizionale del 10% del compenso degli organi di

di applicazione tutti quei soggetti diversi dalle persone fisiche al cui finanziamento concorrono pubbliche Amministrazioni o altri organismi pubblici. Inoltre, stante il suo carattere generale e la sua ratio, la norma si applica a tutti gli organismi pubblici e società partecipate, a prescindere dal fatto che essi siano riconducibili all'apparato dello Stato, a quello delle Regioni o degli enti locali o si tratti di autonomie funzionali. Il suo contenuto in questo caso riguarda direttamente la disciplina del rapporto di lavoro e si colloca nell'ambito dell'ordinamento civile (art. 117, comma 1, lett. l). Per l'ampia dizione utilizzata, sono comprese nel campo di applicazione della normativa anche le Amministrazioni pubbliche in senso tradizionale e quindi pure gli enti pubblici economici e non economici. (...) La norma, pertanto, esclude in principio la possibilità che un dipendente dell'ente interessato sia al tempo stesso componente del Consiglio di amministrazione. (...) Oltre al collocamento in aspettativa ex lege la disposizione prevede la sospensione dell'iscrizione agli istituti di previdenza e di assistenza. Pertanto, con il collocamento in aspettativa cessa la copertura assicurativa I.N.A.I.L. in atto rispetto al rapporto di lavoro sospeso. Sarà se del caso attivato un nuovo rapporto in relazione all'attività derivante dall'espletamento dell'incarico di componente dell'organo in base alla vigente normativa. In base alla legge, la sospensione del rapporto di lavoro dipendente e, quindi la sospensione dell'iscrizione agli istituti di previdenza, determina una copertura assicurativa ai fini pensionistici nella gestione assicurativa di appartenenza. Pertanto, per il periodo di espletamento del mandato, occorrerà verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di un diverso regime previdenziale” (Circolare emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica 30 aprile 2008, n. 6/08).

⁶⁰⁸ Corte conti, Sez. controllo Calabria, 14 giugno 2012, n. 84, in www.corteconti.it.

amministrazione e di controllo “*nelle società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall’Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell’articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196*” nonché nelle società possedute, direttamente o indirettamente, in misura totalitaria, escluse le società quotate e le loro controllate.

Al fine di individuare il campo di applicazione soggettivo della disposizione in commento è necessario svolgere una preliminare digressione in ordine alla portata dell’espressione “*società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione*”.

Secondo l’art. 1, comma 2 delle legge n. 196/2009 l’“*elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato*” deve essere redatto dall’Istat sulla base delle definizioni contenute negli specifici regolamenti comunitari.

Nel contesto sovranazionale, il fondamentale parametro di riferimento in tal senso è rappresentato dal regolamento n. 2223/1996/CE, fonte che concerne l’intero sistema europeo dei conti nazionali e regionali (c.d. SEC) e che consiste di un insieme di regole tecniche e metodologiche a cui i Paesi europei devono uniformare le rispettive statistiche sulla situazione dell’intera economia.

Malgrado il regolamento rappresenti un fondamentale criterio interpretativo e sia espressamente richiamato da numerose disposizioni legislative, esso, ai sensi dell’art. 1, comma 3, “*non obbliga alcuno Stato membro ad elaborare per le proprie esigenze i conti in base al SEC 95*”, potendo ciascuno Stato membro “*impiegare, nella legislazione interna e al di fuori di procedimenti coinvolgenti organi comunitari, nozioni diverse e più ampie (anche) relativamente al settore pubblico, funzionali ad un più incisivo contenimento della spesa pubblica*”⁶⁰⁹.

Il regolamento comunitario, ad ogni modo, suddivide l’intera economia in molteplici settori e sottosettori istituzionali, quali “*le società non finanziarie*”, “*le società finanziarie*”, “*le amministrazioni pubbliche*”, “*le famiglie*”, le “*istituzioni senza scopo di lucro*”.

Le amministrazioni pubbliche, in particolare, comprendono “*tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita..., la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del Paese*”⁶¹⁰.

Espressamente escluse dal settore delle amministrazioni pubbliche sono “*i produttori pubblici aventi la forma di società di capitali pubbliche*

⁶⁰⁹ Corte conti, Sez. controllo Calabria, 14 giugno 2012, n. 84, in www.corteconiti.it.

⁶¹⁰ Corte conti, Sez. controllo Calabria, 14 giugno 2012, n. 84, in www.corteconiti.it.

*dotati, in forza di una normativa specifica, di personalità giuridica, e le quasi-società, allorché sono classificate nei settori delle società finanziarie o non finanziarie*⁶¹¹.

Nel sottosettore delle “*amministrazioni locali*” – che, accanto a quello delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni di Stati federati e degli enti di previdenza e assistenza sociale costituisce il settore delle amministrazioni pubbliche – il regolamento comunitario menziona “*gli enti pubblici territoriali la cui competenza si estende a una parte soltanto del territorio economico esclusi gli enti locali di previdenza e assistenza sociale*”, e “*le istituzioni senza scopo di lucro controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni locali, la cui competenza è limitata al territorio economico di tali amministrazioni*”, e non anche le persone giuridiche aventi scopo di lucro.

È stato tuttavia evidenziato come “*l’ambito oggettivo pubblico, nella sistematica del regolamento comunitario sul SEC, non si esaurisca nel “settore delle amministrazioni pubbliche” (S.13), soprattutto in quanto viene testualmente previsto, pur collocato nell’ambito del settore delle “società non finanziarie” (S.11), uno specifico sottosettore denominato “società non finanziarie pubbliche” (S.11001), che testualmente comprende “tutte le società e le quasi-società non finanziarie soggette al controllo di amministrazioni pubbliche” e, dunque, anche le società aventi scopo di lucro partecipate dagli enti locali*⁶¹²”.

In definitiva, dunque, i limiti contenuti nell’art. 6, comma 6, del d.l. n. 78/2010 sono destinati a trovare applicazione nei confronti di tutti i soggetti pubblici citati nel regolamento SEC, ivi comprese le società finanziarie pubbliche le quali includono tutte le società e le quasi-società non finanziarie, interamente partecipate o anche solo soggette al controllo di amministrazioni pubbliche, anche locali⁶¹³.

Ulteriori limiti, destinati a trovare applicazione con esclusivo riferimento alle società non quotate direttamente o indirettamente partecipate dal MEF, sono stati previsti dall’art. 23-*bis* del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni in legge 22 dicembre 2011, n.

⁶¹¹ S. DEL GATTO, *Sistema “Sec 95” ed elenco Istat. Sull’incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 10, 960 ss. Con la pronuncia TAR Lombardia Milano, Sez. I, 4 febbraio 2013, n. 326, in www.giustizia-amministrativa.it, viene dichiarata illegittima l’inclusione della Fondazione Triennale di Milano nell’elenco delle p.a. redatto annualmente dall’Istat secondo le regole classificatorie dettate dal Sec 95.

⁶¹² Corte conti, Sez. controllo Calabria, 14 giugno 2012, n. 84, in www.corteconti.it.

⁶¹³ Corte conti, Sez. controllo Calabria, 14 giugno 2012, n. 84; Corte conti, Sez. controllo Piemonte, n. 56/2011/PAR, in www.corteconti.it. In senso contrario: Corte conti, Sez. controllo Lazio, 30 marzo 2011, n. 18, in www.corteconti.it. Nel senso che i limiti ai compensi degli amministratori posti dall’art. 1, commi 725 e 726, della legge n. 296/2006 e dall’art. 6, comma 6, del d.l. n. 78/2010 si applichino anche nei confronti delle società controllate di terzo livello si veda: Corte conti, Sez. controllo Liguria, 17 giugno 2013, n. 57, in *Azienditalia*, 2013, 8-9, 648.

214, il quale ha sancito la classificazione degli amministratori per fasce e la determinazione del compenso massimo erogabile, mediante decreto ministeriale, per gli amministratori con deleghe.

Ancora, mediante i commi 5 *bis* e *ter* della disposizione da ultimo richiamata⁶¹⁴, con riferimento a tutte le società non quotate partecipate dalle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, è stato previsto un limite ai compensi dei dipendenti e degli amministratori pari al trattamento economico del primo presidente della Corte di cassazione, fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedano limiti ai compensi inferiori⁶¹⁵.

7. (segue): d) considerazioni conclusive a margine del regime della composizione e dei compensi degli organi di amministrazione delle società a partecipazione pubblica.

⁶¹⁴ Commi aggiunti dall'art. 2, comma 20-*quater*, lett. b), D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135. Meno rigide sono le limitazioni previste con riferimento alle società quotate: "5-*quater*. *Nelle società direttamente o indirettamente controllate dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che emettono esclusivamente strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati nei mercati regolamentati nonché nelle società dalle stesse controllate, il compenso di cui all'articolo 2389, terzo comma, del codice civile per l'amministratore delegato e il presidente del consiglio d'amministrazione non può essere stabilito e corrisposto in misura superiore al 75 per cento del trattamento economico complessivo a qualsiasi titolo determinato, compreso quello per eventuali rapporti di lavoro con la medesima società, nel corso del mandato antecedente al rinnovo. 5-*quinquies*. *Nelle società direttamente o indirettamente controllate dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che emettono titoli azionari quotati nei mercati regolamentati, in sede di rinnovo degli organi di amministrazione è sottoposta all'approvazione dell'assemblea degli azionisti una proposta in materia di remunerazione degli amministratori con deleghe di dette società e delle loro controllate, conforme ai criteri di cui al comma 5-*quater*. In tale sede, l'azionista di controllo pubblico è tenuto ad esprimere assenso alla proposta di cui al primo periodo. 5-*sexies*. Le disposizioni di cui ai commi 5-*quater* e 5-*quinquies* si applicano limitatamente al primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore della presente disposizione ovvero, qualora si sia già provveduto al rinnovo, ai compensi ancora da determinare ovvero da determinare in via definitiva. Le disposizioni di cui ai commi 5-*quater* e 5-*quinquies* non si applicano qualora nei dodici mesi antecedenti alla data di entrata in vigore della presente disposizione siano state adottate riduzioni dei compensi dell'amministratore delegato o del presidente del consiglio di amministrazione almeno pari a quelle previste nei medesimi commi".**

⁶¹⁵ Il Consiglio di Stato, nell'Adunanza generale del 24 gennaio 2013, ha reso il parere n. 559/2013 datato 11 febbraio 2013, con il quale ha affermato l'insussistenza di una incompatibilità tra l'originaria formulazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 201/2011 e la disciplina introdotta con la novella recata dall'art. 2, comma 20-*quater* del d.l. 95/2012, escludendo che sia intervenuta una abrogazione implicita della disciplina inizialmente dettata con esclusivo riferimento alle società non quotate partecipate dal MEF.

A chiusura delle considerazioni che precedono in ordine al regime delle incompatibilità con la carica di amministratore di una società a partecipazione pubblica ed alle limitazioni, progressivamente più stringenti, poste ai compensi dei medesimi, viene in rilievo il problema di stabilire come si coniughi il regime proprio del rapporto di pubblico impiego con la disciplina della carica di amministratore di una società di capitali, sia pure a partecipazione pubblica, ove un medesimo soggetto ricopra nel contempo entrambe le posizioni.

La circostanza che il legislatore sia intervenuto introducendo uno specifico regime di incompatibilità testimonia come l'evenienza che un dipendente pubblico venga nominato membro dell'organo di amministrazione di una società partecipata dallo stesso ente di appartenenza non rappresenti un'ipotesi puramente teorica.

Del resto, la stessa necessità per l'ente socio di integrare il requisito del controllo analogo, nelle società *in house*, così come la necessità di rendere più pervasiva la posizione di controllo detenuta nelle società a capitale misto, potrebbero condurre a favorire tale sovrapposizione di funzioni e ruoli.

La nomina del dipendente della p.a. quale componente del consiglio di amministrazione della società partecipata non determina una frattura del rapporto interorganico sussistente tra la p.a. stessa ed il dipendente, mantenendo quest'ultimo lo “*status proprio dei dipendenti pubblici*”⁶¹⁶.

Il tema in esame induce, allora, ad una riflessione di più ampio respiro in relazione ad alcuni principi cardine in materia di pubblico impiego: l'esclusività del rapporto e l'incompatibilità tra impiego pubblico e lo svolgimento in via continuativa di una attività remunerativa, da un lato, e l'onnicomprendività del relativo trattamento economico, dall'altro⁶¹⁷.

Invero, quanto al primo dei sopra riferiti principi, il carattere esclusivo del rapporto di impiego pone, in linea generale, l'incompatibilità con qualsivoglia ulteriore e diverso impiego o incarico. Il rigore del criterio dell'esclusività, tuttavia, appare temperato dalla previsione di una considerevole possibilità di deroga: le pubbliche amministrazioni, infatti, non possono conferire ai propri dipendenti incarichi che non siano compresi nei compiti e nei doveri d'ufficio a meno che non si tratti di incarichi espressamente previsti o disciplinati dalla legge o da altre fonti normative, ovvero incarichi che non siano stati espressamente autorizzati⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Corte conti, Sez. controllo Piemonte, 24 ottobre 2013, n. 359/SRCPIE/PAR, in www.corteconti.it.

⁶¹⁷ M. LONGO, *Incompatibilità del funzionario pubblico, principio di gerarchia e obblighi di collaborazione*, in *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Milano, 2009, 212.

⁶¹⁸ Art. 53, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. La determinazione degli incarichi incompatibili con le differenti qualifiche e ruoli professionali è rimessa alla disciplina regolamentare e, in mancanza di quest'ultima, il cumulo di incarichi deve ritenersi consentito nei soli casi previsti dalla legge o da altri fonti normative.

Precisamente, l'amministrazione di appartenenza può disporre il conferimento ovvero autorizzare l'esercizio di incarichi che provengano da p.a. diverse, ma anche da società o persone fisiche, purché il conferimento o l'autorizzazione medesima avvenga “secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione o situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente”⁶¹⁹.

Il riconoscimento *ex lege* dell'astratta possibilità che i dipendenti pubblici possano assumere incarichi in società di capitali deve tuttavia tradursi, nel momento del conferimento o dell'autorizzazione all'assunzione dell'incarico, in una valutazione *ex ante* e riferita al caso concreto nella quale la p.a. dovrà verificare che l'incarico conferendo non infici la qualità e quantità dell'attività istituzionale che il dipendente pubblico è tenuto a svolgere in favore dell'ente di appartenenza. Tale verifica, inoltre, dovrà vagliare se, nel caso concreto, il cumulo delle funzioni in parola consenta altresì l'esatto assolvimento delle attività connesse all'incarico da assumere e se, dalle medesime circostanze, possa rilevarsi una situazione di conflitto di interessi.

La valutazione, nell'*an*, circa la cumulabilità tra rapporto di pubblico impiego e incarico nell'ambito dell'organo amministrativo di una società partecipata, lascia tuttavia impregiudicato il problema della possibilità di cumulare la retribuzione percepita in ragione del primo con compensi o gettoni di presenza connessi al secondo.

In altre parole, si tratta di stabilire se, ed in quali termini, il generale principio di onnicomprensività della retribuzione, valevole nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, si coniughi con la remunerazione generalmente prevista per gli amministratori di società di capitali.

Il carattere onnicomprensivo della retribuzione del dipendente pubblico impone di considerare che il predetto trattamento economico remunererà tutte le funzioni ed i compiti attribuiti dall'ente di appartenenza, nonché tutti gli incarichi conferiti al dipendente medesimo in ragione dell'ufficio o dell'incarico comunque conferito dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa. Il principio in parola, inoltre, impone di far confluire i compensi eventualmente dovuti da soggetti terzi al dipendente pubblico in favore dell'amministrazione medesima, andando ad alimentare le risorse destinate al trattamento economico accessorio⁶²⁰.

La *ratio* sottesa alla previsione del carattere onnicomprensivo del trattamento economico deve rinvenirsi “nella necessità di introdurre un

⁶¹⁹ Art. 53, comma 5, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

⁶²⁰ Art. 24, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, con riferimento al trattamento economico della dirigenza.

*meccanismo idoneo ad evitare di retribuire con somme aggiuntive tutti quegli incarichi che il dirigente sarebbe tenuto a svolgere sia per connessione (diretta o indiretta) con i doveri d'ufficio, sia in conseguenza del possesso dello specifico "status" di dirigente*⁶²¹.

Da ciò dovrebbe desumersi come il principio in parola non venga in rilievo ove l'attività svolta non possa ritenersi connessa con i compiti dell'ufficio, con conseguente ammissibilità di una remunerazione aggiuntiva⁶²².

Tuttavia, l'art. 53 del testo unico sul pubblico impiego, nel rinviare agli artt. 60 ss. del d.P.R. n. 3/1957, determina la sostanziale estensione del regime delle incompatibilità ivi previste a tutti gli enti pubblici e, con essi, del principio, sancito dall'art. 62 del d.P.R. n. 3/1957, come modificato dall'art. 6, comma 4, del d.l. n. 78/2010, della *"gratuità dell'incarico di consigliere di amministrazione affidato a un dipendente pubblico "in società o enti ai quali lo Stato partecipi o comunque contribuisca, in quelli che siano concessionari dell'amministrazione di cui l'impiegato fa parte o che siano sottoposti alla vigilanza di questa", nonché [del principio del]*

⁶²¹ Cons. Stato, Commissione speciale pubblico impiego, adunanza del 4 maggio 2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶²² Non è mancato, tuttavia, un indirizzo più aperto, seguito da alcune sezioni di controllo della Corte dei conti. Secondo tale differente approccio, l'amministrazione, in sede di conferimento o autorizzazione dell'incarico, dovrebbe verificare, sempre attraverso una valutazione *ex ante* e riferita alla specifica fattispecie concreta, se la funzione di amministratore rientri o meno tra i compiti istituzionali del dipendente o funzionario designato quale amministratore della società partecipata. In questo senso, il generale principio di onnicomprensività della retribuzione percepita in ragione del rapporto di pubblico impiego osterebbe alla remunerazione dell'ulteriore incarico ricoperto solo ove si ravvisasse una sua coincidenza con i doveri propri dell'ufficio espletato in seno all'ente di appartenenza. Solo nel caso in cui l'incarico di amministratore non rientri fra gli ordinari compiti dell'ufficio ricoperto nell'ambito dell'ente di appartenenza, il dipendente dovrebbe vedersi corrispondere, da parte della società, il compenso previsto dallo Statuto di questa, ovvero dalla successiva deliberazione assembleare, per la carica ricoperta, e ciò in considerazione del fatto che l'art. 2389 c.c. postula la remuneratività dell'incarico in ragione delle responsabilità e attività implicite nel ruolo di amministratore (Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 16 febbraio 2010, n. 228/PAR, in www.corteconti.it). In altre parole, ai sensi dell'art. 53 del testo unico del pubblico impiego il dipendente pubblico potrà essere autorizzato a svolgere incarichi non inerenti ai doveri propri dell'ufficio, posto che, ove sia chiamato a svolgere incarichi ulteriori, riferibili alle mansioni connesse alla posizione ricoperta, entrerà in gioco il principio dell'onnicomprensività del trattamento economico di cui all'art. 24 del t.u. citato, inerente che determina la necessità che l'incarico medesimo sia svolto durante l'orario di lavoro, ordinario o straordinario, e senza ulteriore retribuzione (in questi termini: P. COSMAI, *La nuova disciplina delle incompatibilità dopo la legge anticorruzione*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2013, 1, 5).

Tale soluzione interpretativa, sia pure avallata dall'orientamento delle Sezioni di controllo della Corte dei conti, risulta tuttavia scardinata dalla espressa introduzione *ex lege* del principio della sostanziale gratuità dell'incarico di amministratore che sia, nel contempo, dipendente dell'ente socio.

*carattere istituzionale di tale incarico, che “si intende svolto nell’interesse dell’amministrazione di appartenenza”*⁶²³.

I compensi determinati dallo Statuto o con deliberazione assembleare non saranno corrisposti al dipendente pubblico-amministratore ma all’ente di appartenenza, confluendo nelle risorse destinate al trattamento economico accessorio della dirigenza o del personale non dirigente.

L’impossibilità di cumulare il trattamento economico derivante dal rapporto di pubblico impiego con l’indennità relativa alla carica di amministratore è stata successivamente disposta dall’art. 4, commi 4 e 5, del d.l. n. 95/2012.

Invero, i dipendenti dell’amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, ferme le disposizioni vigenti in materia di onnicomprensività del trattamento economico, ovvero i dipendenti della società controllante hanno obbligo di riversare i relativi compensi assembleari all’amministrazione, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio, e alla società di appartenenza⁶²⁴.

Da ultimo, il testo delle disposizioni in parola è stato ampiamente riformulato per effetto del d.l. giugno 2014, n. 90, come a sua volta modificato per effetto della legge di conversione.

Quanto al comma 4 dell’art. 4 del d.l. 95/2012, la novella normativa dispone - per le società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell’intero fatturato -, che il costo annuale sostenuto per i compensi degli amministratori, ivi compresa la remunerazione di quelli investiti di particolari cariche, a decorrere dal 1° gennaio 2015, non possa superare l’80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell’anno 2013.

In virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, qualora siano nominati dipendenti dell’amministrazione titolare della partecipazione, o della società controllante in caso di partecipazione indiretta o del titolare di poteri di indirizzo e di vigilanza, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al precedente periodo, essi hanno l’obbligo di riversare i relativi compensi all’amministrazione o alla società di appartenenza e, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio.

⁶²³ Corte conti, Sez. controllo Friuli Venezia Giulia, 17 aprile 2012, n. 30/PAR, in www.corteconti.it; P. COSMAI, *La nuova disciplina delle incompatibilità*, cit., 5.

⁶²⁴ Corte conti, Sez. controllo Piemonte, 21 novembre 2013, n. 403/PAR, in *Quotidiano enti locali*, 2014; Corte conti, Sez. controllo Umbria, 9 agosto 2013, n. 121/PAR, in www.corteconti.it.

Analoghe limitazioni valgono, ai sensi del riformulato comma 5, per gli amministratori delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

In forza del meccanismo descritto dalla disposizione in commento, “*il corrispettivo assembleare previsto dalla società in mano pubblica è posto ad esclusivo vantaggio del bilancio della pubblica amministrazione cui appartiene il dipendente che partecipa nel consiglio di amministrazione e riversato nel fondo di produttività, con contestuale alleggerimento degli oneri finanziari dell’amministrazione su cui grava l’onere di comporne la quantificazione, senza possibilità di etero integrazione mediante i meccanismi non espressamente previsti dalla contrattazione collettiva, tesi ad incrementare la retribuzione di risultato*”⁶²⁵.

Inoltre, posto che l’art. 9-bis del d.l. n. 78/2010 ha previsto il blocco all’importo relativo all’anno 2010, inteso quale tetto massimo, dell’ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, per il periodo dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2013, l’art. 4, commi 4 e 5 citato, determina una ulteriore economia di spesa per l’ente in quanto, fermo il tetto massimo del predetto fondo, la quota parte derivante dall’introito dei compensi assembleari riduce la spesa dell’ente per il finanziamento del fondo medesimo⁶²⁶.

I limiti riferiti, nonostante reiterino quelli formulati nell’originario testo dell’art. 4, commi 4 e 5 del d.l. 95/2012, paiono tuttavia destinati ad avere un minore effetto sotto il profilo del contenimento della spesa pubblica, e ciò in quanto, nella vigente formulazione, è venuto meno l’obbligo per l’ente socio di individuare la maggioranza degli amministratori tra i propri dipendenti⁶²⁷.

L’esigenza del contenimento della spesa pubblica, del resto, appare l’autentico denominatore comune riferibile a tutte le disposizioni normative volte a contenere nel numero e nel relativo trattamento economico i componenti degli organi di amministrazione delle società partecipate da enti pubblici.

⁶²⁵ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 18 marzo 2013, n. 96/PAR, in www.corteconti.it.

⁶²⁶ Corte conti, Sez. controllo Umbria, 9 agosto 2013, n. 121/PAR, in www.corteconti.it.

⁶²⁷ Deve precisarsi come i limiti posti dall’art. 3, comma 44, della legge finanziaria per il 2008 si pongano su di un piano diverso rispetto a quello delle disposizioni da ultimo accennate. La finanziaria per il 2008 intende impedire che lo stesso soggetto pubblico, o una società pubblica, corrispondano un doppio emolumento ad uno stesso soggetto. L’ente o la società pubblica, in altre parole, non possono corrispondere, nel contempo, la retribuzione dovuta in base ad un rapporto di lavoro e l’emolumento corrispondente alla carica in organi di controllo o amministrazione nella relativa società. La disposizione contenuta nel d.l. sulla *spending review*, invece, presuppone che il soggetto intrattenga un rapporto di lavoro con una p.a. e, nel contempo, sia incardinato in una società partecipata dalla prima. La disposizione di cui alla legge finanziaria per il 2008 presuppone che rapporto di lavoro e carica siano mantenuti in seno ad uno stesso soggetto.

Talvolta distinguendo tra società pubbliche quotate e non quotate, talaltra individuando il *discrimen* nell'entità della partecipazione pubblica, nella natura dell'attività esercitata ovvero, ancora, in ragione di quali siano gli enti pubblici detentori della partecipazione, le disposizioni esaminate concorrono a delineare una disciplina che, per quanto disorganica, appare ispirata da una *ratio* unitaria. Quest'ultima può individuarsi nell'obiettivo di dettare una disciplina speciale rispetto a quella civilistica con esclusivo riferimento a quei profili forieri di spesa per la società partecipata e, in via mediata, per i soci pubblici sui quali, in ragione della partecipazione detenuta, le passività della società medesima andranno a riverberarsi.

8. Le operazioni societarie: profili problematici connessi alla liquidazione e al trasferimento di quote o azioni.

La delibera con la quale l'ente pubblico determina la costituzione di una società partecipata cristallizza, in un dato momento storico, la presenza di un interesse pubblico sotteso alla suddetta operazione.

Sempre più spesso, tuttavia, si è assistito all'introduzione di disposizioni normative volte a sancire *ex lege* la liquidazione dei soggetti giuridici così costituiti ovvero ad imporre agli enti soci di intraprendere la procedura di liquidazione o di dismissione delle quote detenute⁶²⁸.

Si pone il problema, dunque, di definire le peculiari modalità attraverso cui può avvenire la circolazione delle quote o azioni di società a partecipazione pubblica destinate alla gestione di un pubblico servizio.

È necessario distinguere, pertanto, differenti ipotesi: la selezione del socio privato a monte, in sede di costituzione della società, ha dato luogo ad interrogativi e soluzioni in parte differenti dalla ipotesi in cui la selezione del socio privato avvenga a valle, mediante l'alienazione della partecipazione azionaria detenuta dall'ente pubblico ovvero mediante l'acquisto, da parte dell'ente pubblico stesso, di una quota o di azioni in una società già costituita⁶²⁹.

Quanto alla prima ipotesi, è necessario richiamare quanto esposto in altra parte del presente lavoro con riferimento all'evoluzione, normativa e giurisprudenziale, circa la necessità del previo espletamento di una gara a doppio oggetto ai fini della costituzione di una società pubblica a capitale misto, anche ove destinata alla gestione di un servizio pubblico locale o dei relativi impianti.

Riferimenti testuali circa la necessità del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica ai fini dell'individuazione del socio si rinvencono all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, il quale dispone che

⁶²⁸ In termini generali, in materia di trasferimento delle partecipazioni: V. SALAFIA, *La cessione di quote del capitale della S.r.l.*, in *Le società*, 2012, 7, 775.

⁶²⁹ R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche*, cit., 163 ss.

la costituzione di società miste per la realizzazione di un'opera pubblica o di un servizio avvenga attraverso l'espletamento di una gara per la scelta del socio⁶³⁰.

Ancora, già il d.P.R. n. 533/1996 stabiliva come fosse necessario il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica ai fini della costituzione di società caratterizzate da una partecipazione pubblica di minoranza, malgrado nulla fosse previsto, prima dell'entrata in vigore dell'art. 116 del TUEL, per l'ipotesi in cui si trattasse di una società a capitale misto a prevalente partecipazione pubblica.

La giurisprudenza, del resto, anche nella vigenza dell'art. 22 della legge n. 142/1990, che nulla disponeva in ordine alle modalità di selezione del socio privato di minoranza, si era espressa nel senso della necessità, in termini generali, del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica⁶³¹.

Altre disposizioni, inoltre, prescrivono la necessità del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per la realizzazione delle cessioni di quote o azioni.

Invero, il d.l. 31 maggio 1994, n. 332, nell'ambito del processo delle privatizzazioni avvenuto negli anni Novanta, pur avendo previsto che alle alienazioni delle partecipazioni dello Stato e degli altri enti pubblici in società per azioni e ai conferimenti delle stesse società partecipate non si applicassero le disposizioni sulla contabilità generale dello Stato, prevedeva che l'alienazione delle partecipazioni suddette avvenisse secondo modalità trasparenti e non discriminatorie, finalizzate anche alla diffusione dell'azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali, secondo apposita disciplina dettata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per ciascuna società.

Se, dunque, con riferimento al momento genetico delle società a capitale misto la selezione mediante gara del socio privato, sia esso di maggioranza ovvero di minoranza, appare una soluzione pacifica, è necessario vagliare, ora, quali siano le soluzioni offerte da dottrina e giurisprudenza ove il trasferimento di quote o azioni inerenti alle società miste abbia luogo in un momento successivo alla costituzione della società medesima.

Per la cessione della quota detenuta dall'ente locale in una società erogatrice di un pubblico servizio, l'art. 113, comma 12 del TUEL – disposizione che, in quanto non incompatibile con l'abrogato art. 23-bis,

⁶³⁰ *Ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 9, 1884; Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 9, 2506; Cons. Stato, Sez. VI, 1 giugno 2007, n. 2932, in *Foro amm. C.d. S.*, 2007, 6, 1874; Cons. Stato Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, 12, 611.

⁶³¹ Cass., Sez. un., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Foro it.*, 2000, I, 802; Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Foro amm. C.d.S.*, 1998, 2098.

può ritenersi ancora in vigore – impone il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

Trattasi di un trasferimento di quota non definitivo ma solamente temporaneo in quanto la disposizione specifica che, al termine del periodo di affidamento del servizio, la procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto la cessione della quota andrà rinnovata.

Tuttavia, con riferimento alle disposizioni attraverso cui si è dato luogo alla privatizzazione in senso sostanziale di numerose società per azioni a totale partecipazione pubblica e, in particolare, con riferimento all'art. 1 del d.l. n. 332/1994, si è escluso che la dismissione delle partecipazioni azionarie dovesse avvenire previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica e, pertanto, si è concluso nel ritenere che le controversie relative alla collocazione sul mercato delle partecipazioni esulasse dall'ambito della giurisdizione del Giudice amministrativo⁶³².

Del pari, un analogo e poco rigoroso orientamento è stato espresso con riferimento alla alienazione di una partecipazione azionaria detenuta da un Comune in una società *in house* in favore di una società a capitale misto, partecipata dal medesimo Comune, determinando l'ingresso di questa nella compagine sociale.

Con riferimento ad una operazione siffatta non si imporrebbe il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica in quanto si tratterebbe di “*un’operazione meramente finanziaria*”, non della “*scelta del socio finalizzata all'affidamento di lavori o servizi*”⁶³³.

In senso contrario, tuttavia, si è espressa la giurisprudenza più recente ad avviso della quale la necessità del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica non può essere disconosciuta ove non si tratti della costituzione *ex novo* di una società ma ci si riferisca ad una società mista già operante, nella quale il socio pubblico intenda dismettere soltanto parte della partecipazione detenuta, favorendo l'ingresso di nuovi soggetti privati.

Anche in questo caso, l'acquisto della partecipazione da parte di un soggetto privato si traduce in una operazione che conduce alla scelta del socio posto che, per effetto del suo ingresso, il nuovo socio privato contribuirà alla conduzione della gestione della società.

Ritenere che in tali circostanze non sia necessario il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica significa violare i vincoli di derivazione comunitaria in materia di concorrenza⁶³⁴.

⁶³² Cons. Stato, Sez. VI, 19 maggio 2003, n. 2701.

⁶³³ Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 587, con nota di L. CAMERIERO, *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 590. A commento della medesima pronuncia: G. PIPERATA, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, cit., 498.

⁶³⁴ Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2009, n. 5641, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 9, 2023; TAR Lombardia – Brescia, 28 novembre 2001, n. 1132, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Del resto, il principio dell'evidenza pubblica si impone anche con riferimento a tali operazioni in forza dello stesso dettato della Carta costituzionale e, in particolare, dagli artt. 117, comma 2, lett. e) e 97⁶³⁵.

Cionondimeno, è stato evidenziato che, nel caso in cui la dismissione della partecipazione pubblica sia totale, si assisterebbe alla definitiva uscita del socio pubblico dalla compagine societaria, situazione che inverrebbe una mera operazione finanziaria, non integrando una modalità di scelta del partner privato⁶³⁶. Seguendo questa ricostruzione, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica risulterebbe del tutto superflua.

Tale orientamento, tuttavia, non si ritiene condivisibile in quanto l'operazione si traduce, nella sostanza, in una alienazione di un bene pubblico – la quota o le azioni –, circostanza che impone *ex se* il previo espletamento di una procedura concorrenziale, la sola idonea a garantire all'amministrazione di spuntare il prezzo più vantaggioso⁶³⁷.

D'altro canto, risulta integrare una modalità di selezione del socio privato anche l'acquisto, da parte di un ente pubblico, di una quota o di un pacchetto azionario in una società già esistente. Anche in tale circostanza, come è stato opportunamente evidenziato, sarà necessario indire un'apposita procedura ad evidenza pubblica⁶³⁸.

Nel senso della necessità del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, del resto, sono orientate le disposizioni normative più recenti - talune abrogate prima ancora che il processo di dismissione in esse previsto giungesse ad ultimazione - nelle quali l'obbligatoria collocazione sul mercato delle quote o azioni detenute da enti pubblici doveva essere proceduta dal confronto concorrenziale fra i diversi operatori⁶³⁹.

La verifica della necessità del previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica si pone, altresì, con riferimento ad altre operazioni societarie, quali la fusione.

Sul punto, la specifica ipotesi della fusione per incorporazione di due società affidatarie di pubblici servizi locali non si è ritenuta elusiva della

⁶³⁵ L. CIMELLARO, *Alcune note in tema di libertà contrattuale delle società pubbliche*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, *Atti del convegno tenutosi a Padova in data 8 giugno 2007*, Padova, 2008, 108 ss.

⁶³⁶ R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche*, cit., 171-172.

⁶³⁷ Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2004, n. 5659, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Toscana, Sez. II, 7 novembre 2003, n. 5700, in *Foro amm. TAR*, 2003, 3231.

⁶³⁸ R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche*, cit., 172. Del tutto peculiare è l'ipotesi di subentro di un Comune ad un altro nella titolarità di quote o azioni per effetto della costituzione *ex novo* di uno dei Comuni medesimi: in tale caso, l'alienazione delle partecipazioni deve seguire il criterio delle ridisegnate competenze istituzionali proprie dei due enti (Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2011, n. 6985, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁶³⁹ Cfr. art. 3, comma 29, legge n. 244/2007; d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 e art. 23-bis della legge n. 133/2008; art. 4, comma 32, d.l. n. 138/2011; art. 4, comma 1, lett. b), del d.l. n. 95/2012.

procedura prevista dall'art. 113, comma 12, TUEL⁶⁴⁰, e ciò in quanto la suddetta operazione, descritta dall'art. 2501 c.c., non determina la creazione di un nuovo soggetto giuridico ma delinea soltanto una vicenda evolutivo-modificativa⁶⁴¹, non richiedendosi il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica a tal fine⁶⁴².

Tale conclusione, tuttavia, non esime l'ente pubblico dalla previa adozione degli atti e provvedimenti prodromici alla conclusione del relativo negozio societario, atti nei quali l'ente deve esternare le ragioni di pubblico interesse che giustificano il compimento di un'operazione suscettibile di modificare grandemente la modalità di gestione di un pubblico servizio⁶⁴³.

Se, secondo una certa tesi, sussisterebbe la giurisdizione del GA rispetto agli atti prodromici alla fusione, secondo un diverso orientamento giurisprudenziale, le deliberazioni proprie dell'ente pubblico, sancite dalla volontà dell'ente a che nell'assemblea sociale i relativi rappresentanti si esprimano nel senso di intraprendere un processo di fusione, non costituirebbero dei provvedimenti impugnabili innanzi al Giudice amministrativo, ma rimarrebbero atti preliminari rispetto alla formazione della volontà della società, privi di carattere autoritativo, riconducibili alla giurisdizione del Giudice ordinario.

In dottrina, tuttavia, si è evidenziato come, a prescindere dagli effetti – traslativi o meno – che si intendano attribuire al negozio di fusione, il rispetto dei generali principi, anche di derivazione comunitaria, che presiedono la tutela della concorrenza, imporrebbero la previa esplicitazione di una procedura ad evidenza pubblica anche con riferimento al negozio di fusione quale vicenda idonea ad incidere rispetto alla modalità di gestione di un pubblico servizio⁶⁴⁴.

Inoltre, è stato criticato, con argomenti che paiono condivisibili, anche il mancato riconoscimento della giurisdizione del G.A. con riferimento agli atti prodromici alla fusione, conclusione dalla quale deriva un “vuoto di

⁶⁴⁰ In dottrina si è ritenuto che la previsione normativa in parola, nel prevedere la possibilità che l'ente locale ceda, in tutto o in parte, la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento, determini una sorta di “*cessione a tempo*” con conseguente e “*automatica retrocessione*” della partecipazione all'ente (F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali*, cit., 681 ss.).

⁶⁴¹ Sussiste tuttavia un orientamento di segno contrario, in forza del quale la fusione determinerebbe un effetto traslativo, comportando l'estinzione e la contestuale costituzione di un nuovo soggetto giuridico, “*un nuovo centro di imputazione giuridica*”, unitamente “*ad un effetto successorio*” (R. STEVANATO, *Non c'è un Giudice a Roma per le fusioni delle società degli enti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 3, 972).

⁶⁴² TAR Lombardia – Brescia, 25 febbraio 2005, n. 273, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 307.

⁶⁴³ Nel senso che sulle controversie relative agli atti prodromici alla fusione sussista la giurisdizione del Giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2005, n. 1610, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 306.

⁶⁴⁴ R. STEVANATO, *Non c'è un Giudice a Roma*, cit., 972.

tutela” ove si consideri che, ai sensi dell’art. 2504-*quater* c.c., una volta che siano state formalizzate le modalità pubblicitarie previste per il negozio di fusione, il G.O. non possa pronunciare l’invalidità, dovendosi arrestare ad una tutela meramente risarcitoria⁶⁴⁵.

Quanto innanzi esposto in merito alla necessità dell’indizione di una procedura ad evidenza pubblica induce, ora, a considerare quale sia la relativa disciplina applicabile alle suddette procedure.

Mentre il codice dei contratti pubblici, contenuto, come noto, nel d.lgs. n. 163/2006, risulta applicabile, sotto il profilo oggettivo, ai soli contratti passivi, per la categoria dei contratti attivi – tra i quali rientrano anche la compravendita di quote o azioni – viene in rilievo la disciplina contenuta nel regio decreto sulla contabilità generale dello Stato del 18 novembre 1923, n. 2440 e nel regio decreto del 23 maggio 1924, n. 827. Accanto alla licitazione privata, esperibile solo quando l’incanto sia andato deserto, a meno che non si intenda procedere a trattativa privata, la procedura dovrà svolgersi mediante incanto, secondo le forme descritte dagli artt. 63 e seguenti del r.d. n. 827/1924, ai quali non si può che rinviare.

La sola disposizione del codice dei contratti pubblici che, in quanto espressione del generale principio di legalità, troverà applicazione anche nell’ambito dei contratti attivi è l’art. 38, recante i requisiti “moralì” dei quali deve essere in possesso il privato contraente⁶⁴⁶.

Se il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica ai fini del trasferimento di quote o azioni relative ad una società a partecipazione pubblica si rivela un elemento imprescindibile, è necessario analizzare, ora, se gli istituti propri del diritto commerciale in ordine alla circolazione di quote o azioni possano porsi, in linea di principio, in contrasto con la regola dell’evidenza pubblica.

In altre parole, dunque, si tratta di stabilire se la disciplina civilistica possa trovare un armonico equilibrio con il regime peculiare sopra evidenziato.

Sul punto, la dottrina ha rilevato come la presenza di una clausola di prelazione propria, così come una clausola di gradimento, non contrasti con il principio dell’evidenza pubblica, non ponendo problemi di sorta l’inserimento di clausole di pari contenuto nell’ambito di una società a partecipazione pubblica.

Cionondimeno, è stato evidenziato come l’inserimento di una clausola di prelazione impropria sia in radice incompatibile con il principio suddetto posto che la clausola si traduce nel riconoscimento del diritto di un socio all’acquisizione di azioni, con preferenza rispetto ai terzi, ad un prezzo determinato. In tale ipotesi è evidente come la rigida predeterminazione del prezzo di acquisto impedisca la realizzazione di una delle finalità sottese

⁶⁴⁵ R. STEVANATO, *Non c’è un Giudice a Roma*, cit., 972.

⁶⁴⁶ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 20 novembre 2013, n. 494/PAR, in www.corteconti.it.

all'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica: la possibilità di spuntare, per effetto della competizione tra gli operatori, il prezzo più vantaggioso per l'ente.

Analogamente, se la previsione di una clausola di gradimento, che prescriva determinati requisiti minimi in capo al socio in ingresso, fortifica la regola dell'evidenza pubblica, per contro, una clausola di gradimento mero finirebbe con lo svilire l'esito della procedura ad evidenza pubblica, risultando, pertanto, con essa inconciliabile⁶⁴⁷.

Le operazioni societarie sin qui trattate impongono di considerare altresì i profili più squisitamente contabili ad esse riconnessi.

La sempre più frequente previsione *ex lege* di obblighi di alienazione delle partecipazioni detenute da enti pubblici, in particolare locali, in società trova evidente giustificazione nell'esigenza di indurre dei riflessi positivi sul bilancio dell'ente medesimo.

La dismissione delle partecipazioni, infatti, oltre ad ingenerare una contrazione delle spese di parte corrente, connesse ai costi per il funzionamento della società partecipata, determina un significativo incremento delle entrate in conto capitale.

Tutto ciò si ripercuote sul saldo tra entrate finali e spese finali, valore che costituisce il parametro di riferimento ai fini della verifica del rispetto del patto di stabilità e crescita interno⁶⁴⁸.

9. Questioni di giurisdizione: illegittimità del provvedimento ed invalidità del negozio di società.

Accanto ai quesiti sin qui affrontati si pone l'ulteriore problema di stabilire quale sia la tutela giurisdizionale accordata dall'ordinamento in relazione, non solo alle controversie inerenti all'alienazione di quote o azioni, ma anche con riferimento ad altre vicende societarie, quali lo scioglimento, la fusione, la scissione⁶⁴⁹, il recesso del socio pubblico.

⁶⁴⁷ L. CIMELLARO, *Alcune note in tema di libertà contrattuale delle società pubbliche*, cit., 108 ss. Al contrario, nel senso della compatibilità delle procedure ad evidenza pubblica con una clausola di gradimento mero, purché controbilanciata dalla determinazione di un prezzo base, non fisso, ai fini dell'alienazione, si esprime F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali*, cit., 681 ss.

⁶⁴⁸ B. LAVANDA, *La cessione di quote in società pubbliche: linee guida*, in *Azienditalia*, 2011, 1, 39 ss. L'Autrice, peraltro, sottolinea come, affinché la cessione della quota si riveli un'operazione vantaggiosa per l'ente locale, il momento dell'attribuzione del valore alla quota medesima assuma un rilievo decisivo. L'ente socio dovrà in questa fase ricorrere ai criteri di stima previsti dall'art. 2426 del codice civile, ai sensi del quale potrà seguirsi il metodo del costo di acquisto – ancorato al valore di partenza, il quale potrebbe tuttavia essersi svalutato nel corso del tempo - ovvero il metodo del patrimonio netto – per definizione mutevole in ragione dell'effettivo valore del patrimonio netto della società.

⁶⁴⁹ G. BELLONI, *La scissione non proporzionale quale strumento di riassetto delle forme di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Azienditalia*, 2011, 8, 585. L'Autore sottolinea

Si tratta di stabilire, precisamente, quali conseguenze derivino dalla deliberazione con la quale l'ente socio si determini nel senso di dar corso ad una delle operazioni suddette rispetto alla società interessata.

Secondo l'orientamento maggioritario, tali operazioni, in quanto incidenti non soltanto sul contratto di società ma anche sullo stesso soggetto giuridico sorto per effetto del contratto medesimo, rimarrebbero soggette alle regole proprie del diritto civile. L'ente pubblico socio, ad esempio, non potrebbe, per effetto dell'annullamento in via di autotutela della deliberazione con la quale ha sancito la costituzione della società, incidere sull'esistenza del nuovo soggetto giuridico.

Analogamente, l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento amministrativo con cui l'ente pubblico ha individuato il socio privato non potrebbe avere un effetto caducante rispetto all'atto costitutivo della società⁶⁵⁰.

Prima di procedere ad analizzare *funditus se*, ed entro quali limiti, l'annullamento dei provvedimenti amministrativi prodromici alla costituzione della società partecipata possa riverberarsi sulla validità dell'atto costitutivo e dello statuto della società e, finanche, sulla stessa esistenza della società medesima, è necessario vagliare l'estensione della giurisdizione del Giudice amministrativo in materia.

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 104/2010, come già ad altri fini ricordato in altra parte del presente lavoro, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo *“le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo*

l'ammissibilità, con riferimento alle società pubbliche, sia della scissione proporzionale – con la quale, ai sensi dell'art. 2506 c.c., *“una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci”* – sia della scissione non proporzionale – *“qualora il progetto preveda una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale alla loro quota di partecipazione originaria”*, fermo che, in questo caso, il progetto *“deve prevedere il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto”*.

⁶⁵⁰ R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche*, cit., 325-326. Gli Autori segnalano tuttavia la presenza di un orientamento di segno contrario (cfr. TAR Calabria-Catanzaro, Sez. II, 24 maggio 2006, n. 571, in *Urb. e app.*, 2006, 1343, con nota di C. Volpe), secondo il quale sarebbe ammissibile l'annullamento in via di autotutela *“sia sulla delibera di costituzione della società, sia sulla delibera di affidamento del servizio pubblico alla società, nei rispetto dei limiti che l'ordinamento prescrive per l'esercizio dell'autotutela pubblicistica ... tra cui, in particolare, l'adeguata motivazione e comparazione di interessi, il rispetto delle garanzie di partecipazione, il rispetto di un lasso temporale ragionevole, la corresponsione di un indennizzo”*.

nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità”.

Il previgente art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, espressamente includeva nell’ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblico servizio, incluse quelle “*concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana*”.

Secondo un primo orientamento, l’atto sul quale si dovrebbe incentrare il sindacato del Giudice amministrativo dovrebbe essere soltanto l’atto mediante il quale si dispone l’affidamento del servizio, rimanendo ad esso estraneo la delibera di costituzione della società, *in house* o a capitale misto⁶⁵¹.

Secondo altro indirizzo, pure alla luce della diversa formulazione recata dal codice del processo amministrativo, rientrerebbero nell’ambito della giurisdizione del G.A. anche le controversie relative all’annullamento delle delibere comunali con le quali siano decise non solo la costituzione di una società partecipata, ma anche, ad esempio, la riduzione della partecipazione azionaria, l’emissione di un prestito obbligazionario, nonché le modifiche da adottarsi nello statuto. Questi ultimi sono, ad ogni effetto, provvedimenti di natura autoritativa, preliminari e prodromici rispetto alle successive deliberazioni societarie, espressione della funzione di indirizzo e di governo svolta dal Comune rispetto agli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici di pertinenza del medesimo Ente⁶⁵².

Tuttavia, ove si tratti di decidere della validità del contratto costitutivo di una società a capitale misto, si è al di fuori dei casi in cui l’ordinamento attribuisce espressamente al Giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto che si pone a valle della conclusione di un procedimento amministrativo viziato, dovendosi ricorrere, al contrario, “*all’ordinario*

⁶⁵¹ M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 167 ss., la quale rinvia a Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2003, n. 2380, in *Foro amm. Cons. St.*, 2003, 1588. Sul punto: Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 3052.

⁶⁵² Cass. civ., Sez. un., 3 novembre 2009, n. 23200. La previsione *ex lege* della giurisdizione di legittimità del TAR Lazio, con riferimento ai provvedimenti costituenti esercizio dei poteri speciali riservati allo Stato nelle società partecipate, rappresenta una deroga alla regola secondo cui, sugli atti societari a valle rispetto alla scelta di macro-organizzazione di fondo, sussiste la giurisdizione ordinaria, rappresentando, questi, meri atti societari sia per il loro oggetto, sia in quanto espressione della capacità di diritto privato propria degli enti pubblici (cfr. art. 2 d.l. n. 332/1994, come modificato dall’art. 4, comma 277, legge n. 350/2003).

*criterio di riparto di giurisdizione, secondo il quale, mentre spetta al giudice amministrativo di conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, spetta al giudice ordinario di conoscere dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo, che deve essere dedotta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale”*⁶⁵³.

Rientrano pertanto nella giurisdizione del Giudice ordinario le controversie rivolte ad accertare l'intero spettro delle patologie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto sociale, o derivanti dall'illegittimità della procedura amministrativa a monte, ivi comprese le ipotesi di radicale omissione del procedimento ad evidenza pubblica, ovvero di sopravvenuta mancanza derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione.

Tali controversie non ineriscono ad un provvedimento che possa definirsi espressione di un potere autoritativo, vertendo, invece, in ordine all'invalidità o inefficacia del contratto sociale e delle relative conseguenze.

La conclusione sopra esposta si addice all'ipotesi in cui la materia del contendere verta esclusivamente in ordine alla patologia del contratto sociale, rimanendo aperto il problema di stabilire se la possibilità di ottenere dal G.A. anche una pronuncia circa la sorte del contratto, affermata con riferimento alle azioni di annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica volta all'aggiudicazione di un contratto di appalto⁶⁵⁴, valga anche ove sia proposta impugnazione contro gli atti amministrativi, cagionanti l'invalidità del contratto di società.

In altre parole, si tratta di stabilire se l'impugnazione degli atti suddetti, idonea a radicare la giurisdizione del Giudice amministrativo, sia altresì idonea ad estenderla alle questioni conseguenti.

Il quesito ha trovato compiuta soluzione in una recente pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Deve ritenersi pacifica, allo stato, la sussistenza delle giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine agli “*atti unilaterali prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima*”, in quanto “*tali atti prodromici vanno, sul piano logico, cronologico e giuridico, tenuti nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario*”, quali la costituzione di una società, l'acquisto o la vendita di quote societarie, la modifica o lo scioglimento di una società⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Cass. civ., 17 giugno 2013, n. 15121; Cass., Sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30167; Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2009, n. 4595, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 3044.

⁶⁵⁴ Cass., Sez. un., 8 agosto 2012 n. 14260.

⁶⁵⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it. Quanto al rito applicabile innanzi al GA, è necessario evidenziare come l'art. 119, comma 1, lett. c)

La separazione, dunque, tra momento pubblicistico e momento tipicamente privatistico è netta: la scelta che l'ente pubblico compie nel momento in cui opta per la costituzione di una società, ovvero per la realizzazione di una vicenda che vada a riverberarsi sulla società già costituita, rappresenta un'opzione organizzativa strettamente correlata al perseguimento del pubblico interesse⁶⁵⁶.

Tale netta separazione è confermata dal fatto che, ove manchi un'espressa disposizione di legge che attribuisca al G.A. anche la giurisdizione in ordine alla sorte del contratto posto a valle di un procedimento amministrativo, competerà a quest'ultimo il solo sindacato in ordine ai vizi del procedimento medesimo, rimanendo in capo al G.O. il sindacato in ordine ai vizi del contratto.

L'annullamento da parte del G.A. di tali provvedimenti, tuttavia, si tradurrà in un vizio del negozio societario, in ragione del quale potranno esperirsi - come detto, innanzi al Giudice ordinario -, gli ordinari rimedi previsti dal codice civile⁶⁵⁷ ovvero, in sede di ottemperanza al giudicato amministrativo, chiedere allo stesso G.A. di intervenire sulla sorte del contratto⁶⁵⁸.

Sul punto, è stato efficacemente posto in luce come l'invalidità del negozio di diritto privato a valle - e, precisamente, la nullità del contratto di società ai sensi dell'art. 2332 c.c., così come la nullità per contrarietà norme imperative ex art. 1418 c.c. di una qualsiasi vicenda traslativa avente ad oggetto la circolazione della quota - sarebbe originaria ma pur sempre apprezzabile nella sua giuridica consistenza soltanto dopo l'annullamento,

del codice del processo amministrativo, in senso analogo a quanto disponeva l'art. 23-bis della legge n. 1034/1971, preveda il rito abbreviato con espresso riferimento ai "provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali". Trattasi di una disposizione meramente processuale, la quale non fonda, ma presuppone, la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo in materia (Cons. Stato, Sez. VI, 22 ottobre 2009, n. 6467, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 3003).

⁶⁵⁶ Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵⁷ A seguito dell'annullamento, in sede giurisdizionale o in via di autotutela, degli atti amministrativi prodromici, poiché la società non rappresenta soltanto un negozio giuridico ma anche un autonomo soggetto di diritto una volta iscritta nel registro delle imprese, la declaratoria di nullità della società potrà essere pronunciata soltanto nei tassativi e circoscritti casi previsti dall'ordinamento. Tra questi, ai sensi dell'art. 2332 c.c., rientra l'illiceità dell'oggetto sociale, sicché la nullità della società potrebbe essere accertata ove il G.O. ritenga che l'annullamento dei provvedimenti prodromici sia riconducibile a tale causa di nullità (Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it). Sul punto: F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1364.

⁶⁵⁸ Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10 e Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

in sede giurisdizionale o in via di autotutela, dei provvedimenti amministrativi prodromici ai predetti negozi di diritto privato⁶⁵⁹.

10. L'esposizione della società pubblica alle procedure concorsuali.

Le considerazioni che precedono in ordine all'applicabilità alle società partecipate da enti pubblici dello statuto proprio delle società di diritto comune inducono, ora, a considerare un profilo specifico: la riconducibilità dei soggetti predetti entro l'ambito di applicazione della legge fallimentare.

L'art. 1 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nel definire il presupposto soggettivo di applicazione delle procedure concorsuali, stabilisce come siano “*soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*”⁶⁶⁰. In senso analogo, l'art. 2 del d.lgs. n. 270/1999, ammette all'amministrazione straordinaria, procedura concepita per le grandi realtà imprenditoriali, “*le imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento*”, con ciò riproponendo il medesimo problema interpretativo.

La *ratio* della esclusione dalle procedure concorsuali degli enti pubblici risiede, ad avviso della dottrina, “*nella incompatibilità della procedura fallimentare, con il suo carattere di esecuzione generale ed il suo fine di tutela delle ragioni dei creditori, rispetto all'ordinaria attività dell'ente pubblico, che sarebbe paralizzato nella sua attività, nonché nel divieto per gli organi della procedura concorsuale di sostituirsi agli organi 'politici' nella gestione dell'attività dell'ente pubblico*”⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ F. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 815.

⁶⁶⁰ Per la ricostruzione dell'origine storica dell'assoggettamento al fallimento dell'imprenditore commerciale: L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, III edizione, Torino, 2004, 15. Per una compiuta analisi della disciplina delle procedure concorsuali è necessario rinviare alla copiosa dottrina in materia: M. SANDULLI, L. POTITO, *Commento all'art. 1*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, I, Torino, 2010, 22; L. GHIA, *Fallimento e società di capitali a controllo o partecipazione pubblica*, in L. GHIA, C. PICCINNI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, volume I, Torino, 2010, 107; A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 40; G. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, I, Torino, 2009, 33; N.S. DI PAOLA, *Il fallimento. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2012, 15; F. GALGANO, *Commento all'art. 1*, in *Commentario. Legge Fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1974, 90; G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 478; L. PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, volume I, Torino, 2012, 73.

⁶⁶¹ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 6, 689.

Pacifica, dunque, è l'esclusione dalle procedure concorsuali degli enti pubblici economici e delle imprese-organo, quali le aziende municipalizzate come descritte dalla legislazione più risalente, trattandosi di soggetti pubblici nella forma e nella sostanza, sia pure dediti all'esercizio di attività d'impresa⁶⁶².

L'assoggettabilità alle procedure in parola, stando al tenore letterale della disposizione, pare essere subordinato alla qualifica della natura del soggetto considerato, posto che l'elemento materiale consistente nell'esercizio di un'attività economica non è, in sé, dirimente.

Il tema, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e della dottrina, è stato affrontato adottando approcci differenti, i quali hanno condotto ad esiti, talvolta, diametralmente opposti.

Parte della dottrina ha adottato un metodo di tipo formale, definito anche come "tipologico"⁶⁶³, sulla base del quale la riconduzione delle società partecipate da enti pubblici entro il campo di applicazione delle suddette procedure concorsuali dovrebbe essere risolto attraverso la preliminare individuazione della natura – pubblicistica ovvero privatistica – della società considerata.

Seguendo tale impostazione, alcuni autori hanno così affermato la natura squisitamente privatistica delle società in parola, a prescindere dall'entità della partecipazione pubblica al capitale sociale. L'adozione di un modello privatistico ai fini della soddisfazione dell'interesse pubblico di cui la p.a. socia è portatrice rende mediato, indiretto e, in definitiva, extra-sociale l'interesse predetto, in quanto le finalità pubblicistiche assumerebbero un carattere recessivo entro il modello della società di diritto privato.

Una volta esercitata l'opzione in favore del modello civilistico, la società partecipata rimarrebbe assoggettata alle regole proprie dello statuto prescelto, ivi compresa, pertanto, l'esposizione, sempre e comunque, alle procedure concorsuali⁶⁶⁴.

⁶⁶² A. PENTA, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. Celentano, E. Forgillo, Torino, 2008, 44.

⁶⁶³ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., 689.

⁶⁶⁴ Corte Appello Napoli, Sez. I, 15 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 690, con cui dichiara il fallimento della Pomigliano Ambiente s.p.a.; Tribunale di Velletri, 8 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; Corte Appello Napoli, 24 aprile 2013, in *Fallimento*, 2013, 767, con cui viene confermata la dichiarazione di fallimento pronunciata dal Tribunale di Napoli in data 14 novembre 2012 nei confronti della società di trasporti EAV BUS s.r.l., indirettamente controllata, tramite la EAV Holding s.r.l., unica socia, dalla Regione Campania. G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società: riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Milano, 2007, 152 ss. La tesi della esposizione alle procedure concorsuali delle società pubbliche era stata riconosciuta come pacifica dalla risalente pronuncia della Corte di cassazione 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fallimento*, 1979, 59, per poi essere messa in discussione soltanto in tempi più recenti, per effetto del proliferare di disposizioni normative in forza delle quali parte della disciplina dettata per gli enti pubblici veniva

In questo senso militerebbe la stessa Relazione al codice civile (n. 998), ove si afferma che “è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente”.

Tale rigoroso orientamento poggia sul presupposto – peraltro non del tutto condivisibile alla luce della teoria degli ‘indici esteriori’, rivelatori della pubblicità dell’Ente⁶⁶⁵ - della necessità di una qualificazione *ex lege* di un dato soggetto come ente pubblico, qualificazione che, nel caso delle società partecipate, mancherebbe.

Analogo approccio formale, nonostante l’opposto risultato al quale conduce, è seguito da quelle pronunce che, prescindendo dalla veste societaria e, dunque, privatistica delle società partecipate da enti pubblici, ne riconoscono la qualificazione di soggetti sostanzialmente pubblici ove ricorrano determinati elementi sintomatici⁶⁶⁶. Seguendo tale impostazione, dunque, le società partecipate provviste di tali indici di pubblicità sarebbero propriamente qualificabili come ente pubblico e, in quanto tali, sottratte all’applicazione della legge fallimentare⁶⁶⁷.

estesa anche a tali soggetti. Sul punto: A. GIURDANELLA, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, IV ebook della collana *I quaderni di Giurdanella.it*, 2014, 32.

⁶⁶⁵ Se è vero che l’art. 97 Cost. afferma come i pubblici uffici debbano essere organizzati secondo disposizioni di legge, e che l’art. 4 della legge n. 70/1975 dispone che nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, è altrettanto vero che l’individuazione di molti enti pubblici sia avvenuta non per legge ma sulla base di disposizioni di legge, ovvero “*in virtù di un riconoscimento implicito dell’ordinamento*”, ovvero, ancora, ad opera della giurisprudenza, persino in senso contrario alla espressa qualificazione normativa di un soggetto in termini privatistici (E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 71 ss.).

⁶⁶⁶ Tribunale di Palermo, decreto 8 gennaio 2013, in *www.italiaoggi.it*, provvedimento che esclude la fallibilità di una società *in house* - la Gesip Palermo S.p.a., partecipata dal Comune di Palermo e da Sviluppo Italia S.p.a. - esercente l’attività di pulizia e custodia degli immobili comunali. Nel senso della qualificazione di Gesip Palermo S.p.a. come organismo di diritto pubblico si rinvia a Cass., Sez. Unite, 9 maggio 2011, n. 10068.

⁶⁶⁷ G. D’ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., 689. L’Autore richiama due sentenze del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere con le quali, adottando l’impostazione descritta nel testo, si giunge ad affermare, in un primo caso, la non assoggettabilità al fallimento di una società in mano pubblica (sentenza del 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 713 ss.) e, in un secondo caso, l’assoggettabilità alla procedura di amministrazione straordinaria (sentenza del 22 luglio 2009, n. 52, in *Fallimento*, 2010, 690), e ciò a seconda dell’individuabilità o meno degli indici sintomatici rivelatori della natura pubblica del soggetto. In dottrina, la tesi in esame è sostenuta da M. VENTORUZZO, *L’esonazione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell’impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1050-1051. Per un’applicazione dei medesimi principi si vedano: Tribunale Santa Maria Capua Vetere, sentenza 24 maggio 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*,

Entrambi gli approcci sin qui esaminati non si rivelano del tutto soddisfacenti in quanto sia l'uno che l'altro partono da un presupposto non condivisibile: l'unitarietà della disciplina, dello statuto, applicabile agli enti qualificabili come pubblici.

Precisamente, come evidenziato dalla migliore dottrina⁶⁶⁸, l'iter logico che entrambi gli approcci formalistici adottano presuppone che il problema dell'individuazione della disciplina applicabile ad un dato soggetto dipenda in via esclusiva dalla individuazione della natura del soggetto medesimo. Tale impostazione, tuttavia, non considera come la disciplina applicabile agli enti pubblici non rappresenti un insieme unitario ed omogeneo di norme, posto che vi sono singoli segmenti di disciplina destinati a trovare applicazione per determinati enti pubblici ma non per altri, sicché la soluzione del problema definitivo a monte non risolve il problema della determinazione della disciplina applicabile.

Tale assunto, facilmente verificabile anche solo considerando il diverso campo di applicazione soggettivo dei vari settori di disciplina, è ulteriormente dimostrato dal fatto che la nozione di pubblica amministrazione ha assunto contorni sempre più sfumati, anche in ragione della presenza di soggetti – *in primis*, proprio le società a partecipazione pubblica – i quali si collocano in una zona di confine.

In dottrina, dunque, allo specifico fine di stabilire la soggezione o meno alle procedure concorsuali, è stato proposto un diverso approccio, definito “*funzionale*”, attraverso il quale “*il problema non è più quello di qualificare la società in mano pubblica come ente privato o ente pubblico, quanto quello di stabilire se, nella specifica materia di riferimento, debba trovare applicazione la disciplina privatistica o la disciplina pubblicistica*”, con la conseguenza che “*la medesima società a partecipazione pubblica, quindi, potrebbe essere contemporaneamente assoggettata alla disciplina pubblicistica per quanto riguarda taluni profili della propria attività d'impresa ed alla disciplina privatistica per altri*”⁶⁶⁹.

L'orientamento seguito dalla Corte di cassazione nelle più recenti pronunce appare ispirato a tale differente approccio.

Precisamente, l'esclusione dall'assoggettamento alle procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica può predicarsi solo nel caso in cui vi siano elementi oggettivi tali da rendere incompatibili le procedure medesime rispetto all'ordinaria attività espletata dalle società in parola, attività che risulterebbe altrimenti paralizzata, con conseguente frustrazione del pubblico interesse perseguito. Solo ove l'oggetto sociale sotteso alle società partecipate si palesi come necessario rispetto agli scopi istituzionali propri dell'ente socio, allora la società dovrà ritenersi esclusa

2013, 869; Trib. Catania, 26 marzo 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Patti, 6 marzo 2009, in www.ilcaso.it.

⁶⁶⁸ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., 689.

⁶⁶⁹ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., 689.

dalle procedure concorsuali, potendosi ravvisare le medesime ragioni sottese all'espressa esclusione degli enti pubblici operata dall'articolo 1 l. fall⁶⁷⁰.

Così, la valutazione circa l'esonero dalle procedure concorsuali delle società partecipate dovrà operarsi caso per caso, considerando l'oggetto sociale e la previsione dell'espletamento di attività di interesse pubblico da esercitarsi in via prevalente, ammettendosi l'esclusione dalla soggezione al fallimento solo qualora la società abbia come oggetto sociale esclusivo un servizio tramite il quale l'ente pubblico raggiunge scopi istituzionali.

In mancanza di siffatti elementi, una società a partecipazione pubblica non muta, per ciò stesso, la sua natura di soggetto di diritto privato, risultando in termini di assoluta autonomia il rapporto tra la società e l'ente locale, non essendo consentito all'ente socio di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, potendosi avvalere, al contrario, dei soli strumenti previsti dal diritto societario⁶⁷¹.

Allo stato, parte della giurisprudenza ha affermato la sottrazione dalle procedure concorsuali di quelle sole società pubbliche qualificabili come *in house* e, quale aspetto dirimente, che avessero carattere necessario rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente socio, requisito, quest'ultimo, ravvisato in capo alle società destinate all'erogazione di un pubblico servizio⁶⁷².

Tale assetto, tuttavia, è stato ritenuto, da parte della dottrina, non del tutto soddisfacente alla luce di talune considerazioni che si ritiene di condividere.

Invero, se la sottrazione al fallimento delle predette società evita che si configuri quella che è stata definita una "*inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa nell'esercizio di poteri e facoltà di carattere tipicamente pubblicistico*"⁶⁷³, potendo la prima disporre, ai sensi degli artt. 104 e 104-bis l. fall. la prosecuzione dell'attività d'impresa ovvero l'affitto d'azienda, la sottrazione medesima

⁶⁷⁰ Cass. civ., Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fallimento*, 2013, 10, 1273. La pronuncia assoggetta alla procedura fallimentare la società mista Formia Servizi S.r.l. in quanto non destinata all'esercizio di un pubblico servizio.

⁶⁷¹ Cass., Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799; Cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989; Cass., 6 giugno 1997, n. 5085; Cass., 26 agosto 1998, n. 8454; Cass., Sez. un., 20 marzo 2008, n. 7447; Cass., Sez. un., 11 gennaio 2011, n. 392.

⁶⁷² Tribunale di Napoli, 9 gennaio 2014; Tribunale di Verona, 19 dicembre 2013. Sull'assimilazione delle società *in house* all'ente pubblico si veda, *ex plurimis*: L. SALVATO, *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*, in *Fallimento*, 2014, 1, 33 ss.; G. TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 7-8, 2733.

⁶⁷³ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento*, cit., 689; G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 7, 869. Sul punto: L. BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda*, in *Fallimento*, 2013, 10, 1273.

comporta, nel contempo, la frustrazione della *par condicio creditorum* e, con essa, la compromissione della difesa del credito e del risparmio quali valori costituzionalmente tutelati.

Invero, ove la società pubblica sia esonerata dal fallimento, dal concordato preventivo, così come dall'amministrazione straordinaria, il solo strumento a disposizione dei creditori della società sarà l'esecuzione individuale, alla quale si accompagna il potenziale aggravarsi delle condizioni patrimoniali della società medesima, la cui attività, salvo diversa determinazione da parte degli enti soci, è destinata a proseguire pur in presenza di una obiettiva situazione di insolvenza.

Come correttamente evidenziato⁶⁷⁴, per le società pubbliche che si dovessero ritenere esonerate dall'applicazione delle procedure concorsuali per effetto dell'interpretazione analogica dell'esclusione contenuta all'art. 1 l. fall. non sussistono rimedi alternativi in grado di assicurare la concorsualità dei creditori e il ritorno *in bonis* della società medesima.

Pertanto, mentre l'espressa esclusione degli enti pubblici risulta controbilanciata dalla possibilità che questi accedano, ad esempio, alla procedura della liquidazione coatta amministrativa, ovvero, come avviene per gli enti locali, alla procedura del dissesto, nelle sue articolate forme⁶⁷⁵, per le società partecipate, ove si considerino sottratte alle procedure concorsuali generalmente previste per le imprese commerciali, non sussistono, allo stato, adeguati strumenti idonei a tutelare l'interesse dei creditori, né tali da salvaguardare l'interesse pubblico sotteso alla conservazione della sana gestione finanziaria delle società preposte all'espletamento di un pubblico servizio, rimessa soltanto ai controlli e correttivi imposti dagli enti soci.

La soluzione preferibile, alla luce delle conseguenze alle quali si giunge seguendo i più recenti arresti giurisprudenziali, sembra allora quella della generale esposizione alle procedure concorsuali di tutte le società partecipate, siano esse *in house* e preposte alla gestione di un pubblico servizio.

Ancora, l'orientamento giurisprudenziale più recente non si rivela soddisfacente ove condotto alle sue estreme conseguenze.

Invero, se l'elemento dirimente ai fini della non soggezione alle procedure concorsuali si rinviene nel carattere necessario di determinate società partecipate, in quanto preordinate all'erogazione di un pubblico servizio, potrebbe ipotizzarsi l'esclusione di tutte le società svolgenti un'attività siffatta, anche ove siano partecipate soltanto da soggetti privati.

⁶⁷⁴ G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., 689.

⁶⁷⁵ F. ALBO, *Il dissesto finanziario negli enti locali alla luce del decreto legislativo n. 149/2011*, in *Azienditalia*, 2012, 3, 223; C. PAGLIARIN, *Enti locali e dissesto*, in *Il diritto della Regione*, 2011, 1; A. CAROSI, *Crisi ed insolvenza delle partecipate pubbliche ed i riflessi sul bilancio dello Stato e degli altri Enti proprietari*, in *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 577.

Trattasi di una conclusione chiaramente inaccettabile, la quale, tuttavia, pone in luce come sia labile l'elemento sul quale poggia la tesi favorevole all'esclusione dalle procedure concorsuali⁶⁷⁶.

Come efficacemente posto in evidenza, tale impostazione è “*frutto di una inaccettabile confusione tra titolarità ed esercizio dei servizi pubblici, essenziali o no, e tra essenzialità o necessità di un determinato servizio pubblico e quella del soggetto cui ne è affidato l'esercizio*”, in considerazione del fatto che “*essenziale o necessario potrebbe essere qualificato al più il servizio pubblico o l'ente che ne ha la titolarità, non l'ente, pubblico o privato, cui è affidata la esecuzione*”, “*con la conseguenza che nell'ipotesi di fallimento di quest'ultimo, sarà onere dell'ente pubblico titolare del servizio attivarsi prontamente per l'affidamento dello stesso ad altro gestore*”⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Sul punto: L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, 4, 532. In dottrina si è peraltro sostenuto: “*l'eventuale fallimento della società in mano pubblica che svolge un servizio pubblico essenziale, anche quando di questo sia affidataria esclusiva, non è impedito dall'indisponibilità degli interessi pubblici che quel servizio è volto a soddisfare, imponendo all'ente pubblico che di tali interessi è titolare di trovare una soluzione alternativa ai fini della loro soddisfazione e agli organi del fallimento di procedere alla liquidazione delle attività fallimentari nel rispetto dei limiti generalmente stabiliti dalla legge al fine di assicurare l'eventuale continuità del servizio pubblico già affidato alla società fallita. La conclusione di tale orientamento interpretativo – a nostro avviso pienamente condivisibile – è pertanto che “essenziale o necessario” può essere qualificato un servizio pubblico e/o l'ente – salvo casi eccezionali, pubblico – che ne è il titolare, ma non la società cui – per una precisa scelta discrezionale – è affidato lo svolgimento in concreto dell'attività*” (G. BERSANI, *L'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale alla c.d. “società in house”*, in *Fisco*, 2014, 17, 1663).

⁶⁷⁷ G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, in *Dir. Fall.*, 2013, 6, 563. L'Autore sostiene come non possa dirsi sussistente “*un'incompatibilità ontologica fra erogazione di servizi pubblici essenziali e sottoposizione a fallimento*” e ciò in ragione della stessa disciplina della ristrutturazione industriale delle grandi imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali contenuta nel D.L. 28 agosto 2008, n. 134, convertito nella legge 27 novembre 2008, n. 166, c.d. “*Decreto Alitalia*”. Del resto, “*la società affidataria del servizio pubblico non è, quindi, il titolare del servizio, ma l'ente preposto all'esercizio di quel servizio. Pertanto, il fallimento dell'ente di gestione potrà comportare la cessazione della sua attività d'impresa, ma non coinvolgerà mai le reti, le dotazioni e gli impianti destinati al servizio pubblico, che sono di proprietà dell'ente pubblico di riferimento*”. In ordine alla medesima questione: S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 307 ss. Ancora: F. FIMMANÒ, *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2013, 10, 1290. L'Autore evidenzia che “*gli interessi tutelati dal fallimento non possono essere ristretti, specie a seguito della riforma, nell'ambito della mera tutela delle ragioni del ceto creditorio; e, anche ove così fosse, questa tutela è da considerare ‘come un altissimo interesse pubblico’ in contrasto con gli interessi particolaristici sia del debitore sia dei singoli creditori. Più in generale la liquidazione concorsuale evita il propagarsi dell'insolvenza e consente una riallocazione delle risorse economiche non utilizzate, costituendo uno strumento di tutela dell'interesse*”.

Da ultimo, la soluzione prospettata non si rivela soddisfacente anche qualora si consideri che le società non esposte alle procedure concorsuali si trovano ad operare in una posizione di indubbio privilegio rispetto agli altri operatori economici, situazione che potrebbe riconoscersi quale aiuto di Stato vietato dall'ordinamento comunitario⁶⁷⁸.

11. Il rapporto tra soggetto gestore e utente: le carte di servizio, l'art. 140 del codice del consumo, l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione.

In ultima analisi, è necessario volgere lo sguardo al momento terminale in cui sfocia il complesso ed eterogeneo fascio di questioni attinenti alla materia dei pubblici servizi: il rapporto tra soggetto gestore e utente e la sua natura.

Secondo una prima tesi, il rapporto suddetto avrebbe carattere amministrativo, e dovrebbe qualificarsi, precisamente, come rapporto di prestazione amministrativa⁶⁷⁹. Secondo questa risalente impostazione, stante la natura pubblicistica del rapporto, si riteneva che l'utente potesse fruire del servizio solo in forza di un atto unilaterale di ammissione da parte dell'ente, rispetto al quale la richiesta del privato alla fruizione del servizio doveva

economico generale e quindi l'area di esonero dalle ordinarie procedure concorsuali non può essere indebitamente estesa nel silenzio del legislatore”.

⁶⁷⁸ S. DEL GATTO, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 5, 489 ss. La Corte di cassazione (Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209) ha sancito come la possibilità che il pubblico interesse sia perseguito per mezzo di società a capitale misto comporta che tali soggetti rimangano poi assoggettati alla disciplina propria della forma giuridica prescelta, ivi compreso l'assoggettamento alle procedure di insolvenza, “pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità”. In senso conforme: Cass., Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991; Corte appello Napoli, Sez. I, 15 luglio 2009. In senso contrario: Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Sez. III, 22 luglio 2009, n. 52; Corte d'appello di Torino, Sez. I, 15 febbraio 2010.

In senso contrario alla configurabilità dell'esenzione dalle procedure concorsuali come condizione di privilegio, in dottrina si è puntualizzato come l'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), nelle sue raccomandazioni, riconosca la possibilità per le legislazioni nazionali di prevedere tale esclusione ove l'esenzione medesima corrisponda alla protezione di settori chiave, quali l'energia ed il servizio idrico (in questi termini: G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento*, cit., 689, il quale rinvia a: *Uncitral, Legislative Guide on Insolvency Law*, 2004, in www.uncitral.org/text/insolvency/2004Guide).

⁶⁷⁹ G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 957, il quale, a sua volta, rinvia a R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, II edizione, Milano, 1956.

rappresentare un mero atto preparatorio rispetto al provvedimento di ammissione stesso⁶⁸⁰.

Con tale espressione la dottrina non individuava l'attività di erogazione dei pubblici servizi complessivamente intesa, ma solo l'“*aspetto contenutistico dell'obbligazione*”⁶⁸¹ assunta nei confronti del soggetto privato.

Tale risalente orientamento risulta essere stato superato dalla più recente concezione della natura contrattuale del suddetto rapporto, condivisa in modo pressoché unanime dalla dottrina⁶⁸².

Malgrado la nozione abbia solamente una valenza descrittiva, non delineando un nuovo e diverso tipo negoziale, la dottrina suole identificare tali rapporti come contratti di utenza pubblica⁶⁸³.

Ad ogni modo, è stato correttamente osservato come, al di là della qualificazione giuridica del momento genetico del rapporto tra soggetto gestore e utente, da un vincolo siffatto scaturiscano diritti soggettivi in capo all'utente, la cui violazione determina una responsabilità contrattuale del soggetto gestore⁶⁸⁴.

Come si è avuto modo di esaminare in altra parte del presente lavoro, la scarsa concorrenzialità che connota il settore dei pubblici servizi determina, con una certa frequenza, la circostanza che il gestore del servizio medesimo si trovi in una condizione di monopolio, condizione che si riverbera altresì nell'ambito dei rapporti tra utente e soggetto gestore.

Invero, l'art. 2597 del codice civile pone a carico del monopolista l'obbligo legale di stipulare il contratto con chiunque faccia richiesta del servizio. Ciò avviene in condizioni tali da assicurare la parità di trattamento a tutti i soggetti contraenti, parità garantita anche per mezzo di contratti aventi contenuto standardizzato, secondo lo schema dei contratti per adesione⁶⁸⁵.

Spesso le imprese erogatrici di pubblici servizi emanano “*regolamenti di servizio*”, attraverso i quali sanciscono “*talune modalità di svolgimento del servizio*” ed anche “*regole che debbono essere rispettate dai fruitori*”⁶⁸⁶. Trattandosi di rapporti tra consumatore e professionista, vengono in rilievo

⁶⁸⁰ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 683; R ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 446. Per una ricostruzione della dottrina più risalente si veda: C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, cit., 186 ss.

⁶⁸¹ M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, II edizione, Milano, 2000, 342 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 669.

⁶⁸² In ordine alla qualificazione in termini contrattuali del rapporto tra utente e gestore si vedano: Corte cost., 17 marzo 1988, n. 303; *id.*, 20 dicembre 1988, n. 1104.

⁶⁸³ G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 1986, II, 107 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 211.

⁶⁸⁴ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 683.

⁶⁸⁵ F. GALGANO, *Diritto privato*, XV edizione, Padova, 2010, 221 ss.

⁶⁸⁶ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 131.

le disposizioni di cui al codice del consumo e non, invece, quelle più generali di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.

Il tema in esame induce, quindi, a considerare la più ampia materia della tutela dei consumatori⁶⁸⁷ la cui trattazione, in questa sede, dovrà circoscriversi a quei puntuali profili strettamente connessi al canone dell'efficienza nell'erogazione del pubblico servizio.

In questo senso, pertanto, viene in rilievo l'art. 101 del d.lgs. 206/2005 - in base al quale il rapporto di utenza deve svolgersi secondo standard di qualità predeterminati e alla cui valutazione devono essere preordinate procedure alle quali possa partecipare anche l'utente, secondo particolari forme rappresentative⁶⁸⁸ -, ma anche lo stesso art. 2, comma 2, lett. g), il quale menziona tra i diritti fondamentali dei consumatori quello relativo all'erogazione di servizi pubblici rispondenti a precisi standard qualitativi.

La tutela del consumatore in un ambito, qual è quello dei pubblici servizi, in cui si ravvisa la rilevanza pubblicistica delle prestazioni erogate, ha imposto la previsione di peculiari strumenti volti a garantire la qualità e quantità del servizio reso.

Nella definizione degli standard suddetti rivestono un essenziale rilievo le direttive emanate dalle Autorità preposte ai singoli settori nonché le carte di servizio, profili che, sia pure in termini sintetici, si cercherà di evidenziare.

In questo senso, ad esempio, le Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas e l'Autorità per le telecomunicazioni, istituite con legge 14 novembre 1995, n. 481, tra i molteplici compiti istituzionali dalle stesse espletati, emanano direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti, direttive che hanno lo scopo essenziale di definire i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente.

Le Autorità in parola, inoltre, esercitano una essenziale funzione di controllo volta ad accertare la congruità delle misure adottate dai gestori al fine di assicurare la continuità della prestazione dei servizi, a verificare

⁶⁸⁷ A. DI PIETRO, *Adozione e contenuto della Carta dei Servizi, da strumento dello Stato regolatore a tutela dei consumatori-utenti*, in AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, 2001, 311 ss. L'Autore descrive la genesi dell'interesse per la materia in esame, sottolineando come, per la prima volta, il problema della tutela dei consumatori sia stato affrontato in seno all'Assemblea Consultiva del Consiglio d'Europa, nel cui ambito viene adottata la risoluzione n. 543/1973. Viene così affermato il diritto dei consumatori alla protezione e all'assistenza, al risarcimento del danno conseguente alla circolazione di prodotti difettosi e alla diffusione di messaggi erronei o menzogneri, oltre che il diritto all'informazione. La sensibilità verso il tema della protezione dei consumatori risuona altresì in ambito europeo laddove, con il Trattato del 1992, il fine della protezione dei consumatori viene inserito nel campo di azione delle politiche comunitarie.

⁶⁸⁸ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 683.

periodicamente la qualità e l'efficacia delle prestazioni, anche grazie alla valutazione operata dagli stessi utenti.

Il rispetto degli standard in parola è strettamente connesso alla predisposizione delle carte di servizio, la cui verifica è espletata dalle Autorità di settore le quali, peraltro, accertano che il gestore l'abbia effettivamente adottata in ossequio alle prescrizioni contenute nella direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, pubblicata nella GU n. 43 del 22 febbraio 1994⁶⁸⁹.

La direttiva in commento trova applicazione con riferimento ai servizi pubblici *“volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, alla istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione, ai sensi dell'art. 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146, e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas”*. L'erogazione di tali servizi deve essere informata ai principi di uguaglianza⁶⁹⁰, imparzialità⁶⁹¹, continuità⁶⁹², partecipazione⁶⁹³, efficienza ed efficacia, e deve assicurare il diritto di scelta in favore degli utenti⁶⁹⁴.

⁶⁸⁹ Art. 2, comma 12, lett. h), e art. 2, comma 37, della l. 481/1995, art. 11, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286. per un commento: R. MELE, M. PELLICANO, *La carta dei servizi pubblici: problemi applicativi*, in *Azienditalia*, 1994, 3, 245.

⁶⁹⁰ *“Le regole riguardanti i rapporti tra utenti e servizi pubblici e l'accesso ai servizi pubblici devono essere uguali per tutti. Nessuna distinzione nell'erogazione del servizio può essere compiuta per motivi riguardanti sesso, razza, religione ed opinioni politiche. Va garantita la parità di trattamento, a parità di condizioni del servizio prestato, sia fra le diverse aree geografiche di utenza, anche quando le stesse non siano agevolmente raggiungibili, sia fra le diverse categorie o fasce di utenti. L'eguaglianza va intesa come divieto di ogni ingiustificata discriminazione e non, invece, quale uniformità delle prestazioni sotto il profilo delle condizioni personali e sociali. In particolare, i soggetti erogatori dei servizi sono tenuti ad adottare le iniziative necessarie per adeguare le modalità di prestazione del servizio alle esigenze degli utenti portatori di handicap”* (direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, pubblicata nella GU n. 43 del 22 febbraio 1994).

⁶⁹¹ *“I soggetti erogatori hanno l'obbligo di ispirare i propri comportamenti, nei confronti degli utenti, a criteri di obiettività, giustizia ed imparzialità. In funzione di tale obbligo si interpretano le singole clausole delle condizioni generali e specifiche di erogazione del servizio e le norme regolatrici di settore”* (direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, pubblicata nella GU n. 43 del 22 febbraio 1994).

⁶⁹² *“L'erogazione dei servizi pubblici, nell'ambito delle modalità stabilite dalla normativa regolatrice di settore, deve essere continua, regolare e senza interruzioni. I casi di funzionamento irregolare o di interruzione del servizio devono essere espressamente regolati dalla normativa di settore. In tali casi, i soggetti erogatori devono adottare misure volte ad arrecare agli utenti il minor disagio possibile”* (direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, pubblicata nella GU n. 43 del 22 febbraio 1994).

⁶⁹³ *“La partecipazione del cittadino alla prestazione del servizio pubblico deve essere sempre garantita, sia per tutelare il diritto alla corretta erogazione del servizio, sia per favorire la collaborazione nei confronti dei soggetti erogatori. L'utente ha diritto di accesso alle informazioni in possesso del soggetto erogatore che lo riguardano. Il diritto di*

Il rispetto di tali principi viene assicurato attraverso la definizione, ad opera dei gestori del servizio, di standard generali e standard specifici di qualità e quantità dei servizi: mentre i primi rappresentano obiettivi di qualità riferiti al complesso delle prestazioni rese, i secondi si riferiscono a ciascuna delle singole prestazioni rese all'utente.

Accanto alla definizione degli standard, altri strumenti previsti al fine di garantire i livelli qualitativi e quantitativi attesi consistono nella predisposizione di adeguati sistemi di informazione in favore degli utenti, aventi ad oggetto le condizioni economiche e tecniche per l'effettuazione dei servizi e gli esiti delle verifiche compiute sulla qualità del servizio reso, oltre che nella previsione di apposite procedure di reclamo che gli utenti medesimi possono esperire rivolgendosi all'ufficio a ciò preposto in seno al soggetto gestore.

L'accertamento della qualità del servizio reso, peraltro, costituisce l'oggetto di un'apposita relazione sui risultati conseguiti nell'esercizio, elaborata a cura del gestore e sottoposta al Comitato permanente per l'attuazione della carta dei pubblici servizi, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica⁶⁹⁵.

La centralità del ruolo delle carte di servizio è stata ribadita dalle più recenti disposizioni normative: le carte di servizio costituiscono lo strumento mediante il quale, nei rapporti tra soggetto gestore e utente, viene assicurata la soddisfazione dei bisogni di quest'ultimo ma anche, attraverso questa, il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'organizzazione ed erogazione del pubblico servizio medesimo⁶⁹⁶.

accesso è esercitato secondo le modalità disciplinate dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. L'utente può produrre memorie e documenti; prospettare osservazioni; formulare suggerimenti per il miglioramento del servizio. I soggetti erogatori danno immediato riscontro all'utente circa le segnalazioni e le proposte da esso formulate. I soggetti erogatori acquisiscono periodicamente la valutazione dell'utente circa la qualità del servizio reso, secondo le modalità indicate nel titolo successivo" (direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, pubblicata nella GU n. 43 del 22 febbraio 1994).

⁶⁹⁴ *"Ove sia consentito dalla legislazione vigente, l'utente ha diritto di scegliere tra i soggetti che erogano il servizio. Il diritto di scelta riguarda, in particolare, i servizi distribuiti sul territorio"* (direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, pubblicata nella GU n. 43 del 22 febbraio 1994).

⁶⁹⁵ Le carte di servizio devono uniformarsi agli schemi contenuti in appositi d.p.c.m. dedicati ai singoli settori, secondo quanto previsto dal d.p.c.m. del 19 maggio 1995, con il quale sono stati individuati i singoli settori (d.p.c.m. 19 maggio 1995 per i servizi pubblici sanitari; d.p.c.m. 7 giugno 1995 per i servizi scolastici; d.p.c.m. 18 settembre 1995 per il settore elettrico; d.p.c.m. 18 settembre 1995 per il settore del gas; d.p.c.m. 21 dicembre 1995 per i servizi del settore assistenziale e previdenziale; d.p.c.m. 30 gennaio 1996 per il servizio pubblico postale).

⁶⁹⁶ In questo senso, l'art. 4, comma 11, lett. g) del d.l. n. 138/2011, come già il previgente art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 ed il d.P.R. n. 168/2010, stabiliva che il bando di gara relativo all'affidamento del servizio dovesse contenere l'obbligo per il gestore di adottare le carte dei servizi. Ancora, ai sensi del comma 33-*bis* del menzionato art. 4, gli enti

Nel tentativo di operarne una definizione, in dottrina si è affermato che le carte di servizio costituiscono “*uno strumento giuridico e amministrativo volto a garantire il raggiungimento di soddisfacenti livelli di qualità ed efficienza del servizio pubblico e vanno inquadrare in un nuovo modo di intendere i rapporti tra amministrazione erogatrice e cittadini/utenti, sempre più visti nella loro dimensione di clienti dalle amministrazioni e aziende erogatrici di servizi pubblici*”⁶⁹⁷.

La natura giuridica delle carte di servizio può essere meglio intesa ove si consideri come esse troveranno ingresso nell’ambito degli atti disciplinanti il rapporto tra ente e soggetto gestore⁶⁹⁸. Invero, l’obbligo di predisposizione incombente in capo al gestore medesimo rende le carte di servizio elemento di valutazione dell’esatto adempimento del relativo rapporto; d’altro canto, in quanto essenzialmente rivolte agli utenti, le carte di servizio rappresenteranno la sede in cui indicare le condizioni generali alle quali si uniformeranno i contratti tra gestore e utenti, emergendo la chiara natura negoziale delle medesime.

Si è affermato come le carte di servizio rappresentino “*un’obbligazione unilaterale*” che il gestore assume nei confronti degli utenti, ai sensi dell’art. 1987 c.c., e, precisamente, una “*promessa al pubblico*”, nei termini di cui all’art. 1989 c.c.⁶⁹⁹.

Così condotta la ricognizione e l’analisi della natura giuridica degli strumenti che l’ordinamento prevede a garanzia dei diritti del consumatore-utente di un pubblico servizio, è necessario, ora, analizzare i mezzi di tutela – giurisdizionale e non – che l’ordinamento appronta in favore di tali soggetti per l’ipotesi in cui il gestore del servizio incorra in un’ipotesi di inadempienza⁷⁰⁰.

Quanto agli strumenti di tutela non giurisdizionale, le possibili controversie scaturenti dal rapporto tra utenti e soggetto erogatore del servizio possono trovare composizione attraverso il rimedio previsto dall’art. 30 della legge n. 69/2009.

affidatari erano tenuti “*a rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonché ogni ulteriore informazione necessaria*” al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative.

⁶⁹⁷ A. DI PIETRO, *Adozione e contenuto della Carta dei Servizi, strumento dello Stato regolatore a tutela dei consumatori-utenti*, in AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, 2001, 322. In senso analogo: R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 620 ss.

⁶⁹⁸ M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*, cit., 76.

⁶⁹⁹ S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, cit., 103; G. CAIA, *Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione*, cit., 935.

⁷⁰⁰ Si tralasciano, invece, le questioni inerenti all’eventuale inadempimento da parte dell’utente stesso e la questione dell’applicabilità o meno degli ordinari rimedi previsti dal diritto comune (S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, cit., 90).

La disposizione in parola prevede che le carte di servizio adottate dagli enti pubblici e dai soggetti privati, erogatori del servizio medesimo, debbano contemplare dei rimedi non giurisdizionali, alla cui promozione possono essere legittimati gli utenti, *uti singoli* ovvero come categoria. A questo scopo le carte di servizio devono contenere degli schemi-tipo, dei formulari, da utilizzare per la promozione della procedura conciliativa.

Il mancato rispetto degli standard di qualità del servizio costituisce, inoltre, il presupposto per l'ottenimento di un indennizzo, determinato in maniera automatica e forfetaria, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 286/1999.

Tale strumento, avente una funzione definita "*preventiva-dissuasiva*", consiste in una forma di "*responsabilità da atto lecito dannoso*", "*il cui presupposto consiste in una differenza oggettiva fra la prestazione promessa e la prestazione erogata dal gestore del servizio*"⁷⁰¹.

D'altro canto, tra i rimedi di carattere giurisdizionale, devono menzionarsi le azioni di cui al codice del consumo⁷⁰² e l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione, di recente introdotta nel nostro ordinamento per effetto del d.lgs. n. 198/2009.

Le controversie inerenti ai rapporti individuali di utenza esulano dall'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo afferendo a posizioni di diritto soggettivo e a rapporti di natura esclusivamente patrimoniale⁷⁰³.

Quanto ai rimedi previsti dal codice del consumo, accanto all'azione inibitoria di cui all'art. 140, volta a determinare la cessazione di una condotta lesiva assunta dal gestore del servizio, la cui legittimazione spetta, oltre che ai singoli, alle associazioni dei consumatori e degli utenti per la tutela degli interessi collettivi di questi, merita una particolare attenzione l'azione prevista dall'art. 140-bis del codice medesimo⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, cit., 154 ss. L'Atrice segnala, tuttavia, come la qualificazione dell'istituto non sia pacifica, potendosi riscontrare tesi volte a ricondurlo entro il meccanismo della clausola penale, ed ipotesi ricostruttive che, invece, lo assimilano ad una sanzione amministrativa.

⁷⁰² L'applicabilità del codice del consumo anche in relazione agli utenti di pubblico servizio può considerarsi pacifica in quanto ricompresi nella definizione di consumatore di cui all'art. 3 del codice medesimo (S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, cit., 84; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 4, 1149 ss.).

⁷⁰³ Cass. civ., Sez. un., 16 aprile 2004, n. 7265, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 3049; Cass. civ., Sez. un., 10 giugno 2003, n. 9297, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 6; in senso conforme: Cass., Sez. unite civ., 30 ottobre 2013, n. 24467.

⁷⁰⁴ L. FRATA, *L'art. 140 bis Cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 12, 1236 ss.; P. SCHLESINGER, *La nuova "azione di classe"*, in *Corr. Giur.*, 2011, 547; P. MONTALENTI, *La class action all'italiana: un prodotto difettoso?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011, 7; C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012.

L'azione, esercitabile per la tutela di diritti individuali ed omogenei degli utenti, può essere esperita da ciascun componente della 'classe', anche mediante associazioni munite di apposito mandato o comitati a cui l'utente partecipa, al fine di ottenere il risarcimento del danno conseguente, ad esempio, "*da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali*".

Se i rimedi giurisdizionali di cui si è fatto cenno intendono realizzare la piena tutela dell'utente, o degli utenti come categoria omogenea, mediante la condanna del gestore del servizio al diretto ristoro del pregiudizio patito in relazione alla inesatta esecuzione del rapporto contrattuale, detta tutela viene perseguita in via soltanto mediata attraverso l'esperimento della c.d. *class action* per l'efficienza della p.a.⁷⁰⁵.

Invero, il rimedio previsto dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, è finalizzato al ripristino del corretto ed efficiente espletamento del servizio in sé considerato, senza che, nell'ambito del relativo giudizio, possano trovare ingresso azioni risarcitorie.

Se la legittimazione attiva spetta ai "*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*", legittimati passivi, oltre alle pubbliche amministrazioni, sono gli stessi concessionari di un pubblico servizio.

Inoltre, se le azioni previste dal codice del consumo sono volte a tutelare un diritto soggettivo di carattere patrimoniale, l'azione per l'efficienza della p.a. intende salvaguardare un interesse diffuso, la cui violazione sia stata determinata dalla mancata emanazione, entro il termine stabilito dalla legge o da regolamento, di atti amministrativi generali obbligatori, ovvero, ancora, dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di pubblico servizio, dalle rispettive Autorità di regolazione del settore.

Altro carattere distintivo dell'azione per l'efficienza della p.a. rispetto a quelle previste dal codice del consumo attiene alla previsione, quale condizione di procedibilità del ricorso, della notificazione di una previa diffida all'amministrazione o al concessionario del servizio a cui si imputa la violazione.

Inoltre, mentre i rimedi di cui al codice del consumo sono esercitabili innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, l'azione di cui al d.lgs. n. 198/2009 rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A.

Malgrado le chiare differenze sussistenti tra i diversi rimedi esperibili, il legislatore ha inteso evitare la possibilità di intraprendere in via cumulativa le tutele di cui agli artt. 139, 140 e 140-*bis* del codice del consumo e, nel contempo, l'azione per l'efficienza della p.a.: quest'ultima, infatti, non sarà proponibile ove risulti instaurato e non definito uno dei

⁷⁰⁵ U.G. ZINGALES, *La class action pubblica e i suoi limiti nelle ipotesi di disfunzioni organizzative: una sentenza monito*, nota a TAR Lazio-Roma, Sez. I, 13 febbraio 2012, n. 1416, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 11, 1096.

giudizi previsti dal codice del consumo da parte di un organismo con funzioni di regolazione e controllo istituito con legge statale o regionale.

Ancora, ove le azioni di cui al codice del consumo siano radicate quando risulti già pendente il ricorso per l'efficienza della p.a., quest'ultimo rimarrà sospeso finché i primi non saranno definiti e, ove passi in giudicato una sentenza che li definisca nel merito, il ricorso per l'efficienza della p.a. diverrà improcedibile.

La circostanza che il Giudice amministrativo non possa pronunciare una statuizione di condanna al risarcimento del danno patito dall'utente ma possa soltanto, una volta accertati la violazione, l'omissione o l'inadempimento, ordinare alla p.a. o al concessionario *“di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”*, pare destinare tale strumento ad una scarsa applicazione pratica.

L'azione per l'efficienza della p.a., nel caso sia impiegata per censurare l'inefficienza di un pubblico servizio, assume il significato di strumento volto a consentire una sorta di controllo diffuso in ordine alla gestione del servizio medesimo, in considerazione del fatto che la sentenza di accoglimento pronunciata nei confronti di un concessionario sarà altresì *“comunicata all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina”*⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶ Art. 4, comma 4, d.lgs. 198/2009.

CAPITOLO II

LE SOCIETÀ PUBBLICHE COME OPERATORE ECONOMICO ED I RAPPORTI ECONOMICO-FINANZIARI CON L'ENTE SOCIO

1. Premessa. Le forme in cui opera una società pubblica, dalla legge sul procedimento amministrativo al codice dei contratti pubblici.

Nel precedente capitolo si è cercato di dare conto di come le società a partecipazione pubblica, dalla fase prodromica alla loro costituzione, alle peculiarità che connotano l'assetto delle forme di amministrazione e controllo, siano fortemente intrise di elementi rilevanti in una prospettiva giuspubblicistica.

Il momento genetico di tali società, al pari delle vicende che incidono sulla composizione della partecipazione al capitale sociale o che determinano effetti modificativi o estintivi, risulta caratterizzato dall'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'ente pubblico socio, atti che, pur rimanendo meramente prodromici rispetto alle corrispondenti vicende civilistiche inerenti alla vita delle società di capitali, sono retti dal diritto amministrativo e soggetti alla giurisdizione del G.A.

Il modo in cui trovano concreta attuazione i modelli di *corporate governance* previsti dal codice civile e la stessa previsione di una disciplina speciale quanto alla composizione dell'organo di amministrazione ed alla remunerazione dei relativi membri, denotano come la disciplina generale di diritto comune non sia in sé sufficiente ed adeguata rispetto alla regolamentazione di soggetti che, malgrado sotto il profilo formale assumano la veste di una società di diritto comune, possiedono una chiara vocazione pubblicistica.

Ciò che in senso atecnico e sintetico può definirsi come vocazione pubblicistica si inverte in una pluralità di elementi che potrebbero definirsi rivelatori della qualificazione giuridica delle società in parola: la gestione di risorse pubbliche alle quali l'ente pubblico socio imprime una particolare destinazione, l'espletamento di un'attività di certa rilevanza pubblicistica, rientrando l'assolvimento di un pubblico servizio tra le finalità istituzionali dell'ente socio, nonché, limitatamente alle società *in house*, la sussistenza di un rapporto di delegazione interorganica con l'ente medesimo.

Cionondimeno, anche ove si ritesse di poter predicare la natura pubblica delle società *in house*, se non, persino, di tutte le società a partecipazione pubblica esercenti un pubblico servizio, si tratterebbe di una tesi tutta da verificare attraverso la ricostruzione della disciplina applicabile a tali soggetti.

Per tale ragione, più che una premessa, l'individuazione della natura giuridica di tali soggetti dovrebbe piuttosto rappresentare il punto di arrivo di un percorso volto a verificare quanto esteso sia l'insieme delle disposizioni pubblicistiche rivolte a tali soggetti.

Per contro, nel condurre tale analisi dovrà tenersi in debita considerazione come l'individuazione della disciplina applicabile ad un dato soggetto non consenta di desumerne in maniera automatica la qualificazione soggettiva, ben potendo coesistere una qualificazione soggettiva in termini privatistici con la qualificazione pubblicistica della natura dell'attività esercitata da un determinato soggetto.

A riprova di tale assunto basti considerare come, da un lato, la pubblica amministrazione agisca secondo le norme di diritto privato nell'adozione di atti privi di natura autoritativa, e, dall'altro, i soggetti privati che siano preposti all'esercizio di attività amministrative debbano rispettare i principi di economicità, efficacia, imparzialità pubblicità e trasparenza secondo le modalità previste dalla legge sul procedimento amministrativo⁷⁰⁷.

Secondo la tesi prevalente, il disposto dell'art. 1, comma 1 *ter* della legge n. 241/1990 “*non costituisce un fondamento di carattere generale all'imputazione dei principi della funzione amministrativa ai soggetti che svolgono attività oggettivamente volte al perseguimento dell'interesse generale, bensì si limita a riconoscere che, anche ove svolta dai privati, l'attività amministrativa – definibile come tale in base al settore normativo di riferimento – sia assoggettata alle regole generali proprie*”⁷⁰⁸.

Se l'ordinamento generalmente ammette una dicotomia tra qualificazione del soggetto e qualificazione della natura dell'attività esercitata, ciò dovrà tenersi in debita considerazione anche con riferimento alla soluzione del problema in esame.

A tale ordine di considerazioni deve aggiungersi che, nelle ipotesi in cui il legislatore dispone l'applicazione alle società a partecipazione pubblica di norme dettate, in via generale, per le pubbliche amministrazioni o per alcune di queste, ciò non è avvenuto attraverso l'inclusione delle

⁷⁰⁷ Art. 1, commi 1-*bis* e 1- *ter* l. 7 agosto 1990, n. 241. Sul punto: S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, cit., 33. L'Autrice sottolinea come il comma 1-*ter* si rivolga anche alle società eroganti un pubblico servizio. Per un più ampio studio della legge sul procedimento amministrativo: F. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corriere giur.*, 2011, 3, 301.

⁷⁰⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 263.

predette società nel novero degli enti pubblici, così espressamente riconoscendone una determinata qualificazione soggettiva.

Più semplicemente, nel dettare una certa disciplina il legislatore, al fine di individuare, sotto il profilo soggettivo, il novero dei soggetti destinatari della medesima, ha spesso accostato alla categoria degli enti pubblici quella delle società partecipate.

Dal tenore letterale delle disposizioni di riferimento potrebbe, dunque, ritenersi che il legislatore, lungi dal considerare le società pubbliche un tipo di ente pubblico, abbia considerato tali soggetti come categoria separata e distinta.

A riprova di come il legislatore spesso consideri le società pubbliche come categoria a sé stante, che si aggiunge, si affianca, e non si confonde, con quella di pubblica amministrazione, basti richiamare la lettera di alcune disposizioni.

L'art. 29, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel definire l'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo, stabilisce l'applicabilità delle relative disposizioni anche "*alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative*".

Ancora l'art. 2, commi 2 e 4 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, sancisce l'applicazione del codice dell'amministrazione digitale⁷⁰⁹ alle società interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate con determinazione annuale da parte dell'ISTAT.

La disciplina relativa all'accesso ai documenti informatici e la fruibilità delle informazioni digitali, peraltro, trova applicazione nei confronti di tutti i soggetti gestori di servizi pubblici, indipendentemente dal

⁷⁰⁹ I. MACRÌ, *La disponibilità dei servizi nell'amministrazione digitale. Le linee guida per il disaster recovery*, in *Azienditalia*, 2012, 12, 829; I. MACRÌ, *I dati delle pubbliche amministrazioni fra adempimenti e opportunità*, in *Azienditalia*, 2012, 7, 533; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5; F. TENTONI, *Organizzazione e nuove tecnologia nel "nuovo" codice dell'amministrazione digitale*, in *Azienditalia*, 2011, 6, 459; E. CARLONI, *La riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5, 469; F. TENTONI, *La 'riforma' della trasparenza amministrativa negli enti locali*, in *Azienditalia*, 2010, 10, 742; C. FACCHINI, *Informazioni e comunicazioni di servizio verso le imprese*, in *Azienditalia*, 2010, 1, 26; E. CARLONI, *Le prospettive dell'e-governement nella Repubblica delle autonomie*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 4, 453; D. MARONGIU, *Le fonti del diritto e l'amministrazione digitale: l'armonizzazione tra livelli di normazione nell'attuale sistema*, in *Dir. Internet*, 2006, 6, 600; S. SITZIA, *Informazione, nuove tecnologie e cambiamenti relazionali tra p.a. e cittadini*, in *Dir. Internet*, 2006, 6, 615; G. VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 1, 35; S. VENANZI, *La direttiva per la qualità dei servizi on line e la misurazione della soddisfazione degli utenti*, in *Dir. Internet*, 2006, 1, 94; F. DELFINI, *D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82: il Codice dell'amministrazione digitale*, in *Contratti*, 2005, 8-9, 807; A. NATALINI, *La semplificazione e la digitalizzazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, 8, 809.

fatto che essi abbiano la forma di società a partecipazione pubblica, segno di come la *ratio* dell'estensione di tale settore normativo trovi giustificazione nella natura dell'attività esercitata, non tanto con riguardo alla natura del soggetto.

Sulla scorta di tali questioni di fondo, nei successivi paragrafi e nel capitolo conclusivo si affronteranno alcuni specifici settori normativi al fine di inquadrare in maniera compiuta quanto importante sia l'inclusione delle società a partecipazione pubblica esercenti un pubblico servizio nel campo di applicazione dei diversi ambiti del diritto amministrativo.

2. Società pubbliche e procedure ad evidenza pubblica. Obbligo di indizione.

Adottando la prospettiva innanzi accennata, si intende rivolgere l'attenzione al codice dei contratti pubblici e, precisamente, alla estensione del dovere di procedere alla stipulazione di contratti di lavori, servizi e forniture, previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

Al fine di stabilire se, ed in quale misura, il d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, sia destinato a trovare applicazione nei confronti delle società pubbliche esercenti un pubblico servizio vengono in rilievo, essenzialmente, tre disposizioni: l'art. 3, comma 26, quanto alla nozione di organismo di diritto pubblico, l'art. 3, comma 28, quanto alla definizione di impresa pubblica, e l'art. 32, il quale indica altri soggetti aggiudicatori.

La determinazione del campo di applicazione soggettivo del codice dei contratti pubblici è alquanto complessa⁷¹⁰.

Accanto alle “*amministrazioni aggiudicatrici*” - tra le quali rientrano 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, alle quali si applica il complesso delle disposizioni del codice - l'art. 3 del codice distingue gli “*enti aggiudicatori*”, destinatari dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V, categoria che comprende, oltre che le stesse amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, 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.

Gli “*altri soggetti aggiudicatori*”, ai soli fini della parte II del codice, comprendono i soggetti privati espressamente assoggettati all'osservanza delle disposizioni del codice, laddove, ancora, con l'espressione “*stazione*

⁷¹⁰ F. CARINGELLA, *I soggetti aggiudicatori*, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. De Nictolis, Milano, 2007, 280 ss.

appaltante” si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all’articolo 32.

Si tratta di stabilire, pertanto, in quale misura le società pubbliche, *in house* e a capitale misto, esercenti un pubblico servizio e, finanche, gli stessi soggetti privati dediti all’erogazione di un pubblico servizio, siano sottoposti alla disciplina del codice dei contratti pubblici.

I tratti distintivi, e differenziali, tra i soggetti *in house* e le società a capitale misto, di cui si è cercato di dare conto, inducono, ora, a porre ulteriormente in luce le analogie tra gli istituti sin qui evidenziati rispetto ad altre categorie soggettive, talvolta impiegate dal legislatore.

Premessa una sintetica ricostruzione della figura delle imprese pubbliche e degli organismi di diritto pubblico, si cercherà di verificare se le particolari figure soggettive oggetto della presente analisi siano riconducibili entro tali categorie, onde ricostruire la disciplina applicabile.

L’organismo di diritto pubblico è una nozione che, in dottrina, è stata definita come avente carattere funzionale all’applicazione della disciplina posta dal diritto comunitario⁷¹¹.

La novità della nozione di organismo di diritto pubblico si è congiunta con una rapida espansione di figure giuridiche formalmente private, ma con finalità di rilievo pubblicistico⁷¹².

In questa prospettiva, con la nozione di organismo di diritto pubblico, l’ordinamento europeo – dal quale la nozione trae origine – ha inteso impedire la fuoriuscita dall’ambito di applicazione delle norme pubblicistiche di soggetti ritenuti sostanzialmente pubblici⁷¹³.

Nella nozione di organismo di diritto pubblico vengono ricondotti soggetti che, indipendentemente dalla loro veste giuridica, pubblica o privata, rispondano contemporaneamente a tre condizioni: devono essere istituiti per soddisfare bisogni d’interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; devono avere personalità giuridica; devono essere finanziati, gestiti o controllati dallo Stato, dagli enti pubblici o da altri organismi di diritto pubblico, o il loro organo d’amministrazione, direzione

⁷¹¹ M.P. CHITI, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 8 ss.; R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura R. Garofoli e M.A. Sandulli, Milano, 2005, 155 ss.; G. MARI, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 9, 2335; F. CINTIOLI, D. IELO, *I profili soggettivi*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Tomo I, Padova, 2014, 259 ss.

⁷¹² M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, III ed., Milano, 2004, 332; G. SIGISMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 1, 52.

⁷¹³ V. CAPUTI, A. JAMBRENGHI, *L’organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13.

o vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti pubblici o da altri organismi di diritto pubblico (art. 3, comma 26 del codice appalti)⁷¹⁴.

Quanto alla prima condizione, elemento utile a qualificare un ente organismo di diritto pubblico è il riferimento alle finalità istitutive: ove vi sia un vincolo statutario all'esercizio di attività non aventi carattere industriale o commerciale, l'ente sarà di certo organismo di diritto pubblico.

Il problema della compresenza di due tipi di attività, l'una a carattere industriale e commerciale e l'altra priva di tale carattere, è stato risolto facendo riferimento al momento genetico dell'ente, ovvero al fatto che questo debba essere stato specificatamente istituito per soddisfare bisogni non industriali o commerciali.

Se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è da escludere che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale⁷¹⁵.

Secondo un meno rigoroso orientamento, che, tuttavia, si rivela prevalente, lo svolgimento di un'attività industriale o commerciale non costituisce, in sé, un elemento idoneo ad escludere la qualificazione di un soggetto in termini di organismo di diritto pubblico essendo sufficiente, secondo un approccio funzionale, che il fine ultimo perseguito sia la soddisfazione di un bisogno di interesse generale, anche ove l'attività sia svolta in modo da garantire la copertura dei costi con i ricavi della gestione⁷¹⁶.

Quanto al secondo profilo, deve ritenersi che integri un'attività soddisfacente bisogni d'interesse generale, non solo quella posta in essere da un soggetto strumentale all'amministrazione, diretto a soddisfare immediatamente bisogni attinenti alla cura dell'interesse pubblico cui quest'ultima è preposta, ma altresì l'attività limitata alla creazione delle condizioni che consentiranno la soddisfazione dei bisogni di interesse generale da parte di soggetti terzi i quali, peraltro, opereranno secondo comune logica imprenditoriale⁷¹⁷.

L'organismo di diritto pubblico, per essere tale, deve possedere personalità giuridica: se l'assenza di tale requisito impedisce l'individuazione di un organismo di diritto pubblico, tuttavia non preclude la possibilità di qualificare la stessa organizzazione come amministrazione aggiudicatrice perché parte dell'organizzazione dello Stato, o di un ente pubblico territoriale o di un'associazione tra questi. L'individuazione della nozione di personalità giuridica si risolve essenzialmente nell'imputabilità

⁷¹⁴ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 9.

⁷¹⁵ Cass., Sez. Unite, 7 aprile 2010, n. 8225.

⁷¹⁶ F. CINTIOLI, D. IELO, *I profili soggettivi*, cit., 262 ss.

⁷¹⁷ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 91.

di situazioni giuridiche soggettive, e nella legittimazione, come presupposto per il trasferimento a terzi di tali situazioni giuridiche soggettive⁷¹⁸.

Quanto al terzo requisito, ciascuno dei criteri alternativi prescritti riflette una situazione di stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico.

Un soggetto sarà organismo di diritto pubblico se nei suoi confronti un'amministrazione aggiudicatrice esercita un'influenza pubblica dominante, la quale trova definizione in tre enunciati alternativi: il finanziamento maggioritario, la nomina degli organi, il controllo sull'attività di gestione. Con la locuzione "influenza pubblica dominante" si vuole esprimere il legame che unisce, anche in via indiretta, l'organismo ad un'altra p.a., sia essa lo Stato, un ente pubblico territoriale o altro organismo di diritto pubblico⁷¹⁹. L'organismo sottoposto ad influenza pubblica dominante di altro organismo di diritto pubblico deriverà, dunque, da questo la propria natura di amministrazione aggiudicatrice e questo, a sua volta, presuppone l'esistenza di altra p.a. che eserciti su di esso un controllo e così via, sino a giungere ad un'amministrazione aggiudicatrice tradizionale che trasmetta la propria qualificazione agli organismi su cui svolge un'influenza dominante⁷²⁰.

La definizione d'influenza pubblica dominante non impone che questa sia esercitata sull'organismo di diritto pubblico da un'unica amministrazione aggiudicatrice. L'influenza dominante può risultare dall'insieme di finanziamenti pubblici, dei poteri di nomina connessi a partecipazioni al capitale sociale o di poteri di controllo sull'attività facenti capo ad una pluralità di distinte p.a., come avviene nel caso dei consorzi o di associazioni tra organismi di diritto pubblico o tra enti pubblici territoriali in cui il controllo è ripartito proporzionalmente tra i consorziati/associati.

Si rende necessario esaminare separatamente i tre requisiti, ciascuno di per sé sufficiente a configurare la sussistenza dell'influenza dominante sull'ente.

Anzitutto, vi è influenza pubblica dominante quando "*l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*". Il termine finanziamento è di solito utilizzato per designare ogni rapporto, sia esso una sovvenzione, un incentivo o un finanziamento in senso stretto, concesso da una p.a. al fine di consentire investimenti altrimenti non remunerativi.

L'influenza dominante si configura di certo per i contributi a fondo perduto che l'ente beneficiario non è obbligato a restituire, non invece per

⁷¹⁸ G. L. PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1993.

⁷¹⁹ D. CASALINI, op. cit., 118.

⁷²⁰ Cons. Stato, Sez. V, 1 aprile 2000, n. 2078, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 528, con nota di F. CARINGELLA, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*.

quelli che costituiscono il corrispettivo di prestazioni fornite da questo all'amministrazione aggiudicatrice erogante. Invece, le attribuzioni prive di corrispettivo, poste in essere da una p.a. al fine di perseguire un interesse pubblico, sono da considerarsi finanziamento ai fini della configurabilità di una situazione di influenza.

Quanto al carattere maggioritario del finanziamento pubblico, si devono considerare unitariamente tutte le entrate finanziarie dell'ente, valutando se l'insieme dei proventi derivanti da soggetti pubblici costituisca la metà più uno del gettito finanziario complessivo dell'ente⁷²¹. La qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico deve avvenire considerando il bilancio relativo all'esercizio finanziario nel corso del quale avviene la procedura di aggiudicazione dell'appalto. La situazione di finanziamento maggioritario deve essere valutata sulla base dell'insieme delle entrate finanziarie di cui un ente usufruisce, e tale situazione può modificarsi ad ogni esercizio finanziario, determinando l'esigenza di accertare periodicamente il permanere, o l'insorgere, di una situazione di finanziamento pubblico maggioritario.

Ove la qualificazione di un ente dipenda esclusivamente da una situazione d'influenza pubblica per finanziamento maggioritario, si deve ammettere che la natura dell'ente possa mutare e debba essere accertata con la stessa periodicità con cui varia negli anni la natura giuridica delle sue fonti di finanziamento.

L'influenza pubblica dominante può anche esercitarsi attraverso la nomina o designazione in un ente della maggioranza dei componenti dei suoi organi di amministrazione, o di direzione, o di vigilanza. Per questa ipotesi si parla anche di controllo strutturale, per distinguerla dal terzo caso d'influenza dominante detta controllo sull'attività.

Gli organi di amministrazione o direzione rilevanti per la definizione in esame sono gli organi di vertice di un ente preposti alla sua gestione, competenti a svolgere ogni attività di attuazione dell'oggetto sociale o di esercizio delle attribuzioni istituzionali di questo.

Il potere di nomina che consente l'esercizio di un'influenza dominante potrà derivare dalla partecipazione maggioritaria della p.a., da una situazione di controllo che dia luogo ad un gruppo di società verticale o orizzontale, da poteri speciali attribuiti dalla legge o dallo statuto, o dalla stipulazione di patti parasociali, da cui risulti l'apporto decisionale delle amministrazioni aggiudicatrici sulla nomina della maggioranza dei componenti l'organo di amministrazione, direzione, o vigilanza dell'ente.

Nell'ipotesi del gruppo di società il controllo degli organi può essere assicurato da una partecipazione sociale anche inferiore al 50% più uno del

⁷²¹ D. CASALINI, cit., 130. Nel senso che non si abbia finanziamento pubblico maggioritario quando l'organismo sia finanziato in modo maggioritario per effetto dei contributi versati dai suoi membri, si veda: CGCE, 12 settembre 2013, causa C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG c. Arztekkammer Westfalen-Lippe*, in www.curia.europa.eu.

capitale: è infatti sufficiente che la p.a. sia configurabile come società controllante *ex art. 2359 c.c.* L'art. 2359 c.c. individua tre ipotesi alternative idonee a configurare il controllo di una società su un'altra società o, come in questo caso, di un'amministrazione aggiudicatrice su un altro organismo: la disponibilità della maggioranza dei voti in assemblea (controllo azionario), l'esercizio di un'influenza dominante in virtù dei voti di cui dispone in assemblea (controllo di fatto) o in conseguenza di particolari vincoli contrattuali.

Il rapporto di controllo in considerazione dei voti di cui si dispone può essere diretto o indiretto, qualora tra l'amministrazione controllante e l'organismo controllato si frappongano uno o più enti a loro volta soggetti ad influenza pubblica da parte della prima. Rientra in tale ipotesi il caso della *holding* o del gruppo di società al cui vertice sia posta un'amministrazione aggiudicatrice che detiene il controllo degli organi tramite le società controllate.

Per quanto riguarda, più in dettaglio, il criterio del controllo della gestione, la Corte di giustizia ha chiarito che tale controllo deve creare una dipendenza nei confronti dei poteri pubblici equivalente a quella che esisterebbe se uno degli altri due criteri alternativi fosse soddisfatto.

Il controllo sulla gestione sembra raffigurare l'ipotesi residuale di influenza pubblica dominante: solo qualora non sussista un legame strutturale tra l'ente e la p.a. occorre accertare se il controllo sulla gestione sia da solo idoneo a determinare una situazione di influenza pubblica simile a quella che si avrebbe in caso di finanziamento maggioritario o di potere di nomina della maggioranza dei membri degli organi di vertice⁷²².

Le tre ipotesi alternative d'influenza pubblica devono tendere al medesimo risultato, hanno la medesima *ratio*: devono cioè consentire alla p.a. controllante di influenzare le decisioni dell'organismo controllato.

Il tipo di controllo che la p.a. esercita sull'organismo di diritto pubblico può porsi in relazione con il tipo di prestazione che l'ente controllato è incaricato di produrre. Qualora la prestazione debba essere fornita in quantità e qualità standardizzabili (per esempio, la fornitura di energia e di acqua), la conformità della prestazione alle esigenze d'interesse pubblico può essere controllata a campione e a tal fine è sufficiente un controllo sulla gestione; dove invece la prestazione assuma caratteri specifici e diversificati risulta più indicato un controllo strutturale.

Il controllo strutturale avviene a monte della prestazione e consente di gestire direttamente l'organizzazione dell'attività al fine di assicurare la conformità di questa all'interesse pubblico perseguito. Il controllo sulla gestione, invece, interviene sulla prestazione già prodotta, alla conclusione del ciclo, e l'esito del controllo potrà influenzare *ex post* l'attività futura

⁷²² AA. VV., *Le nuove leggi amministrative – Codice dei contratti pubblici: commento al d. lvo. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, Milano, 2007, 67.

indirizzando la gestione in conformità agli *standards* stabiliti dalla p.a. controllante.

Il controllo sulla gestione è stato solitamente valutato dalla giurisprudenza congiuntamente al controllo strutturale come idoneo a configurare una situazione d'influenza dominante⁷²³, mentre più difficile è individuare quali ipotesi di controllo sulla gestione siano da sole in grado di determinare un'influenza pubblica di questo tipo.

Quest'ultima, nelle ipotesi in cui dipende esclusivamente da un controllo sull'attività, si ritiene esistente quando per controllo sull'attività s'intende una dipendenza riguardo ai poteri pubblici equivalente a quella che si avrebbe in caso di finanziamento maggioritario o di potere di nomina della maggioranza dei componenti gli organi dell'ente, come il potere di scioglimento dell'ente e di nomina di un liquidatore in caso di gravi irregolarità, carenza degli organi di vertice o dell'attività svolta, il potere di ingiungere la cessione dei beni che eccedano il limite legale previsto e i poteri di ispezione.

Un mero controllo a posteriori sulla gestione non può ritenersi soddisfacente del criterio citato, in quanto, per definizione, tale controllo non consente alle pubbliche autorità di influenzare le decisioni dell'organismo interessato. Soddisfa, invece, il medesimo criterio il potere dell'amministrazione di visitare il locale e gli impianti aziendali dell'organismo, e riferire sul risultato di tali verifiche all'amministrazione che detenga il capitale del medesimo⁷²⁴. Il controllo sull'attività deve consentire alla p.a. di partecipare alla gestione dell'ente controllato: idoneo a tal scopo è un controllo sul bilancio d'esercizio dell'ente che consente di verificare che la gestione sia esatta regolare, improntata a risparmio, redditizia e razionale.

È importante analizzare, ora, se un soggetto *in house* o una società a capitale misto possano, al contempo, qualificarsi come organismi di diritto pubblico.

In primo luogo, si tratta di verificare se sussista un rapporto di sovrapposizione ovvero di diversità tra il requisito, costitutivo della nozione di organismo di diritto pubblico, della sottoposizione all'influenza pubblica dominante e quello, necessario per l'affidabilità *in house* della prestazione, rappresentato dalla sottoposizione del soggetto ad un controllo analogo a quello che l'affidante esercita sui propri servizi.

Il controllo analogo, diversamente dall'influenza pubblica dominante desumibile anche da un finanziamento maggioritario all'attività, presuppone

⁷²³ CGCE, sentenza dell'1 febbraio 2001, causa C- 237/99, Commissione contro Repubblica francese.

⁷²⁴ CGCE, sentenza del 27 febbraio 2003, causa C- 273/00, *Adolf Truley*, in www.curia.europa.eu.

sempre un controllo di tipo strutturale⁷²⁵, il solo idoneo ad attestare quell'ingerenza pubblica sull'organizzazione imprenditoriale tale da far assumere all'affidatario natura di prolungamento organizzativo dell'amministrazione controllante.

Appare chiara, allora, la maggiore pregnanza del requisito del controllo analogo rispetto a quello della sottoposizione ad influenza pubblica dominante: se il primo comprende il secondo non può dirsi sempre vero l'assunto inverso.

Se, dunque, nei soggetti *in house* la sussistenza del requisito del controllo analogo riconduce ad un rapporto più stringente rispetto a quello sotteso all'idea di influenza pubblica dominante, diverse sono le considerazioni che possono svolgersi in ordine alla possibilità che una società mista si possa qualificare come organismo di diritto pubblico.

Invero, nelle società miste, la posizione di controllo espletata dall'ente pubblico socio dipenderà, in larga misura, dall'entità della partecipazione che, ove minoritaria, non integrerà il requisito dell'influenza pubblica dominante, con conseguente impossibilità di qualificare il predetto soggetto – ove non concorrano altre figure sintomatiche dell'influenza medesima – come organismo di diritto pubblico.

In secondo luogo, se un organismo di diritto pubblico può qualificarsi come tale in quanto l'attività da lui svolta è priva del carattere industriale o commerciale, quanto all'affidamento *in house*, invece, non sussiste un'analoga limitazione.

In definitiva, dunque, il campo in cui una società *in house* o a capitale misto, quale soggetto gestore di un pubblico servizio, potrà rilevare anche quale organismo di diritto pubblico, sarà, esclusivamente, il campo dei servizi sociali, privi di rilevanza economica⁷²⁶.

Venendo alla nozione di impresa pubblica, il comma 28 dell'art. 3 del codice dei contratti pubblici come esse siano *“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, requisito che richiama quello caratterizzante anche l'organismo di diritto pubblico, si ritiene *“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 dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di*

⁷²⁵ Per una definizione in questi termini del requisito del controllo analogo, si veda: D. CASALINI, cit., 260 e ss.

⁷²⁶ B. RINALDI, *Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica*, cit., 1892 ss.

nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa".

Nell'ambito dell'ordinamento europeo, specie alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la nozione di impresa prescinde dalla specifica forma giuridica assunta da una data organizzazione nell'ambito dell'ordinamento del singolo Stato membro⁷²⁷.

Dal chiaro tenore letterale della disposizione normativa può ritenersi che mentre può considerarsi pacifica la riconduzione delle società *in house* entro il perimetro della nozione di impresa pubblica, per le società miste dovrà operarsi una valutazione caso per caso, onde verificare la ricorrenza di una influenza pubblica dominante.

D'altro canto, nemmeno la distinzione tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica può dirsi pacifica. Il *discrimen* tra le due figure, infatti, non può individuarsi nell'esercizio di un'attività avente, o meno, carattere imprenditoriale, posto che ben possono esservi imprese pubbliche che non perseguono un'attività propriamente industriale o commerciale, con tutto ciò che ne consegue in termini di sovrapposibilità tra le due figure⁷²⁸.

Al fine di stabilire quanto importante sia l'estensione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici alle società a partecipazione pubblica esercenti un pubblico servizio è necessario analizzare, da ultimo, il disposto dell'art. 32 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁷²⁹.

La disposizione, dedicata alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli "altri soggetti aggiudicatori", stabilisce che il Titolo I della Parte II, così come le Parti I, IV e V, si applichino, se di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, anche ai contratti di "lavori, servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non

⁷²⁷ Per una disamina della nozione di impresa pubblica si rinvia a: V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., 768; G. CAGGIANO, *Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizi di interesse economico generale*, in AA.VV., *L'impresa europea di interesse generale*, a cura di G. Rossi, Milano, 2006, 20 ss.

⁷²⁸ In questo senso: G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 64.

⁷²⁹ S. MARTINO, *Commento all'art. 32*, in AA.VV., *Codice degli appalti pubblici annotato con dottrina giurisprudenza e formule*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, Tomo I, VI edizione, Roma, 2011, 357 ss.; L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Società per azioni ed organismi di diritto pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2012, 5, 625; S. MORRONE, *Commento agli artt. 29-33*, cit., 289 ss.; G. SIGISMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del Giudice amministrativo*, cit., 52; P. PETTINELLI, *Articolo 32 del codice unico dei contratti pubblici: coordinamento ed armonizzazione tra l'ordinamento interno e norme comunitarie*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2009, 3, 305. *Ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in www.giustizia-amministrativa.it; Corte di giustizia 6 dicembre 2007, in cause riunite C-463/04 e C-464/04; 26 marzo 2009, n. C-326/07; 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99, in www.curia.europa.eu; Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10 e 4 agosto 2011, n. 17, in www.giustizia-amministrativa.it.

maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali" (lett. c).

Alle medesime disposizioni del codice dei contratti pubblici sono soggetti i contratti di *"lavori, affidati da soggetti privati, di cui all'allegato I, nonché lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei lavori"* (lett. d), gli *"appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'i.v.a., sia pari o superiore a 211.000 euro, allorché tali appalti sono connessi ad un appalto di lavori di cui alla lettera d) del presente comma, e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi"* (lett. e).

Parimenti, l'estensione di parte delle disposizioni del codice dei contratti pubblici⁷³⁰ sono previste per i *"lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice"* (lett. f).

Se l'estensione del regime delle procedure ad evidenza pubblica alle società con partecipazione pubblica anche minoritaria, alle condizioni di cui alla lett. c), pare trovare giustificazione nella peculiare condizione soggettiva delle società medesime, è necessario evidenziare come l'estensione delle predette regole anche ai concessionari di servizi, nei limiti di cui alla lett. f), ed agli appalti affidati da soggetti privati, in quanto beneficiari dei finanziamenti di cui alla lett. e), pare trovare una giustificazione diversa dalla particolare natura del soggetto aggiudicatore.

Quanto alle ipotesi di cui alla lett. f), la ragione dell'estensione delle regole dell'evidenza pubblica appare connessa all'interesse pubblico sotteso alla realizzazione di opere destinate a divenire di proprietà della p.a., oltre che nell'esigenza di imporre il previo espletamento delle procedure ad

⁷³⁰ Precisamente, ai soggetti *"di cui al comma 1, lettere d), e), f), g) non si applicano gli articoli 63; 78, comma 2; 90, comma 6; 92; 128; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo. Ai soggetti di cui al comma 1, lettere c) ed h), non si applicano gli articoli 78, comma 2; 90, comma 6; 92; 128; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo"* (art. 32, comma 2, codice dei contratti pubblici).

evidenza pubblica in vista della realizzazione di opere che, nonostante l'interposizione del concessionario, sono comunque destinate ad essere acquisite dalla p.a. la quale, se ne avesse in proprio disposto la realizzazione, avrebbe dovuto agire nel rispetto delle procedure predette⁷³¹.

Stando alla lettera di tale disposizione, pertanto, non per tutti i lavori indetti dal concessionario di pubblico servizio vige l'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica, ma soltanto per alcune precise fattispecie.

Quanto alle ipotesi di cui alla lett. e), pare proprio la natura pubblica delle risorse impiegate per il sostenimento dei costi connessi al contratto ad imporre il rispetto, in parte qua, delle disposizioni del codice dei contratti pubblici.

A tali disposizioni fondamentali vanno poi ad aggiungersi ulteriori disposizioni di carattere speciale.

L'art. 113, comma 5-ter, TUEL - con una disposizione che, in quanto non incompatibile con l'art. 23-bis, può ritenersi ancora vigente – prevede che, ove *“la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure ad evidenza pubblica, ovvero in economia”*. Invece, se l'affidamento della gestione della rete è avvenuto previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, allora *“il soggetto gestore può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete, purché qualificato ai sensi della normativa vigente e purché la gara espletata abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete, sia l'esecuzione dei lavori connessi”*. Se, invece, la gara espletata ha avuto ad oggetto la sola gestione del servizio relativo alla rete, *“il gestore deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica”*.

La disposizione in parola pare trovare giustificazione nell'esigenza di evitare che l'ottenimento di una posizione di vantaggio nel mercato, per effetto dell'attribuzione di un diritto speciale o esclusivo senza previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, consenta all'affidatario di svolgere attività ulteriori rispetto a quelle ad oggetto dell'originario affidamento, impedendosi che quest'ultimo diventi occasione per l'acquisizione di ulteriori posizioni di vantaggio sul mercato. In questo senso, dunque, si evita altresì che la conclusione di contratti, a valle, avvenga ancora una volta senza che siano rispettate procedure ad evidenza pubblica.

⁷³¹ Nel senso che le condizioni previste dalla norma si realizzino non soltanto quando l'opera sia di proprietà della p.a. sin dalla sua realizzazione ma anche ove l'opera sia destinata ad essere trasferita alla p.a. alla scadenza della concessione si veda: G. GRECO, N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice*, cit., 254.

Diverso, invece, era il tenore dell'art. 4, comma 15, del d.l. n. 138/2011 e ss.mm.ii., così come già previsto dal previgente art. 6 del d.P.R. n. 168/2010, il quale, prima di venire dichiarato incostituzionale, sanciva per “*le società cosiddette in house e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali*” l’obbligo di applicare le procedure di cui al codice dei contratti pubblici per l’acquisto di beni e servizi⁷³².

Inoltre, l’art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, al comma 6, sancisce, ancora una volta ed in via più generale, l’obbligo per le società *in house* di procedere all’acquisto di beni e servizi previo espletamento delle procedure ad evidenza pubblica disciplinate dal codice dei contratti pubblici.

Alla luce del quadro normativo di riferimento, può affermarsi come le disposizioni dettate *ad hoc* nell’ambito della disciplina della gestione dei pubblici servizi, ed ora in parte espunte dall’ordinamento, avessero una limitata valenza innovativa in quanto in parte sovrapposte alle prescrizioni contenute nel codice dei contratti pubblici in ordine al campo soggettivo di applicazione.

Riassumendo le considerazioni sopra esposte, ove le società in parola siano sussumibili entro la categoria degli organismi di diritto pubblico, dovranno applicare le regole dell’evidenza pubblica in occasione di tutti i contratti, inerenti o meno alla missione istituzionale loro affidata.

Ove le società *in house* e a capitale misto considerate siano sussumibili soltanto entro la nozione di impresa pubblica ma non in quella di organismo di diritto pubblico, l’obbligo di indire una procedura di evidenza pubblica sussiste solo per le società operanti nei settori speciali del gas, dell’energia, dei trasporti e degli aeroporti, e soltanto per i contratti strumentali alle predette attività⁷³³.

Tale regime mira a garantire la concorrenzialità del settore complessivamente considerato, intendendo impedire che la presenza di diritti speciali ed esclusivi precludano la competitività dei mercati a valle.

Infine, in tale quadro si innestano le previsioni di cui all’art. 32 del codice in ordine agli enti aggiudicatori, tra i quali si collocano le società a partecipazione pubblica destinate alla produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, ivi comprese quelle dedite alla gestione di un pubblico servizio e, in secondo

⁷³² Il successivo comma 16 dell’art. 4 cit., quanto all’ambito di applicazione dell’art. 32 del d.lgs. n. 163/2006, ancora una volta riproducendo l’art. 6, comma 2 del d.P.R. n. 168/2010, così disponeva: “*L’articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale la società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio*”.

⁷³³ Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2326.

luogo, ai soggetti privati per i quali l'estensione del regime pubblicistico si giustifichi per la peculiare attività esercitata.

Se, dunque, in forza delle disposizioni del codice dei contratti pubblici, alle società *in house* e a capitale misto esercenti un pubblico servizio si applicano, salvo alcune deroghe, le disposizioni previste dal codice dei contratti pubblici e nei limiti innanzi accennati⁷³⁴, il comma 6 dell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 generalizza, per le sole società *in house* esercenti un pubblico servizio, l'obbligo di acquisire beni e servizi previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

Nel contesto così individuato si collocano, inoltre, le disposizioni volte ad estendere, in parte qua, le disposizioni in materia di mercato elettronico della p.a.

Così, l'art. 1, comma 7, del d.l. n. 95/2012 prevede l'obbligo anche per le società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, inserite nel conto economico consolidato della p.a. di approvvigionarsi, quanto ad energia elettrica, gas, carburanti, combustibili per il riscaldamento, telefonia fissa e mobile, attraverso le convenzioni e gli accordi quadro predisposti da Consip S.p.a. e dalle centrali di committenza regionali, salva la possibilità di ricorrere a modalità diverse se tali da far spuntare un corrispettivo inferiore. Per gli altri settori merceologici, la conclusione di contratti a mezzo delle convenzioni Consip S.p.a. ovvero ricorrendo al mercato elettronico della pubblica amministrazione è una mera facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25 del codice dei contratti pubblici.

La definizione dell'ambito soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici rileva anche sotto il profilo processuale.

Invero, l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), riconduce entro l'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie "*relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto del procedimento di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*"⁷³⁵.

Tale disposizione, tuttavia, non ha l'effetto di attrarre entro la giurisdizione esclusiva del G.A. anche le controversie relative all'affidamento di appalti da parte di soggetti che, nonostante non siano tenuti *ex lege* all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica,

⁷³⁴ G. GRECO, N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del Codice*, cit., 252.

⁷³⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253; Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7578, tutte in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 3052 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6211, in www.giustizia-amministrativa.it.

abbiano scelto di adottarle inserendo nel relativo bando un rinvio alle disposizioni del codice dei contratti pubblici⁷³⁶.

La sussistenza della giurisdizione esclusiva del GA in tale ambito induce a riflettere sulla natura delle posizioni giuridiche tutelate, sulla natura dei provvedimenti posti in essere da tali soggetti e, da ultimo, sulla stessa natura dei soggetti medesimi.

Trattandosi di uno spazio di giurisdizione esclusiva deve ritenersi come le posizioni giuridiche tutelate a fronte dell'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica da parte di una società pubblica sia qualificabile come diritto soggettivo.

Ai sensi dell'art. 7 del codice del processo amministrativo, trattasi di un diritto comunque connesso all'esercizio di un potere amministrativo riguardante atti o provvedimenti "*posti in essere da una pubblica amministrazione*".

Tale disposizione, dunque, parrebbe esprimere una qualificazione in termini pubblicistici delle società pubbliche tenute all'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica.

Tuttavia, una tale generale conclusione pare doversi escludere dal tenore del comma 2 dell'art. 7 c.p.a., il quale precisa che la nozione di pubblica amministrazione include anche i soggetti soltanto equiparati alla pubblica amministrazione ed i soggetti tenuti all'applicazione delle norme sul procedimento amministrativo.

La nozione di p.a. definita dal codice non solo vale ai soli fini del codice del processo amministrativo stesso, non risultando elevabile in termini assoluti, ma è anche una nozione volutamente ampia, includendo questa tutti quei soggetti che, in quanto risultano soltanto equiparati alla p.a., rimangono distinti da quest'ultima.

Tale nozione, pertanto, lascia ancora una volta irrisolto il problema della qualificazione giuridica dei soggetti soltanto assimilabili alla p.a. e, a fortiori, di quelli semplicemente tenuti all'osservanza, in parte qua, della disciplina pubblicistica.

3. Società pubbliche e procedure ad evidenza pubblica. Possibilità di partecipazione.

Quanto evidenziato nel corso del precedente paragrafo consente di affermare come le società *in house* e a capitale misto esercenti un pubblico servizio siano, entro certi limiti, tenute all'osservanza delle norme in materia di evidenza pubblica in sede di stipulazione di contratti passivi.

⁷³⁶ Cass. civ., Sez. un., 20 marzo 2009, n. 6771, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 3054; Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2326.

È necessario stabilire, ora, se, ed entro quali limiti, le medesime società possano agire quali operatori economici, acquisendo commesse da soggetti privati o partecipando a procedure ad evidenza pubblica e rendendosi esse stesse soggetti aggiudicatari.

In senso più ampio, dunque, si tratta di stabilire se le predette società possano - nonostante il compito precipuo loro affidato consistente nella gestione di un pubblico servizio in relazione ad un ambito territoriale e, dunque, ad un bacino di utenza determinati - gestire il servizio in ambiti territoriali diversi, ovvero divenire affidatarie di servizi o attività diversi rispetto a quelle per le quali sono state costituite.

Il quesito in parola, per quanto riguarda le società *in house*, appare di più semplice soluzione stante la presenza di un limite strutturale: le società *in house*, infatti, per potersi definire tali, devono svolgere la parte più importante della propria attività in favore delle amministrazioni socie, nel rispetto della soglia percentuale ora individuata dalle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici.

Uno dei requisiti essenziali dell'istituto dell'*in house providing*, dunque, limita in senso forte la possibilità delle società in parola di svolgere attività diverse, in favore di soggetti terzi, rispetto a quelle per le quali sono state costituite.

Rimane tuttavia aperto il problema di stabilire se gli stessi enti soci possano affidare ai soggetti *in house* prestazioni ulteriori e, in caso positivo, se ciò possa avvenire mediante un affidamento diretto, quesito al quale si ritiene di poter dare risposta affermativa nei limiti in cui ciò risulti compatibile con l'oggetto sociale.

Per le società a capitale misto, invece, il problema si pone in termini diversi posto che queste ultime non sono tenute, in ragione di un requisito strutturale, allo svolgimento dell'attività prevalente in favore delle amministrazioni socie.

Per le società miste, dunque, il problema è di stabilire se, ed entro quali limiti, possano agire come operatore economico e, in subordine, se l'affidamento dell'ulteriore prestazione possa avvenire in via diretta ovvero se debba avvenire previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

In questo senso, l'art. 34 del codice dei contratti pubblici, il quale enuncia le categorie di soggetti ai quali possono essere affidati contratti pubblici, non offre un'esplicita soluzione.

Nella materia *de qua* è intervenuto l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con la legge 4 agosto 2006, n. 248, dedicato, secondo la stessa rubrica dell'articolo in commento, alla "*riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*".

La disposizione intende assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale mediante la previsione di limiti all'operatività di talune società a partecipazione pubblica.

I limiti ed i divieti ivi contenuti si rivolgono esclusivamente alle società, “*a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività*”.

Escluse, invece, dall’applicazione dei divieti che si andranno ad enunciare sono le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali, oltre che le società svolgenti servizi di committenza o di centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza.

Le sole società pubbliche, *in house* e a capitale misto, svolgenti attività strumentali in favore delle amministrazioni affidanti dovranno operare in via esclusiva con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non potendo svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, né partecipare, salvo si tratti di società di intermediazione finanziaria, ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.

La disposizione, nella sostanza, impone alle società pubbliche strumentali la previsione di un oggetto sociale esclusivo, limitato a quelle sole attività che hanno giustificato, *ab origine*, la costituzione e l’affidamento alla società medesima⁷³⁷.

Il contenimento della vocazione imprenditoriale delle predette società, oltre a trovare un limite espresso in sede statutaria nella definizione dell’oggetto sociale, è assicurato altresì attraverso il dovere di cessazione, entro i quarantadue mesi successivi dalla data di entrata in vigore del decreto, delle attività non consentite. A tale fine, l’art. 13, comma 3, cit., prevede la facoltà di cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero di provvedere al loro scorporo, anche costituendo una separata società.

L’effettività dei divieti previsti, inoltre, veniva assicurata, da un lato, attraverso la previsione della perdita di efficacia dei contratti relativi alle attività non cedute o scorporate una volta che fosse venuto a scadere il termine previsto per provvedere alla cessazione medesima, e dall’altro, mediante la sanzione della nullità dei contratti conclusi, dopo la data

⁷³⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946; Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1037; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282; Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6527; Cons. Stato, Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012; Cons. Stato, Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 101; Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766; Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Il disposto dell’art. 13 in commento deve essere inteso nel senso che le società che producono beni o servizi strumentali all’attività degli enti pubblici, dovendo esse avere oggetto sociale esclusivo, non possano cumulare lo svolgimento di tali attività strumentali con lo svolgimento di attività integranti un pubblico servizio: Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 517/2011/PAR e n. 653/2011/PAR, in www.corteconti.it.

medesima, e ad esito di procedure ad evidenza pubblica bandite dopo la data suddetta⁷³⁸.

La disposizione pone molteplici questioni interpretative, le quali possono così riassumersi: *i)* l'individuazione delle "amministrazioni pubbliche regionali e locali" le cui società partecipate sono soggette ai limiti dell'art. 13 in commento; *ii)* le conseguenze discendenti dal divieto; *iii)* l'operatività del divieto anche nei confronti delle società indirettamente partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali; *iv)* la distinzione fra società operanti nel campo dei servizi pubblici e società strumentali⁷³⁹.

⁷³⁸ G. VIOLANTE, *L'in house providing: la cessione e lo scorporo delle attività non consentite di cui all'art. 13 del decreto Bersani*, in www.professionisti24.ilsole24ore.com; P. NOVELLI, *Società pubbliche: dimissioni, cessioni, ricognizione delle partecipazioni, controlli e ruolo della Corte dei conti*, in *Inserto di Azienditalia*, 2011, 9.

⁷³⁹ C. CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli enti locali: verso un nuova nozione di 'strumentalità'?*, in *Urb. e app.*, 2010, 4, 466; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 855; F. DELLO SBARBA, *L'art. 13 del decreto Bersani e le società di terzo grado tra servizi strumentali e servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 12, 1416; L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Divieti di cui all'art. 13 del decreto Bersani e cd. società di terzo grado*, in *Corriere Giur.*, 2011, 11, 1513; G. FERRARI, L. TARANTINO, *I limiti territoriali imposti alle società pubbliche strumentali di terzo grado*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 10, 1231; M. MATTALIA, *Società miste e "distorsione" della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 6, 721; S. MENTO, *Società strumentali e tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 4, 412; L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Applicazione della disciplina restrittiva delle società "ad oggetto sociale esclusivo"*, in *Corriere Giur.*, 2011, 3, 327; G. FARNETI, *La disciplina sui servizi pubblici è giunta a un punto di arrivo*, in *Azienditalia*, 2010, 9, 698; A. DI LEO, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 8, 788; L. CARBONE, L. LO MEO, *Requisito oggettivo della strumentalità nelle società partecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, 529; G.P. BELLONI, *Le prospettive di evoluzione strategico istituzionale delle società in house*, in *Azienditalia*, 2010, 3, 206; F. STROCCHIA, *Le disposizioni relative alle partecipazioni degli enti locali*, in *Azienditalia - Fin. e Trib.*, 2007, 3, 216; G.P. BELLONI, *Implicazioni economico-finanziarie e societarie nelle partecipazioni degli enti locali*, in *Azienditalia - Fin. e Trib.*, 2006, 19, 1063; P. ANSELMO, L. COMBERIATI, *Affidamento diretto e concorrenza nel decreto Bersani. L'incertezza continua*, 7 dicembre 2006, in *Diritto&Diritti*, www.diritto.it; G. FUOCO, *Le società in house abbandonano il mercato?*, in www.lexitalia.it; L. MANASSERO, *Affidamenti in house: profili problematici dell'art 13 del Decreto Bersani*, in www.Altalex.it; M. MATTALIA, *Società miste e 'distorsione' della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 8, 723; M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del DL. N. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 347 ss.; A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali: tra art. 13 del decreto Bersani e art. 23 - bis del d. l. 112/2008*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 6, 744 ss. Per un'analisi di un orientamento del Consiglio di Stato che ha anticipato, nelle conclusioni, il disposto del decreto Bersani: G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro. amm. TAR*, 2002, 5, 1565. L'Autore sottolinea come il vincolo funzionale tra la società partecipata e l'ente socio, se risulta compromesso ove la società intraprenda una propria vocazione imprenditoriale partecipando a gare, ciò non avviene ove l'estensione

Quanto alla prima delle questioni poste, l'esatta portata dell'espressione "*amministrazioni pubbliche regionali e locali*" ha trovato puntuale definizione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato⁷⁴⁰.

Tale generica locuzione consentiva di dubitare che la disposizione si riferisse soltanto alle società costituite o partecipate da Regioni e enti locali territoriali, e non anche, in senso più ampio, alle società costituite o partecipate dagli enti locali non territoriali.

Il dubbio interpretativo riguardava, nella sostanza, la latitudine del concetto di "*amministrazioni pubbliche locali*".

Il Consiglio di Stato ha precisato che la disposizione in esame ha la finalità di porre rigidi paletti al modello *in house*, allo scopo di eliminare le alterazioni e distorsioni della concorrenza che questo strumento ha determinato negli ultimi anni, a tutela della parità degli operatori sul mercato, ma anche dell'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

Il Consiglio di Stato prosegue sostenendo che la stessa disposizione trova ulteriore ragione giustificatrice "*nella necessità di intervenire su un fenomeno - la proliferazione di società pubbliche o miste - che è considerato una delle cause dell'incremento della spesa pubblica da parte degli enti locali*"⁷⁴¹.

Ad avviso del Consiglio di Stato, la circostanza che la lettera della disposizione non faccia menzione del carattere territoriale dell'amministrazione locale socia significa che il riferimento normativo alle "*amministrazioni pubbliche locali*" ricomprende le attività poste in essere dalla generalità delle amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici locali.

In sostanza, è l'ambito spaziale (locale) dell'attività pubblica che rende operativa la norma, con la conseguenza che la disposizione in esame si riferisce a tutte le amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici entro un dato ambito territoriale⁷⁴².

In altri termini, se la ragione della disposizione è quella di ridurre i costi degli apparati pubblici regionali e locali e di tutelare la concorrenza, non v'è dubbio che tale esigenza sussiste anche per le società che fanno

dell'attività della società in favore di altri enti pubblici derivi da una convenzione tra enti locali.

⁷⁴⁰ Cons. Stato, Sez. III, parere del 25 settembre 2007, n. 322, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁴¹ L'art. 13 è significativamente rubricato "*riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali*".

⁷⁴² Nel senso che l'art. 13 citato trovi applicazione anche con riferimento alle società strumentali partecipate dalle Camere di Commercio si veda: S. MENTO, *Società strumentali e tutela della concorrenza*, cit., 412, nota a Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6527.

riferimento a tutte le amministrazioni pubbliche locali anche diverse dagli enti territoriali⁷⁴³.

Risultano così escluse dal campo di applicazione dei divieti di cui all'art. 13 del decreto le società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici nazionali⁷⁴⁴.

Quanto alla seconda delle questioni problematiche poste dalla disposizione in commento – le conseguenze discendenti dalla violazione dei divieti di cui all'art. 13 del d.l. n. 22372006 – vengono in rilievo le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella nota pronuncia n. 326/2008, ad avviso della quale la previsione di un oggetto sociale esclusivo, unitamente alla separazione societaria, di fatto imposta, mira ad assicurare che soggetti con posizione di privilegio non possano alterare la parità della competizione, accedendo al mercato.

L'oggetto sociale esclusivo è da introdurre con un'apposita disposizione statutaria, e ciò perché così facendo si 'blinda' la strumentalità.

Il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti è ordinato ad evitare che le società eludano i divieti, partecipando indirettamente a soggetti che operano nel mercato: ciò non significa che sia vietata la partecipazione a qualsiasi società o ente, in quanto il divieto può solo riguardare le partecipazioni in soggetti operanti in settori preclusi alla società.

Pertanto, si deve ritenere che la disposizione non vieti la partecipazione in altre società o la costituzione di gruppi societari deputati, interamente ed esclusivamente, a svolgere la missione strumentale.

La sanzione della nullità, inoltre, costituisce ragionevole completamento delle disposizioni, anche se, pure in mancanza dell'espressa comminatoria della nullità dei contratti, questa sarebbe in ogni caso discesa dall'applicazione della disciplina del codice civile, che sanziona con la nullità i contratti ad oggetto illecito o impossibile, senza necessità di un'ulteriore espressa prescrizione in tal senso.

Il terzo interrogativo che la disposizione pone concerne l'estensione del divieto anche alle società indirettamente partecipate da quelle per le quali il divieto espressamente opera.

All'indomani dell'entrata in vigore della disposizione in commento, l'orientamento prevalente affermatosi in giurisprudenza era di segno positivo, favorevole all'estensione del divieto non solo alle società

⁷⁴³ Tale orientamento sembra anche confermato dai primi interventi giurisprudenziali aventi per oggetto la disposizione in esame (T.A.R. Lombardia - Milano, 31 gennaio 2007, n. 140, concernente proprio l'esclusione da una gara di una società mista il cui capitale sociale era posseduto anche dalla Camera di commercio e da Unioncamere).

⁷⁴⁴ P. DELLA PORTA, *Società miste, servizi pubblici e appalti al vaglio della Plenaria*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2008, 1, 16.

direttamente costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali ma anche alle società a loro volta costituite da queste società⁷⁴⁵.

Le ragioni sulle quali si fondava questa prima ipotesi ricostruttiva risiedeva, essenzialmente, nella considerazione della *ratio legis*, da individuarsi “*nella scelta del legislatore di evitare la presenza - dirette o indirette - del capitale pubblico in soggetti imprenditoriali che operino sul mercato, giacché tale partecipazione pubblica consentirebbe una elusione del rischio d’impresa*”⁷⁴⁶.

Inoltre, sulla base dell’interpretazione letterale della disposizione, riferendosi quest’ultima testualmente alle società partecipate in senso ampio, essa lascerebbe spazio anche alla inclusione delle partecipazioni meramente indirette.

Tale orientamento veniva ben presto superato da un opposto, e ad oggi consolidato, indirizzo, ad avviso del quale le società destinatarie della disciplina erano “*solo quelle società partecipate dalle amministrazioni, o, comunque, affidatarie di un ruolo strumentale ... e non pure le società di proprietà pubblica che operano, da imprese, in mercati concorrenziali*”: “*la limitazione alla capacità di agire sul mercato delle società destinatarie dell’art. 13 rappresenta una regola eccezionale, derogatoria dell’art. 41 Cost., come tale insuscettibile di interpretazione estensiva*”⁷⁴⁷.

Tale interpretazione restrittiva, del resto, si fonda sulla stessa disciplina di derivazione comunitaria, la quale “*non impedisce la libera concorrenza di operatori commerciali ma evita soltanto che la pubblica amministrazione ... sfrutti la propria posizione distorcendo il fine pubblicistico ... per orientarsi verso sbocchi di mercato estranei ai propri fini, soffocando così anche la concorrenza di settore in mercati completamente liberalizzati*”⁷⁴⁸.

L’interpretazione secondo la quale il divieto non opererebbe con riguardo alle società indirettamente partecipate valorizza il dato letterale della disposizione che, richiamando la “*figura della costituzione e della partecipazione sembra evocare chiaramente la necessità che l’ente locale sia socio, come tale titolare di una partecipazione al capitale sociale*”⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ TAR Lombardia - Milano, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140; Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829, in www.giustizia-amministrativa.it; AVCP, deliberazione 9 maggio 2007, n. 135.

⁷⁴⁶ A. DI LEO, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, cit., 788.

⁷⁴⁷ A. DI LEO, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, cit., 788. Sul punto: Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Cons. Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282; TAR Valle d’Aosta, 20 febbraio 2009, n. 8; TAR Liguria, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39; TAR Lazio, Sez. III *ter*, 6 novembre 2009, n. 10892; TAR Lazio, Sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36; TAR Piemonte, 24 ottobre 2008, n. 2676; TAR Molise, Sez. I, 18 luglio 2007, n. 628, in www.giustizia-amministrativa.it

⁷⁴⁸ A. DI LEO, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, cit., 788.

⁷⁴⁹ A. DI LEO, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, cit., 788.

Da ultimo, non resta che vagliare la portata del divieto con riferimento all'elemento che meglio circoscrive la portata applicativa della disposizione: l'oggetto sociale delle società partecipate.

Precisamente, se l'art. 13 citato vieta l'espletamento di attività ulteriori alle sole società strumentali, non operando la limitazione suddetta nei confronti di quelle società dedite allo svolgimento di servizi pubblici locali, il più importante problema interpretativo attiene, dunque, alla distinzione fra società strumentali e società operanti nell'ambito dei servizi pubblici⁷⁵⁰.

Sotto questo specifico profilo viene ancora una volta in rilievo quanto affermato dalla Corte costituzionale⁷⁵¹ in ordine alla distinzione tra attività amministrativa esercitata in forma privatistica e l'attività d'impresa esercitata da enti pubblici.

Ad avviso della Corte, *“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. Le disposizioni impugnate mirano a 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. Non è negata né limitata la libertà d'iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza”*.

Per attività strumentali devono intendersi tanto le funzioni amministrative riconducibili alle attività istituzionali proprie dell'amministrazione sociale⁷⁵², quanto la *“produzione di beni o servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali”*⁷⁵³, attività, dunque, destinate ad esclusivo vantaggio dell'amministrazione medesima.

⁷⁵⁰ G. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 210 ss.

⁷⁵¹ Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326.

⁷⁵² T.A.R. Veneto, sez. I, sentenza del 13 marzo 2008, n. 788; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282; Cons. Stato, Sez. V, 16 novembre 2010, n. 8069; Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2009, n. 1756; Cons. Stato, sez. V, sentenza del 23 gennaio 2009, n. 101, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵³ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza del 16 gennaio 2009, n. 215, in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 2000. TAR Toscana, 20 marzo 2009, n. 417, in www.federalismi.it: *“(…)La ratio legis, indicata dallo stesso art. 13 nel suo incipit, trova la sua principale esplicazione nella precisa delimitazione del ruolo delle società costituite o comunque partecipate dagli enti locali per la produzione in house*

La *ratio* dall'esclusione del divieto di quelle società esercenti un pubblico servizio deve ricondursi alla necessità che, per queste società, la valutazione dell'interesse alla partecipazione ad una gara pubblica è rimessa allo stesso ente socio⁷⁵⁴.

L'art. 13 del decreto Bersani, dunque, lascia aperto, per le società pubbliche esercenti un pubblico servizio, il problema di stabilire l'eventuale presenza di limiti alla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica.

In questo senso, un espresso divieto di partecipare a gare per le società che risultano affidatarie dirette di un servizio pubblico si rinveniva nell'art. 113 TUEL, dettato in via generale per tutti i servizi pubblici locali, ora abrogato per effetto dell'art. 12, comma 1, lett. a) del d.P.R. n. 168/2010 che, in attuazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, doveva individuare le disposizioni abrogate per effetto della riforma della materia operata dal medesimo art. 23-*bis*.

Il comma 6, con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica indette per l'individuazione del soggetto gestore del servizio, sanciva: *“le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi”* non siano ammesse a parteciparvi. Analoga limitazione è estesa alle *“società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate*

di beni e servizi strumentali alla loro attività, delimitazione realizzata attraverso l'imposizione di una corrispondenza soggettiva tra enti pubblici titolari del capitale sociale, ed esercenti il c.d. “controllo analogo”, ed enti beneficiari delle prestazioni delle società. In altre parole, il significato precipuo della normativa è questo: è ben possibile che gli enti pubblici costituiscano società in house per lo svolgimento di attività strumentale, e nel far questo possono sottrarsi alle procedure di gara, però poi le società che ne derivano dovranno operare solo per gli enti che le hanno generate, non potendo utilizzare il vantaggio che deriva loro da quella particolare origine, e dallo svolgimento privilegiato delle attività per conto degli enti costituenti, per partecipare a procedure di affidamento da parte di altri soggetti pubblici in condizione di solo apparente concorrenza con gli altri operatori economici. Il primo motivo di gravame, laddove vuol evidenziare un contrasto della normativa di cui all'art. 13 citato con i principi comunitari di apertura alla concorrenza, sub specie di partecipazione in posizione paritaria di operatori economici pubblici e privati, risulta infondato. La disciplina di cui all'art. 13 del c.d. decreto Bersani, lungi dal porsi in contrasto con i principi comunitari richiamati nella presente censura, ne rappresenta una specificazione e applicazione, in quanto l'apertura delle direttive comunitarie verso la partecipazione alle gare dei soggetti anche di matrice pubblica presuppone una loro posizione paritaria, e non può riferirsi alle società appositamente costituite dalle pubbliche amministrazioni per l'autoproduzione di beni e servizi, cui è indirizzato l'art. 13 del d.l. 223/06. D'altra parte, in tale direzione si muove anche il quarto considerando della direttiva 2004/18/CE che ammonisce gli Stati ad adottare normative di regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti di organismi partecipati da enti pubblici che possano quindi distorcere la concorrenza. Dunque l'art. 13 cit. non risulta essere norma in contrasto con il diritto comunitario, bensì di attuazione comunitaria(...)”

⁷⁵⁴ Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214; Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282 in R. CHIEPPA, *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011, 1999.

con queste ultime”, oltre che i soggetti a cui sia affidata la sola gestione della rete.

Ancora, il comma 9 dell’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 stabiliva: *“Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell’Unione europea, che, in Italia o all’estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall’attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare”*.

Tale divieto – che, peraltro era inoperante per le società quotate – non si applicava con riferimento alla prima gara indetta successivamente alla cessazione del servizio, alla quale, dunque, potevano partecipare anche le società ricomprese nell’ambito soggettivo di applicazione del menzionato comma 9.

L’art. 4, comma 9, del d.l. n. 138/2011 stabiliva come le società a capitale interamente pubblico potessero partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica *“sempre che non vi siano specifici divieti stabiliti dalla legge”*.

Peraltro, la disciplina previgente, all’art. 4, comma 7, nel presupposto che lo stesso conferimento di un diritto di esclusiva circa la gestione di un pubblico servizio, anche se preceduta da una procedura ad evidenza pubblica, avrebbe determinato l’acquisizione di una posizione di vantaggio all’impresa individuata, stabiliva come i soggetti gestori di un pubblico servizio fossero soggetti alla disciplina *antitrust* di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, nel caso intendessero svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui operavano proprio in forza del diritto di esclusiva.

L’art. 4, comma 33 del d.l. citato, peraltro, prevedeva una disposizione di identico tenore rispetto a quanto previsto dal previgente art. 23-bis, comma 9 cit., affermando il divieto per le predette società della gestione di servizi ulteriori o relativi ad ambiti territoriali diversi, oltre che lo svolgimento di attività e servizi per altri enti pubblici o privati, nemmeno previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

Ancora una volta, il divieto in parola aveva un’efficacia temporale limitata, consentendo ai soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica indette nell’ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti

Limitazioni di eguale tenore si rinvennero, altresì, in alcune discipline di settore.

In questo senso, ad esempio, si esprime il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, per il settore del gas, laddove si prevede che l'attività di distribuzione possa essere affidata solo con gara, alla quale non possono partecipare le *“società, loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica”*.

A differenza di quanto previsto dal decreto Bersani per le società strumentali, le disposizioni innanzi accennate e, ad oggi, in parte espunte dall'ordinamento, ponevano il divieto di assumere lo svolgimento di attività ulteriori, sia mediante affidamento diretto sia previa partecipazione a gara, in capo a tutte le società esercenti un pubblico servizio, oltre che alle loro controllate, ove l'affidamento del servizio medesimo fosse avvenuto in via diretta.

In dottrina⁷⁵⁵ è stato osservato come la *ratio* di divieti siffatti dovesse rinvenirsi nell'esigenza di impedire la creazione di concentrazioni che *“ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso”*. In altre parole, *“la finalità di tali divieti è in generale quella di limitare il vantaggio competitivo delle società che godono dell'accesso privilegiato al mercato della pubblica amministrazione”*⁷⁵⁶.

In conclusione, pertanto, in mancanza di un divieto espresso di partecipazione alle gare per le società esercenti un pubblico servizio - siano esse a partecipazione pubblica o meno, affidatarie dirette, ovvero soltanto a queste collegate o controllate - varrà l'orientamento espresso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in forza del quale, lungi dall'operare un obbligo di esclusione a priori delle predette società, si impone una valutazione caso per caso della sussistenza di una effettiva situazione di privilegio che giustifichi l'esclusione medesima nel caso concreto⁷⁵⁷.

La tutela della concorrenza, infatti, non può determinare una compressione delle libertà tutelate dallo stesso Trattato sul funzionamento

⁷⁵⁵ L.R. PERFETTI, *Dal rilievo della soggettività pubblica (o dell'enfasi delle privatizzazioni) alla tutela della concorrenza (o della rilevanza dei privilegi del monopolista e dei diritti dell'utente). Brevi riflessioni a partire dal caso Edison*, EdF, AEM, in AA.VV., *L'impresa europea di interesse generale*, a cura di G. Rossi, Milano, 2006, 142-143.

⁷⁵⁶ M. CALARESU, *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, 2159; B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 11, 2511.

⁷⁵⁷ CGCE, 7 dicembre 2000, C-94/99; CGCE, 23 dicembre 2009, causa C-305/08, in www.curia.europa.eu. Nel senso che le società esercenti un pubblico servizio possano anche non avere un oggetto sociale esclusivo in quanto non ricomprese entro l'ambito di applicazione dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006: Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'Unione europea⁷⁵⁸. L'unico limite, oltre allo stesso oggetto sociale, sarà rappresentato dal previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento, da parte di un soggetto tenuto all'applicazione del codice dei contratti pubblici, di servizi ulteriori rispetto a quelli ad oggetto dell'affidamento originario⁷⁵⁹.

Del resto, *“l'attività extraterritoriale svolta dalle società miste non è del tutto libera ma – in funzione del vincolo teleologico connesso al soddisfacimento dei bisogni della collettività locale di riferimento – è subordinata alla dimostrazione che attraverso tale attività venga soddisfatta una specifica esigenza della medesima collettività (che non si traduca in un mero ritorno economico) e soprattutto sia esclusa una incompatibilità con gli interessi di tale collettività, determinata da una possibile distrazione di risorse e mezzi in grado di arrecare un pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico locale affidato dal Comune di origine”*⁷⁶⁰.

4. L'applicabilità dell'imposta sul valore aggiunto nei rapporti tra ente e società pubblica.

Nell'esaminare le peculiarità del regime contabile dei soggetti esercenti un pubblico servizio e, in particolare, delle società a partecipazione pubblica operanti in tali settori, non può mancare un riferimento, sia pure parziale, al trattamento tributario ai fini dell'imposta sul valore aggiunto delle differenti operazioni che vedono coinvolti, a vario titolo, i predetti soggetti.

Tra le operazioni in via ipotetica rilevanti ai fini IVA devono considerarsi: i) le prestazioni di pubblico servizio erogate dal gestore agli utenti; ii) le corresponsioni, i rimborsi ed i contributi comunque denominati erogati dall'amministrazione titolare del servizio al gestore medesimo.

⁷⁵⁸ B. GILIBERTI, *L'esenzione per le società quotate dal divieto di partecipazione alle gare di servizio pubblico locale alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti infragruppo*, in *Foro amm. C.d. S.*, 2011, 5, 1399. Sul punto, la stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha avuto modo di evidenziare quanto segue: *“nel caso di compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente, rinvenibile nelle ipotesi di società in house o di società miste, il rapporto di collegamento e/o controllo tra stazione appaltante e operatore economico non preclude la partecipazione di quest'ultimo alla gara indetta dall'ente proprietario ancorché avente ad oggetto il servizio già espletato dalla società (nella specie servizio di trasporto pubblico locale), ferma restando la possibilità per la stazione appaltante di avvalersi, ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. n. 163 del 2006 e nei limiti dello statuto societario, della collaborazione della società Consip S.p.a., al fine di evitare potenziali conflitti di interesse suscettibili di alterare il confronto concorrenziale in sede di gara”* (AVCP, parere del 22 giugno 2011, rif. AG 18/2011).

⁷⁵⁹ AVCP, deliberazione del 19 maggio 2011, n. 9; AVCP, parere del 26 gennaio 2011, rif. AG 18/2011.

⁷⁶⁰ AVCP, parere precontenzioso del 20 marzo 2008, n. 91, rif. PREC418/07.

In entrambe le ipotesi occorrerà verificare se sussistano gli elementi essenziali del tributo: il requisito territoriale, il requisito oggettivo - ovvero la sussistenza di un'operazione rilevante ai fini IVA, sia questa una cessione di beni o una prestazione di servizi - il requisito soggettivo, ovvero la necessità che tali operazioni siano compiute da un soggetto nell'esercizio abituale di attività di impresa, di un'arte o di una professione⁷⁶¹.

Con riferimento al primo tipo di operazioni - le prestazioni di pubblico servizio erogate dal gestore agli utenti - si tratta di verificare, innanzitutto, se sussista il presupposto soggettivo.

Il soggetto passivo del tributo deve essere dedito all'*“esercizio di imprese”*, espressione con la quale *“si intende l'esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività commerciali o agricole di cui agli articoli 2135 e 2195 del codice civile, anche se non organizzate in forma di impresa, nonché l'esercizio di attività, organizzate in forma d'impresa, dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'articolo 2195 del codice civile”*⁷⁶².

Sussiste, inoltre, una presunzione circa il fatto che l'operazione sia svolta nel corso dell'esercizio di imprese per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate dalle società di capitali, dalle società in nome collettivo e in accomandita semplice, oltre che dalle società cooperative, di mutua assicurazione e di armamento, dalle società estere di cui all'art. 2507 del codice civile, dalle società di fatto, nonché da *“consorzi, le associazioni o altre organizzazioni senza personalità giuridica e le società semplici, che abbiano per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole”*.

Sulla base del tenore letterale della disposizione, i gestori di pubblico servizio, anche se aventi la veste giuridica formale di società a partecipazione pubblica, sarebbero suscettibili di divenire soggetti passivi del tributo.

In tale contesto, tuttavia, si inseriscono due ulteriori norme.

In primo luogo, anche gli enti pubblici sono suscettibili di divenire soggetti passivi del tributo ove esercitino talune attività, considerate in ogni caso commerciali.

Trattasi, in particolare, delle attività di *“erogazione di acqua e servizi di fognatura e depurazione, gas, energia elettrica e vapore”*, di *“trasporto di persone”*, *“servizi portuali e aeroportuali”*, nonché di *“telecomunicazioni e radiodiffusioni circolari”*.

In secondo luogo, tuttavia, la disposizione non considera attività commerciali e, conseguentemente, esclude la soggettività passiva del tributo, *“le operazioni effettuate dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province,*

⁷⁶¹ D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. Per una trattazione più diffusa: G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, II edizione riveduta, Padova, 2007, 506 ss.

⁷⁶² Art. 4, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633.

dai Comuni e dagli altri enti di diritto pubblico nell'ambito di attività di pubblica autorità".

Quella da ultimo indicata rappresenta un'ipotesi di esclusione dell'imposta, in quanto l'art. 4, comma 5, seconda parte del d.P.R. citato *"considera non commerciali alcune attività se esercitate da determinati soggetti i quali, pertanto, relativamente ad esse non acquistano la soggettività Iva"*⁷⁶³.

Quanto al requisito oggettivo, e sempre con riferimento alla prima delle operazioni astrattamente rilevanti ai fini IVA innanzi accennate, è necessario evidenziare come siano ravvisabili molteplici esenzioni⁷⁶⁴ con riferimento alle operazioni riconducibili all'alveo dei pubblici servizi.

Le ipotesi di esenzione comprendono operazioni che, pur essendo in astratto imponibili in quanto caratterizzate dalla presenza di tutti i requisiti necessari, sono *ex lege* considerati non assoggettabili all'imposta⁷⁶⁵.

Invero, sono esenti dall'imposta le *"prestazioni di trasporto urbano di persone effettuate mediante veicoli da piazza o altri mezzi di trasporto abilitati ad eseguire servizi di trasporto marittimo, lacuale, fluviale e lagunare"*, e, ai sensi della medesima disposizione devono considerarsi *"urbani i trasporti effettuati nel territorio di un Comune o tra Comuni non distanti tra loro oltre cinquanta chilometri"*. Ancora, sono ritenute *ex lege* esenti dall'imposta *"le prestazioni di trasporto di malati o feriti con veicoli all'uopo equipaggiati, effettuate da imprese autorizzate e da ONLUS"*, *"le prestazioni del servizio postale universale, nonché le cessioni di beni a queste accessorie, effettuate dai soggetti obbligati ad assicurarne l'esecuzione"*, *"le prestazioni di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani"*, *"le prestazioni sanitarie di diagnosi, cura e riabilitazione rese alla persona nell'esercizio delle professioni e arti sanitarie soggette a vigilanza, ai sensi dell'articolo 99 del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, e successive modificazioni, ovvero individuate con decreto del Ministro della sanità, di concerto con il Ministro delle finanze"*, *"le prestazioni di ricovero e cura rese da enti ospedalieri o da cliniche e case di cura convenzionate"*, *"le prestazioni educative dell'infanzia e della gioventù e quelle didattiche di ogni genere, anche per la formazione, l'aggiornamento, la riqualificazione e riconversione professionale, rese da istituti o scuole riconosciuti da pubbliche amministrazioni e da ONLUS"*, *"le prestazioni proprie dei brefotrofi, orfanotrofi, asili, case di riposo per anziani e simili, delle colonie marine, montane e campestri e degli alberghi e ostelli per la gioventù"*.

Il quadro così sinteticamente delineato consente di trarre alcune conclusioni di fondo.

⁷⁶³ S. DIGREGORIO NATOLI, *Iva: operazioni imponibili, non imponibili, esenti ed escluse*, in *Fisco*, 2000, 42, 12509.

⁷⁶⁴ Art. 10, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633.

⁷⁶⁵ S. DIGREGORIO NATOLI, *Iva: operazioni imponibili*, cit., 12509.

In primo luogo, sotto il profilo oggettivo, alcune attività integranti un pubblico servizio vengono considerate esenti dall'imposta.

In secondo luogo, altre attività qualificabili come pubblico servizio, anche se espletate da un ente pubblico, sono considerate idonee a generare operazioni imponibili.

Infine, il quesito di maggior rilievo si pone con riferimento all'esercizio di attività integranti un pubblico servizio – diverse da quelle espressamente contemplate come esenti ovvero come imponibili anche se esercitate da enti pubblici - da parte di società *in house* in relazione al disposto dell'art. 4, comma 5, del d.P.R. citato, il quale – lo si ribadisce - esclude la soggettività passiva del tributo per “*le operazioni effettuate dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province, dai Comuni e dagli altri enti di diritto pubblico nell'ambito di attività di pubblica autorità*”.

In definitiva, si tratta di stabilire se, nelle ipotesi innanzi accennata, la società *in house* sia ascrivibile tra gli “*altri enti di diritto pubblico*” e se la gestione di pubblico servizio possa definirsi “*attività di pubblica autorità*”, onde inferire il carattere fuori campo IVA delle relative operazioni.

Con riferimento alla definizione di “*attività di pubblica autorità*”, si è ritenuto che debba trattarsi di attività concretantesi nell'esercizio di poteri d'imperio e non di un'attività posta in essere nelle forme e secondo la disciplina propria dei soggetti di diritto privato⁷⁶⁶. In questo senso, la gestione di aree destinate a parcheggio di autovetture espletata direttamente da un ente pubblico è stata considerata fuori campo IVA in quanto l'ente pubblico, nel limitare l'accesso all'area e nel sanzionare la sosta non autorizzata, espleta un'attività *jure imperii*⁷⁶⁷.

La medesima attività, invece, ove svolta da un soggetto terzo, al quale l'ente pubblico abbia affidato la gestione del servizio medesimo, subirà l'applicazione del tributo, non potendosi affermare, in tale diversa ipotesi, l'insussistenza della soggettività passiva del tributo⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ G. FORGIONE, *Le attività rilevanti ai fini Iva per gli enti locali: la verifica del presupposto soggettivo*, in *Fisco*, 2003, 36, 5644.

⁷⁶⁷ M. POSARELLI, *L'Iva nella gestione del servizio pubblico di parcheggio: il punto sulla questione*, in *Fisco*, 2005, 17, 2583. L'Autore rinvia all'orientamento univoco espresso dalla Corte di giustizia e dall'Agenzia delle Entrate: CGCE, 14 dicembre 2000, causa C-446/98; Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 174/E del 6 giugno 2002, in *il fisco*, 2002, 27, 2, 3942; id., risoluzione n. 210/E del 14 dicembre 2001, in *il fisco*, 2002, 2, 2, 272; id., risoluzione n. 36/E del 12 marzo 2004, in *il fisco*, 2004, 12, 2, 1799.

⁷⁶⁸ M. POSARELLI, *L'Iva nella gestione del servizio pubblico di parcheggio*, cit., 2583. L'Autore afferma che “*il regime di esclusione da Iva sia applicabile esclusivamente: a) ai proventi conseguiti dal Comune e costituiti dal canone di gestione corrisposto dal soggetto affidatario del servizio pubblico; b) ai proventi conseguiti direttamente dal comune nell'ipotesi della gestione dei parcheggi “in economia”, ai sensi del comma 2 dell'art. 113-bis del d.lgs. n. 267 del 2000 quando “non appaia opportuno” procedere all'affidamento del servizio a terzi. In tali casi, infatti, si è in presenza di compensi derivanti da un'attività svolta da un ente pubblico nell'esercizio di poteri istituzionali/pubblicistici. Nell'“affidamento” del servizio a terzi perché il comune*

In altre parole, devono considerarsi non commerciali le gestioni di pubblico servizio che vengano espletate direttamente dall'ente pubblico locale, e sempre che nell'erogazione del servizio medesimo sia riscontrabile l'esercizio di poteri autoritativi. Diversamente, ove l'ente pubblico affidi la gestione del servizio ad un soggetto terzo, sulla base di un rapporto di concessione, per le operazioni integranti l'erogazione del servizio agli utenti da parte del gestore medesimo non sarà predicabile l'insussistenza del presupposto soggettivo del tributo⁷⁶⁹.

Tuttavia, lo stesso affidamento in concessione da parte dell'ente locale al terzo gestore rimane un'operazione non imponibile in quanto, ai sensi dell'art. 4, comma 5, citato, concerne pur sempre l'esercizio di poteri autoritativi – di regolazione e controllo – da parte di un ente pubblico: *“la corresponsione del canone annuo di gestione non dovrà, pertanto, essere assoggettata ad Iva ed il Comune non dovrà emettere fattura al riguardo”*⁷⁷⁰.

Nell'ambito della ricostruzione che precede, unanimemente accolta in dottrina, si innesta un diverso ordine di considerazioni: l'ascrivibilità delle società *in house providing* nel novero della nozione di *“altri enti di diritto pubblico”*, dalla quale inferire la non imponibilità delle operazioni da questa compiute nell'esercizio di poteri autoritativi.

Sotto questo profilo viene in rilievo quanto affermato dall'Agenzia delle Entrate con la risoluzione 8 marzo 2007, n. 37/E.

In quella sede, si è evidenziato come la qualificazione delle società *in house* come mera articolazione interna della p.a. *“non assuma rilevanza in ordine all'individuazione dei presupposti impositivi IVA”*⁷⁷¹.

mantiene i poteri di indirizzo e di controllo sul soggetto al quale è affidato il materiale svolgimento dell'attività di locazione delle aree; nella gestione “diretta” perché nell'ente, il comune, si accentrano sia i poteri di regolamentazione del servizio che l'attività di concreta esecuzione del medesimo. Di conseguenza, in tali casi non sarà soggetto ad Iva né il canone di gestione versato dall'affidatario del servizio all'ente pubblico né i corrispettivi direttamente pagati dai singoli utenti all'ente per la diretta fruizione del servizio di parcheggio (la tariffa per la sosta)”.

⁷⁶⁹ L. DEL FEDERICO, *Disciplina fiscale ai fini Iva delle prestazioni di servizi svolte da società commerciali nell'ambito di concessione del servizio da parte di ente pubblico*, in *Fisco*, 2005, 7, 954. Sul punto, si vedano anche i seguenti contributi, ai quali lo stesso Autore rinvia: M. BASILAVECCHIA, *Le S.p.a. miste: profili tributari*, in *Rassegna Tributaria*, 1997, 4, 566; P. COPPOLA, *Il regime fiscale agevolato delle società miste per la gestione dei servizi pubblici: problematiche applicative*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, 1, 44; M. PEIROLO, *Rilevanza delle attività rientranti nelle prerogative della “pubblica autorità”*, in *Corr. Trib.*, 2003, 5, 1, 410.

⁷⁷⁰ L. DEL FEDERICO, *Disciplina fiscale ai fini Iva delle prestazioni di servizi svolte da società commerciali nell'ambito di concessione del servizio da parte di ente pubblico*, cit., 954.

⁷⁷¹ Nella risoluzione citata l'Agenzia delle Entrate affronta la specifica questione della assoggettabilità ad IVA delle operazioni compiute nell'ambito dei rapporti tra società *in house* deputata allo svolgimento di servizi informatici nei confronti della stessa p.a. socia, affermando, in definitiva, la soggettività passiva delle predette società.

Ai fini fiscali, dunque, assume un rilievo preponderante l'autonoma soggettività giuridica delle società predette le quali, in quanto riconducibili ad una delle figure di cui all'art. 4, comma 2, del d.P.R. n. 633/1972, sono a tutti gli effetti soggetti passivi del tributo⁷⁷².

La seconda categoria di operazioni astrattamente rilevanti ai fini IVA – le contribuzioni, comunque denominate, corrisposte dall'ente locale al gestore di un pubblico servizio – pone il problema di stabilire se sussista l'elemento oggettivo del tributo.

Al fine di stabilire se trattasi di un'operazione assoggettabile ad IVA è necessario verificare se possa essa integrare una “*cessione di beni*”, ovvero un atto a titolo oneroso che importi trasferimento della proprietà ovvero la costituzione o il trasferimento di un diritto reale di godimento su beni di ogni genere⁷⁷³, ovvero, ancora, una “*prestazione di servizi*”, intendendosi per tale “*le prestazioni verso corrispettivo dipendenti da contratti d'opera, appalto, trasporto, mandato, spedizione, agenzia, mediazione, deposito e in genere da obbligazioni di fare, di non fare e di permettere quale ne sia la fonte*”⁷⁷⁴.

Precisamente, il problema consiste nello stabilire se i contributi corrisposti dall'ente a compensazione degli obblighi di pubblico servizio costituiscano meri trasferimenti di denaro, in quanto tali non integranti una cessione di beni ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. a del d.P.R. n. 633/1972, ovvero se siano il corrispettivo di una obbligazione di fare incombente in capo al gestore stesso, in quanto tale integrante, invece, una prestazione di servizi imponibile.

L'elemento dirimente ai fini in esame risposa sulla individuazione di un “*nesso sinallagmatico tra le somme versate a titolo di contribuzione ed una qualsivoglia prestazione di servizi o cessione di beni*”⁷⁷⁵.

⁷⁷² Per una disamina delle conseguenze derivanti dall'assoggettabilità ai fini IVA delle operazioni tra ente e società *in house* si rinvia a: F.M. GIULIANI, *Note sulla soggettività ai fini IVA delle società in house*, in *Quadrimestre di business and tax, Rivista free on line di diritto tributario e della impresa*. L'Autore sottolinea come l'eventuale esclusione dall'applicazione dell'IVA determinerebbe l'acquisizione di un vantaggio competitivo in favore della società *in house*, in grado di falsare la concorrenza; dall'altro lato, l'Autore sottolinea come l'esclusione dell'applicazione dell'IVA rappresenterebbe un minor aggravio per le finanze dell'ente pubblico. Sul punto: E. CUZZOLA, *Manuale dell'IVA negli enti locali*, Rimini, 2013, 69; A. BORGHI, G. FARNETI, P. CRISO, *Modulo enti locali 2010 – Tributi e fiscalità*, Milano, 2010, 128.

⁷⁷³ Art. 2, comma 1, d.P.R. n. 633/1972.

⁷⁷⁴ Art. 3, comma 1, d.P.R. n. 633/1972.

⁷⁷⁵ L. DEL FEDERICO, *Contributi corrisposti per la costruzione di un impianto ospedaliero ed assoggettamento ad Iva*, in *Fisco*, 2005, 19, 2898. L'Autore, inoltre, rinvia a: P. CENTORE, *Regole di imponibilità per le sovvenzioni statali*, in *Corr. trib.*, 2002, 12, 1046; F. GRANATA, *Sovvenzioni ed assoggettamento ad Iva*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, 7-8, 177; L. DEL FEDERICO, *Contributi comunitari ed imponibilità ai fini Iva*, in *il fisco*, 1996, 45, 10908.

Se il versamento delle somme da parte dell'ente locale in favore del soggetto esercente un pubblico servizio è qualificabile come corrispettivo a fronte di prestazioni sinallagmatiche allora sarà soggetto ad IVA. Invece, ove non sia individuabile una controprestazione, il versamento andrà qualificato come contributo, in quanto tale non soggetto ad IVA.

La linea di demarcazione così individuata tra operazioni imponibili e non imponibili, se molto netta in linea teorica, nel concreto risulta di dubbia determinazione in quanto, molto spesso, risulta difficile stabilire se la contribuzione erogata dall'ente sia 'a fondo perduto' ovvero se rappresenti il corrispettivo per l'assolvimento di un'obbligazione a carico del gestore del servizio⁷⁷⁶.

Sarà necessario stabilire se il contributo rappresenti la mera copertura dei costi sostenuti per l'erogazione del servizio in condizioni di strutturale inefficienza, ovvero se la corresponsione di denaro costituisca il prezzo dell'adempimento di un'obbligazione di fare o di una cessione di beni, rivestendo un ruolo determinante l'assetto che le parti hanno inteso dare ai loro rapporti, come risultante dal contratto di servizio⁷⁷⁷.

5. Compensazioni economiche tra ente e soggetto gestore: accollo dei debiti della società pubblica, aumenti di capitale, perdite di esercizio.

Uno dei cardini del diritto societario è rappresentato dal principio di effettività del capitale sociale, in forza del quale deve sussistere una corrispondenza almeno tendenziale⁷⁷⁸ tra il capitale nominale, costituito dalla somma dei conferimenti promessi dai soci, ed il capitale reale o effettivo, quale capitale in concreto versato e costituente il patrimonio netto.

L'effettività del capitale sociale è garantita sia nella fase costitutiva della società, sia nella fase operativa.

⁷⁷⁶ L. DEL FEDERICO, *Contributi a compagnie aeree ed assoggettabilità ad Iva*, in *Fisco*, 2002, 37, 5894. L'Autore rinvia a CGCE, 22 novembre 2001, C-184/00, in *il fisco*, 2002, 9, 1, 1366, "con la quale si è ritenuto che le sovvenzioni statali concorrono a formare la base imponibile ai fini Iva, ai sensi dell'art. 11, parte A, paragrafo 1), lettera a), della VI Direttiva n. 77/388/CEE, solamente quando ne sia determinabile la diretta incidenza sul prezzo finale della fornitura di beni o prestazione di servizi chiesta dal beneficiario".

⁷⁷⁷ Con la risoluzione 16 febbraio 2005, n. 21/E, in *il fisco*, 2005, 11, 2, 1693, l'Agenzia delle entrate ha ritenuto imponibile l'operazione consistente nel versamento di un contributo per la realizzazione di una struttura ospedaliera, ravvisando il nesso sinallagmatico tra le prestazioni. Sul punto, ai fini della corretta interpretazione dell'art. 11, parte A, n. 1, lettera a), della VI Direttiva n. 77/388/CEE, si veda: CGCE, 22 novembre 2001, C-184/00, in *Riv. dir. trib.*, 2002, 7-8, 173.

⁷⁷⁸ D. SEGA, *Il principio di effettività del capitale sociale*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, *Atti del convegno tenutosi a Padova in data 8 giugno 2007*, Padova, 2008, 88 ss.

All'atto della costituzione della società per azioni, il capitale minimo, costituito dai conferimenti promessi dai soci, deve avere un valore nominale non inferiore a 120.000 euro, dei quali almeno il 25%, ovvero l'intero ammontare nel caso di società costituite per atto unilaterale, deve essere versato presso una banca al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo.

Nella fase operativa, l'effettività del capitale sociale è assicurata mediante vari istituti.

In primo luogo, il capitale sociale è iscritto al passivo dello stato patrimoniale, rappresentando così, in sé, un limite alla distribuzione degli utili.

In secondo luogo, ove la non effettività del capitale sociale dipenda dalla morosità del socio rispetto al versamento del capitale sottoscritto, l'art. 2344 consente agli amministratori la promozione dell'azione volta all'esecuzione coattiva del conferimento, ovvero, in alternativa, l'offerta di acquisto agli altri soci, in proporzione alla partecipazione di ciascuno, o, ancora, la vendita delle azioni stesse a terzi a mezzo di un intermediario finanziario. Quale ulteriore, estremo, rimedio, agli amministratori è consentito dichiarare decaduto il socio: le azioni saranno pertanto annullate con conseguente riduzione del capitale sociale.

L'evento che costituisce il principale rischio per il mantenimento dell'effettività del capitale sociale è rappresentato dalle perdite di esercizio, le quali andranno ad erodere il patrimonio netto e, così, le riserve ed il capitale.

Il minor valore del capitale reale imporrà, allora, di procedere alla riduzione del capitale nominale, al fine di rendere coerenti i due valori.

Le ipotesi alle quali tale evenienza conduce sono molteplici.

Potrà accadere che la perdita non superi l'ammontare di un terzo del capitale, non sussistendo, in tal caso, alcun correttivo previsto dal legislatore.

Ove la perdita sia più ingente, riducendo il patrimonio netto al di sotto dei due terzi, l'organo di controllo avrà l'onere di convocare l'assemblea dei soci affinché dia luogo alla riduzione del capitale sociale, ovvero riporti a nuovo la perdita nell'esercizio successivo.

La riduzione del capitale sociale diverrà obbligatoria solo nel caso in cui, nel corso dell'esercizio successivo, la perdita non risulti ridotta a meno di un terzo.

Nel caso in cui si realizzi una perdita che riduca il capitale sociale al di sotto del minimo legale, l'assemblea dovrà procedere alla trasformazione della società in uno degli altri tipi previsti, ovvero dovrà dar luogo allo scioglimento della stessa, ferma la possibilità che alla riduzione del capitale sociale per perdite si accompagni, in via contestuale, un aumento del capitale sociale fino al valore minimo previsto dalla legge. In caso di inerzia

dell'assemblea, spetterà agli amministratori curare l'iscrizione nel registro delle imprese della sussistenza di una causa di scioglimento.

Le procedure previste dal codice civile al fine di assicurare l'effettività del capitale sociale devono coniugarsi, nel caso delle società a partecipazione pubblica, con l'esigenza di motivare la sussistenza di un interesse pubblico quale fondamento di una qualsivoglia operazione che determini la destinazione di ulteriori risorse pubbliche alla società partecipata.

È altrettanto chiaro, inoltre, come la possibilità per l'ente di porre in essere un'operazione di ricostituzione del capitale sociale debba trovare giustificazione non solo nell'esigenza di mantenere in essere la società, in quanto coesistente alla soddisfazione di un pubblico interesse⁷⁷⁹, ma anche nella circostanza che l'operazione medesima sia ispirata ai principi di sana gestione finanziaria.

Cionondimeno, l'esigenza di evitare l'insorgenza di perdite strutturali costituisce una finalità avuta di mira dal legislatore soltanto in tempi più recenti, posto che, ad esempio, la legge finanziaria per il 2004, legge 24 dicembre 2003, n. 350, all'art. 3, comma 16, nel richiamare il divieto, sancito dall'art. 119, comma 6, Cost., di ricorrere all'indebitamento per finanziarie spese diverse da quelle di investimento, sottraeva dal divieto in parola le “*società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici*”.

Se è vero che il successivo comma 19 vieta agli enti locali e alle Regioni di ricorrere, a loro volta, all'indebitamento per effettuare conferimenti volti alla ricapitalizzazione di aziende o società al fine del ripiano delle perdite, è altrettanto vero che: a) la norma ammetteva il suddetto ripiano ove ciò non comportasse l'indebitamento dell'Ente; b) la norma ammetteva l'esistenza di società strutturalmente in perdita, potendo queste ricorrere all'indebitamento anche per il finanziamento delle spese di parte corrente.

Sul punto, in ogni caso, l'orientamento della Corte dei conti è sempre stato particolarmente rigoroso, teso ad escludere la conformità a tali principi della previsione, a carico di un Comune, di obblighi convenzionali o statutari aventi ad oggetto il ripiano del disavanzo annuale di amministrazione nella forma di contributo a fondo perduto⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ F. MORETTI, *Presupposti e limiti delle operazioni di aumento di capitale nelle società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2014, 1, 19. L'Autore rinvia a: Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 17 dicembre 2012, n. 532/2012/PAR.

⁷⁸⁰ “*La Sezione ha elaborato, in proposito, il principio generale per cui se l'azione è intrapresa al fine di soddisfare esigenze della collettività rientranti nelle finalità perseguite dal Comune, l'erogazione di un finanziamento non può equivalere a un depauperamento del patrimonio comunale, in considerazione dell'utilità che l'ente o la collettività ricevono dallo svolgimento del servizio pubblico o di interesse pubblico effettuato dal soggetto che riceve il contributo*” (Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 5 novembre 2010, n. 979/2010/PAR; Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 29 giugno 2006, n. 9/2006/PAR, in www.corteconti.it). Sul punto: D. GHIANDONI, “*Compensazioni economiche*” all'interno

Malgrado l'art. 194 del TUEL preveda, quali ipotesi di riconoscimento di debiti fuori bilancio, la “*copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'art. 114 e il disavanzo derivi da fatti di gestione*”, oltre che la “*ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali*”, trattasi di evenienze per le quali si rende necessaria un'adeguata motivazione, non giustificandosi altrimenti una deroga alla limitazione di responsabilità rappresentata dallo schermo sociale⁷⁸¹.

La frequente violazione di tali principi⁷⁸² ha condotto all'introduzione di un espresso divieto legislativo.

L'art. 6, comma 19, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, nel dichiarato intento di perseguire una maggiore efficienza delle società pubbliche, ha vietato alle “*amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196*”⁷⁸³ la possibilità di effettuare aumenti di capitale,

del corrispettivo di un servizio affidato a un organismo partecipato, in *Azienditalia*, 2011, 3, 219.

⁷⁸¹ La p.a., del resto, non può divenire socia di una società di persone, ma solo di società di capitali, stante l'autonomia patrimoniale non perfetta delle prime (Corte conti, Sez. controllo Abruzzo, 23 ottobre 2012, n. 354/PAR/2012, in *www.corteconti.it*).

⁷⁸² “*Il conferimento di capitale in favore di società partecipate da parte dagli enti locali incontra dei limiti normativi generali relativamente alle operazioni di ripiano delle perdite e di ricapitalizzazione, venendo esse ricondotte nell'ambito della spesa corrente, sulle quali finiscono quindi per incidere, e non tra gli investimenti. Di conseguenza, non solo non è possibile ricorrere all'indebitamento o all'utilizzo dell'avanzo di amministrazione accertato e non altrimenti vincolato per il finanziamento di conferimenti rivolti alla ricapitalizzazione di aziende o società finalizzata al ripiano di perdite (ai sensi dell'art. 3, c. 19 della legge n. 350/2003), ma trovano anche applicazione i limiti di cui all'art. 187 del Tuel*” (F. MORETTI, *Presupposti e limiti delle operazioni di aumento di capitale nelle società partecipate dagli enti locali*, cit., 19). Sul punto: Corte conti, Sez. controllo Piemonte, 4 giugno 2008, n. 15; Corte conti, Sez. controllo Friuli Venezia Giulia, 2 settembre 2011, n. 74/PAR; Corte conti, Sez. controllo Puglia, 7 marzo 2012, n. 29/PAR/2012, tutte in *www.corteconti.it*.

⁷⁸³ Sotto il profilo soggettivo, le amministrazioni tenute al rispetto del divieto sono quelle indicate nell'elenco annuale redatto dall'ISTAT. La disposizione non si applica in via diretta né alle Regioni, né alle Province autonome, né agli enti del Servizio sanitario nazionale, per i quali costituiscono disposizioni di principio ai fini del coordinamento della finanza pubblica. Al fine di stimolarne l'osservanza da parte delle amministrazioni così escluse, la norma prevede un particolare meccanismo premiante: “*A decorrere dal 2011, una quota pari al 10 per cento dei trasferimenti erariali di cui all'art. 7 della legge 15 marzo 1997, n. 59, a favore delle Regioni a statuto ordinario è accantonata per essere successivamente svincolata e destinata alle Regioni a statuto ordinario che hanno attuato quanto stabilito dall'art. 3 del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con legge 26 marzo 2010, n. 42 e che aderiscono volontariamente alle regole previste dal presente articolo. Ai fini ed agli effetti di cui al periodo precedente, si considerano adempienti le Regioni a statuto ordinario che hanno registrato un rapporto uguale o inferiore alla media*

trasferimenti straordinari, aperture di credito, ed il rilascio di garanzie, in favore “*delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali*”.

Le sole eccezioni a tale divieto sono rappresentate, da un lato, dalle operazioni previste dall’art. 2447 del codice civile, e, dall’altro, dai trasferimenti operati a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti⁷⁸⁴.

L’unica forma di ricapitalizzazione ammessa è, dunque, quella derivante dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, ipotesi contemplata dall’art. 2447 c.c., e, con riferimento alle società a responsabilità limitata, dall’omologa disposizione di cui all’art. 2482-ter c.c.

In tali ipotesi la ricapitalizzazione non rappresenta una forma di soccorso finanziario ma costituisce lo strumento tecnico previsto dall’ordinamento quale alternativa alla messa in liquidazione della società o alla sua trasformazione, per l’ipotesi in cui si verifichi una riduzione del capitale per perdite al di sotto del limite legale minimo.

Pur trattandosi un’operazione non vietata dalla norma, l’ente pubblico che intenda intraprendere tale soluzione dovrà comunque adeguatamente motivare la scelta sotto il profilo del pubblico interesse e della convenienza economica dell’operazione, dando contezza della capacità della società partecipata di non incorrere in una situazione di strutturale inefficienza.

Non è mancata, tuttavia, un’interpretazione particolarmente rigorosa da parte della Corte dei conti, in forza della quale alla ricapitalizzazione ai sensi dell’art. 2447 c.c. da parte dell’ente pubblico osta, in ogni caso, il divieto di contrarre mutui per spese diverse da quelle di investimento, sancito dall’art. 119, comma 6, Cost., dall’art. 30, comma 15, legge n.

nazionale fra spesa di personale e spesa corrente al netto delle spese per i ripiani dei disavanzi sanitari e del surplus di spesa rispetto agli obiettivi programmati dal patto di stabilità interno e che hanno rispettato il patto di stabilità interno” (art. 6, comma 20, d.l. n. 78/2010).

⁷⁸⁴ L’eccezione rappresentata dal secondo gruppo di operazioni è ammessa, al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l’ordine pubblico e la sanità, dietro autorizzazione, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti. “*Prescindendo da qualsiasi valutazione sulla possibilità della società di continuare la sua attività produttiva, la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale opera, infatti, quale soglia di sicurezza al verificarsi della quale occorre ricostituire il capitale minimo, o porre in liquidazione la società, al fine di evitare che il proseguimento della sua attività porti a una completa erosione del ‘surplus attivo’ nel patrimonio della società costituito dal capitale sociale, a danno dei creditori*” (Corte conti, Sez. controllo Piemonte, n. 61/2010/SRCPIE/PAR, in www.corteconti.it).

289/2002 e dall'art. 3, commi 16 e 19 della legge n. 350/2003, divieto che osta anche alla ricapitalizzazione sopra accennata⁷⁸⁵.

Il secondo gruppo di eccezioni contemplate dalla disposizione si riferisce alle ipotesi in cui l'operazione integrante un'ipotesi di soccorso finanziario corrisponda ad un'obbligazione a carico dell'Ente pubblico e discendente da un particolare rapporto, ovvero ai casi in cui essa integri un investimento.

È necessario premettere come i rapporti economico-finanziari tra ente pubblico e società partecipata siano alcuni dei profili che la Corte dei conti, in sede di controllo, valuta con sempre maggior rigore, proprio in considerazione della riscontrata frequenza con cui tali operazioni celano inefficienti allocazioni di risorse pubbliche.

Il rigoroso contenuto della disposizione in commento traduce, nel suo significato essenziale, il principio secondo cui la condotta della p.a. debba ispirarsi ad una sana gestione finanziaria, evitando di adottare scelte che, nella sostanza, si traducano in un ripianamento delle passività, ovvero in *“finanziamenti con capitale di debito ... verso soggetti di acclarata inefficienza reddituale”*⁷⁸⁶.

In altre parole, secondo il costante orientamento della Corte dei conti manifestato in sede consultiva, la condotta più prudente per l'ente comporta l'individuazione *ex ante* delle diseconomicità riscontrabili nella gestione del servizio e nella determinazione delle modalità attraverso le quali si intende far fronte alle stesse.

I trasferimenti di risorse finanziarie pubbliche, a qualsiasi titolo, a società partecipate in perdita da almeno tre esercizi consecutivi, risultano ammissibili *“solo qualora siano previsti dal contratto di servizio che cristallizza valutazioni effettuate a monte attraverso un ponderato e motivato atto di programmazione, che tenga conto di particolari condizioni”*, quali, ad esempio, *“quelle di non remuneratività anche parziale del servizio, o dei costi di gestione che in una prima fase possono essere fisiologicamente superiori ai ricavi”*⁷⁸⁷.

A di fuori degli *“ordinari”* rapporti tra socio pubblico e società, dunque, ogni diversa operazione dovrebbe considerarsi straordinaria e, pertanto, vietata ai sensi dell'art. 6, comma 19, cit.

⁷⁸⁵ Corte conti, Sez. controllo Abruzzo, 23 ottobre 2012, n. 354/PAR/2012, in www.corteconti.it.

⁷⁸⁶ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 18 luglio 2013, n. 313/2012/PAR, in www.corteconti.it. Nel senso che anche il conferimento di bene immobile possa rappresentare un'ipotesi di soccorso finanziario, si veda: Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 17 dicembre 2012, n. 532/2012/PAR, in www.corteconti.it.

⁷⁸⁷ Corte conti, Sez. controllo Puglia, n. 194/2013, in www.corteconti.it.; *in terminis*: Corte conti, Sez. controllo Puglia, 29/PAR/2012. Sul punto: Corte conti, Sez. controllo Sicilia, 14 gennaio 2014, n. 11/2014/PAR, in www.corteconti.it. Per i contributi e sovvenzioni erogati ai sensi dell'art. 12 della legge n. 241/1990 si veda: Corte conti, Sez. controllo Veneto, 23 marzo 2010, n. 34/2010/PAR, in www.corteconti.it.

In questo senso, la stessa Corte dei conti ha rilevato che - al di fuori delle operazioni tipizzate, per le quali sussiste un divieto assoluto, in quanto ritenute *ex lege* come sintomatiche di inefficienza - è specifico onere dell'ente "*documentare la sussistenza dei presupposti concreti atti a rinvenire un'utilità che possa ascrivarsi ad un interesse pubblico specifico e concreto, un'utilità, in termini di costi/benefici, compensativa del sacrificio ulteriore richiesto agli enti pubblici soci*"⁷⁸⁸.

In particolare, ai sensi dell'art. 49 del TUEL, il responsabile del Servizio interessato ed il responsabile del Servizio finanziario devono rendere, rispettivamente, i pareri di regolarità tecnica e di regolarità contabile in occasione dell'adozione di deliberazioni volte a ricapitalizzare una società partecipata dall'ente. Tali pareri dovranno considerare non solo il rispetto degli equilibri finanziari da parte dell'ente, ma dovranno altresì fondarsi sulla valutazione dell'effettiva realizzabilità del piano industriale attraverso il quale la società si propone di risolvere le proprie criticità finanziarie⁷⁸⁹.

Peraltro anche la diversa soluzione rinvenibile nell'accollo dei debiti della società partecipata da parte del Comune sconta un rigorosissimo obbligo di motivazione.

Ad avviso della Corte dei conti, infatti, anche un'operazione siffatta dovrebbe considerarsi "*come una forma surrettizia di soccorso finanziario*", per la quale sussistono i limiti di cui all'art. 6, comma 19, cit.⁷⁹⁰.

Precisamente, anche qualora ricorressero i presupposti per effettuare un tale soccorso finanziario, l'accollo dovrebbe comunque "*corrispondere ad uno specifico e concreto pubblico interesse*", la cui esistenza dovrebbe essere motivata, oltre che alla luce degli scopi istituzionali e dei canoni di cui all'art. 97 Cost., soprattutto "*in termini di razionalità economica*"⁷⁹¹. L'istruttoria e la motivazione dovranno specialmente dar conto della presenza "*di una razionalità economica efficiente che giustifichi l'accantonamento del vantaggio della limitazione della responsabilità patrimoniale e della proporzionale ripartizione dello stesso con i soci privati*"⁷⁹².

⁷⁸⁸ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 313/2012, in www.corteconti.it; sul punto si vedano anche: Corte conti, Sez. controllo Lombardia nn. 19/2012; id., 27 dicembre 2012, n. 535/2012/PAR, in www.corteconti.it.

⁷⁸⁹ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 5 marzo 2014, n. 96/2014/PAR, in www.corteconti.it.

⁷⁹⁰ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 535/2012.

⁷⁹¹ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 535/2012.

⁷⁹² Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 535/2012; negli stessi termini: Corte conti, Sez. controllo Lombardia n. 380/2012; Corte conti, Sez. controllo Basilicata, 17 maggio 2011, n. 28, in *Riv. Corte conti*, 2011, 3-4, 96; Corte conti, Sez. controllo Veneto, 22 agosto 2012, n. 515/PAR; Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 5 febbraio 2014, n. 42/2014/PAR, tutte in www.corteconti.it.

L'accollo, peraltro, oltre a tradursi in un indiretto beneficio per i soci privati, per i quali esso rappresenta una diminuzione del rischio d'impresa, costituisce, per l'ente locale, una forma atipica di indebitamento ai sensi degli artt. 222 ss. del T.U.E.L., ammissibile solo ove l'operazione presenti una convenienza economica e sia compatibile con il patto di stabilità interno⁷⁹³.

La disposizione in commento, del resto, costituiva la coerente premessa degli obblighi di dismissione di cui all'art. 14, comma 32 del medesimo d.l. n. 78/2010, previsti, anche se soltanto per i Comuni di più modeste dimensioni demografiche, con riferimento alle società strutturalmente in perdita.

Il legislatore, in questi termini, sanciva *“l'abbandono della logica del salvataggio a tutti i costi di strutture e organismi partecipati o variamente collegati alla pubblica amministrazione che versano in situazioni d'irrimediabile dissesto, ovvero l'ammissibilità di interventi tampone con dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto, erogate senza l'inserimento in un programma industriale o in una prospettiva che realizzi l'economicità e l'efficienza della gestione nel medio e lungo periodo (comma 19 primo periodo). I trasferimenti agli organismi partecipati sono consentiti solo se vi sarà un ritorno in termini di corresponsività della prestazione a fronte dell'erogazione pubblica, ovvero la realizzazione di un*

⁷⁹³ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 535/2012/PAR, in www.corteconti.it: *“se da un lato è innegabile che l'accollo produce un riallineamento tra soggetto nel cui interesse il debito è stato contratto e quello che deve sostenerne gli oneri per interessi e capitali, dall'altro – alla prova dei fatti – tale operazione giuridica potrebbe costituire uno strumento per raggiungere fittiziamente il “saldo-obiettivo”, procrastinando l'evidenza per cassa di un investimento in esercizi successivi, in modo, magari, opportunamente frazionato”*. Nel senso che ogni operazione integrante un soccorso finanziario debba corrispondere ad una logica di razionalità economica: Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 19/2012/PAR e n. 220/2012/PAR, in www.corteconti.it. *“È di tutta evidenza che la “revoca della fase liquidatoria” al solo fine di procedere “ai sensi dell'art. 2447 codice civile” alla ricostituzione del capitale sociale eroso dalle perdite si tradurrebbe nella violazione del vincolo di finanza pubblica posto dall'art. 6, c. 19, D.L. n. 78/2010. In questo caso, infatti, la ricostituzione del capitale sociale sarebbe solo strumentale a evitare l'accertamento dello stato di insolvenza della società; d'altra parte, non si comprende come una società già posta in liquidazione potrebbe essere ricapitalizzata per perseguire una maggiore efficienza”* (Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 4 settembre 2012, n. 380/2012/PRSE; *id.*, 19 marzo 2013, n. 98/PAR, in www.corteconti.it). Diversamente, *“il socio di capitali (non esposto direttamente verso i creditori della società) che procede alla “copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione” di fatto si accolla i debiti di un terzo soggetto. Se chi si accolla un debito altrui è un soggetto di diritto pubblico, quest'ultimo ha il dovere di porre in evidenza la ragione economica-giuridica dell'operazione, altrimenti essa rappresenterebbe un ingiustificato favor verso i creditori della società incapiente”* (Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 98/2013; sul punto: Corte conti, Sez. controllo Piemonte, 14 luglio 2011, n. 106/20117SRCPIE/PRSE; Corte conti, Sez. controllo Emilia-Romagna, 28 novembre 2012, n. 487/2012/PAR, in www.corteconti.it).

programma d'investimento. Eventuali interventi in deroga, potranno essere autorizzati solo al cospetto di gravi pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica e la sanità e al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse (comma 19, secondo periodo)”⁷⁹⁴.

Le norme sottolineano l'inequivocabile “segnale negativo costituito da perdite realizzate consecutivamente per tre esercizi (ancorché coperte in corso d'anno con riserve disponibili), sintomo di situazioni cronicizzate, o tese alla cronicizzazione, che impongono una rigorosa condotta nei rapporti istituzionali fra l'ente e le sue partecipate, attesa l'incidenza dei risultati di gestione di queste ultime sugli equilibri di bilancio dell'ente socio”⁷⁹⁵.

Come già sin è avuto modo di evidenziare in altra parte del presente lavoro, gli obblighi di dismissione delle società partecipate strutturalmente in perdita è stato abrogato per effetto della legge di stabilità per il 2014.

Quest'ultima, con una serie di disposizioni applicabili non più soltanto alle società partecipate dai Comuni di più modeste dimensioni ma “alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196”⁷⁹⁶, ha sancito una peculiare procedura destinata alle società che presentino un risultato d'esercizio negativo.

Essa si articola in una fase preliminare, volta a tentare il risanamento della gestione, la quale, ove non consenta di ripristinare una sana gestione finanziaria, sfocerà nella fase di liquidazione della società, dell'azienda o dell'istituzione.

La prima fase si apre ove il soggetto partecipato versi in una particolare condizione: aver presentato un risultato di esercizio o un saldo finanziario negativo. Precisamente, per le società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica, ivi compreso il servizio di gestione dei rifiuti, per risultato d'esercizio si intende la differenza tra valore e costi della produzione.

Ove tale condizione risulti integrata, le amministrazioni locali partecipanti sono tenute ad effettuare, nell'anno successivo, “un accantonamento in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione”⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 753/2010/PAR, n. 1081/2010/PAR e n. 636/2011/PAR, in www.corteconti.it.

⁷⁹⁵ Corte conti, Sez. controllo Piemonte, n. 61/2010; Corte conti, Sez. controllo Piemonte, 4 giugno 2008, n. 15/2011/PAR, in www.corteconti.it.

⁷⁹⁶ Art. 1, comma 550, legge n. 147/2013.

⁷⁹⁷ Poiché prevedere un obbligo di accantonamento di risorse implica, inevitabilmente, un'attività di programmazione finanziaria da parte dell'ente, la disposizione prevede un

L'ente socio o partecipante, in tale fase, nella quale la situazione deficitaria non è ancora strutturale, può procedere al ripianamento della perdita ovvero può disporre, sin da subito, la liquidazione del soggetto partecipato.

In tali ipotesi, l'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione.

A decorrere dall'esercizio 2015, alla realizzazione di un risultato economico negativo nei tre esercizi precedenti si accompagna un peculiare regime sanzionatorio, da applicarsi alle aziende speciali, alle istituzioni ed alle società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, consistente nella riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione.

Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta, inoltre, giusta causa ai fini della revoca degli amministratori. Esonerati dall'applicazione di tale regime sanzionatorio sono i soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante.

La seconda fase del procedimento descritto prevede, in caso di risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, a decorrere dall'esercizio 2017, che i soggetti menzionati siano posti in liquidazione entro sei mesi dalla data di approvazione del bilancio o rendiconto relativo all'ultimo esercizio. Il mancato avvio della procedura di liquidazione entro il predetto termine comporta la nullità dei successivi atti di gestione e la responsabilità erariale dei soci che ne hanno determinato l'adozione.

Lo scioglimento delle società a partecipazione pubblica, ovvero l'alienazione delle relative quote, si rivela comunque la soluzione che il legislatore pare preferire, ancorché le più recenti riforme non abbiano il fine di imporre *ex lege* ma di incentivare gli enti verso una tale soluzione⁷⁹⁸.

meccanismo di adeguamento progressivo: “*Gli accantonamenti di cui al comma 551 si applicano a decorrere dall'anno 2015. In sede di prima applicazione, per gli anni 2015, 2016 e 2017: a) l'ente partecipante di soggetti che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio negativo accantona, in proporzione alla quota di partecipazione, una somma pari alla differenza tra il risultato conseguito nell'esercizio precedente e il risultato medio 2011-2013 migliorato, rispettivamente, del 25 per cento per il 2014, del 50 per cento per il 2015 e del 75 per cento per il 2016. Qualora il risultato negativo sia peggiore di quello medio registrato nel triennio 2011-2013, l'accantonamento è operato nella misura indicata dalla lettera b); b) l'ente partecipante di soggetti che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio non negativo accantona, in misura proporzionale alla quota di partecipazione, una somma pari al 25 per cento per il 2015, al 50 per cento per il 2016 e al 75 per cento per il 2017 del risultato negativo conseguito nell'esercizio precedente*” (art. 1, comma 550, legge n. 147/2013).

⁷⁹⁸ L'art. 1, comma 568-bis della legge n. 147/2013 così dispone: “*Le pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, e successive modificazioni, e le società da esse controllate*

Dalle riflessioni che precedono emerge come i rapporti sussistenti tra l'ente locale e le società partecipate abbiano un rilevantissimo impatto in ordine alla sana gestione finanziaria del primo, il quale, operando in regime di contabilità finanziaria, talvolta si avvale del regime di contabilità economica proprio delle società di capitali.

Il rischio di elusione dei vincoli di sana gestione finanziaria⁷⁹⁹ che tali meccanismi sono idonei a generare hanno rappresentato il presupposto fattuale che ha condotto all'introduzione, non solo dei vincoli finanziari di cui si è detto, ma, in particolare, all'adozione di un concetto di finanza pubblica allargata, il quale considera non tanto la natura dei soggetti, quanto quella delle risorse.

Tale nozione si rivela essere alla base della stessa delimitazione dei soggetti tenuti al consolidamento dei conti.

direttamente o indirettamente possono procedere: a) allo scioglimento della società controllata direttamente o indirettamente (anche le aziende speciali a seguito delle modifiche introdotto dall'art. 1, comma 616, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 – legge di stabilità 2015). Se lo scioglimento è in corso ovvero è deliberato non oltre dodici mesi (ora 24 mesi, per effetto delle modificazioni apportate dalla legge di stabilità per il 2015 con l'art. 1, comma 616) dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, gli atti e le operazioni posti in essere in favore di pubbliche amministrazioni in seguito allo scioglimento della società sono esenti da imposizione fiscale, incluse le imposte sui redditi e l'imposta regionale sulle attività produttive, ad eccezione dell'imposta sul valore aggiunto. Le imposte di registro, ipotecarie e catastali si applicano in misura fissa. In tal caso i dipendenti in forza alla data di entrata in vigore della presente disposizione sono ammessi di diritto alle procedure di cui ai commi da 563 a 568 del presente articolo. Ove lo scioglimento riguardi una società controllata indirettamente, le plusvalenze realizzate in capo alla società controllante non concorrono alla formazione del reddito e del valore della produzione netta e le minusvalenze sono deducibili nell'esercizio in cui sono realizzate e nei quattro successivi; b) all'alienazione, a condizione che questa avvenga con procedura a evidenza pubblica deliberata non oltre dodici mesi ovvero sia in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore della presente disposizione e alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014. In caso di società mista, al socio privato detentore di una quota di almeno il 30 per cento alla data di entrata in vigore della presente disposizione deve essere riconosciuto il diritto di prelazione. Ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive, le plusvalenze non concorrono alla formazione del reddito e del valore della produzione netta e le minusvalenze sono deducibili nell'esercizio in cui sono realizzate e nei quattro successivi”.

⁷⁹⁹ Ad esempio, “il trasferimento di beni dall'ente locale in favore della società patrimoniale potrebbe non solo essere strumentale a ‘valorizzare’ il patrimonio dell'ente locale sfruttando il regime di contabilità economica cui soggiace la propria società partecipata, ma addirittura potrebbe tradursi in una manovra finanziaria volta ad aggirare vincoli di finanza pubblica. Infatti, quando il bene non viene conferito in sede di costituzione della società, bensì viene ceduto dal Comune dietro il pagamento di un corrispettivo da parte della società medesima (la quale, tra l'altro, iscrive ipoteca sul bene in favore di istituti di credito che finanziano il pagamento del corrispettivo della cessione), si altera il saldo finanziario dell'ente locale ‘gonfiando’ il titolo IV delle entrate relativo ai proventi da alienazioni di beni” (Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 19 febbraio 2013, n. 61/2013/PRSE, in www.corteconti.it).

6. Il personale delle società pubbliche: modalità di reclutamento, tutela giurisdizionale, limiti.

Nel tentativo di rappresentare il quadro normativo entro il quale le società a partecipazione pubblica, *in house* e a capitale misto, esercenti un pubblico servizio, si trovano ad operare, è necessario stabilire in che modo avvenga il reclutamento del personale dipendente delle predette società.

Esclusa la riconducibilità entro il campo di applicazione soggettivo del Testo unico del pubblico impiego, si tratta di stabilire se altre disposizioni normative abbiano determinato l'estensione del relativo regime anche ai predetti soggetti.

In altre parole, si tratta di stabilire se l'espletamento di una attività a stretta rilevanza pubblicistica, qual è un pubblico servizio, e la partecipazione pubblica al capitale sociale siano stati considerati dal legislatore elementi idonei a suggerire l'applicazione del principio di cui all'art. 97, comma 4, Cost., in ragione del quale "*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso*".

In questa prospettiva, viene in rilievo il primo intervento normativo volto ad estendere, in parte qua, la disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

L'art. 18, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, rubricato "*reclutamento del personale delle società pubbliche*", prevede un regime differenziato a seconda degli elementi innanzi accennati⁸⁰⁰.

Ai sensi del primo comma della disposizione in esame, le società dedite all'erogazione di servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica sono tenute ad adottare, mediante 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'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*".

Il successivo comma 2, invece, con una disposizione di carattere residuale, dettava una disciplina distinta con riferimento a tutte le società a partecipazione pubblica, totale o di controllo, non operanti nel settore dei servizi pubblici locali. Tali società, in luogo del rispetto dei più puntuali principi di cui all'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, venivano sottoposte all'obbligo di adottare provvedimenti per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi informati ai principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

⁸⁰⁰ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 26 settembre 2011, n. 489/PAR, in www.corteconti.it. Per un più diffuso esame della disciplina citata nel testo si veda: G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 629.

Come si evince dallo stesso tenore letterale della disposizione il reclutamento del personale delle società *in house* era sottoposto ad una disciplina differenziata a seconda dell'oggetto sociale.

Del tutto estranee alle regole sopra riportate, invece, sono le società quotate, indipendentemente dall'entità della partecipazione pubblica e dal tipo di attività espletata.

Nel contesto così delineato, già in sé articolato, venivano a sovrapporsi ulteriori disposizioni, incrementando il carattere disomogeneo del regime relativo al reclutamento del personale.

In questo senso, l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. a), del d.l. n. 112/2008, l'art. 7 del d.P.R. n. 168/2010⁸⁰¹ e, successivamente, in senso analogo, l'art. 4, comma 17, del d.l. n. 138/2011⁸⁰², imponevano alle società a partecipazione pubblica, sia *in house* che a capitale misto, affidatarie della gestione di un servizio pubblico locale – con esclusione delle società quotate – l'adozione di un provvedimento recante l'individuazione dei criteri e delle modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi formulati dall'art. 35, comma 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

L'adozione del regolamento rappresentava elemento imprescindibile per procedere alle assunzioni ed al conferimento degli incarichi, vietati fino all'effettiva adozione del suddetto provvedimento.

Le disposizioni successive all'art. 18 del d.l. 112/2008, oggi espunte dall'ordinamento, estendevano la doverosità dell'azione del regolamento ispirato ai principi di cui all'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 anche alle società a capitale misto esercenti un pubblico servizio.

Ancora, l'art. 3-*bis*, comma 6, del d.l. n. 138/2011, ribadendo quanto già previsto dall'art. 18 citato, stabilisce che le società affidatarie *in house* della gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica “*adottano, 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'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché i vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante ai sensi dell'art. 18, comma 2-bis, del decreto legge n. 112 del 2008*”.

Se quello innanzi descritto corrisponde all'estensione della disciplina pubblicistica per il reclutamento del personale, è necessario richiamare i principi enunciati dall'art. 35, comma 3 del d.lgs. n. 165/2001, ai quali dovranno ispirarsi le procedure indette dalle società *in house* esercenti un pubblico servizio.

⁸⁰¹ L'art. 23-*bis* citato, lo si ricorda, è stato abrogato per effetto del referendum svoltosi nei giorni 12-13 giugno 2011.

⁸⁰² Disposizione dichiarata incostituzionale secondo quanto già esposto nel capitolo I della parte I.

La selezione, in particolare, dovrà avvenire assicurando adeguate forme di pubblicità della selezione medesima e delle relative modalità di svolgimento, assicurando, così, l'imparzialità, l'economicità e la celerità di espletamento.

Le commissioni di valutazione, composte esclusivamente da esperti di comprovata esperienza nelle materie di concorso, dovranno essere individuate nel rispetto del principio di decentramento delle procedure di reclutamento.

Tali procedure, inoltre, dovranno avvenire previa adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti idonei a verificare il possesso dei requisiti richiesti alla posizione da ricoprire, oltre che il rispetto delle pari opportunità.

Deve ritenersi che il rinvio operato alle disposizioni del testo unico del pubblico impiego non abbia l'effetto di porre in dubbio la qualificabilità in termini privatistici degli atti e delle procedure posti in essere dalle società pubbliche ai fini del reclutamento del personale.

Così individuata la natura giuridica degli atti in parola, le controversie ad essi inerenti dovranno ricondursi nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario⁸⁰³.

Se quello da ultimo indicato costituiva, peraltro, lo stesso orientamento del Giudice amministrativo⁸⁰⁴, deve segnalarsi come, più di recente, il Consiglio di Stato abbia espresso, *incidenter tantum*, un orientamento di segno contrario che, tuttavia, non si ritiene persuasivo⁸⁰⁵.

L'estensione del regime pubblicistico, *in parte qua*, alle società a partecipazione pubblica, con le differenze sopra esposte, non ha riguardato soltanto le modalità di reclutamento e selezione del personale ma, altresì, con sempre maggiore frequenza ed intensità, i divieti e le limitazioni alle assunzioni di personale previsti per le pubbliche amministrazioni⁸⁰⁶.

In questo senso si colloca il comma 2-*bis* dell'art. 18 del d.l. n. 112/2008, come riformulato a seguito della legge di stabilità per il 2014 e del d.l. n. 90/2014⁸⁰⁷.

⁸⁰³ P. SORDI, *Dismissione di partecipazioni, affidamento di servizi pubblici e interessi dei lavoratori*, in *Lav. nelle p.a.*, 2010, 6, 1117.

⁸⁰⁴ Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2012, n. 712, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁰⁵ Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁰⁶ G. ASTEGIANO, *L'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale alla luce delle vigenti regole di finanza pubblica*, in *Inserto di Azienditalia*, 2012, 3, VI.

⁸⁰⁷ Nella sua formulazione originaria, il comma 2-*bis* dell'art. 18 citato così disponeva: "2-*bis*. Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica".

A differenza del regime previsto per il reclutamento del personale, l'estensione dei limiti all'assunzione di personale previsti dalla disposizione non si fonda sull'oggetto sociale⁸⁰⁸.

Al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni, sono tenute, infatti, oltre alle aziende speciali e le istituzioni, le società a partecipazione pubblica locale, totale o di controllo.

Spetta all'ente esercente il controllo, attraverso l'adozione di un proprio atto di indirizzo che tenga conto delle disposizioni che stabiliscono, a suo carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, definire criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, diversificando, soltanto in questa sede, l'estensione dei divieti in ragione del settore in cui ciascun soggetto opera.

Il recepimento degli indirizzi espressi dall'ente pubblico avviene, ad opera delle società a partecipazione pubblica locale, totale o di controllo, per mezzo di provvedimenti *ad hoc*.

Con riferimento al contenimento degli oneri contrattuali, il recepimento dei relativi limiti avviene in sede di contrattazione di secondo livello.

La disposizione, inoltre, attenua la soggezione ai doveri in parola per le aziende speciali cosiddette multiservizi, per le quali tali disposizioni si applicano qualora l'incidenza del fatturato dei servizi esclusi risulti superiore al 50 per cento del totale del valore della produzione.

Del tutto esonerate dall'applicazione dei limiti suddetti sono le società quotate su mercati regolamentati. Le aziende speciali, le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla persona (ex IPAB) e le farmacie sono escluse dai limiti

inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Le predette società adeguano inoltre 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. 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 di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

⁸⁰⁸ La prima riformulazione del comma 2-bis dell'art. 18 del d.l. n. 112/2008 ad opera del comma 557 dell'art. 1 della legge di stabilità per il 2014 escludeva, invece, le società erogatrici di servizi pubblici locali a rilevanza economica dall'applicazione diretta dei limiti ivi previsti.

medesimi, fermo restando l'obbligo di mantenere un livello dei costi del personale coerente rispetto alla quantità di servizi erogati.

Quella da ultimo introdotta, tuttavia, non costituisce il primo tentativo di perseguire gli obiettivi di finanza pubblica per effetto del contenimento delle spese di parte corrente relative al personale.

Plurimi, infatti, sono stati gli interventi normativi che, talvolta, hanno posto un limite diretto alle assunzioni ed alla retribuzione del personale dei soggetti partecipati dall'ente locale, talaltra, invece, hanno inteso introdurre misure di contenimento degli oneri in parola direttamente rivolti agli enti locali e, solo in via mediata, alle società e organismi da questi partecipati.

Esempio di questa seconda tecnica normativa è rappresentato dall'art. 1, commi 557 e seguenti, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, la legge finanziaria 2007.

Tali disposizioni, dopo aver previsto il concorso delle autonomie regionali e locali al rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, mediante la riduzione dell'incidenza percentuale delle spese di personale rispetto al complesso delle spese correnti, la razionalizzazione e snellimento delle strutture burocratico-amministrative, anche attraverso accorpamenti di uffici con l'obiettivo di ridurre l'incidenza percentuale delle posizioni dirigenziali in organico, ed il contenimento delle dinamiche di crescita della contrattazione integrativa, tenuto anche conto delle corrispondenti disposizioni dettate per le amministrazioni statali, sanciscono come in vista del perseguimento dei predetti obiettivi, debbano intendersi per spese di personale anche quelle sostenute *“per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente”*.

Ancora, l'art. 76, comma 7⁸⁰⁹, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, di recente abrogato dall'art. 3, comma 5, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, vietava, agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale fosse pari o superiore al 50 per cento delle spese correnti, di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale, ferma la possibilità, per gli altri enti, di procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato nel limite del 40 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente. La previgente disposizione risulta di particolare interesse in ragione del calcolo in essa previsto ai fini della determinazione delle facoltà assunzionali.

Ai fini del computo di tali percentuali, dovevano calcolarsi anche le spese sostenute dalle aziende speciali, dalle istituzioni e società a

⁸⁰⁹ La disposizione reca un principio fondamentale della legislazione statale in materia di coordinamento della finanza pubblica e, pertanto, una legge regionale che deroghi al contenuto della disposizione in parola rappresenta una violazione della competenza legislativa concorrente dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. (Corte cost., 4 dicembre 2013, n. 287 e Corte cost. 7 giugno 2013, n. 130).

partecipazione pubblica locale, totale o di controllo, titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, né commerciale, ovvero che svolgenti attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, fatta eccezione per le società quotate su mercati regolamentari.

Ai fini della determinazione della spesa del comparto personale⁸¹⁰ ai sensi dell'art. 76, comma 7, del d.l. n. 112/2008, dovevano considerarsi, in primo luogo, le società sulle quali l'ente pubblico eserciti una posizione di controllo, come definita dall'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, c.c., e sempre che si trattasse di una società affidataria diretta di servizi pubblici locali. In secondo luogo, dovevano ritenersi incluse nel comparto le società partecipate in modo totalitario da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente, *“tenuto conto del concetto univocamente accolto di società in house, come società che vive prevalentemente di risorse provenienti dall'ente locale (o da più enti locali), caratterizzata da un valore della produzione costituito per non meno dell'80% da corrispettivi dell'ente proprietario”*⁸¹¹.

Il calcolo della spesa del comparto personale deve avvenire avendo riguardo alle risultanze del bilancio d'esercizio delle società e dei questionari allegati alle relazioni dei revisori degli enti locali al rendiconto degli enti medesimi, in sede di espletamento del controllo di cui all'art. 1, commi 166 ss., della legge n. 266/2005. Le spese di personale della società partecipata, che andranno sommate a quelle dell'ente, dovranno essere calcolate in misura proporzionale ai corrispettivi o ai ricavi della tariffa a carico dell'ente medesimo⁸¹².

⁸¹⁰ Il riferimento operato da parte di molte delle disposizioni commento alle “spese di personale”, impiegando una definizione univoca, si riferisce ad aggregazioni diversamente composte in ragione delle finalità perseguite dalle norme considerate. Così, l'aggregato da considerare ai fini del limite di cui al comma 557 della legge n. 296/2006 è differente rispetto a quello rilevante ai fini della determinazione del rapporto tra spesa corrente e spesa di personale a cui rimanda l'art. 76, comma 7 del d.l. n. 78/2010 (Corte conti, Sez. riunite, 12 maggio 2011, n. 27/CONTR; Corte conti, Sez. controllo Basilicata, 28 marzo 2013, n. 51/PAR, entrambe in www.corteconti.it). Sul punto: S. POZZOLI, *Manovra finanziaria e società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2011, 8, 565.

⁸¹¹ Corte conti, Sez. autonomie, 30 novembre 2011, n. 14/AUT/QMIG, Corte conti, Sez. controllo Sardegna, 5 maggio 2010, n. 24/PAR, Corte conti, Sez. controllo Umbria, 21 dicembre 2012, n. 285/PAR, tutte in www.corteconti.it.

⁸¹² *“Il valore della produzione della società sta alle spese totali del personale della stessa come il corrispettivo sta alla quota del costo di personale attribuibile all'ente, che è l'incognita da calcolare. (...) Questo criterio utilizza, ai fini del calcolo, il costo del personale della società (voce B) del conto economico) senza operare particolari depurazioni (...). Per il calcolo dell'incidenza previsto dall'art. 76, comma 7, d.l. n. 112/2008, la quota di spese del personale della società partecipata, così individuata, va a sommarsi alle spese di personale dell'ente, e il totale si divide per le spese correnti*

L'obiettivo del contenimento della spesa in materia di pubblico impiego viene altresì perseguito dall'art. 9 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

La disposizione in commento, dopo aver previsto l'impossibilità di procedere ad aumenti⁸¹³, in favore del personale, anche con qualifica dirigenziale, del trattamento economico ordinariamente spettante, oltre che del trattamento accessorio, prevede che le società non quotate, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, debbano adeguare le loro politiche assunzionali alle disposizioni ivi previste.

L'espressione "*trattamento economico ordinariamente spettante*" deve intendersi riferita "*a tutte le componenti del trattamento economico previste 'in via ordinaria' nel loro ammontare teorico pieno, che i dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, percepirebbero in condizione di ordinarietà*", non potendo considerarsi, "*né in positivo né in negativo, ai fini della determinazione del tetto da prendere a riferimento, gli effetti derivanti da eventi straordinari della dinamica retributiva che possono ridurre o incrementare il 'percepito' 2010*"⁸¹⁴. Sono dunque escluse dal tetto "*le somme corrisposte in base alle diverse articolazioni dell'orario di lavoro (turnazioni, straordinario) alle missioni, alla preposizione ad un diverso ufficio dirigenziale (es. retribuzioni per posizioni organizzative, indennità di coordinamento e di responsabile di ufficio, ecc.)*".

La disposizione in esame si riferisce, quindi, agli aumenti retributivi dovuti ai rinnovi contrattuali, aumenti da intendersi vietati⁸¹⁵.

Più di recente, l'art. 4, comma 11, d.l. 95/2012, aveva previsto, prima della declaratoria di illegittimità costituzionale, che a decorrere dal 1° gennaio 2013 e fino al 31 dicembre 2014 il trattamento economico

dell'Ente" (Corte conti, Sez. autonomie, 30 novembre 2011, n. 14/AUT/QMIG, in www.corteconti.it).

⁸¹³ La Corte costituzionale, tuttavia, con la sentenza 8-11 ottobre 2012, n. 223, dichiarava l'illegittimità costituzionale delle disposizioni dell'art. 9 del d.l. n. 78/2010 in forza dei quali, a decorrere dal 1° gennaio 2011 e sino al 31 dicembre 2013, i trattamenti economici complessivi dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, previsti dai rispettivi ordinamenti delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 3, L. 31 dicembre 2009, n. 196, superiori a 90.000 euro lordi annui, fossero ridotti del 5% per la parte eccedente il predetto importo fino a 150.000 euro, nonché del 10% per la parte eccedente 150.000 euro.

⁸¹⁴ Corte conti, Sez. controllo Puglia, 15 maggio 2013, n. 96/PAR, in www.corteconti.it.

⁸¹⁵ Corte conti, Sez. controllo Toscana, 14 maggio 2013, n. 140; Corte conti, Sez. riunite, 24 ottobre 2012, n. 27; Corte conti, Sez. riunite, 2 novembre 2011, n. 56, tutte in www.corteconti.it. Sul punto: circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze, 15 aprile 2011, n. 12.

complessivo delle società di cui al comma 1 della medesima disposizione⁸¹⁶, ivi compreso quello accessorio, non potesse superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011⁸¹⁷.

La disposizione da ultimo menzionata non è stata la sola a rappresentare una mera riedizione di norme più risalenti.

Anche l'art. 3-*bis*, comma 6 del d.l. n. 138/2011 ha previsto, ancora una volta, che le società *in house* esercenti un servizio pubblico locale adottino, “*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’articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze degli amministratori*”.

Di particolare interesse è la procedura, volta a contenere le nuove assunzioni e a prediligere la movimentazione orizzontale del personale tra le società a partecipazione pubblica, ma non tra queste e le pubbliche amministrazioni, prevista dall'art. 1, commi 563 e seguenti della legge 27 dicembre 2013, n. 147⁸¹⁸.

La disposizione si rivolge alle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, o dai loro enti strumentali, ad esclusione di quelle emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e delle società dalle stesse controllate.

Tali soggetti sono autorizzati ad effettuare, in forza di un accordo tra di esse e senza necessità del consenso del lavoratore, processi di mobilità di personale anche in servizio, in relazione al proprio fabbisogno, previa informativa alle rappresentanze sindacali operanti presso la società e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato.

Le disposizioni in parola intendono altresì incentivare il processo di rilevazione del personale in eccedenza e la ricollocazione del medesimo, processi dei quali devono essere avvisate sia le rappresentanze sindacali aziendali che la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica. Le posizioni così dichiarate eccedentarie non possono

⁸¹⁶ Per una più diffusa disamina circa l'esatta determinazione del campo di applicazione della disposizione in parola si rinvia a quanto esposto in altra parte del presente lavoro.

⁸¹⁷ Tale disposizione, pur non indicando espressamente come il tetto si riferisca al trattamento economico ordinariamente spettante, deve essere inteso, adottando un'interpretazione costituzionalmente orientata in senso analogo a quanto previsto dall'art. 9, comma 1, del d.l. n. 78/2010, onde evitare disparità di trattamento tra i dipendenti delle diverse forme di società partecipate da enti pubblici (Corte conti, Sez. controllo Puglia, 15 maggio 2013, n. 96/PAR, in www.corteconti.it).

⁸¹⁸ Sul punto: Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 23 gennaio 2014, n. 28/2014/PAR, in www.corteconti.it.

essere ripristinate nella dotazione di personale neanche mediante nuove assunzioni.

Spetta poi all'ente controllante procedere alla riallocazione totale o parziale del personale in eccedenza nell'ambito della stessa società mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro, ovvero presso altre società controllate dal medesimo ente o dai suoi enti strumentali.

Peraltro, mediante la conclusione di accordi collettivi con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, sono ammesse forme di trasferimento in mobilità dei dipendenti in esubero presso altre società dello stesso tipo operanti anche al di fuori del territorio della Regione ove hanno sede le società interessate da eccedenze di personale.

Le disposizioni sin qui esaminate, circoscritte ai limiti di assunzione e remunerazione del personale, si rivelano accomunate dal fine di realizzare l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica anche attraverso la contrazione di quelle spese che, nonostante siano poste in essere da soggetti aventi la forma giuridica di soggetti privati, sono idonee a riverberarsi sullo stesso assetto finanziario dell'ente socio.

Tali disposizioni, pur non affrontando il tema della qualificazione soggettiva delle società in parola, giustificano l'estensione del regime pubblicistico in considerazione della natura delle risorse impiegate dai predetti soggetti.

In questo senso, la natura pubblica delle risorse attraverso cui le società in esame operano si ravvisa, peraltro, in ragione di un duplice ordine di considerazioni: da un lato, parte del capitale sociale appartiene al socio pubblico che l'ha sottoscritto; dall'altro, il funzionamento delle società a partecipazione pubblica esercenti un pubblico servizio viene assicurato grazie alla corresponsione, da parte dell'ente medesimo, di un contributo quale compensazione per gli obblighi di pubblico servizio.

Il conferimento di risorse pubbliche alle predette società – sia nella forma di partecipazione al capitale sociale, sia nella forma di compensazione degli obblighi di servizio – comporta degli indubbi riflessi rispetto alla finanza dell'ente socio, riflessi che possono compromettere il perseguimento, da parte dell'ente medesimo, degli obiettivi di finanza pubblica.

L'analisi dei limiti alle assunzioni e remunerazione del personale delle società pubbliche costituisce, del resto, soltanto uno dei momenti in cui può ravvisarsi la compartecipazione di tali soggetti in vista del contenimento della spesa.

È necessario, pertanto, interrogarsi in ordine alla complessiva estensione del regime pubblicistico relativo al perseguimento degli accennati obiettivi di finanza pubblica.

7. Il rispetto del patto di stabilità e crescita interno.

A riprova di come la finanza dell'ente locale sia intrinsecamente connessa al complesso fascio di rapporti che lo legano alle società dal medesimo partecipate è necessario svolgere qualche breve cenno al patto di stabilità e crescita interno.

Quest'ultimo risulta geneticamente connesso al processo di realizzazione dell'Unione Economica e Monetaria, intrapreso con il Trattato sull'Unione Europea siglato a Maastricht il 7 febbraio 1992⁸¹⁹.

La liberalizzazione del mercato dei capitali, la convergenza delle politiche economiche degli Stati membri, la costituzione di una moneta unica e la creazione di una Banca Centrale Europea rappresentavano le tre fasi alle quali veniva rimesso il percorso di creazione dell'UEM ed è nel terzo dei momenti innanzi accennati nel quale si colloca l'adozione del patto di stabilità e crescita, avvenuta per effetto della risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam del 17 giugno 1997.

Ai quattro criteri di convergenza⁸²⁰ previsti dal Trattato di Maastricht per la partecipazione degli Stati membri all'unione monetaria, il PSC ne poneva altri molto più stringenti: agli Stati membri si imponeva, infatti, il rispetto di un processo di riduzione dei deficit di bilancio fino ad arrivare al pareggio, obbligo corroborato dalla previsione di un meccanismo preventivo, volto ad accertare l'adeguatezza dei programmi annuali di stabilità e convergenza predisposti dagli Stati membri, e da un meccanismo correttivo-sanzionatorio, rappresentato dalla procedura relativa ai deficit eccessivi⁸²¹.

⁸¹⁹ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 590-591; V. MALFATTI, *Il Patto di stabilità di Maastricht*, in AA.VV., *Dai Patti di stabilità alla legge di stabilità*, a cura di M. L. Bassi, Padova, 2004, 9.

⁸²⁰ "Il rapporto tra il disavanzo pubblico e il prodotto interno lordo non deve essere superiore al 3% e il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo non deve essere superiore al 60%; il raggiungimento di un alto grado di stabilità dei prezzi e un tasso medio d'inflazione che, osservato per un periodo di un anno anteriormente all'esame, non superi di oltre 1,5 punti percentuali quello dei tre Stati membri che hanno conseguito i migliori risultati in termini di stabilità dei prezzi; i margini normali di fluttuazione previsti dal meccanismo dei tassi di cambio debbono essere rispettati, senza gravi tensioni per almeno due anni prima dell'esame" (M.L. SEGUITI, *La finanza pubblica internazionale*, in C.E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M.L. SEGUITI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, VI edizione, Torino, 2013, 153 ss.).

⁸²¹ Regolamento CE n. 1466/1997 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; regolamento CE n. 1467/1997 del Consiglio per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura dei disavanzi eccessivi; regolamento CE n. 3466/1997 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche (C. PAGLIARIN, *Autonomia, efficienza, responsabilità. Lineamenti costituzionali*, Torino, 2007, 29 ss.). Nel 2005 la rigidità della procedura sanzionatoria dei disavanzi eccessivi

La marcata rigidità delle procedure, unitamente al rinnovato intento di perseguire la stabilità finanziaria anche per effetto di politiche volte alla crescita, davano ulteriore impulso ad interventi di riforma del patto.

In questo contesto, nel 2011, il Parlamento europeo ed il Consiglio introducevano un sistema di interventi, meglio conosciuto come *six pack*, composto da cinque regolamenti ed una direttiva⁸²².

Ancora, nel corso della riunione dei Capi di stato e di Governo della zona euro dell'11 marzo 2011, veniva adottato il "*Patto per l'euro che istituisce un coordinamento più stretto delle politiche economiche per la competitività e la convergenza*", adottato poi dal Consiglio europeo del 20 aprile 2011 con la denominazione di "*Patto Europlus*".

Il Patto aveva la finalità di consolidare l'UEM mediante un più stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri con una serie di impegni su questioni di competenza nazionale.

L'ultima tappa di questo percorso evolutivo della *governance* economica europea è costituita dalla firma, avvenuta il 2 marzo 2012, del "*Trattato per la stabilità, il coordinamento e la governance dell'Unione economica e monetaria*" (TSGC) da Parte dei Capi di stato e di Governo di 25 Stati membri⁸²³.

Il *Fiscal Compact*, o Patto di bilancio, rappresenta un trattato intergovernativo il quale, *inter alia*⁸²⁴, ha previsto per gli Stati aderenti l'obbligo di assicurare un bilancio in pareggio o in avanzo, e ciò attraverso la ricezione di un vincolo siffatto preferibilmente mediante una legge costituzionale.

viene resa più tenue a seguito della relazione del Consiglio ECOFIN del 20 marzo 2005 e dei regolamenti del Consiglio n. 1055/2005/CE e n. 1056/2005/CE. I regolamenti, inoltre, sono stati modificati dal *six pack* del 2011.

⁸²² Regolamento n. 1173/2011/UE relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio della zona euro; regolamento n. 1174/2011/UE, in ordine alle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi della zona euro; regolamento n. 1175/2011/UE relativo al rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; regolamento n. 1176/2011/UE sulla prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici; regolamento n. 1177/2011/UE relativo all'accelerazione e chiarimento delle modalità di attuazione della procedura dei disavanzi eccessivi; la direttiva 2011/85/UE in merito ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

⁸²³ A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al fiscal compact*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2012, 2; L. S. ROSSI, "*Fiscal Compact*" e *Trattato sul meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2012, 2.

⁸²⁴ Il *Fiscal Compact* introduce alcuni obiettivi di medio termine. Il rispetto dell'obbligo di pareggio di bilancio è soddisfatto ove il saldo strutturale annuo per la pubblica amministrazione sia pari all'obiettivo di medio termine specifico per il Paese, ferma l'ammissibilità di un disavanzo strutturale inferiore allo 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato. Il disavanzo strutturale è ammesso fino all'1% del PIL per i Paesi il cui rapporto tra debito pubblico e PIL sia inferiore al 60%.

Ciò, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, è concretamente avvenuto con legge costituzionale n. 1/2012.

Il *Fiscal Compact*, inoltre, è legato al Trattato che istituisce l'*European Stability Mechanism* (ESM), il c.d. "Fondo salva Stati", istituzione finanziaria internazionale con sede a Lussemburgo, finalizzata al sostenimento dei Paesi della zona euro - mediante prestiti, assistenza finanziaria, acquisto di titoli di Stato - al fine della salvaguardia della stabilità finanziaria⁸²⁵.

I brevi cenni svolti in ordine ai vincoli finanziari derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Economica e Monetaria consentono di comprendere come il rispetto dei medesimi imponga a ciascuno Stato membro di adottare peculiari sistemi idonei a coordinare la politica finanziaria nazionale con gli obiettivi posti a livello sovranazionale.

L'introduzione del PSC ha segnato, per gli Stati membri, la necessità di modificare e integrare la normativa nazionale in materia di finanza pubblica, allo scopo di adeguarla a quanto previsto in sede comunitaria.

In questo contesto, il Patto di stabilità interno⁸²⁶, introdotto dalla legge finanziaria per il 1999, vale a dire la legge 23 dicembre 1998, n. 448, ha rappresentato lo strumento di coordinamento della finanza pubblica per eccellenza.

Il fine di assicurare la coerenza dell'andamento della finanza regionale e locale con gli obiettivi ed i vincoli di derivazione comunitaria, tutti i livelli di governo che, nell'ambito della pubblica amministrazione rappresentano centri autonomi di spesa, concorrono, attraverso il Patto, al perseguimento dell'obiettivo di evitare disavanzi pubblici eccessivi e di rispettare gli impegni assunti dall'Italia in Europa⁸²⁷.

Il Patto di stabilità interno, sempre rimodulato in occasione dell'adozione della legge finanziaria, ora legge di stabilità, è costituito da un complesso di prescrizioni normative, aventi una struttura ricorrente, le quali hanno un contenuto che può così riassumersi: la individuazione degli obiettivi che gli enti devono perseguire – prima fra tutti, la riduzione del ricorso al finanziamento in disavanzo delle proprie spese e del rapporto tra il proprio ammontare di debito e il PIL -; la previsione di incentivi e meccanismi premiali per gli enti virtuosi; le modalità di monitoraggio e,

⁸²⁵ E. CHITI, *Il Meccanismo europeo di stabilità al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 148.

⁸²⁶ M. BARBERO, *Il Patto di stabilità interno all'esame della Corte costituzionale*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2004, 2, 346 e ss.; C. PAGLIARIN, *Autonomia, efficienza, responsabilità*, cit., 154 ss.; C. PAGLIARIN, *La spesa pubblica al tempo della crisi: poteri sovranazionali, Stato e autonomie locali*, in *Percorsi costituzionali, Costituzione e Religione*, 2013, 2/3, 359.

⁸²⁷ L. SAMBUCCI, *La programmazione finanziaria degli enti locali*, Napoli, 2009, 319 e ss.; F. ALBO, *La fattispecie sanzionatoria prevista dall'art. 20, c. 12, d.l. n. 98/2011, per le ipotesi di elusione del patto di stabilità*, in *Azienditalia*, 2011, 11, 789.

infine, le sanzioni in cui gli enti incorreranno in caso di mancato conseguimento degli obiettivi prestabiliti.

La necessità che le Regioni, le Province, i Comuni e le comunità montane concorrano alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica è ora espressamente contenuta nel testo della Carta costituzionale, nella novellata formulazione dell'art. 97 Cost.

La compartecipazione di tutte le pubbliche amministrazioni all'equilibrio dei bilanci ed alla sostenibilità del debito pubblico si realizza anche attraverso la c.d. territorializzazione o regionalizzazione del patto di stabilità e crescita interno, perseguita attraverso l'attribuzione alle Regioni del potere di adattare i vincoli posti dal legislatore statale agli enti del rispettivo territorio.

Se, nei primi dieci anni di applicazione, il Patto è stato sempre connotato da un'impostazione rigidamente accentrata, posto che alle Regioni non veniva assegnato alcun ruolo di intermediazione tra lo Stato e gli enti locali, tale tendenza muta a seguito dell'introduzione della legge delega per il federalismo, legge n. 42/2009.

Il regionalismo asimmetrico che connota il nostro ordinamento emerge anche in considerazione di questo specifico ambito.

Invero, se alle Province autonome l'articolo 24, comma 14, della legge 448 del 2001, attribuiva un potere di adeguamento della normativa del Patto alla realtà locale, e se alle Regioni a statuto speciale un analogo potere veniva attribuito dall'art. 29, comma 18, della legge n. 289 del 2002⁸²⁸, più recente è la previsione della possibilità di modulare il patto da parte delle Regioni a statuto ordinario⁸²⁹.

I brevi cenni dedicati all'inquadramento del patto di stabilità e crescita consentono ora di affrontare le questioni più strettamente correlate all'oggetto del presente lavoro.

⁸²⁸ Per completezza si riportano il comma 14 dell'art. 24, legge 448 del 2001: “*Alle finalità di cui al presente articolo provvedono, per il rispettivo territorio, le province autonome di Trento e di Bolzano ai sensi delle competenze alle stesse attribuite dallo Statuto speciale e dalle relative norme di attuazione*”; e il comma 18 dell'art. 29, legge 289 del 2002: “*Le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano concordano, entro il 31 marzo di ciascun anno, con il Ministero dell'economia e delle finanze, per gli esercizi 2003, 2004 e 2005, il livello delle spese correnti e dei relativi pagamenti. Fino a quando non sia raggiunto l'accordo, i flussi di cassa verso gli enti sono determinati, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2003-2005. Alle finalità di cui al presente articolo provvedono, per gli enti locali dei rispettivi territori, le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano, ai sensi delle competenze alle stesse attribuite dai rispettivi statuti di autonomia e dalle relative norme di attuazione. Qualora le predette Regioni e Province autonome non provvedano entro il 31 marzo di ciascun anno si applicano, per gli enti locali dei rispettivi territori, le disposizioni di cui al presente articolo*”.

⁸²⁹ Art. 77-ter del d.l. n. 112/2008. Solo le Autonomie speciali possono concordare i propri obiettivi con il Governo, mentre per quelle ordinarie rimangono fermi gli obiettivi stabiliti a livello nazionale.

Le società a partecipazione pubblica, *in house* o a capitale misto, esercenti un servizio pubblico locale, rappresentano un importante fattore di spesa per gli enti, i quali destinano risorse pubbliche sia, in via mediata, sotto forma di partecipazione al capitale sociale, sia, in via diretta, attraverso la corresponsione di forme di compensazione connesse agli obblighi di servizio.

La realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica ed il rispetto del patto di stabilità interno da parte degli enti locali presuppone una rivalutazione complessiva dei flussi finanziari, la quale, per il suo carattere complessivo, non potrà non riguardare anche le voci di spesa connesse alla gestione di servizi pubblici locali ad opera di società a partecipazione pubblica.

Una tale considerazione, formulata in termini generalissimi, trova riscontro in puntuali disposizioni normative, le quali possono distinguersi in due insiemi.

In primo luogo, come già si è avuto modo di evidenziare in sede di descrizione dei limiti posti alle assunzioni ed alle retribuzioni del personale delle società a partecipazione pubblica, è possibile affermare come le spese connesse al funzionamento delle predette società siano incluse – nei limiti innanzi accennati – ai fini del raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica imposti all'ente locale cui afferiscono.

È questo il caso, ad esempio, dell'art. 76, comma 7, del d.l. n. 112/2008, il quale riconnette l'obbligo di attenersi a determinati limiti di spesa da parte dell'ente locale in ragione dello sfioramento di un dato limite previsto per il comparto personale, comparto che, come visto *supra*, viene concepito quale voce aggregata, alla cui formazione concorrono anche le società partecipate.

Molte delle disposizioni in materia si riferiscono alle società partecipate non quali soggetti vincolati in via diretta al patto di stabilità interno ma quali soggetti che, per il particolare legame sussistente con l'ente locale, generano su di esso un chiaro impatto finanziario: parte di talune voci di spesa proprie delle società in parola saranno pertanto computate ai fini della valutazione, da parte dell'ente locale stesso, del rispetto di determinati tetti di spesa.

Le passività generate dalle società a partecipazione pubblica, in questi termini, rilevano, dunque, in via soltanto mediata ai fini del raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, costituendo una delle voci che andranno a comporre l'aggregato complessivo delle passività riferibili all'ente.

Altre disposizioni, invece, prevedono per talune società a partecipazione pubblica, l'obbligo di uniformarsi, in linea di mero principio, a taluni vincoli di finanza pubblica previsti per gli enti soci.

È questo il caso dell'art. 61, comma 7, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, il quale dispone che le società, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di

statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, debbano conformarsi al principio di riduzione di spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, onde stabilire, in sede di rinnovo dei contratti di servizio, la parallela riduzione dei relativi contributi⁸³⁰.

Infine, deve evidenziarsi un terzo gruppo di disposizioni, le quali intendono recare la diretta sottoposizione al rispetto del patto di stabilità interno di talune società a partecipazione pubblica.

In questo senso, l'art. 18, comma 2-*bis*, del d.l. n. 112/2008, nella sua originaria formulazione, rimetteva ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, redatto di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza unificata, da emanarsi entro il 30 settembre 2009, la definizione delle modalità e della modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno "*delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica*"⁸³¹.

Il contenuto della disposizione citata trovava difficile armonizzazione con quanto disponeva il successivo art. 23- *bis*, comma 10, del d.l. 112/2008

⁸³⁰ Identico il tenore dell'art. 6, comma 11, d.l. 31 maggio 2010, n. 78: "*11. Le società, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, si conformano al principio di riduzione di spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, desumibile dai precedenti commi 7, 8 e 9. In sede di rinnovo dei contratti di servizio, i relativi corrispettivi sono ridotti in applicazione della disposizione di cui al primo periodo del presente comma. I soggetti che esercitano i poteri dell'azionista garantiscono che, all'atto dell'approvazione del bilancio, sia comunque distribuito, ove possibile, un dividendo corrispondente al relativo risparmio di spesa. In ogni caso l'inerenza della spesa effettuata per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, è attestata con apposita relazione sottoposta al controllo del collegio sindacale. 20. Le disposizioni del presente articolo non si applicano in via diretta alle Regioni, alle Province autonome e agli enti del servizio sanitario nazionale, per i quali costituiscono disposizioni di principio ai fini del coordinamento della finanza pubblica. 21. Le somme provenienti dalle riduzioni di spesa di cui al presente articolo, con esclusione di quelle di cui al primo periodo del comma 6, sono versate annualmente dagli enti e dalle amministrazioni dotati di autonomia finanziaria ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato. La disposizione di cui al primo periodo non si applica agli enti territoriali e agli enti, di competenza regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano, del servizio sanitario nazionale, nonché alle associazioni di cui all'articolo 270 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*".

⁸³¹ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 19 gennaio 2012, n. 7/2012/PAR, in www.corteconti.it.

ed il contenuto del relativo regolamento di attuazione, l'art. 5 del d.P.R. n. 168/2010⁸³².

Precisamente, l'art. 23-*bis* citato rimetteva ad un regolamento governativo, emanato su proposta del Ministro per i rapporti con le Regioni entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata e le competenti Commissioni parlamentari, la previsione dell'assoggettamento dei soggetti affidatari *in house* di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno. L'art. 5 del regolamento, in attuazione del medesimo disposto, nel prevedere l'assoggettamento al patto dei soggetti già individuati dal comma 10 dell'art. 23-*bis*, rimetteva agli enti locali soci la vigilanza in ordine al rispetto, da parte delle società *in house* esercenti un pubblico servizio, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

L'esatta definizione delle modalità e della modulistica necessarie ai fini dell'effettivo assoggettamento al patto di stabilità interno venivano rimesse alla disciplina da adottarsi in materia di bilancio consolidato, in attuazione dell'art. 3, comma 2, lett. h) della legge delega n. 42/2009.

Diverso era l'ambito di applicazione soggettivo: mentre l'art. 18, comma 2-*bis*, si rivolgeva alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, affidatarie dirette dello svolgimento di un pubblico servizio o di un'attività strumentale, l'art. 23-*bis* si rivolgeva alle sole società *in house* esercenti un pubblico servizio.

Ancora, mentre l'art. 18-*bis* rimetteva ad un regolamento ministeriale la sola definizione delle modalità e della modulistica necessaria ad assicurare l'operatività dell'obbligo di sottoposizione al patto di stabilità, l'art. 23-*bis* sembrava demandare al regolamento governativo anche la definizione dei soggetti sottoposti al patto di stabilità medesimo.

Tali disposizioni – destinate, peraltro, a rimanere inoperanti fino alla effettiva adozione della modulistica – non hanno mancato di suscitare dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo dell'individuazione della competenza legislativa.

La Corte costituzionale, nel ricondurre la definizione dell'ambito di applicazione del patto di stabilità interno, come da giurisprudenza costante⁸³³, entro la materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, evidenziava come solo in relazione a queste ultime, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, Cost., spettasse allo Stato la potestà regolamentare.

Al contrario, l'art. 23-*bis*, comma 10, – oggetto delle censure sollevate innanzi alla Consulta -, stabiliva che la potestà regolamentare dello Stato

⁸³² M. CALARESU, *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 2159.

⁸³³ Corte cost., sentenze n. 284 e n. 237 del 2009, n. 267 del 2006.

prescrivesse alle società *in house* la soggezione al patto di stabilità, con ciò violando la potestà regolamentare regionale in materia⁸³⁴.

La declaratoria di illegittimità costituzionale dell'estensione del patto di stabilità prevista dall'art. 23-*bis*, comma 10⁸³⁵, tuttavia, lasciava impregiudicata la più ampia estensione del patto medesimo prevista dall'art. 18, comma 2-*bis* del medesimo d.l. n. 112/2008, previsione oggi abrogata per effetto della legge di stabilità per il 2014.

A differenti conclusioni giungeva la Corte costituzionale con riferimento alla disposizione dell'art. 3-*bis*, comma 5, del d.l. 138/2011, in forza della quale le società affidatarie *in house* di un pubblico servizio dovevano essere assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità e l'apposita modulistica che avrebbe dovuto definire un decreto ministeriale, adottato ai sensi della previgente formulazione dell'art. 18, comma 2-*bis* del d.l. n. 112/2008, e sotto la vigilanza dell'ente locale o dell'ente di governo locale.

La disposizione veniva censurata innanzi alla Consulta⁸³⁶ in quanto ritenuta meramente riproduttiva del dettato della prima parte della lettera a) del comma 10 dell'art. 23-*bis*, comma 10, del d. l. n. 112/2008, dichiarato costituzionalmente illegittimo, con sentenza n. 325 del 2010, limitatamente alle parole: "*l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e*".

L'art. 3-*bis* citato avrebbe ripristinato, di fatto, la normativa dichiarata costituzionalmente illegittima, demandando nuovamente ad una fonte sub-legislativa la definizione delle modalità per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house*. Anche essa sarebbe stata, pertanto, costituzionalmente illegittima, venendo a violare la competenza regolamentare della Regione nelle materie di competenza legislativa concorrente, di cui all'art. 117, comma sesto, Cost.

Invero, l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva

⁸³⁴ Corte cost. n. 325/2010.

⁸³⁵ L'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e ss.mm.ii., riproduceva il contenuto dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 anche con riferimento al profilo dell'estensione del patto di stabilità interno, recependo l'orientamento della Corte costituzionale. Come già previsto dal più risalente art. 5 del d.P.R. n. 168/2010, l'art. 4, comma 14 del d.l. n. 138/2011 prevedeva: "*le società cosiddette "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per gli affari regionali, in sede di attuazione dell'art. 18, comma 2-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno*". L'art. 4 citato è stato poi dichiarato incostituzionale, come illustrato in altra parte del presente lavoro.

⁸³⁶ Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46. M.T. SEMPREVIVA, *Servizi pubblici locali, nota a Corte cost. sentenza, 20 marzo 2013, n. 46, in Urbanistica e appalti*, 2013, 5, 529.

statale per le quali soltanto l'art. 117, comma sesto, Cost., attribuisce allo Stato la potestà regolamentare.

Pertanto, in relazione alla coordinata lettura dell'art. 117, commi terzo e sesto, Cost., poiché si verte in materia di competenza legislativa concorrente, non potrebbe ritenersi sussistente una potestà regolamentare dello Stato che consenta a quest'ultimo di prescrivere la sottoposizione dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno.

Ad avviso della Corte, tuttavia, il comma 5 dell'art. 3-*bis* citato non doveva essere letto nel senso che lo Stato avesse previsto l'utilizzazione della sua potestà regolamentare per assoggettare le società affidatarie *in house* al patto di stabilità interno o avesse previsto l'uso dello strumento regolamentare per intervenire nella suddetta materia.

Con la sentenza n. 325/2010 la Corte, del resto, non ha affermato che, in mancanza del previsto regolamento, le società *in house* non sono assoggettate al patto di stabilità interno.

Al contrario, *“una diversa disciplina che favorisca le società in house rispetto all'aggiudicante amministrazione pubblica si potrebbe porre in contrasto con la stessa disciplina comunitaria, in quanto verrebbe a scindere le due entità e a determinare un ingiustificato favor nei confronti di questo tipo di gestione dei servizi pubblici dato che il bilancio delle società in house non sarebbe soggetto alle regole del patto di stabilità interno”*.

La Corte, ancora, prosegue affermando che *“le suddette regole, invece, debbono intendersi estese a tutto l'insieme di spese ed entrate dell'ente locale sia perché non sarebbe funzionale alle finalità di controllo della finanza pubblica e di contenimento delle spese permettere possibili forme di elusione dei criteri su cui detto “patto” si fonda, sia perché la maggiore ampiezza degli strumenti a disposizione dell'ente locale per svolgere le sue funzioni gli consente di espletarle nel modo migliore, assicurando, nell'ambito complessivo delle proprie spese, il rispetto dei vincoli fissati dallo stesso patto di stabilità”*.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte, in definitiva, ritiene non fondata l'eccezione di illegittimità costituzionale avanzata con riferimento all'art. 3-*bis*, comma 5, del d.l. n. 138/2011, che rinvia all'art. 18, comma 2-*bis*, del d.l. n. 112 del 2008, e ciò in quanto si tratta di una disposizione avente un contenuto diverso rispetto a quella di cui all'art. 23-*bis*, comma 10, del medesimo d.l. n. 112/2008.

Nel comma 10 dell'art. 23-*bis* si prevedeva il ricorso, da parte del Governo, ad uno o più regolamenti di cui all'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, cioè ad un atto di normazione secondaria generale ed astratto, idoneo a determinare, nel rispetto dei principi che regolano la gerarchia delle fonti di produzione del diritto, innovazioni nella materia. Invece, nell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 si prevede il ricorso ad un decreto

ministeriale che, per ciò che ne costituisce l'oggetto, ha la natura di atto non regolamentare.

La Corte puntualizza: *“mentre, difatti, nel comma 10 dell'art. 23-bis si precisava che il regolamento avrebbe avuto come oggetto quello di “prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari così detti in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno”, con possibilità, quindi, di dettare regole che disciplinassero anche nel merito questo assoggettamento o che, in ogni caso, potessero, nel limite del rispetto di quanto contenuto nella legge che lo prevedeva, determinare innovazioni normative, nella disposizione legislativa cui rinvia il censurato comma 5 dell'art. 3-bis è previsto che il decreto ministeriale definisca esclusivamente le “modalità e la modulistica” dell'assoggettamento al patto di stabilità”*.

Ad avviso della Consulta, pertanto, si sarebbe trattato *“di un atto che non ha contenuti normativi, ma che adempie esclusivamente ad un compito di coordinamento tecnico, volto ad assicurare l'uniformità degli atti contabili in tutto il territorio nazionale”*⁸³⁷.

Il diffuso richiamo all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale consente di rilevare come, con riferimento ai rapporti finanziari tra ente socio e società *in house* non sussista un'effettiva alterità tra i due soggetti, tanto da giustificare la soggezione della seconda ai vincoli di finanza pubblica previsti per il primo.

È questa, peraltro, la *ratio* dell'ampia formulazione contenuta nella legge di stabilità per il 2014.

Quest'ultima, pur avendo disposto l'abrogazione dell'art. 3-bis citato nella parte in cui affermava l'esplicita soggezione delle società *in house*, affidatarie dirette di un pubblico servizio, al patto di stabilità interno, ha previsto per le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali il concorso alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza⁸³⁸.

Detto concorso, tuttavia, presuppone la possibilità di realizzare un raffronto tra la rappresentazione dei dati contabili dell'ente locale e quella propria dei risultati di esercizio dei soggetti partecipati e, dunque, l'omogeneità del linguaggio impiegato nella rappresentazione dei dati medesimi.

⁸³⁷ Peraltro, il riferimento alla “modulistica”, permetteva di ricondurre la disposizione in parola entro l'ambito della materia del “coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale”, di legislazione esclusiva dello Stato, rispetto alla quale era parimenti possibile, per lo Stato, anche il ricorso allo strumento regolamentare.

⁸³⁸ Cfr. comma 553, art. 1 della legge di stabilità per il 2014. Trattasi, per i servizi pubblici locali, del problema di definire parametri standard dei costi e dei rendimenti costruiti nell'ambito della banca dati delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, utilizzando le informazioni disponibili presso le Amministrazioni pubbliche.

8. Armonizzazione dei sistemi contabili e bilancio consolidato del “Gruppo Pubblica Amministrazione”.

L'autonomia normativa in materia contabile ha rappresentato, per gli enti locali, una novità introdotta mediante la legge n. 142/1990, fino a quel momento sottoposti alla disciplina dettata da norme statali, quali il r.d. 3 marzo 1934, n. 383, il testo unico della legge comunale e provinciale, il r.d. 12 febbraio 1911, n. 297, il r.d. 14 settembre 1931 ed il d.P.R. 19 giugno 1979, n. 421.

L'autonomia contabile degli enti locali costituisce il fondamento dell'autonomia normativa in tale ambito: quest'ultima, nonostante debba essere esercitata nel rispetto dei principi generali della contabilità pubblica, consente di prevedere la differente modulazione dei documenti contabili in ragione della concreta attività esercitata dall'ente, della quale i documenti contabili costituiscono rappresentazione.

La valorizzazione del ruolo delle autonomie, a seguito delle riforme intervenute con le leggi Bassanini, volti ad attuare un “*federalismo a Costituzione invariata*”, è poi sfociato nella riforma del Titolo V della Costituzione intervenuta con legge costituzionale n. 3/2001 e, successivamente, con la legge delega in materia di federalismo fiscale n. 42/2009⁸³⁹.

L'esigenza di avere una rappresentazione complessiva dell'intera finanza pubblica ed un insieme di dati omogenei e raffrontabili presuppone, tuttavia, un temperamento dell'autonomia contabile e della autonomia normativa correlata alla suddetta materia.

Lo strumento attraverso il quale tale obiettivo può essere perseguito – e, con esso, gli obiettivi di stabilità e convergenza derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – è il consolidamento dei dati relativi al comparto⁸⁴⁰.

Il raggiungimento di tale obiettivo sconta un primo limite in considerazione dell'assetto della potestà legislativa in materia.

⁸³⁹ G. LADU, *I principi costituzionali e la finanza pubblica*, in C.E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M.L. SEGUITI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, VI edizione, Torino, 2013, 7; C. SALAZAR, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e 'flessibilizzazione' (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, in *Le Regioni*, 2004, 4. Per una compiuta disamina della riforma, peraltro non limitata alla sola attuazione dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa di cui all'art. 119 Cost., si rinvia a: L. ANTONINI, *Federalismo all'italiana, Dietro le quinte della grande incompiuta: quello che ogni cittadino dovrebbe sapere*, Venezia, 2013; E. BUGLIONE, A. FILIPPETTI, *Le recenti disposizioni sul federalismo fiscale: prove di autonomia nella finanza locale in Comuni e Regioni*, in www.issirfa.cnr.it.

⁸⁴⁰ A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, 43 ss.

L'art. 117 Cost. indicava le materie dell'“*armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica*” tra quelle di potestà legislativa concorrente, materie rispetto alle quali lo Stato doveva limitarsi all'adozione di disposizioni di principio.

Tale assetto, pertanto, si è rivelato insoddisfacente rispetto all'obiettivo perseguito: l'armonizzazione postula l'uniformità dei dati da armonizzare, uniformità che non può essere assicurata mediante la mera previsione di comuni disposizioni di principio ma soltanto attraverso l'adozione di comuni schemi di bilancio⁸⁴¹.

Il problema, oggi, risulta in parte superato per effetto della legge costituzionale n. 1/2012⁸⁴², la quale ha ricondotto la materia dell'“*armonizzazione dei conti pubblici*” entro l'ambito della potestà legislativa esclusiva statale.

Trattasi di un ambito in continua evoluzione alla luce del disegno di legge costituzionale, AC2613, il quale intende ricondurre anche la materia del coordinamento della finanza pubblica entro la potestà legislativa esclusiva dello Stato.

L'obiettivo dell'armonizzazione è stato affidato, nel corso del tempo, ad una pluralità di testi normativi ispirati, tra l'altro, al processo elaborato in ambito sovranazionale attraverso il c.d. SEC 95, il regolamento comunitario n. 2223/1996/CE, recante il sistema europeo dei conti economici integrati, e la classificazione COFOG (*classification of the function of government*), individuate nel 1993 dalla Commissione per la statistica delle Nazioni Unite.

Così, in attuazione di una prima legge delega contenuta nell'art. 1, comma 4, della legge n. 208/1999, veniva emanato il d.lgs. n. 76/2000, volto ad adeguare il sistema contabile delle Regioni a quello dello Stato.

Volgendo lo sguardo all'ordinamento degli enti locali, l'art. 152 del TUEL pone, quale principio dell'autonomia normativa in materia contabile, che il regolamento di contabilità assicuri la conoscenza consolidata dei risultati globali delle gestioni relative ad enti ed organismi costituiti per l'esercizio di funzioni e servizi.

⁸⁴¹ Insoddisfacente si è rivelata la soluzione offerta dalla legge 5 agosto 1978, n. 468, la quale, attraverso la c.d. normalizzazione dei conti pubblici, aveva previsto l'adeguamento al bilancio dello Stato dei bilanci degli enti locali e degli pubblici non economici indicati nella tabella A allegata, modificabile, peraltro, con d.p.c.m. il consolidamento, peraltro, non avveniva attraverso la sommatoria delle poste contenute nei documenti contabili degli enti interessati dal consolidamento ma prescindendo da questi: il consolidamento avveniva sulla base di appositi conti predisposti e compilati all'esclusivo fine del consolidamento, prescindendo dal bilancio e dal rendiconto consuntivo dell'ente medesimo.

⁸⁴² F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 2; A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2012, 108.

In questo senso, strumento di conoscibilità dei dati contabili riferibili al “gruppo comunale” è rappresentato dagli allegati al bilancio di previsione degli enti locali, tra i quali l’art. 172 del TUEL menziona le risultanze dei rendiconti o conti consolidati delle unioni di Comuni, aziende speciali, consorzi, istituzioni, società di capitali costituite per l’esercizio di servizi pubblici, relativi al penultimo esercizio antecedente rispetto a quello al quale il bilancio si riferisce.

La portata di tali disposizioni risultava tuttavia attenuata dalla previsione del bilancio consolidato quale mero adempimento facoltativo, posto che l’art. 230, comma 6, del TUEL sanciva la previsione di un conto consolidato patrimoniale per tutte le attività e passività interne ed esterne quale mero contenuto facoltativo del regolamento di contabilità.

Un ulteriore passo verso l’armonizzazione, veniva compiuto attraverso il d.lgs. n. 170/2006, con il quale veniva attuata la delega contenuta all’art. 1, comma 4, della legge n. 131/2003, testo finalizzato a svolgere una ricognizione dei principi fondamentali in materia⁸⁴³.

Un più significativo passo verso l’armonizzazione dei sistemi contabili lo si deve a due coevi testi normativi, entrambi recanti una delega volta alla successiva emanazione di decreti legislativi finalizzati alla compiuta formulazione degli strumenti giuridici idonei ad attuare il processo in parola.

In questo senso, l’art. 2, comma 2, lett. h), della legge n. 42/2009, tra i principi e criteri direttivi che avrebbero dovuto ispirare i decreti legislativi in ordine all’armonizzazione contabile, menziona la “adozione di regole contabili uniformi e di un comune piano dei conti integrato”, l’“adozione di comuni schemi di bilancio articolati in missioni e programmi coerenti con la classificazione economica e funzionale individuata dagli appositi regolamenti comunitari in materia di contabilità nazionale e relativi conti satellite”, l’“adozione di un bilancio consolidato con le proprie aziende, società o altri organismi controllati, secondo uno schema comune”, l’“affiancamento, a fini conoscitivi, al sistema di contabilità finanziaria di un sistema e di schemi di contabilità economico-patrimoniale ispirati a comuni criteri di contabilizzazione”, la previsione di “un sistema di indicatori di risultato semplici, misurabili e riferiti ai programmi del bilancio, costruiti secondo criteri e metodologie comuni alle diverse amministrazioni”, oltre che la “definizione di una tassonomia per la

⁸⁴³ Nella definizione dei principi contabili ha svolto un ruolo chiave l’Osservatorio per la Finanza e la Contabilità negli enti locali, istituito presso il Ministero dell’Interno con d.lgs. 23 ottobre 1998, n. 410, che, il 20 aprile 2008, ha approvato un apposito documento in tal senso. Più in generale: E. DEIDDA GAGLIARDO, *L’armonizzazione contabile degli enti locali. Verso un linguaggio contabile unico*, in *Contabilità e bilancio degli enti locali. Tendenze evolutive e applicative*, a cura di A. Ziruolo, Rimini, 2013, 363 ss.; F. DE MATTEIS, *Principi contabili e reporting per il cittadino negli enti locali: opposti agli antipodi o strumenti compatibili?*, in *Riv. dottori commercialisti*, 2011, 2, 285.

riclassificazione dei dati contabili e di bilancio per le amministrazioni pubbliche di cui alla presente legge tenute al regime della contabilità civilistica, ai fini del raccordo con le regole contabili uniformi”.

Alla delega legislativa finalizzata alla armonizzazione dei sistemi contabili di Regioni ed enti locali, veniva ad aggiungersi un’analoga delega, contenuta nella legge 31 dicembre 2009, n. 196, riferita, tuttavia, all’armonizzazione contabile delle altre pubbliche amministrazioni.

Il doppio binario dell’armonizzazione⁸⁴⁴ così individuato trovava concreta attuazione con due decreti legislativi: il d.lgs. 31 maggio 2011, n. 91, recante l’attuazione dell’articolo 2 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di adeguamento ed armonizzazione dei sistemi contabili, ed il successivo d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, recante “*disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio della Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42*”⁸⁴⁵.

Le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 118 sono state, da ultimo, ulteriormente integrate e specificate dal d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, il quale costituisce un vero e proprio manuale operativo al quale Regioni ed enti locali dovranno fare riferimento in vista della chiusura della fase di sperimentazione del processo di armonizzazione e della sua entrata a regime.

È proprio alla riforma in parola che si deve, quanto agli enti locali, l’adozione del bilancio consolidato come strumento obbligatorio ai sensi dell’art. 233-*bis* del TUEL, a decorrere dall’esercizio finanziario per il 2015.

Svolta questa sintetica digressione in ordine alle riforme che hanno perseguito l’obiettivo di fornire una rappresentazione unitaria ed omogenea della situazione finanziaria del settore pubblico, garantendo la raffrontabilità e conoscibilità dei dati, è ora necessario analizzare più nello specifico gli strumenti attraverso i quali quest’ultima può concretamente essere realizzata.

Una rappresentazione completa dei dati di finanza pubblica idonei a consentire di verificare la compartecipazione di tutte le amministrazioni

⁸⁴⁴ E. DEIDDA GAGLIARDO, *L’armonizzazione contabile degli enti locali. Verso un linguaggio contabile unico*, cit., 363 ss.

⁸⁴⁵ Con riferimento all’iter di adozione del d.lgs. n. 118/2011: Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Audizione sullo schema di d.lgs. n. 339 recante disposizioni per l’attuazione dell’articolo 2, comma 2, lettera h) della legge 5 maggio 2009, n. 42 e successive modificazioni*, maggio 2011. D. MAZZOTTA, *Armonizzazione dei bilanci, sperimentazione, crisi finanziarie degli enti locali: principali criticità e alcune proposte di soluzione*, in *Azienditalia*, 2012, 10, 657; S. RANUCCI, *Il processo di armonizzazione contabile degli enti territoriali: il d.lgs. 118 del 23 giugno 2011 e l’avvio della sperimentazione*, in *Azienditalia*, 2012, 1, 5; S. RANUCCI, *Le caratteristiche del sistema di contabilità economico patrimoniale previsto dal d.lgs. n. 118/2011*, in *Azienditalia*, 2012, 3, 227; A. BELTRAMI, *Le modalità applicative dell’armonizzazione dei bilanci: la nuova competenza finanziaria*, in *Azienditalia*, 2012, 3, 221.

pubbliche al perseguimento degli obiettivi in materia presuppone tre essenziali elementi: i) l'esatta definizione del comparto pubblico, dei soggetti tenuti al consolidamento dei conti, ii) l'omogeneità dei dati da consolidare, l'identica qualificazione e rappresentazione contabile di un medesimo fatto gestionale, e, infine, iii) l'eliminazione delle operazioni interne, intercorrenti tra gli stessi soggetti tenuti al consolidamento.

Quanto al primo dei profili innanzi accennati (i), ed in via generale, già nella vigenza della legge n. 468/1978, i comparti di finanza pubblica erano rappresentati dal settore statale, dal settore pubblico e dall'aggregato delle amministrazioni pubbliche⁸⁴⁶.

Il primo si compone di tutte le p.a. che incidono sulla Tesoreria dello Stato.

Il settore pubblico, invece, è costituito dal settore statale, dalle Regioni, dagli enti locali, dalle aziende sanitarie ed ospedaliere, dagli enti pubblici non economici elencati nella tabella A allegata alla legge Stammati.

Il comparto delle amministrazioni pubbliche mutua la sua definizione dal sistema europeo dei conti nazionali e regionali della Comunità, contenuto nel regolamento comunitario n. 2223/1996.

Tale settore comprende *“tutti gli organismi pubblici che producono beni e servizi non destinati al mercato, in quanto offerti in prevalenza gratuitamente od a prezzi non significativi, e che sono finanziati in prevalenza da versamenti obbligatori, nonché gli organismi pubblici la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del Paese”*⁸⁴⁷.

È questo, del resto, il comparto preso a riferimento in relazione ai vincoli finanziari derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, comparto il cui consolidamento, effettuato a consuntivo, offre una rappresentazione di tipo economico, non finanziario, considerando i fatti gestori imputandoli ai vari esercizi secondo il criterio della competenza economica, avente riguardo al momento in cui l'attività produttiva di entrata o di spesa è stata posta in essere⁸⁴⁸.

Volgendo l'attenzione al recente quadro normativo in materia di armonizzazione dei sistemi contabili di Regioni ed enti locali il comparto, ossia il perimetro dei soggetti tenuti al consolidamento, assume dei contorni ben definiti.

L'art. 11 del d.lgs. n. 118/2011 enuncia l'ambito dei soggetti tenuti all'adozione di comuni schemi di bilancio finanziari, economici e patrimoniali e comuni schemi di bilancio consolidato facendo riferimento

⁸⁴⁶ A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, cit., 45 ss.

⁸⁴⁷ A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, cit., 47 ss.

⁸⁴⁸ S. ZAMBARDI, E. BRANDOLINI, *La contabilità pubblica*, Padova, 2010, 9-10.

agli “enti ed organismi strumentali”, alle “aziende”, alle “società controllate e partecipate” e agli “altri organismi controllati”⁸⁴⁹.

La definizione della schiera di soggetti tenuti al consolidamento ed all'adozione di comuni schemi di bilancio opera indipendentemente dalla forma giuridica, pubblica o privata, dei soggetti considerati: trattasi di categorie – quelle innanzi accennate – aventi una mera valenza funzionale, strumentale all'obiettivo del consolidamento dei conti.

Tali categorie, in altre parole, non presuppongono il riconoscimento della natura pubblica di un soggetto, né hanno l'obiettivo di dettare una qualificazione in questo senso: la qualificazione soggettiva appare un criterio recessivo, anche in questo specifico campo, al fine di considerare o meno un dato soggetto attratto nell'alveo della disciplina pubblicistica.

Al fine di stabilire con esattezza cosa debba intendersi come “gruppo dell'amministrazione pubblica”, è necessario enumerare le definizioni contenute del d.P.C.M. 28 dicembre 2011, recante le disposizioni relative alla sperimentazione della disciplina concernente i sistemi contabili e gli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro enti ed organismi⁸⁵⁰.

L'ente strumentale di una Regione o di un ente locale viene definito come l'azienda o l'ente, pubblico o privato, nel quale la Regione o l'ente locale ha: “a) il possesso, diretto o indiretto, della maggioranza dei voti esercitabili nell'ente o nell'azienda; b) il potere assegnato da legge, statuto o convenzione di nominare o rimuovere la maggioranza dei componenti degli organi decisionali, competenti a definire le scelte strategiche e le politiche di settore, nonché a decidere in ordine all'indirizzo, alla pianificazione ed alla programmazione dell'attività di un ente o di un'azienda; c) la maggioranza, diretta o indiretta, dei diritti di voto nelle sedute degli organi decisionali, competenti a definire le scelte strategiche e le politiche di settore, nonché a decidere in ordine all'indirizzo, alla pianificazione ed alla programmazione dell'attività dell'ente o dell'azienda; d) l'obbligo di ripianare i disavanzi, nei casi consentiti dalla legge, per percentuali superiori alla propria quota di partecipazione; e) un'influenza dominante in virtù di contratti o clausole statutarie, nei casi in cui la legge consente tali contratti o clausole. I contratti di servizio pubblico e di concessione, stipulati con enti o aziende che svolgono prevalentemente l'attività oggetto di tali contratti, comportano l'esercizio di influenza dominante”.

⁸⁴⁹ E. JORIO, *L'armonizzazione dei bilanci e le circolari ausiliarie dell'applicazione del federalismo fiscale*, in www.federalismi.it; L. MERCATI, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in www.federalismi.it, 2014, 2.

⁸⁵⁰ Trattasi di definizioni dapprima contenute agli artt. 19 ss. del d.P.C.M. citato e, ora, inserite agli artt. 11-ter e seguenti del d.lgs. n. 118/2011 per effetto del d.lgs. n. 126/2014.

Ove non ricorrano le predette condizioni, l'azienda o l'ente, pubblico o privato si potrà definire ente strumentale partecipato da una Regione o da un ente locale⁸⁵¹.

Le società che possono definirsi “*controllate*” da una Regione o da un ente locale, sono quelle in relazione alle quali si possa ravvisare almeno una delle seguenti condizioni: “*a) il possesso, diretto o indiretto, anche sulla scorta di patti parasociali, della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria o dispone di voti sufficienti per esercitare una influenza dominante sull’assemblea ordinaria; b) il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un’influenza dominante, quando la legge consente tali contratti o clausole*”.

La disposizione, che pure in larga parte richiama la nozione di controllo societario di cui al codice civile, introduce una specificazione di grande rilievo posto che l'esercizio di influenza dominante viene considerato sussistente ove sussistano contratti di servizio pubblico ed atti di concessione stipulati con società che svolgono prevalentemente l'attività oggetto di tali contratti.

Altro importante elemento di novità è rappresentato dal riferimento alle società quotate. Invero, mentre l'esclusione delle medesime sembra costituire un dato costante ove una disposizione normativa estenda, in parte qua, la disciplina pubblicistica a talune fattispecie di società pubblica, quanto al consolidamento dei conti l'esclusione delle società quotate dal regime pubblicistico è previsto soltanto con riferimento alla fase di prima applicazione del d.lgs. n. 126/2014, con riferimento agli esercizi 2015-2017.

Quanto alla nozione di società “*partecipate*”, si intendono quelle società nelle quali la Regione o l'ente locale detenga, direttamente o indirettamente, una partecipazione minima, corrispondente alla possibilità di disporre di una quota di voti, esercitabili in assemblea, pari o superiore al 20 per cento, o al 10 per cento se trattasi di società quotata⁸⁵².

Venendo al punto sub ii), l'esigenza dell'armonizzazione nasce da molteplici fattori.

⁸⁵¹ Gli enti strumentali, così come le società controllate e le società partecipate, sono distinti nelle seguenti tipologie, corrispondenti alle missioni del bilancio: a) servizi istituzionali, generali e di gestione; b) istruzione e diritto allo studio; c) ordine pubblico e sicurezza; d) tutela e valorizzazione dei beni ed attività culturali; e) politiche giovanili, sport e tempo libero; f) turismo; g) assetto del territorio ed edilizia abitativa; h) sviluppo sostenibile e tutela del territorio e dell'ambiente; i) trasporti e diritto alla mobilità; j) soccorso civile; k) diritti sociali, politiche sociali e famiglia; l) tutela della salute; m) sviluppo economico e competitività; n) politiche per il lavoro e la formazione professionale; o) agricoltura, politiche agroalimentari e pesca; p) energia e diversificazione delle fonti energetiche; q) relazione con le altre autonomie territoriali e locali; r) relazioni internazionali.

⁸⁵² Tuttavia, in fase di prima applicazione del d.lgs. n. 126/2014, con riferimento agli esercizi 2015 - 2017, “*per società partecipata da una Regione o da un ente locale, si intende la società a totale partecipazione pubblica affidataria di servizi pubblici locali della Regione o dell'ente locale, indipendentemente dalla quota di partecipazione*”.

La contabilità finanziaria si è rivelato un sistema insoddisfacente in vista del perseguimento dell'economicità della gestione, meglio assicurata da una contabilità di tipo economico-patrimoniale.

Se è vero che la previsione della necessità di affiancare, agli strumenti di contabilità finanziaria, dei sistemi di contabilità economico-patrimoniale costituisce, in sé, il mezzo attraverso cui consentire la conoscibilità del risultato della gestione anche con riferimento agli enti pubblici, è altrettanto vero che l'affiancamento dei due sistemi costituisce altresì il mezzo attraverso cui realizzare l'obiettivo dell'omogeneità.

Invero, la circostanza che nel comparto tenuto al consolidamento vi siano soggetti caratterizzati da un sistema di contabilità finanziaria ed altri soggetti, quali le istituzioni degli enti locali e gli “*altri organismi strumentali*”, consente di considerare la duplicazione della rappresentazione un utile sistema di raffronto.

Peraltro, la tendenza ad una contabilità di tipo economico-patrimoniale trova giustificazione nella proliferazione di soggetti, a vario titolo legati alle amministrazioni tradizionali quali le aziende Ulss e le società a partecipazione pubblica, aventi una contabilità economico-patrimoniale, con ciò venendosi ad imporre una “*convergenza tra il sistema contabile pubblico e quello privato*”⁸⁵³.

Infine, il terzo elemento sul quale poggia l'effettiva compartecipazione di tutte le amministrazioni pubbliche al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica è rappresentato, come sopra si accennava, dalla (iii) eliminazione delle operazioni interne, intercorrenti tra gli stessi soggetti tenuti al consolidamento.

La realizzazione di tale obiettivo, tuttavia, è rimessa, almeno in parte, ad una rappresentazione dei dati contabili delle società a partecipazione pubblica - specie di quelle esercenti un pubblico servizio, le quali beneficiano di contributi pubblici parametrati e volti a compensare gli oneri derivanti dall'obbligo di assicurare il pubblico servizio medesimo – che consenta di porre in evidenza i differenti flussi finanziari.

In questo senso deve leggersi, peraltro, il contenuto della legge istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

In quella sede, tra i compiti delle Autorità medesime, viene individuato il potere di emanare direttive volte a prevedere, per tutti i soggetti esercenti un pubblico servizio, l'obbligo della separazione contabile e amministrativa, ossia l'obbligo di tenere le scritture contabili in modo tale consentire l'identificabilità di costi e ricavi inerenti alle diverse attività svolte dall'impresa, singolarmente considerate, come se i differenti settori afferiscano a soggetti distinti.

⁸⁵³ D. PREITE, *I principi contabili per la misurazione della performance negli enti locali*, in *Riv. dottori comm.*, 2011, 2, 303.

Tali adempimenti, oltre a consentire la verificabilità dei costi delle singole prestazioni, consentono di evidenziare “*gli oneri conseguenti alla fornitura del servizio universale definito dalla convenzione, provvedendo quindi al confronto tra essi e i costi analoghi in altri Paesi, assicurando la pubblicizzazione dei dati*”⁸⁵⁴.

Il perseguimento della trasparenza delle relazioni finanziarie tra le amministrazioni pubbliche e le imprese pubbliche⁸⁵⁵ costituisce, peraltro, lo specifico oggetto di una direttiva europea in tal senso – la direttiva 2000/52/CE, modificativa della direttiva 80/723/CEE – attuata, nel nostro ordinamento, con il d.lgs. 11 novembre 2003, n. 333.

Le disposizioni ivi contenute intendono assicurare la trasparenza delle relazioni finanziarie attraverso la documentazione delle operazioni più significative: l’assegnazione di risorse pubbliche, effettuate in via diretta alle imprese medesime ovvero per mezzo di altre imprese pubbliche o enti finanziari, da un lato, e le operazioni che comportino effettiva utilizzazione delle risorse così assegnate, dall’altro.

La soluzione che il legislatore individua risiede nell’obbligo di tenuta di una contabilità separata che consenta di individuare i costi ed i ricavi relativi a ciascuna delle attività esercitate oltre che i metodi attraverso i quali si è realizzata l’imputazione di tali costi e ricavi alle distinte attività.

Le assegnazioni di risorse pubbliche sono considerate l’oggetto di un duplice obbligo di registrazione. Da un lato, la p.a. erogante deve registrare le assegnazioni disposte in un’apposita sezione degli albi dei beneficiari di provvidenze di natura economica entro trenta giorni dall’assegnazione medesima. Dall’altro, le imprese pubbliche beneficiarie sono tenute ad iscrivere le assegnazioni disposte in loro favore in un apposito registro obbligatorio.

L’analisi degli elementi essenziali del consolidamento dei conti del comparto pubblico consente di porre in luce come le società a partecipazione pubblica, oltre che, in generale, i gestori di un pubblico servizio, pur nel presupposto della loro estraneità rispetto alla nozione di pubblica amministrazione, concorrano alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica.

Indipendentemente dalla qualificazione giuridica delle società a partecipazione pubblica, ciò che giustifica la loro attrazione nell’alveo del

⁸⁵⁴ Art. 2, comma 12, lett. f), legge n. 481/1995.

⁸⁵⁵ L’art. 2, lett. b) del decreto definisce “*impresa pubblica*” “*ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina*”. La successiva lett. d), invece, definisce “*impresa soggetta all’obbligo di tenere una contabilità separata*” “*ogni impresa che fruisce di diritti speciali o esclusivi riconosciuti da uno Stato membro a norma dell’articolo 86, paragrafo 1, del Trattato o è incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale a norma dell’articolo 86, paragrafo 2, del Trattato, che riceve compensazioni in qualsiasi forma per prestazioni di servizio pubblico in relazione a tali servizi e che esercita anche altre attività*”.

gruppo pubblica amministrazione ai fini del consolidamento dei conti è lo stretto vincolo economico finanziario che le lega all'ente socio.

Una rappresentazione dei dati contabili che non tenesse conto del ruolo dell'ente pubblico come socio, da un lato, e come soggetto erogatore di forme di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, dall'altra, non costituirebbe uno specchio veritiero e completo della finanza pubblica complessivamente intesa.

CAPITOLO III

CONTROLLI E RESPONSABILITÀ

1. Una visione d'insieme.

A completamento del quadro che si è cercato di delineare in ordine alla disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica deputate alla gestione di un pubblico servizio locale, ci si intende soffermare in ordine ai profili relativi ai controlli rivolti a tali soggetti ed alla disciplina, sostanziale e processuale, delle forme di responsabilità che possono vedere coinvolte sia la società come persona giuridica che i dipendenti e gli amministratori di quest'ultima.

Tanto i controlli quanto la responsabilità costituiscono due ulteriori ambiti entro i quali misurare l'idoneità delle forme di gestione dei pubblici servizi, rappresentate, in particolare, dalle società a partecipazione pubblica, *in house* e a capitale misto, a trovare impiego in un contesto istituzionale proteso verso una radicale riforma della pubblica amministrazione e delle sue modalità di azione.

Anche tali campi di indagine si sono rivelati, infatti, di grande importanza in vista del perseguimento del buon andamento, con i suoi corollari dell'efficienza, efficacia ed economicità, nel campo dei pubblici servizi locali così come nel più ampio contesto delle riforme più recenti, rivolte al perseguimento della sana gestione economico-finanziaria e del contenimento della spesa pubblica, in ossequio ai vincoli di finanza pubblica anche di derivazione europea.

I numerosi interventi che hanno inteso perseguire l'obiettivo della drastica riduzione, e finanche, la eliminazione, delle società a partecipazione pubblica sono stati, per le ragioni più diverse, abortiti: tali vicende lasciano emergere come il fenomeno delle partecipazioni societarie degli enti locali non solo non sia eliminabile alla radice, ma come la sua espunzione non costituirebbe nemmeno una risposta efficace al perseguimento dell'obiettivo del buon andamento e della sostenibilità della spesa pubblica.

Tali interventi si sono soffermati, infatti, non sulla soppressione delle partecipazioni societarie ma sulla predisposizione di istituti volti ad avvicinare la relativa disciplina a quella dettata per gli enti pubblici.

Questo filo conduttore risulta rinvenibile anche nelle novità legislative e negli interventi giurisprudenziali che hanno interessato le forme di controllo e le responsabilità alle quali le società a partecipazione pubblica sono esposte.

Ancora una volta, dunque, il problema della qualificazione giuridica della natura delle società a partecipazione pubblica, pur non rappresentando uno sterile quesito definitorio, costituisce uno soltanto degli elementi da considerare, peraltro non dirimente, al fine di stabilire il regime giuridico delle società in parola.

Quanto al sistema dei controlli che vedono quale oggetto le società a partecipazione pubblica è necessario chiarire come, in senso ampio, ogni vicenda che interessi la costituzione di una società a partecipazione pubblica, così come ogni momento che contrassegni l'esistenza di questa e la sua attività possa dirsi interessato da una fase di revisione e, quindi, di controllo, secondo una definizione ampiamente condivisa⁸⁵⁶.

La costituzione di una qualunque società di capitali e, dunque, anche di quelle partecipate da un ente pubblico, risulta presidiata da un controllo preventivo, l'omologazione dello statuto, un tempo rimessa ad un vero e proprio controllo giudiziario da parte del Tribunale e, ora, intestato al notaio in ordine agli atti costitutivi rogati⁸⁵⁷.

Ma la costituzione di una società a partecipazione pubblica, in quanto oggetto di deliberazioni da parte del Consiglio dell'ente locale coinvolto, rappresenterà, in quanto tale, l'oggetto di ulteriori controlli amministrativi.

Si tratterà, in primo luogo, di controlli interni all'ente locale, quali il controllo di regolarità amministrativa e contabile, vertente sul singolo atto in quanto tale, ma anche, in senso più ampio, il controllo di gestione, all'interno del quale la costituzione di una società a partecipazione pubblica potrà venire in rilievo quale momento rilevante al fine di valutare la rispondenza dell'azione amministrativa rispetto agli obiettivi programmati.

Peraltro, la costituzione di una società a partecipazione pubblica ad opera di un ente locale, in quanto oggetto di una deliberazione consiliare, nella vigenza del controllo preventivo di legittimità di cui all'originario

⁸⁵⁶ “Nella sua accezione logico-filosofica, il termine ‘controllo’ corrisponde ad un’azione di carattere secondario, necessariamente volta a riesaminare un’attività di carattere primario e quindi compiuta, di norma, da un soggetto distinto dall’autore di quest’ultima” (S. ZAMBARDI, E. BRANDOLINI, *La contabilità pubblica*, cit., 227, testo che rinvia a: G. BERTI, TUMIATI, voce “Controllo” (controlli amministrativi), in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, 1962).

⁸⁵⁷ U. MORERA, *Dall’“omologazione” del Tribunale all’“omologazione” del notaio. Prime riflessioni sull’art. 32, legge 340/2000*, in *Il controllo notarile sugli atti societari. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, a cura di A. Paciello, Milano, 2001, 21 ss.; G. MEO, *Dal controllo giurisdizionale al controllo notarile: legalità e stabilità degli atti*, in *Statuti societari e controllo di legalità*, a cura di R. Alessi, M.A. Galeotti Flori, Torino, 2002, 85 ss.

testo dell'art. 130 Cost., era sottoposta anche al controllo espletato dai Comitati Regionali di Controllo⁸⁵⁸.

Analogamente, ogni deliberazione, atto o provvedimento dell'ente locale che incida sulla vita delle società partecipate, o determini in favore di queste dei benefici economici, comunque denominati, sarà suscettibile di divenire oggetto dei medesimi controlli interni, oltre che del controllo successivo sulla gestione esercitato da un organo esterno all'ente locale: la Corte dei conti.

Le deliberazioni, gli atti e, più in generale, le scelte operate dall'ente locale con riferimento alle società partecipate, in quanto rientranti a pieno titolo nel complesso delle strategie poste in essere dalla pubblica amministrazione in vista del perseguimento delle proprie finalità istituzionali, rientrano a pieno titolo nell'ambito dei sopra riferiti controlli, interni ed esterni, in quanto anche in rapporto ad esse andrà vagliata non solo la regolarità amministrativa e contabile dei singoli atti ma, soprattutto, la capacità dell'ente locale di perseguire gli obiettivi attesi attraverso una consumazione delle risorse pubbliche informata al rispetto dei vincoli di finanza pubblica, nazionali e non⁸⁵⁹.

In questo contesto, dunque, le società a partecipazione pubblica verranno in rilievo non come soggetti ai quali estendere una disciplina pubblicistica, né come soggetti direttamente sottoposti al controllo esterno di un terzo soggetto.

Diversamente, ove si considerino quelle ipotesi definibili di controllo diffuso, quali gli obblighi di pubblicità e trasparenza, le società a partecipazione pubblica, nei limiti che si andranno ad analizzare, diverranno esse stesse destinatarie della disciplina dettata, in generale per gli enti pubblici e, dunque, ancora una volta, tenute all'applicazione di una disciplina derogatoria, di carattere speciale rispetto a quella dettata per le società di capitali in via generale.

Lo studio che si intende condurre nel presente capitolo avrà ad oggetto, in primo luogo, proprio gli obblighi di pubblicità e trasparenza di cui si è da ultimo fatto cenno, istituti idonei a consentire, attraverso

⁸⁵⁸ Trattavasi di un controllo, inizialmente previsto come necessario dalla legge n. 142/1990, e poi divenuto soltanto eventuale in ordine alle deliberazioni consiliari con l'entrata in vigore del TUEL. Il controllo espletato del Co.re.co. era intrinsecamente diverso – per parametro, oggetto ed effetti – rispetto al giudizio di omologazione di cui al codice civile: R. VIGANÒ, *In tema di omologazione delle società a capitale "misto": unità o duplicità di controlli*, in *Riv. notariato*, 1997, 3, 327; R. CARPINO, *Testo unico degli enti locali commentato*, VI edizione, Rimini, 2008, 279; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, 2002, 2-3, 445.

⁸⁵⁹ G. BASSI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 190 ss. L'Autore sottolinea come sia sempre stato trascurato il rapporto tra le decisioni economiche della p.a. e le teorie e l'analisi industriale.

l'accessibilità delle informazioni, un controllo in senso ampio da parte della collettività.

Successivamente, si affronterà la disamina del sistema dei controlli interni espletati dagli enti locali e dei controlli esterni intestati alla Corte dei conti, al fine di verificare quale sia il peso progressivamente assunto dalla circostanza che l'ente locale detenga partecipazioni in società ed enti nell'ambito della valutazione, in senso ampio, della gestione dell'ente medesimo, del rispetto dei vincoli di finanza pubblica e dell'equilibrio dei conti pubblici.

Nella seconda parte del presente capitolo si cercherà di porre in luce se dalla circostanza che le società a partecipazione pubblica siano destinatarie di risorse pubbliche, sotto forma di capitale sociale e di erogazioni di varia natura - *in primis* di contributi commisurati agli oneri di servizio pubblico - espongano le società medesime ed i dipendenti ed amministratori di queste ultime ad una peculiare responsabilità.

Infine, a chiusura degli argomenti trattati nel presente capitolo, si analizzeranno quelle peculiari forme di responsabilità e controllo sottese alla legge n. 231/2001 e alla legge 190/2012.

2. Obblighi di pubblicità e trasparenza. L'accesso agli atti.

Gli interventi legislativi volti a rendere conoscibile il sistema delle società partecipate del nostro Paese sono stati numerosi, spesso disseminati in leggi dal contenuto eterogeneo, sovente caratterizzati da un contenuto identico a quello di disposizioni già vigenti.

Pur nell'impossibilità di offrire un quadro completo ed esaustivo, possono in questa sede essere accennati alcuni dei disposti normativi di tal segno.

Già la legge finanziaria per il 2007⁸⁶⁰ aveva previsto che, entro il 30 aprile di ciascun anno, le amministrazioni pubbliche statali, regionali e locali avrebbero dovuto comunicare, in via telematica o su supporto magnetico, al Dipartimento della funzione pubblica, l'elenco dei consorzi di cui fanno parte e delle società a totale o parziale partecipazione da parte delle amministrazioni medesime, indicando la ragione sociale, la misura della partecipazione, la durata dell'impegno, l'onere complessivo a qualsiasi titolo gravante per l'anno sul bilancio dell'amministrazione, il numero dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo, il trattamento economico complessivo a ciascuno di essi spettante.

I dati così raccolti erano destinati a divenire pubblici, mediante l'esposizione nel sito *web* del Dipartimento della funzione pubblica. Il

⁸⁶⁰ Art. 1, comma 587, legge 27 dicembre 2006, n. 296, peraltro sostituito, a decorrere dal 1° gennaio 2015, dal sistema di cui all'art. 17 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90.

Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, peraltro, doveva riferire annualmente alle Camere.

Alla mancata osservanza di tale prescrizione seguiva una sanzione peculiare: il divieto per la p.a. interessata di erogare somme, a qualunque titolo, a favore della società o consorzio, disposizione, poi, dichiarata costituzionalmente illegittima⁸⁶¹.

Altra disposizione della medesima legge finanziaria per il 2007 prevede, peraltro, l'obbligo, per i soci pubblici che siano enti locali, di rendere noti gli incarichi ed i compensi erogati agli amministratori delle società da questi partecipate, ivi compresi i dati riguardanti le società quotate in borsa, mediante la pubblicazione nell'Albo pretorio e nel sito informativo dell'ente locale.

La mancata osservanza del suddetto obbligo è sanzionato attraverso l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ad opera del Prefetto nella cui circoscrizione ha sede la società.

Ancora, l'art. 8 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni in legge 15 luglio 2011, n. 111⁸⁶², prevedeva l'obbligo, per tutti gli enti ed organismi pubblici, di inserire nel proprio sito istituzionale l'elenco delle società di cui detengono, direttamente o indirettamente, quote di partecipazione, anche minoritaria, indicandone l'entità, nonché una rappresentazione grafica che evidenziasse i collegamenti tra l'ente o l'organismo e le società, ovvero tra le società controllate.

Tale obbligo era così esteso da comprendere l'espressa indicazione se, nell'ultimo triennio dalla pubblicazione, le singole società avessero raggiunto il pareggio di bilancio.

Ancora, l'art 10 del d.lgs. n. 118/2011, in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio di Regioni ed enti locali, nella sua originaria formulazione prevedeva che gli enti territoriali allegassero ai propri bilanci di previsione e di rendicontazione l'elenco dei propri enti ed organismi strumentali, precisando come i relativi bilanci fossero consultabili nel proprio sito internet.

Tali enti, inoltre, dovevano comunicare periodicamente l'elenco delle partecipazioni detenute ed il tipo di contabilità adottato dalle partecipate stesse.

⁸⁶¹ Corte cost., 21 maggio-6 giugno 2008, n. 190. Attraverso tale pronuncia veniva altresì dichiarata l'illegittimità costituzionale dei successivi commi 589 e 590, i quali, rispettivamente, prevedevano: "589. *Nel caso di inosservanza delle disposizioni di cui ai commi 587 e 588 una cifra pari alle spese da ciascuna amministrazione sostenuta nell'anno viene detratta dai fondi a qualsiasi titolo trasferiti a quella amministrazione dallo Stato nel medesimo anno.* 590. *Le disposizioni di cui ai commi 587, 588 e 589 costituiscono per le Regioni principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica, ai fini del rispetto dei parametri stabiliti dal patto di stabilità e crescita dell'Unione europea*".

⁸⁶² Disposizione abrogata per effetto dell'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013.

Se le disposizioni innanzi accennate pongono obblighi di pubblicità e trasparenza in capo a determinati enti pubblici in relazione a dati inerenti alle partecipazioni societarie, l'art. 18 del d.l. 22 del 6 giugno 2012, n. 83⁸⁶³, nella sua originaria formulazione, prevedeva obblighi di tale tenore non solo in capo a tutte le pubbliche amministrazioni centrali, regionali e locali, ma anche direttamente in capo ai concessionari di servizi pubblici ed alle società a prevalente partecipazione o controllo pubblico.

Tutti i soggetti in parola, infatti, erano tenuti a pubblicare sul proprio sito internet una serie di informazioni relative a qualunque elargizione pecuniaria, a qualunque titolo disposta, in favore di soggetti pubblici e privati.

Nella corresponsione di somme, peraltro, le società a totale partecipazione sono tenute all'osservanza di alcune disposizioni precauzionali: per procedere a pagamenti superiori a 10.000 euro le società a totale partecipazione pubblica sono tenute a verificare se il beneficiario sia in regola sotto il profilo contributivo, analogamente a quanto previsto per le pubbliche amministrazioni⁸⁶⁴.

In sede di razionalizzazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza, nonché in attuazione della delega contenuta nella c.d. legge "anticorruzione", l'art. 22 del d.lgs. n. 33/2013 ha previsto numerosi obblighi di pubblicazione di dati relativi agli enti pubblici vigilati, e agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato, in larga misura riproductivi del contenuto di disposizioni previgenti⁸⁶⁵.

Ciascuna amministrazione pubblica, in particolare, è tenuta ad aggiornare annualmente: l'elenco degli enti pubblici, comunque denominati, istituiti, vigilati e finanziati dalla amministrazione medesima ovvero per i quali l'amministrazione abbia il potere di nomina degli amministratori, unitamente all'elenco delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate; l'elenco delle società di cui detiene direttamente quote di partecipazione anche minoritaria indicandone l'entità, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate; l'elenco degli enti di diritto privato, comunque denominati, in controllo dell'amministrazione, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o

⁸⁶³ Altra disposizione abrogata per effetto dell'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013.

⁸⁶⁴ D.m. 18 gennaio 2008, n. 40, recante le modalità di attuazione dell'art. 48-bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

⁸⁶⁵ M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 795; F. BRUNO, *La disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte della p.a.*, in *Azienditalia*, 2013, 6, 494; F. LAZZARO, *La trasparenza delle amministrazioni pubbliche*, in *Azienditalia*, 2013, 6, 504.

delle attività di servizio pubblico affidate, intendendosi per tali i soggetti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti costituiti o vigilati da pubbliche amministrazioni nei quali siano a queste riconosciuti, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi; una o più rappresentazioni grafiche che evidenzino i rapporti tra l'amministrazione e tali enti.

Le più recenti disposizioni impongono, altresì, alle amministrazioni di pubblicare, per ciascuno dei soggetti partecipati, vigilati o finanziati, i dati relativi alla ragione sociale, alla misura della eventuale partecipazione dell'amministrazione, alla durata dell'impegno, all'onere complessivo a qualsiasi titolo gravante per l'anno sul bilancio dell'amministrazione, al numero dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo, al trattamento economico complessivo a ciascuno di essi spettante, ai risultati di bilancio degli ultimi tre esercizi finanziari, i dati relativi agli incarichi di amministratore dell'ente e il relativo trattamento economico complessivo.

Se nel sito dell'amministrazione deve figurare il collegamento con i siti istituzionali dei soggetti partecipati, vigilati o finanziati, in questi ultimi – ed ecco, dunque, un obbligo di pubblicità e trasparenza posto direttamente in capo ai soggetti vigilati, partecipati e finanziati - sono pubblicati i dati relativi ai componenti degli organi di indirizzo e ai soggetti titolari di incarico.

All'amministrazione che ometta di pubblicare tali dati, ovvero ne fornisca una incompleta rappresentazione, è fatto divieto di erogare, in favore dei soggetti partecipati, vigilati o finanziati, qualunque somma, a qualsivoglia titolo.

Il d.lgs. n. 33/2013, tuttavia, esclude dal campo di applicazione della riassunta disciplina le società, partecipate da amministrazioni pubbliche, quotate in mercati regolamentati e loro controllate, nel presupposto che le regole poste a presidio dei mercati regolamentati siano, di per sé, sufficienti e che la sovrapposizione a queste ultime di ulteriori obblighi di pubblicità e trasparenza siano in grado di turbare l'andamento del mercato.

La disciplina introdotta in attuazione della legge "anticorruzione" prevede ulteriori obblighi di pubblicità in relazione ai servizi erogati, rispetto ai quali le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare la carta dei servizi o il documento contenente gli standard di qualità dei servizi pubblici, i costi contabilizzati, evidenziando quelli effettivamente sostenuti e quelli imputati al personale per ogni servizio erogato e il relativo andamento nel tempo, oltre che i tempi medi di erogazione dei servizi, con riferimento all'esercizio finanziario precedente⁸⁶⁶.

Ancora più di recente, il legislatore ha inteso porre in essere una più intensa opera di razionalizzazione delle informazioni inerenti alle

⁸⁶⁶ Art. 32 d.lgs. n. 33/2013.

partecipazioni ed alle contribuzioni disposte, finalizzando la raccolta dei dati all'obiettivo della ricognizione degli enti pubblici ed a quello dell'unificazione delle banche dati delle società partecipate.

L'art. 17 del d.l. giugno 2014, n. 90 prevede che, allo scopo di procedere ad una razionalizzazione degli enti pubblici e di quelli ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria, il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto medesimo, predisponga un sistema informatico volto all'acquisizione di dati e di proposte di razionalizzazione in ordine ai predetti enti.

Le amministrazioni statali inseriscono i dati e le proposte con riferimento a ciascun ente pubblico o privato, da ciascuna di esse finanziato o vigilato. Decorsi tre mesi dall'abilitazione all'inserimento, è vietato alle suddette amministrazioni, con riferimento agli enti per i quali i dati e le proposte non siano stati immessi, il compimento di qualsiasi atto nei confronti dei suddetti enti, ivi compresi il trasferimento di fondi e la nomina di titolari e componenti dei relativi organi.

Analogamente, al fine di procedere ad una razionalizzazione dei servizi strumentali all'attività delle amministrazioni statali, il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri predispone un sistema informatico di acquisizione di dati relativi alla modalità di gestione dei servizi strumentali, con particolare riferimento ai servizi esternalizzati. Il mancato inserimento rileva ai fini della responsabilità dirigenziale del dirigente competente.

Entro il 15 febbraio 2015 saranno pubblicati nel sito internet istituzionale del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri l'elenco delle amministrazioni adempienti e di quelle non adempienti al predetto obbligo di inserimento.

Per quanto concerne espressamente l'ambito delle società partecipate, a decorrere dal 1° gennaio 2015, il Ministero dell'economia e delle finanze acquisisce le informazioni relative alle partecipazioni in società ed enti di diritto pubblico e di diritto privato detenute direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche individuate dall'Istituto nazionale di statistica ai sensi dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, e successive modificazioni, e da quelle di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni.

L'acquisizione delle predette informazioni potrà anche avvenire attraverso banche dati esistenti, ovvero con la richiesta di invio da parte delle citate amministrazioni pubbliche ovvero da parte delle stesse società da esse partecipate.

Anche in questo caso, la sola sanzione che consegue al mancato adempimento del predetto obbligo di comunicazione è rappresentato dalla mera pubblicazione dell'elenco delle amministrazioni adempienti e di quelle non adempienti sul sito istituzionale del Dipartimento del Tesoro del

Ministero dell'economia e delle finanze e su quello del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

A margine della parziale rassegna delle disposizioni normative volte all'acquisizione e divulgazione di dati inerenti alle società pubbliche, si evince come la necessità di acquisire dati in ordine al numero, alla condizione economico-finanziaria ed alle categorie delle partecipazioni, sia strumentale ad una più affinata conoscenza della materia, dalla quale soltanto potranno arrivare interventi di riforma più mirati.

Nel senso di una analisi aggregata dei dati relativi alla diffusione delle partecipazioni pubbliche sono stati indirizzati appositi studi, indagini e relazioni curati dalla Corte dei conti, anche da singole Sezione regionali di controllo⁸⁶⁷.

Uno studio in questo senso si rinviene, da ultimo, nella relazione approvata dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei conti nel 2014, con la quale la Corte riferisce al Parlamento in ordine agli organismi partecipati dagli enti territoriali⁸⁶⁸.

Dalla relazione emergono alcuni dati particolarmente significativi, idonei a consentire una più completa conoscenza del fenomeno⁸⁶⁹.

Se gli obblighi di pubblicità risultano finalizzati ad assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa e la possibilità di esercizio di una sorta di controllo diffuso⁸⁷⁰, la disciplina dell'accesso agli atti⁸⁷¹ intende

⁸⁶⁷ Cfr. Corte conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione del 13 dicembre 2010, n. 1051/2010/COMP, in *www.corteconti.it*, con la quale è stata approvata l'indagine sulle esternalizzazioni negli enti locali della Regione Lombardia; Corte conti, Sez. controllo Lombardia, deliberazione del 30 gennaio 2013, n. 34/2013/COMP, in *www.corteconti.it*, con la quale è stata approvata un'apposita relazione recante l'indagine sulle partecipazioni degli enti locali, studio compiuto a livello regionale. Trattasi di uno studio, basato su questionari compilati dagli enti locali, il quale, peraltro, contiene un elenco di tutti i soggetti partecipati dagli enti locali della Regione Lombardia, la loro distribuzione nel territorio regionale, l'individuazione dell'entità della partecipazione detenuta dall'ente pubblico, l'indicazione degli organismi partecipati in perdita.

⁸⁶⁸ Corte conti, Sez. autonomie, deliberazione del 6 giugno 2014, n. 15/SEZAUT/2014/FRG, in *www.corteconti.it*.

⁸⁶⁹ Gli organismi partecipati vengono quantificati in 7.472, di cui 6.386 in attività. La maggior parte di tali organismi – n. 5.258 – risulta organizzata in forma di società, prevalentemente come s.r.l. ed s.p.a.

⁸⁷⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁷¹ In materia di diritto di accesso è necessario rinviare, per una trattazione più diffusa, alle copiose trattazioni scientifiche: R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Il diritto di accesso. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008; F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; R. TOMEI, *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi: commento alla legge n. 241 del 1990 e al d.P.R. n. 184 del 2006*, Padova, 2007; F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007; G. SGUEO, *Il diritto di accesso agli atti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 3, 282; G. FERRARI, L. TARANTINO, *La nozione di p.a. in materia di accesso*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 12, 1340; P. TURIS, *Obbligo di esibizione della cartella di pagamento e diritto di accesso agli atti amministrativi*, in *Fisco*, 2013, 41, 6404;

consentire l'ostensione di dati ed informazioni strumentali alla tutela di una posizione giuridica soggettiva determinata e, solo indirettamente, la verificabilità dell'operato dei soggetti tenuti alla ostensione medesima, ostensione che non può tuttavia sfociare in un controllo generalizzato, rimanendo intrinsecamente legata all'interesse attuale e concreto che il richiedente intende soddisfare.

Sotto tale profilo, appare estremamente significativo che il diritto di accesso possa essere esercitato, ai sensi dell'art. 23 della legge sul procedimento amministrativo, non solo nei confronti delle pubbliche amministrazioni ma anche nei confronti delle aziende autonome e speciali e dei gestori di pubblici servizi, legittimazione passiva ampliata per effetto della legge n. 265/1999.

Secondo la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato nell'ambito dei concessionari di pubblici servizi vanno annoverati tutti i soggetti, comunque denominati, che gestiscono un servizio pubblico sulla base di un qualunque titolo giuridico, sia esso la legge o un atto anche non avente il nome di concessione. Pertanto, *“l'imprenditore privato, quando svolge in base a tale titolo il servizio pubblico, è assoggettato dall'articolo 23 della legge 7 agosto 1990 n. 241 ad un regime sostanziale particolare (che incide anche sulla sua organizzazione interna), perché è tenuto a soddisfare gli interessi pubblici e a far esercitare il diritto di accesso”*⁸⁷².

Ai fini della individuazione dei documenti e degli atti suscettibili di accesso, d'altro canto, non rileva la natura pubblicistica ovvero privatistica della disciplina sostanziale del documento o dell'atto medesimo, posto che è la stessa legge n. 241/1990 a stabilire che l'accesso vada consentito anche nei confronti di soggetti formalmente privati e degli atti da essi posti in

N. D'ALESSANDRO, G. DI GENNARO, *Il ruolo delle indagini finanziarie nei processi di separazione e di divorzio: profili applicativi, ipotesi esemplificative ed effetti fiscali*, in *Fisco*, 2013, 37, 5734; G. FERRARI, L. TARANTINO, *Accesso e pubblico impiego*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 7, 857; C. CONTESSA, *Diritto di accesso, interessi diffusi e associazioni dei consumatori; il nuovo arresto dell'adunanza plenaria*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 10, 1059; M. COCCONI, *L'acquisizione di documenti da parte di soggetti pubblici: diritto d'accesso o principio di leale cooperazione istituzionale?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 1, 58; G. FERRARI, *Accesso ai documenti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 12, 1295; M. BOMBARDELLI, *Nuove questioni relative alla legittimazione soggettiva e all'oggetto del diritto di accesso*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 8, 807; M. LIPARI, *L'accesso "inaccessibile" (il nuovo regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi)*, in *Corriere Merito*, 2006, 8-9, 1067.

⁸⁷² Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4; id., Sez. VI, 17 febbraio 2000, n. 1414, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. In senso conforme: Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3417; id., Sez. VI, 7 agosto 2002, n. 4152, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

essere, ove detti soggetti svolgano una attività di pubblico interesse, ancorché con procedure e atti di diritto privato⁸⁷³.

Nell'alveo della disciplina del diritto di accesso si colloca altresì quell'ipotesi peculiare di accesso riconosciuta ai consiglieri comunali ai sensi dell'art. 43 del TUEL.

L'ampiezza del diritto ad ottenere l'ostensione di atti e documenti prescinde, secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, dall'obbligo di dimostrare l'esistenza di un collegamento tra la richiesta e l'utilità del documento o dell'informazione ai fini dell'espletamento del mandato: deve escludersi ogni possibilità di sindacato da parte dell'amministrazione in ordine alla dichiarazione del consigliere comunale circa l'esercizio dell'accesso in vista della soddisfazione dell'interesse pubblico al quale il mandato è connesso⁸⁷⁴.

Il diritto di accesso spettante ai consiglieri degli enti locali, secondo l'insegnamento univoco della dottrina in materia, "*comprende non solo i documenti, ma in generale tutte le informazioni in possesso dell'amministrazione locale, e prevede anche l'accesso alle strutture e ai servizi da parte di soggetti qualificati quali enti, organizzazioni di volontariato e associazioni*"⁸⁷⁵.

In dottrina, peraltro, si è ritenuto che il diritto di accesso dei consiglieri si estenda anche alle informazioni inerenti alle società partecipate dall'ente locale, e ciò nel presupposto della ritenuta coincidenza dell'ambito del diritto soggettivo riconosciuto dalla disposizione al consigliere comunale con quello del socio, il quale, ai sensi degli artt. 2422 e 2476 c.c., dettati, rispettivamente, con riferimento alle società per azioni e alle società a responsabilità limitata, consente l'esame e l'estrazione di copia del libro dei soci e del libro delle adunanze delle assemblee e, nel caso delle s.r.l., anche del libro delle adunanze del c.d.a.⁸⁷⁶.

Il diritto di accesso esercitato dai consiglieri degli enti locali, connesso al mandato di questi ultimi, assume la veste di istituto strumentale al controllo politico connesso alle cariche in parola.

Certo è, più in generale, che l'assunzione, da parte di organi e uffici dell'ente locale, di informazioni inerenti alle società ed agli altri enti e organismi partecipati dagli enti medesimi si rivela, oggi, un momento

⁸⁷³ Cons. Stato, Ad. plen., 24 giugno 1999, n. 16; id., Ad. plen., 30 agosto 2005, n. 5; Id., Sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5625; id., Sez. VI, 28 marzo 2013, n. 1835, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁷⁴ G. SGUEO, *Il diritto di accesso agli atti*, cit., 282; Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471; Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879; Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4855; Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 846, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. In senso contrario: Tar Liguria, Sez. I, 22 maggio 2006, n. 474, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁷⁵ G. SGUEO, *Il diritto di accesso agli atti*, cit., 282.

⁸⁷⁶ G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica*, cit., 430 ss.

imprescindibile alla luce della rinnovata configurazione del sistema dei controlli amministrativi interni.

3. I controlli interni espletati dall'ente affidante.

Le partecipazioni societarie detenute dagli enti locali e, in particolare, quelle partecipazioni in società, *in house* o a capitale misto, deputate alla gestione di un pubblico servizio, rappresentano, per l'ente medesimo, un rilevante fattore di spesa.

Da un lato, la stessa detenzione di una quota del capitale sociale importa, per l'ente, una considerevole immobilizzazione di risorse. Dall'altro lato, aspetto ancor più rilevante, la circostanza che la società sia deputata allo svolgimento di un pubblico servizio determina, per l'ente locale, l'erogazione delle compensazioni economiche previste in ragione dell'assolvimento, da parte del gestore, degli obblighi di servizio pubblico.

Certamente, ove il soggetto gestore sia una società partecipata, ai flussi finanziari relativi ai contributi da ultimo indicati potranno aggiungersi ulteriori forme di contribuzione finalizzate a sopperire le inefficienze gestorie insite, non nel modello prescelto, ma, piuttosto, nella stessa diseconomicità del servizio in quanto tale.

Il riferimento è a quelle ipotesi di soccorso finanziario che l'art. 6, comma 19, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, intende contenere, pur non eliminandole in radice.

La circostanza che nella gestione di un pubblico servizio, specie se affidato ad una società a partecipazione pubblica, venga in rilievo l'impiego di pubbliche risorse ha determinato, come è venuto in evidenza nell'affrontare i diversi temi ad oggetto dei precedenti capitoli, la previsione di istituti pubblicistici idonei a garantire il buon andamento della gestione medesima.

In questa prospettiva si collocano altresì i controlli interni espletati dall'Ente locale, controlli che, come si avrà modo di porre in luce, hanno ad oggetto tanto la singola operazione finanziaria posta in essere dall'ente locale, quanto l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione del pubblico servizio in quanto tale, ma anche della gestione delle società a partecipazione pubblica non quotate, generalmente intese, indipendentemente dall'attività svolta dalle medesime.

L'analisi della disciplina dei controlli interni espletati dall'ente locale – al fine di verificare quali siano gli specifici strumenti posti a presidio delle sopra riferite esigenze – non può che partire dal d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286.

Il testo normativo in parola prevedeva una pluralità di controlli interni, variamente modulabili dall'ente locale in forza dell'autonomia normativa riconosciutagli, i quali possono riassumersi nel controllo di regolarità

amministrativa e contabile, nel controllo di gestione, nel controllo strategico e nella valutazione della dirigenza.

Il controllo di regolarità amministrativa e contabile, in primo luogo, intende garantire la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa ed è espletato, in particolare, dagli organi di revisione, ovvero dagli uffici di ragioneria, nonché dai servizi ispettivi.

In via preventiva, esso viene espletato mediante il rilascio del parere di regolarità tecnica emesso dal responsabile del Servizio dell'ente competente in ragione della materia considerata. In via successiva rispetto all'adozione dell'atto ad oggetto del controllo, la verifica della regolarità contabile viene espletata dal responsabile del servizio finanziario mediante il rilascio del parere di regolarità contabile con il quale si attesta la copertura di spesa⁸⁷⁷.

Diversi, invece, sono sia il parametro che l'oggetto del controllo di gestione, attraverso il quale si mira a verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati.

Il controllo in parola è realizzato da ciascuna amministrazione la quale definisce non solo l'unità o le unità responsabili della progettazione e della conduzione del controllo in parola ma individua altresì le unità organizzative a livello delle quali si intende misurare l'efficacia, efficienza e l'economicità dell'azione.

La realizzazione del suddetto controllo postula la previa determinazione da parte della p.a. degli obiettivi gestionali e dei soggetti responsabili, dell'insieme dei prodotti e delle finalità dell'azione amministrativa, con riferimento all'intero ente o a singole unità organizzative, delle modalità di rilevazione e ripartizione dei costi tra le unità organizzative e degli obiettivi per cui i costi sono sostenuti, degli indicatori specifici per misurare efficacia, efficienza ed economicità.

L'attività di valutazione e controllo strategico intende verificare l'effettiva attuazione delle scelte contenute nelle direttive e, più in generale, negli altri atti di indirizzo politico. L'attività stessa consiste nell'analisi, preventiva e successiva, della congruenza, ovvero degli eventuali scostamenti, tra le missioni affidate dalle norme, gli obiettivi operativi prescelti, le scelte effettuate e le risorse umane, finanziarie e materiali

⁸⁷⁷ L. SAMBUCCI, *La contabilità degli enti territoriali ed istituzionali*, in C.E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M.L. SEGUITI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, VI edizione, Torino, 2013, 387 ss. Sulla diversità di funzioni dell'ufficio di ragioneria e dell'organo di revisione economico-finanziaria, rivolti, rispettivamente, ad un controllo di primo e di secondo grado sull'attività amministrativa e contabile dell'ente, si vedano: I. BORRELLO, R. PEREZ, *La nuova disciplina dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1, 28; G. CASCONI, *La posizione dell'organo di revisione nella riforma dei controlli*, in *Azienditalia*, 1999, 11, 568.

assegnate, nonché nella identificazione degli eventuali fattori ostativi, delle eventuali responsabilità per la mancata o parziale attuazione, dei possibili rimedi.

Infine, la valutazione delle prestazioni del personale con qualifica dirigenziale è effettuata anche utilizzando i risultati del controllo di gestione, ma è svolta da strutture o soggetti diverse da quelle cui è demandato il controllo di gestione medesimo.

Alla reciproca integrazione delle funzioni di controllo si accompagna una rigida separazione delle strutture addette allo svolgimento delle medesime, posto che il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286 vietava l'affidamento di verifiche di regolarità amministrativa e contabile a strutture addette al controllo di gestione, alla valutazione dei dirigenti, al controllo strategico.

Ora, il controllo di regolarità amministrativa e contabile potrà certamente interessare la materia in esame, e ciò in quanto oggetto del controllo potranno essere tanto gli atti attraverso i quali l'ente dispone erogazioni in favore di un soggetto esercente un pubblico servizio quanto gli atti attraverso cui l'ente perviene alla costituzione di una società partecipata, all'affidamento in favore di questa di un servizio pubblico, oltre che, più in generale, a tutti gli atti che interesseranno la vita della società medesima.

Anche il controllo di gestione e, sotto un profilo di più ampio respiro, la valutazione ed il controllo strategico potranno in astratto costituire lo strumento attraverso cui l'ente valuterà il buon andamento, da un lato, e la rispondenza agli obiettivi prestabiliti, dall'altro, della gestione dei pubblici servizi, riconducibili tra le molteplici sfere di azione della p.a.

Il d.lgs. n. 286/1999 prevedeva altresì delle disposizioni *ad hoc* in vista del monitoraggio della qualità dei servizi pubblici in una prospettiva, dunque, non tanto di preservare la legittima, efficiente, efficace ed economica gestione dei servizi medesimi, nell'ottica della salvaguardia degli interessi di carattere pubblicistico, quanto, piuttosto, in una prospettiva di garanzia per la posizione degli utenti.

In linea di continuità rispetto all'impianto del d.lgs. n. 286/1999, il testo unico degli enti locali, nella sua originaria formulazione, prevedeva un analogo sistema dei controlli interni, secondo le disposizioni di cui all'articolo 147.

Tale assetto è stato, tuttavia, ampiamente modificato per effetto dell'art. 3 del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174⁸⁷⁸.

La disciplina dei controlli interni risulta ora protesa, secondo l'intento del legislatore, verso la realizzazione di una solida base in funzione della realizzazione di processi di razionalizzazione della gestione e della spesa,

⁸⁷⁸ G. FARNETI, *I controlli sulle partecipate: attualità del tema e rafforzamento del ruolo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, 2013, 5, 391.

della realizzazione della sostenibilità degli equilibri finanziari e, in definitiva, di un generale ripensamento dell'azione amministrativa⁸⁷⁹.

Le differenze della nuova disciplina dei controlli interni “*si colgono con particolare risalto nel livello di maggior dettaglio relativo alla organizzazione ed alle finalità delle verifiche e nel coinvolgimento diretto delle figure organizzative di maggior livello di responsabilità presenti negli enti, quali il Segretario comunale, il Direttore generale e i responsabili dei servizi*”⁸⁸⁰.

Nel corpo del testo unico degli enti locali sono stati introdotti gli articoli 147-*bis* e seguenti i quali, nel ridisegnare il sistema dei controlli interni, prevedono, oltre al controllo di regolarità amministrativa e contabile, al controllo di gestione ed al controllo strategico, ulteriori forme di controllo interno.

Il controllo di regolarità amministrativa e contabile trova, ora, una più analitica disciplina a livello di legislazione ordinaria, ferma, in ogni caso, l'eventuale ulteriore modulazione dell'istituto ad opera del singolo ente locale nell'esercizio della propria autonomia normativa⁸⁸¹.

Il controllo di regolarità amministrativa e contabile è assicurato, nella fase preventiva della formazione dell'atto, da ogni responsabile di servizio ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa.

Il controllo contabile è effettuato dal responsabile del servizio finanziario ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria.

Il controllo di regolarità amministrativa è inoltre assicurato, nella fase successiva, secondo i principi generali di revisione aziendale e secondo le modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente, sotto la direzione del segretario. Sono soggette al controllo le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento.

Le risultanze del controllo c.d successivo sono trasmesse periodicamente, a cura del segretario, ai responsabili dei servizi, unitamente alle direttive cui conformarsi in caso di riscontrate irregolarità, nonché ai revisori dei conti e agli organi di valutazione dei risultati dei dipendenti, come documenti utili per la valutazione, e al consiglio comunale.

D'altro canto, il controllo di gestione, ai sensi dell'art. 147, comma 2, lettera a), mira non solo a verificare “*l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa*”, ma tende ad “*ottimizzare, anche mediante*

⁸⁷⁹ Deliberazione della Corte dei conti, Sezione autonomie, dell'11 febbraio 2013, n. 4, in www.corteconti.it.

⁸⁸⁰ Deliberazione della Corte dei conti, Sezione autonomie, dell'11 febbraio 2013, n. 4, in www.corteconti.it.

⁸⁸¹ M. BELLESIA, *Lo schema di regolamento di contabilità e dei controlli interni alla luce delle novità del d.l. n. 174/2012*, in *Azienditalia –Inserito*, 2013, 1, III.

tempestivi interventi correttivi, il rapporto tra obiettivi e azioni realizzate, nonché tra risorse impiegate e risultati”.

Anche il controllo strategico subisce una significativa trasformazione volta a renderlo una misura più incisiva: esso consiste, ai sensi dell’art. 147-ter, nell’introduzione di apposite metodologie di controllo *“finalizzate alla rilevazione dei risultati conseguiti rispetto agli obiettivi predefiniti, degli aspetti economico-finanziari connessi ai risultati ottenuti, dei tempi di realizzazione rispetto alle previsioni, delle procedure operative attuate confrontate con i progetti elaborati, della qualità dei servizi erogati e del grado di soddisfazione della domanda espressa, degli aspetti socio-economici”.*

L’unità preposta al controllo strategico, che è posta sotto la direzione del direttore generale, laddove previsto, o del segretario comunale negli enti in cui non è prevista la figura del direttore generale, elabora rapporti periodici, da sottoporre all’organo esecutivo e al consiglio per la successiva predisposizione di deliberazioni consiliari di ricognizione dei programmi⁸⁸².

Del tutto nuova, invece, è la previsione del controllo sugli equilibri finanziari menzionato all’art. 147, comma 2, lettera c), del TUEL, il cui contenuto è meglio specificato al successivo articolo 147-quinquies.

Detto strumento intende garantire il costante controllo degli equilibri finanziari della gestione di competenza, della gestione dei residui e della gestione di cassa, anche ai fini della realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica determinati dal patto di stabilità interno.

Il controllo sugli equilibri finanziari è svolto sotto la direzione e il coordinamento del responsabile del servizio finanziario e mediante la vigilanza dell’organo di revisione, prevedendo il coinvolgimento attivo degli organi di governo, del direttore generale, ove previsto, del segretario e dei responsabili dei servizi, secondo le rispettive responsabilità.

Il controllo sugli equilibri finanziari implica anche la valutazione degli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell’ente in relazione all’andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni.

A chiusura di questa sintetica disamina, è necessario approfondire la nuova forma di controllo interno, introdotta dalla novella del 2012, che maggiormente rileva in relazione al tema ad oggetto del presente lavoro.

Gli enti locali con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, a decorrere dal 2015, devono approntare strumenti di controllo interno volti, da un lato, a verificare, attraverso l’affidamento e il controllo dello stato di attuazione di indirizzi e obiettivi gestionali, la redazione del bilancio consolidato, l’efficacia, l’efficienza e l’economicità degli organismi

⁸⁸² Graduale, inoltre, doveva essere l’introduzione del controllo strategico: obbligatoria sin dalla fase di prima applicazione della novella normativa per gli enti locali con popolazione superiore a 100.000 abitanti, dal 2014 per gli enti con popolazione superiore a 50.000 abitanti e, soltanto a decorrere dal 2015, per gli enti con popolazione superiore ai 15.000 abitanti.

gestionali esterni dell'ente e, dall'altro lato, a garantire il controllo della qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti (art. 147, comma 2, lettere d) ed e), del TUEL).

A questo scopo, ai sensi del successivo art. 147-*quater* del Testo Unico degli enti locali, dedicato ai controlli sulle società partecipate non quotate, l'ente locale definisce, secondo la propria autonomia organizzativa, un apposito sistema di controlli sulle società non quotate, partecipate dallo stesso ente locale, controlli da esercitarsi a cura delle strutture proprie dell'ente locale medesimo, che ne sono responsabili.

All'ente locale compete la previa definizione degli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società partecipata, secondo parametri qualitativi e quantitativi, e organizza un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra l'ente proprietario e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa della società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica.

Sulla scorta delle informazioni così rilevate, l'ente locale effettua il monitoraggio periodico sull'andamento delle società non quotate partecipate, analizza gli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati e individua le opportune azioni correttive, anche in riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente stesso.

Il bilancio consolidato del gruppo pubblica amministrazione si rivela così uno strumento necessario anche ai fini dell'espletamento del controllo in parola, quale istituto idoneo a consentire la rilevazione dei risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende non quotate partecipate.

Alla previsione di un'apposita forma di controllo sulle società partecipate si accompagna una significativa estensione delle attribuzioni dell'organo di revisione interno all'ente locale, organo che, ai sensi del novellato art. 239 del TUEL, è chiamato ad esprimere pareri anche in ordine alle modalità di gestione dei servizi ed alle proposte di costituzione o di partecipazione in organismi esterni⁸⁸³.

Già deputato alla vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione, l'organo di revisione dell'ente locale viene chiamato, in senso più ampio rispetto al passato, ad assumere un ruolo attivo in vista del conseguimento dell'efficienza, della produttività ed economicità della gestione, grazie anche alla funzione di referto in favore dell'organo consiliare⁸⁸⁴.

⁸⁸³ F. GAVIOLI, *I revisori dei conti negli enti locali e i rapporti con le società partecipate*, in *Azienditalia – Finanza e tributi*, 2013, 6, 485.

⁸⁸⁴ M. PAOLONI, *Le funzioni del collegio dei revisori negli enti locali*, in AA.VV., *La revisione nelle aziende pubbliche. Enti locali, Aziende Speciali e Aziende Sanitarie*, a cura di L. Marchi, Rimini, 1997, 71 ss.

Le riforme che hanno interessato il sistema dei controlli interni degli enti locali sono state ispirate dall'intento di introdurre i principi di gestione aziendale ed il principio del buon andamento della gestione⁸⁸⁵.

A tale logica non fa eccezione la novella normativa introdotta con il d.l. n. 174/2012 la quale, nell'introdurre una specifica tipologia di controllo interno avente ad oggetto l'attività di gestione svolta da soggetti esterni all'ente e, come parametro, essenzialmente il criterio del buon andamento tradotto in specifici standard quantitativi e qualitativi, esprime un'idea di ente locale come soggetto regolatore.

In quanto tale, l'ente assume il compito di organizzare molteplici attività e servizi, i quali, nonostante risultino in concreto erogati da soggetti terzi rispetto all'ente medesimo, sono destinati a ripercuotersi in larga misura sulla condizione economico – finanziaria dell'ente e, per tale ragione, la valutazione delle *performances* delle gestioni esternalizzate dovrà essere considerata in modo unitario, nell'ottica della complessiva valutazione dei risultati della gestione dell'ente locale inteso come gruppo.

In questo senso deve essere interpretata la collocazione del controllo in parola tra i controlli interni svolti dall'ente locale: il controllo può definirsi interno non in ragione dell'unitarietà del soggetto giuridico considerato, ma in ragione dell'unitarietà, sotto il profilo gestionale e degli obiettivi perseguiti, dell'ente locale e dei soggetti da questo partecipati, in quanto essi stessi compartecipano del perseguimento dell'interesse pubblico e dell'uso di pubbliche risorse in vista della soddisfazione del medesimo⁸⁸⁶.

4. I controlli esterni e la funzione consultiva della Corte dei conti.

L'esame dei controlli che, anche in via mediata, possono interessare le società partecipate dagli enti locali deputate allo svolgimento di un pubblico servizio, non sarebbe completo se non si facesse cenno al tema dei controlli esterni esercitati dalla Corte dei conti⁸⁸⁷.

L'intero sistema dei controlli intestati alla Corte dei conti rinviene nell'art. 100, comma 2, della Carta costituzionale il proprio fondamento, disposizione che, nell'enunciare le funzioni di controllo della Corte, indica

⁸⁸⁵ G. FARNETI, *Il sistema dei controlli sulle partecipate alla luce della riforma e delle recenti modifiche ordinamentali*, in www.amministrazioneincammino.it, *Rivista di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"*; E. FLACCADORO, *I meccanismi di controllo della spesa nelle amministrazioni locali*, in federalismi.it, 2013, 23; S. GORETTI, L. MEACCI, *Pianificazione e monitoraggio strategico negli enti locali: un metodo per definire obiettivi, indicatori e sviluppare un sistema di reporting*, in *Azienditalia*, 2013, 5, 405.

⁸⁸⁶ G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *I controlli societari e governo dell'impresa*, a cura di A. Predieri, Torino, 1999, 99.

⁸⁸⁷ L. SAMBUCCI, *La contabilità degli enti territoriali ed istituzionali*, cit., 388-389.

il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, il controllo successivo sulla gestione del bilancio dello stato – già disciplinati dal Testo unico n. 1214/1934 e, successivamente, nella legge n. 20/1994 – ed il controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria – la cui prima disciplina si rinviene nella legge 21 marzo 1958, n. 259.

In disparte il controllo preventivo di legittimità sugli atti, la cui ampiezza è stata significativamente contratta per effetto dell'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, il controllo sulla gestione espletato dalla Corte dei conti è stato progressivamente ampliato, innanzitutto con le leggi n. 19 e 20 del 1994, con le quali è stato generalizzato alle Regioni ed agli enti locali⁸⁸⁸.

Trattasi di un processo di riforma che ha inteso porre rimedio all'eccessivo formalismo dell'azione amministrativa, così come dei controlli stessi, in favore di un sistema volto a far emergere le finalità complessivamente perseguite e gli obiettivi raggiunti attraverso l'azione amministrativa medesima, nonché, in definitiva, i risultati della gestione in un'ottica di tipo aziendalistico⁸⁸⁹.

Con l'estendersi delle funzioni di controllo intestate alla Corte dei conti è andata di pari passo modificandosi la stessa concezione di tale organo, il quale, menzionato nella Carta costituzionale tra gli organi ausiliari del Governo, ha assunto una connotazione più ampia, quale organo imparziale deputato a garantire l'intero sistema di finanza pubblica dello Stato-Comunità⁸⁹⁰.

Sulla scorta di tale rinnovata concezione della Corte dei conti, le molteplici funzioni di controllo ad essa attribuite mediante legge ordinaria sono state intese quale espressione di precise disposizioni della Carta costituzionale: il principio del buon andamento, ai sensi dell'art. 97 Cost., il rispetto degli equilibri di bilancio, ai sensi dell'art. 81 Cost., il coordinamento della finanza pubblica, enunciato dall'art. 119 Cost.

Quale espressione di tali principi, dunque, doveva essere letto anche l'art. 3, comma 4, della legge n. 20/1994, al quale rinviava lo stesso art. 148 del Testo unico degli enti locali, nella sua originaria formulazione.

Le disposizioni in parola demandavano alla Corte dei conti il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche, nonché sulle gestioni fuori bilancio e sui fondi di provenienza comunitaria, operato mediante la verifica della legittimità e regolarità delle gestioni, nonché del funzionamento dei controlli interni di ciascuna

⁸⁸⁸ Si veda, per una più ampia e approfondita disamina, F. GARRI, *I controlli nell'ordinamento italiano*, Padova, 1998.

⁸⁸⁹ G. LADU, *Il sistema dei controlli*, in C.E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M.L. SEGUITI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, VI edizione, Torino, 2013, 225 ss.

⁸⁹⁰ S. ZAMBARDI, E. BRANDOLINI, *La contabilità pubblica*, cit., 247.

amministrazione, assumendo, sotto questo specifico profilo, i caratteri di un vero e proprio controllo di secondo grado.

Trattasi di una forma di controllo – referto, avente una funzione di tipo collaborativo in quanto rivolta a stimolare condotte autocorrettive da parte dell'ente.

Originariamente, il parametro di valutazione a fondamento del controllo sulla gestione era rappresentato, più che da norme di legge, dai principi di efficacia, efficienza ed economicità⁸⁹¹, tanto da essere definito come controllo di carattere empirico⁸⁹².

Proprio detto controllo, in quanto esteso anche a Regioni ed enti locali, ha indotto a considerare superata la dimensione soltanto statale della finanza pubblica e a ritenere il ruolo della Corte dei conti, alla luce degli artt. 97, 28, 81, 100 e 119 Cost., al servizio dello Stato-comunità⁸⁹³.

L'estensione della funzione di controllo sugli equilibri di bilancio, spettante alla Corte dei conti, rispetto a tutti gli enti territoriali, Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, è avvenuta per effetto dell'art. 7, comma 7, della legge 5 giugno 2003, n. 131, a ciò in vista del perseguimento del più ampio obiettivo del coordinamento della finanza pubblica anche in relazione al patto di stabilità interno ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea⁸⁹⁴.

Ancora, nella vasta schiera di funzioni di controllo che nel tempo sono andate a sommarsi, in modo spesso disorganico, deve segnalarsi la disposizione di cui all'art. 1, commi 166 e seguenti, della legge finanziaria 23 dicembre 2005, n. 266. La disposizione prevede che, “*ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica*”, gli organi degli enti locali di revisione economico-finanziaria, oltre che gli enti del servizio sanitario nazionale, debbano trasmettere “*alle competenti Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto dell'esercizio medesimo*”.

Secondo il costante orientamento di dottrina e giurisprudenza, il controllo in parola costituisce un controllo successivo sulla gestione, sicché la compilazione dei questionari e l'invio della documentazione allegata non ha il significato di consentire alla Corte dei conti l'esercizio di un controllo preventivo di legittimità.

⁸⁹¹ Corte conti, Sez. controllo Veneto, 15 luglio 2013, n. 182/2013/INPR, in www.corteconti.it. A differenza del controllo interno di gestione svolto contestualmente all'esercizio dell'azione amministrativa, il controllo di cui al citato articolo 3 integra una forma di controllo successivo ed esterno con natura imparziale e funzione collaborativa.

⁸⁹² G. LADU, *Il sistema dei controlli*, cit., 252.

⁸⁹³ Corte cost., n. 29/1995 e n. 470/1997.

⁸⁹⁴ A. CAROSI, *Le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti e la legge n. 131/03*, relazione al convegno *I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale*, 52° Convegno di Studi Amministrativi tenutosi a Villa Monastero – Varenna (Lecco) il 21-23 settembre 2006.

Trattasi, ancora una volta, di un controllo collaborativo, a garanzia, come innanzi accennato, dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica⁸⁹⁵.

L'oggetto del controllo, infatti, è costituito pur sempre dall'attività complessiva, dal fenomeno gestorio inteso nella sua interezza, ed il parametro di riferimento è rappresentato dalla valutazione dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità, nonché del principio generale di legalità dell'attività complessiva⁸⁹⁶.

Annualmente, come richiesto dal successivo comma 167, la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti approva un'apposita deliberazione contenente le linee guida ed i questionari che gli organi di revisione dovranno utilizzare per la redazione della relazione relativa al bilancio di previsione, oggetto del controllo espletato dalla competente Sezione territoriale di controllo.

Al fine di consentire il suddetto controllo, gli organi di revisione economico-finanziaria degli enti locali si devono attenere, quanto alla predisposizione della relazione sul bilancio di previsione, alle linee guida così elaborate⁸⁹⁷.

Queste ultime, già elaborate dalla Corte dei conti nella vigenza delle più risalenti disposizioni in materia di controllo successivo sulla gestione, assumono con la legge finanziaria per il 2006 un significato più pregnante, non soltanto in quanto espressamente elevate dalla disposizione legislativa a strumento necessario per la concreta realizzazione del controllo ivi disciplinato, ma, soprattutto, in quanto elevate a strumento deputato alla concreta individuazione dei più puntuali profili sui quali il controllo medesimo avrebbe dovuto vertere.

È necessario sottolineare come, sin dalla prima applicazione della disposizione, riferita all'esercizio 2005, la Sezione Autonomie della Corte dei conti abbia adottato - distinguendo tra Province, Comuni con popolazione superiore ovvero inferiore ai 5.000 abitanti - questionari così puntuali da includere molteplici rilevazioni inerenti alle società partecipate dagli enti medesimi⁸⁹⁸.

A mero titolo esemplificativo, con deliberazione della Sezione Autonomie dell'11 luglio 2006⁸⁹⁹, la Corte ha previsto che l'organo di revisione delle Province, dei Comuni capoluogo di Provincia e di tutti i

⁸⁹⁵ Corte cost., n. 198/2012, n. 37/2011, n. 179/2007 e n. 267/2006.

⁸⁹⁶ Corte conti, Sez. controllo Veneto, 12 dicembre 2006, n. 111, in www.corteconti.it.

⁸⁹⁷ Cfr. Corte conti, deliberazione n. 10/SEZAUT/2012/INPR, in www.corteconti.it.

⁸⁹⁸ N. MASTROPASQUA, *Linee guida della Corte dei conti: le verifiche sulle società partecipate*, in *Azienditalia*, 2008, 8, 623.

⁸⁹⁹ Deliberazione n. 11/2006/AUT, in www.corteconti.it, recante l'approvazione delle linee guida all'indirizzo degli organi di revisione economico-finanziaria degli enti locali ai fini della predisposizione della relazione sul rendiconto dell'esercizio 2005 e dei relativi questionari.

Comuni con popolazione superiore ai 5.000 abitanti - questi ultimi, peraltro, nel solo caso in cui in almeno uno dei precedenti esercizi vi fossero state aziende, istituzioni, fondazioni, consorzi o società partecipate con quote superiori al 10% che avessero chiuso in perdita - avessero l'onere di compilare un ulteriore prospetto nel quale avrebbero dovuto indicare: l'elenco delle aziende, istituzioni, consorzi, fondazioni e società partecipate anche indirettamente dall'ente, la consistenza del patrimonio netto, del volume dei ricavi conseguiti e del risultato economico dell'esercizio, l'eventuale ricapitalizzazione per perdite così come l'eventuale disposizione di qualunque forma di erogazione con conseguente specificazione dell'ammontare della medesima, della tipologia e della sua esatta allocazione nel bilancio dell'ente, la specificazione delle esternalizzazioni di servizi effettuate e dei conferimenti, dei trasferimenti in conto esercizio ed in conto capitale effettuati a tal scopo.

Con specifico riferimento ai servizi pubblici, i questionari imponevano a tutti i Comuni con popolazione superiore ai 5.000 abitanti la specificazione dell'eventuale copertura dei costi dei servizi a domanda individuale gestiti direttamente dall'ente, con particolare riferimento al servizio idrico ed allo smaltimento dei rifiuti.

Nel corso del tempo, di pari passo con l'incremento dell'estensione delle funzioni di controllo intestate alla Corte dei conti, le linee guida ed i questionari adottati dalla Sezione autonomie hanno assunto un contenuto progressivamente più articolato e complesso, fino a prevedere per tutti i Comuni, anche per quelli con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, l'obbligo di indicare molteplici dati inerenti alle partecipazioni detenute in società ed altri enti⁹⁰⁰.

Ulteriore funzione di controllo è stata intestata alla Corte dei conti in connessione con l'obbligo di dismissione ed il divieto di costituzione di società non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali delle pubbliche amministrazioni previsto dall'art. 3, comma 30, della legge n. 244/2007, il cui contenuto è stato analizzato più diffusamente in altra parte del presente lavoro.

Detto controllo, avente ad oggetto le delibere riguardanti la ricognizione delle partecipazioni detenute, ha suscitato rilevanti criticità interpretative.

In particolare, in dottrina è stato evidenziato come non sia pacifico se la disposizione in commento intesti alla Corte dei conti una funzione di controllo del tutto nuova, ovvero se tale attribuzione sia riconducibile ad

⁹⁰⁰ Tra le molte si segnalano, a mero titolo esemplificativo: Corte conti, delibera 18 giugno 2012, n. 10/AUT/2012/INPR; Corte conti, Sez. autonomie, delibera 1 agosto 2013, n. 18/2013/SEZAUT/INPR, in www.corteconti.it.

una delle funzioni di controllo già spettanti alla Corte in forza di altre disposizioni normative⁹⁰¹.

In questo secondo senso, è stato posto in luce come il controllo in parola potrebbe ricondursi entro lo schema del controllo sulla gestione di cui all'art. 3, commi 4-6, della legge n. 20/1994, ovvero entro il modulo del controllo collaborativo sulla sana gestione finanziaria degli enti locali, di cui all'art. 1, commi 166 e ss., della legge n. 266/2005.

Le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti paiono orientate in questo secondo senso⁹⁰² posto che in alcuni casi si è assistito all'adozione di apposite deliberazioni, da parte delle stesse Sezioni regionali di controllo, volte a stimolare gli enti all'adozione di misure auto-correttive, secondo il meccanismo proprio dei controlli di tipo collaborativo.

Proseguendo nella disamina delle funzioni di controllo intestate alla Corte dei conti, per quanto più in questa sede rileva, è necessario richiamare il contenuto dell'art. 6 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95.

La disposizione in parola, nel contesto delle misure per il contenimento della spesa pubblica, ha introdotto, da un lato, una estensione del controllo sulla gestione espletato dalla Corte dei conti nei confronti di Comuni e Province, indirettamente rivolto alle società da questi partecipate, e, dall'altro, ha esteso il potere ispettivo attribuito al Dipartimento della funzione pubblica ed al Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato a talune società a partecipazione pubblica.

Con riferimento al primo dei profili innanzi accennati, il comma 4 del citato art. 6 ha imposto a Province e Comuni, a decorrere dall'esercizio finanziario per il 2012, di allegare al rendiconto un'apposita nota informativa recante la verifica delle posizioni creditorie e debitorie reciproche esistenti tra l'ente e le società da questi partecipate, nota asseverata dagli organi di revisione e controllo dell'ente e della società.

La previsione dell'obbligo di accertare eventuali discordanze tra gli atti contabili dell'ente e quelli della società vuole essere uno stimolo al rispetto del principio di veridicità che deve informare le rappresentazioni ivi contenute, oltre che stimolare meccanismi autocorrettivi da parte dell'ente. Quest'ultimo, infatti, ove riscontri delle incongruenze tra le diverse rappresentazioni contabili, è tenuto ad adottare, entro l'esercizio finanziario nel corso del quale tale accertamento avviene, opportuni rimedi volti a rimuovere le discordanze.

La disposizione in commento rappresenta il frutto del riscontrato frequente disallineamento delle risultanze contabili, nelle cui pieghe si

⁹⁰¹ P. NOVELLI, *Società pubbliche: dismissioni, cessioni, ricognizione delle partecipazioni, controlli e ruolo della Corte dei conti*, cit., 9.

⁹⁰² Corte conti, Sez. controllo Lombardia, n. 436/2009/PRSE, n. 877/2009/PRSE e n. 283/2011/PRSE, in www.corteconti.it.

annidano inefficienze gestionali e meccanismi elusivi dei vincoli finanziari imposti agli enti locali⁹⁰³.

Il controllo esterno in commento, ancora una volta, si rivolge solo in via mediata alle società partecipate dagli enti locali, posto che i soggetti passivi del controllo rimangono pur sempre questi ultimi.

Diretto, e non mediato, è invece l'esercizio dei poteri ispettivi menzionati al comma 3 del citato art. 6 del d.l. n. 95/2012, destinatarie del quale sono altresì le società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

Detto potere ispettivo, malgrado il relativo esercizio sia rivolto, non solo alle amministrazioni pubbliche, ma anche alle società da queste partecipate, si rivela comunque strumentale, ancora una volta, a verificare che le pubbliche amministrazioni, e queste soltanto, si siano rese adempienti rispetto a determinati obblighi di contenimento della spesa pubblica e, in particolare, a quegli obblighi di dismissione delle partecipazioni che l'art. 4 del medesimo decreto sulla c.d. *spending review* prevedeva, prima della declaratoria di illegittimità costituzionale.

La portata innovativa del menzionato disposto risulta tuttavia fortemente ridimensionata ove si consideri come lo stesso art. 3, comma 8, della legge n. 20/1994 abbia attribuito alla Corte dei conti – in relazione al controllo preventivo di legittimità ed al controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche - il potere di richiedere alle amministrazioni pubbliche ed agli organi di controllo interno qualsiasi atto o notizia, oltre che il potere di effettuare e disporre ispezioni ed accertamenti diretti. Trattasi di poteri che, in quanto indirizzati alle amministrazioni pubbliche tutte e, dunque, alla rispettiva attività gestionale nel complesso intesa, certamente possono riguardare tutto ciò che concerne la gestione delle società partecipate in tanto in quanto essa sia destinata a riflettersi su quella dell'ente socio.

Da ultimo, con il d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, le funzioni di controllo esterno esercitate dalla Corte dei conti hanno visto un ulteriore, significativo, rafforzamento⁹⁰⁴.

Il riformulato art. 148 del TUEL, nell'ambito delle disposizioni dedicate ai controlli esterni sulla gestione, prevede che le Sezioni regionali della Corte dei conti, con cadenza annuale, nell'ambito del controllo di legittimità e regolarità delle gestioni, verificano il funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio di bilancio di ciascun ente locale.

⁹⁰³ L. CIMBOLINI, *La circolarizzazione dei debiti e dei crediti fra ente locale e società partecipate*, in *Azienditalia*, 2012, 12, 825; M. BELLESIA, *I rapporti contabili tra l'ente locale e le proprie società partecipate*, in *Azienditalia*, 2013, 3, 205. Sul punto: Corte conti, Sez. controllo Veneto, 9 novembre 2012, n. 903/2012/INPR, in www.corteconti.it.

⁹⁰⁴ Sul punto: V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il controllo della Corte dei conti sulle gestioni pubbliche*, relazione svolta al *Convegno 150 anni della Corte dei conti*, Roma, 2012.

L'espletamento di tale verifica è assicurato dalla trasmissione alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, con cadenza annuale, di un referto sul sistema dei controlli interni, adottato sulla base delle linee guida deliberate dalla Sezione delle autonomie della Corte dei conti.

Il referto, inviato dal Sindaco, relativamente ai Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, o dal Presidente della Provincia, avvalendosi del Direttore generale o del Segretario, deve essere condiviso dagli organi di controllo interno ed accompagnato dal parere del collegio dei revisori. Il referto, inoltre, è altresì trasmesso al Presidente del Consiglio comunale o provinciale.

In sede di controllo, le Sezioni regionali della Corte dei conti possono attivare una ulteriore procedura di verifica che vede il coinvolgimento del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato. Quest'ultimo può intraprendere accertamenti sulla regolarità della gestione amministrativo-contabile qualora un ente evidenzii situazioni di squilibrio finanziario riferibili a taluni indicatori: il ripetuto utilizzo dell'anticipazione di tesoreria, il disequilibrio consolidato della parte corrente del bilancio, anomale modalità di gestione dei servizi per conto di terzi, un aumento non giustificato della spesa degli organi politici istituzionali⁹⁰⁵.

In caso di rilevata assenza o inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie approntate ai fini della realizzazione dei controlli interni all'ente ed in vista del rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio dei bilanci, il procedimento di controllo sfocia in sede contenziosa. Le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti irrogano agli amministratori responsabili delle carenze riscontrate la condanna ad una sanzione pecuniaria da un minimo di cinque fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione.

Le concrete modalità di realizzazione del controllo in parola sono state ulteriormente sviscerate con la deliberazione della Corte dei conti, Sezione autonomie, dell'11 febbraio 2013, n. 4, recante lo schema di relazione, modulabile dalle singole Sezioni regionali di controllo, riguardane le linee guida per il referto del Sindaco dei Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti e del Presidente della Provincia.

Ad avviso della Corte dei conti, la fase di prima applicazione della disposizione, con riferimento al primo semestre del 2013, avrebbe rappresentato l'occasione per l'acquisizione dei dati essenziali relativi all'organizzazione dell'ente, ai sistemi informativi, al sistema dei controlli

⁹⁰⁵ La Corte costituzionale, con sentenza 26 febbraio-6 marzo 2014, n. 39, ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale della procedura innanzi descritta con efficacia nei confronti delle Regioni autonome Friuli-Venezia Giulia e Sardegna.

interni, quale patrimonio stabile di informazioni suscettibile di successive implementazioni ed aggiornamenti.

All'iniziale sforzo di raccolta e trasmissione di tali dati sarebbe dunque seguito, in occasione delle rilevazioni successive alla prima, un impegno minore, limitato al solo consolidamento ed aggiornamento dei dati così raccolti.

Il modello di referto deliberato dalla Corte, strutturato nella forma del questionario, ha l'obiettivo di consentire la rilevazione di dati che non costituiscano una duplicazione di informazioni già acquisite dalle Sezioni regionali della Corte in occasione dell'espletamento di altri controlli come, *in primis*, del controllo di cui all'art. 1, commi 166 ss., della legge finanziaria per il 2006, il quale rimane finalizzato all'accertamento di gravi irregolarità contabili e finanziarie.

Le finalità sottese, invece, all'espletamento del controllo di cui all'art. 148 del TUEL possono rinvenirsi nella *“verifica dell'adeguatezza funzionale e dell'effettivo funzionamento del sistema dei controlli interni”*, nella *“valutazione degli strumenti diretti a verificare la coerenza dei risultati gestionali rispetto agli obiettivi programmati”*, nella *“verifica dell'osservanza dei principali vincoli normativi di carattere organizzativo, finanziario e contabile”*, nella *“rilevazione degli eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica”*, nel *“monitoraggio in corso d'anno degli effetti prodotti in attuazione delle misure di finanza pubblica e dei principali indirizzi programmatici dell'Ente”*, nel *“consolidamento dei risultati con quelli delle gestioni degli organismi partecipati”*⁹⁰⁶.

Venendo, più nello specifico, al contenuto delle linee guida per la redazione del referto, la prima sezione del medesimo dovrà avere ad oggetto il rispetto dei parametri di regolarità amministrativa e contabile, la rilevazione di eventuali lacune gestionali che possano alterare i profili di una sana e corretta gestione finanziaria, la programmazione e le sue ricadute sugli equilibri di bilancio. Ancora, quantomeno mediante la prima relazione, dovranno essere acquisite informazioni in merito alle caratteristiche generali della popolazione, ai sistemi informativi, alle risorse umane e strumentali impiegate per la gestione dei servizi.

All'andamento dei servizi è rivolta un'attenzione particolare, sia sotto il profilo dell'adeguatezza dell'organizzazione rispetto alle esigenze della popolazione, sia con riferimento alle modalità di affidamento dei servizi esternalizzati ed alle motivazioni addotte a sostegno della soluzione organizzativa prescelta, sia essa una concessione a terzi o a società partecipate dall'ente medesimo.

La rilevazione di tali dati, peraltro, risulta strumentale anche rispetto al controllo previsto dall'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n.

⁹⁰⁶ Deliberazione della Corte dei conti, Sezione autonomie, dell'11 febbraio 2013, n. 4, in www.corteconti.it.

244, disposizione che vieta la detenzione di partecipazioni in società non strettamente necessarie rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

Il referto dovrà inoltre contenere un quadro generale sulle fonti di finanziamento, individuandone la tipologia e l'incidenza, oltre che consentendo una ricognizione di tutte le delibere relative alla determinazione delle aliquote dei tributi locali. Con riferimento ai pubblici servizi, la relazione medesima dovrà consentire di verificare il grado di copertura dei costi dei servizi pubblici locali mediante l'applicazione delle tariffe vigenti.

Con riferimento alla gestione della parte passiva del bilancio, assumeranno un rilievo decisivo i riferimenti ai processi di razionalizzazione e riorganizzazione amministrativa e della dotazione organica, nel cui computo andranno considerate anche le risorse umane impiegate nelle società ed organismi partecipati.

La seconda sezione del referto, invece, mira ad una mera ricognizione delle criticità di fondo del sistema organizzativo-contabile.

La legittimità costituzionale del controllo sulla gestione di cui all'art. 148 del TUEL e del controllo di cui al successivo art. 148-bis sono stati sottoposti, peraltro, al sindacato della Corte costituzionale per effetto di una impugnativa in via principale intrapresa da alcune Regioni a statuto speciale.

La Corte, nel rigettare le censure relative all'art. 148-bis e nell'accogliere, in parte qua, alcune delle censure formulate con riferimento all'art. 148 del TUEL, ha espresso alcuni rilievi che consentono di meglio definire la natura e la *ratio* del controllo sulla gestione di cui all'art. 148 citato.

La Corte, respinta la tesi del carattere collaborativo del controllo, ha ribadito la legittimità di interventi del legislatore statale volti ad acquisire dagli enti territoriali dati e informazioni utili a fini di coordinamento della finanza pubblica, anche in relazione agli enti territoriali dotati di autonomia particolare⁹⁰⁷.

Sia pure con esclusivo riferimento alle ricorrenti Regioni a statuto speciale, la Corte costituzionale ha ravvisato un contrasto tra le rispettive disposizioni statutarie e le disposizioni di cui all'art. 148 del TUEL che, andando oltre alla mera previsione di obblighi di trasmissione da parte degli uffici regionali di notizie ritenute sensibili, *“attribuisce non già ad un organo magistratuale terzo quale la Corte dei conti, bensì direttamente al Governo un potere di verifica sull'intero spettro delle attività amministrative e finanziarie degli enti locali, sottraendolo, in tal modo, illegittimamente all'ambito riservato alla potestà normativa di rango*

⁹⁰⁷ Corte cost., n. 425 del 2004.

primario delle ricorrenti Regioni autonome Friuli-Venezia Giulia e Sardegna”⁹⁰⁸.

In disparte tale specifico profilo introdotto dalla più recente disciplina, l’art. 148 del TUEL dispone una procedura di raccordo tra i controlli esterni di natura collaborativa, intestati alle Sezioni regionali della Corte dei conti, ed i controlli interni, funzionali a garantire il rispetto delle regole contabili e dell’equilibrio di bilancio di ciascun Ente locale e, in senso più generale, il rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, dei parametri costituzionali sugli equilibri di bilancio e dei vincoli posti dal diritto dell’Unione europea⁹⁰⁹.

Venendo alle disposizioni relative al rafforzamento del controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria degli enti locali di cui all’art. 148-*bis* del TUEL, le nuove disposizioni prevedono che le Sezioni regionali di controllo esaminino i bilanci preventivi ed i rendiconti consuntivi degli enti locali ai sensi dell’articolo 1, commi 166 e seguenti, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, disposizioni in forza delle quali alle Sezioni regionali di controllo già dovevano essere trasmesse le relazioni sul bilancio di previsione e sul rendiconto predisposte dagli organi di revisione economico-finanziaria degli enti locali.

L’art. 1, commi da 166 a 172, della legge n. 266 del 2005 e l’art. 148-*bis* del d.lgs. n. 267 del 2000, introdotto dall’art. 3, comma 1, lettera e), del d. l. n. 174 del 2012, hanno “*ulteriori tipologie di controllo, estese alla generalità degli enti locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale, piuttosto ascrivibili a controlli di natura preventiva finalizzati ad evitare danni irreparabili all’equilibrio di bilancio*”⁹¹⁰.

La funzione di controllo indicata dall’art. 148-*bis* citato tende alla verifica del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell’osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall’articolo 119, sesto comma, della Costituzione, della sostenibilità dell’indebitamento, dell’assenza di irregolarità, suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti. Parametri del suddetto controllo, dunque, non sono in generale i principi di efficienza, efficacia ed economicità ma puntuali criteri normativamente fissati.

Anche in questa sede, il legislatore specifica che il controllo esterno esercitato dalla Corte dei conti, avente ad oggetto, in senso ampio ed

⁹⁰⁸ Del resto, con la sentenza n. 219 del 2013 la Corte costituzionale aveva già dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 5 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149 (Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a Regioni, Province e Comuni, a norma degli articoli 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42), nel testo introdotto dall’art. 1-*bis*, comma 4, del d.l. n. 174 del 2012, che attribuiva al Ministero dell’economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato poteri di verifica sulla regolarità della gestione amministrativo-contabile degli enti territoriali analoghi a quelli previsti dall’art. 148 del TUEL.

⁹⁰⁹ *Ex plurimis*: Corte cost., sentenze n. 267 del 2006, n. 181 del 1999, n. 470 del 1997, n. 29 del 1995, n. 60 del 2013 e n. 179 del 2007.

⁹¹⁰ Corte cost., 26 febbraio - 6 marzo 2014, n. 39; id., sentenza n. 60 del 2013.

onnicomprensivo, la gestione dell'ente locale, concernente anche quei profili inerenti alla detenzione, da parte dell'ente medesimo, di partecipazioni in società o enti.

Sottesa alla disposizione in parola vi è l'idea che la valutazione della gestione dell'ente non possa ritenersi completa ove non si considerino siffatti rapporti: per tale ragione, le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti accertano che i rendiconti degli enti locali tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività e di servizi strumentali all'ente.

L'estensione del controllo a siffatti profili risulta strettamente correlata all'armonizzazione dei bilanci pubblici ed al consolidamento dei conti, oltre che alla prevenzione di squilibri di bilancio.

Non è un caso, infatti, che anche l'art. 1, comma 4, del d.l. n. 174/2012, nel rafforzare la disciplina del controllo sulla gestione delle Regioni esercitato dalla Corte dei conti già secondo le procedure di cui alla legge finanziaria per il 2006, abbia previsto che le Sezioni regionali di controllo debbano altresì verificare, ancora una volta, che i rendiconti delle Regioni tengano conto delle partecipazioni in società controllate alle quali sia affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività regionale e di servizi strumentali alla Regione⁹¹¹.

L'esplicita inclusione dei dati inerenti alla gestione delle società partecipate all'interno dei rendiconti di Regioni ed enti locali, oggetto del controllo sulla gestione espletato dalla Corte dei conti, determina un rafforzamento delle funzioni di controllo ad essa intestate sotto un profilo eminentemente formale, ove si consideri che, ora, tale obbligo viene contemplato a livello di legge ordinaria quando, invece, nella vigenza dei soli disposti della legge finanziaria per il 2006, tale obbligo si rinveniva soltanto nelle linee guida e nei questionari elaborati annualmente dalla Corte dei conti ed espressamente richiamati a livello legislativo.

La piena definizione della natura del controllo esterno in parola si evince in maniera più chiara ove si considerino le conseguenze da esso derivanti.

Al riscontro, da parte delle competenti Sezioni regionali di controllo, di squilibri economico-finanziari, della mancata copertura di spese, della violazione di norme finalizzate a garantire la regolarità della gestione finanziaria, o del mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità interno, consegue, infatti, l'apertura di un procedimento del tutto peculiare.

⁹¹¹ Il medesimo art. 1, peraltro, al successivo comma 5, ha introdotto anche per le Regioni a statuto ordinario il giudizio di parificazione del rendiconto generale, espletato dalla Corte dei conti secondo le forme previste dal T.U. n. 1214/1924 per il giudizio di parificazione del rendiconto dello Stato. A questo proposito: D. MORGANTE, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. n. 174/2012*, in *federalismi.it*, 2013, 1.

Gli enti interessati hanno l'obbligo di adottare, entro sessanta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia di accertamento, i provvedimenti idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio.

Tali provvedimenti sono trasmessi alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti che li verificano nel termine di trenta giorni dal ricevimento.

Qualora l'ente non provveda alla trasmissione dei suddetti provvedimenti o la verifica delle Sezioni regionali di controllo dia esito negativo, è preclusa l'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria⁹¹².

Trattasi di conseguenze che possono indurre a dubitare della natura squisitamente collaborativa del controllo e, dunque, della sua compatibilità con l'autonomia degli enti locali sancita dalla Costituzione, in quanto strumento non meramente proteso a stimolare meccanismi di autocorrezione⁹¹³.

Secondo la ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale⁹¹⁴, i controlli di cui all'art. 1, commi 166-172, della legge n. 266/2005 e all'art. 148-bis del TUEL, pur collocandosi su di un piano diverso rispetto al controllo sulla gestione avente natura collaborativa, non si pongono in contrasto con l'autonomia di Regioni, Province e Comuni, e ciò "*in forza del supremo interesse alla legalità costituzionale-finanziaria e alla tutela dell'unità economica della Repubblica*"⁹¹⁵.

Tali controlli, pertanto, si pongono in linea con il riconoscimento della Corte dei conti come organo al quale è demandato il vaglio sull'equilibrio economico-finanziario del complesso delle amministrazioni pubbliche in vista dell'osservanza dei parametri costituzionali di cui agli artt. 81, 119 e 120 Cost., oltre che ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia dall'Unione europea ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.⁹¹⁶

Ad ogni modo, la stessa Corte costituzionale riconosce come, per effetto della riforma operata con il d.l. n. 174/2012, i controlli espletati dalla

⁹¹² F. BATTINI, *Impugnabilità in sede giurisdizionale degli esiti di controllo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 8-9, 877.

⁹¹³ R. PATUMI, *Il nuovo raccordo tra controllo e giurisdizione nel sistema delle autonomie*, in *Azienditalia*, 2013, 5, 399.

⁹¹⁴ Corte cost., 5 aprile 2013, n. 60.

⁹¹⁵ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 18 luglio 2013, n. 313/2012/PAR, in www.corteconti.it.

⁹¹⁶ La Corte dei conti viene progressivamente riconosciuta quale garante della corretta gestione delle risorse pubbliche nell'interesse dei singoli enti territoriali, della comunità che compone la repubblica, dello Stato ordinamento (Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29; id., 9 novembre 2005, n. 417; Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 19 febbraio 2013, n. 61/2013/PRSE). Sul punto: G. AMATO, *La Corte dei conti a 150 anni dalla nascita*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 12, 1157.

Corte dei conti vengano a collocarsi “*su un piano distinto rispetto al controllo sulla gestione amministrativa*”, quale presidio rispetto al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica ed a tutela dell’Unità economica della Repubblica⁹¹⁷.

Ancora, ad avviso della Corte costituzionale, la riforma del sistema dei controlli recata dal d.l. n. 174/2012 ha determinato un più significativo coordinamento tra il sistema dei controlli interni ed il controllo esterno svolto dalla Corte dei conti.

Invero, il controllo, capillare e generale, che la Corte dei conti esercita nei confronti degli enti locali con l’ausilio dei revisori dei conti è “*ascrivibile alla categoria del riesame di legalità e regolarità*”⁹¹⁸, avente, tuttavia, “*una prospettiva non più statica – come, invece, il tradizionale controllo di legalità-regolarità – ma dinamica, in grado di finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo alla adozione di effettive misure correttive funzionali a garantire il rispetto complessivo degli equilibri di bilancio*”⁹¹⁹.

Il controllo esterno espletato dalla Corte dei conti, tradizionalmente definito come collaborativo, ha assunto sempre più spesso una differente connotazione, avendo talvolta un effetto sanzionatorio.

In questo senso milita altresì l’art. 20, comma 12, del d.l. n. 98/2011, disposizione che, in relazione ad ipotesi di elusione del patto di stabilità, introduce un netto collegamento tra la funzione di controllo e quella giurisdizionale, con riferimento all’accertamento della fattispecie tipizzata di responsabilità erariale nei confronti degli amministratori e del responsabile del servizio finanziario.

Nella stessa direzione si colloca, del resto, il disposto dell’art. 148, comma 4, del TUEL, introdotto dal d.l. n. 174/2012, il quale prevede una specifica sanzione, irrogata dalle Sezioni giurisdizionali, per le ipotesi in cui la competente Sezione di controllo abbia accertato il cattivo funzionamento dei controlli interni.

Lo stesso disposto dell’art. 148-*bis* del TUEL, introdotto dal d.l. n. 174/2012, prevede un controllo esterno che, in definitiva, si discosta dal tradizionale modello collaborativo e possiede un vero e proprio carattere interdittivo e preclusivo.

Invero, come innanzi si è fatto cenno, ove in sede di controllo sui bilanci preventivi e sui rendiconti consuntivi degli enti locali, si accerti il mancato adeguamento dell’ente locale alle pronunce di accertamento di irregolarità contabili o di eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica, sarà preclusa l’attuazione dei programmi di spesa per i quali è

⁹¹⁷ Corte cost., n. 60/2013.

⁹¹⁸ Corte cost., n. 198/2012.

⁹¹⁹ Corte cost., n. 60/2013.

stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria.

L'effetto preclusivo-sanzionatorio segue la preventiva deliberazione delle Sezioni di controllo attestante l'irregolarità contabile e la successiva fase durante la quale le medesime Sezioni di controllo accertano l'effettiva mancata risoluzione delle criticità sollevate da parte dell'ente, così sollecitato all'autocorrezione.

La circostanza che l'effetto preclusivo derivi *ex se* dalla verifica operata dalle Sezioni di controllo - e non, come in altri casi previsto, da una fase contenziosa innanzi alle Sezioni giurisdizionali, attivata a seguito della procedura di controllo stesso - ha indotto la Corte costituzionale a parlare di controlli estesi "*alla generalità degli enti locali e degli enti del servizio sanitario nazionale, piuttosto ascrivibili a controlli di natura preventiva finalizzati ad evitare danni irreparabili all'equilibrio di bilancio, che si collocano pertanto su un piano distinto rispetto al controllo sulla gestione amministrativa, almeno per quel che riguarda gli esiti del controllo spettante alla Corte dei conti sulla legittimità e regolarità dei conti*"⁹²⁰.

Il potere di riesame riconosciuto alla Corte dei conti, in quanto diretto a ripristinare la regolarità amministrativa e contabile, consente di intravedere, sia pure in termini più circoscritti, la funzione collaborativa del controllo, posto che l'effetto interdittivo consegue soltanto alle ipotesi di mancata copertura o di insussistenza della sostenibilità finanziaria.

In questo senso, il bilanciamento tra i due principi costituzionali - l'autonomia degli enti locali, da un lato, e l'equilibrio strutturale del bilancio unitamente alla sostenibilità dell'indebitamento, dall'altro - vede l'autonomia, ed il carattere tradizionalmente collaborativo del controllo, assumere un rilievo recessivo rispetto ad altri e preminenti valori.

Anche il parametro posto a riferimento - di regola individuato, con riferimento al controllo sulla gestione, nei canoni di efficienza, efficacia, economicità - diviene un parametro normativo in senso stretto.

Per quanto in questa sede maggiormente rileva, il comma 2 dell'art. 148-bis del TUEL dispone che il controllo esercitato dalla Corte dei conti in relazione ai bilanci ed ai rendiconti degli enti locali abbia ad oggetto anche la verifica della circostanza che i rendiconti tengano in considerazione anche le "*partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività locale e di servizi strumentali all'Ente*".

Accanto alle funzioni di controllo - che, come si è cercato di porre in luce, costituiscono un incisivo strumento in vista del perseguimento della sana gestione finanziaria anche delle società partecipate dagli enti locali e

⁹²⁰ Corte cost., n. 60/2013.

deputate allo svolgimento dei pubblici servizi – deve farsi cenno all'attività consultiva svolta dalla Corte dei conti⁹²¹.

Introdotta dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003, la funzione consultiva accompagna e precede quella di controllo, consentendo agli enti che ad essa accedano di prevenire eventuali rilievi negativi da parte della Corte, ferma l'impossibilità di quest'ultima di ingerirsi nella concreta attività gestionale ed amministrativa.

La pronuncia dei pareri da parte della Corte dei conti è subordinato alla rigorosa presenza di due requisiti, di carattere soggettivo ed oggettivo.

La legittimazione alla richiesta di parere spetta esclusivamente all'organo che abbia la rappresentanza dell'ente e, così, al Presidente della Regione o della Provincia, ovvero al Sindaco.

Sotto il profilo oggettivo, invece, la Corte assolve la funzione di organo di consulenza esclusivamente nelle materie di contabilità pubblica, intendendosi con tale locuzione i soli atti normativi e gli atti regolatori generali inerenti all'attività finanziaria delle pubbliche amministrazioni.

La richiesta di parere deve precedere l'esercizio dei poteri e delle funzioni dell'ente e non deve inerire allo specifico e concreto atto gestorio, non potendo la Corte ingerirsi in questioni di amministrazione attiva, ma deve vertere in ordine ad una questione di portata generale, di principio, la cui soluzione sarà idonea ad illuminare e guidare l'esercizio del potere amministrativo da parte dell'ente richiedente.

La possibilità di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità dell'attività amministrativa ha spesso rappresentato, per gli enti territoriali, lo strumento attraverso cui dirimere rilevanti questioni interpretative inerenti all'alluvionale contesto normativo delle società pubbliche, divenendo la funzione consultiva un importante strumento per prevenire la violazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica⁹²².

A margine della sintetica ricostruzione delle funzioni di controllo della Corte dei conti è possibile giungere a due considerazioni.

In primo luogo, si ritiene di poter affermare come il controllo esterno della Corte dei conti rispetto alle società partecipate dagli enti territoriali sia stato ricompreso nell'ambito del controllo sulla gestione degli enti medesimi, e non l'oggetto di una autonoma funzione di controllo ad opera della Corte, e ciò in ragione del carattere unitario della gestione dell'ente territoriale rispetto anche a quella degli enti da questo partecipati.

L'affermata unitarietà della gestione, tuttavia, rimane limitata, sotto il profilo oggettivo, alla considerazione del complesso delle risorse coinvolte, con ciò non scalfendo né la distinta soggettività giuridica dell'ente

⁹²¹ F. BATTINI, *L'attività consultiva della Corte dei conti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 8, 834.

⁹²² Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 14 marzo 2011, n.124/20111/PAR, in www.corteconti.it.

territoriale e delle società partecipate, né rappresentando un argomento utile in vista della qualificazione giuridica delle società medesime.

In secondo luogo, considerando l'evoluzione del sistema dei controlli con riferimento al circoscritto profilo dell'inclusione, entro l'oggetto del controllo sulla gestione medesimo, dei profili inerenti ai rapporti tra ente e società partecipate, si ritiene di poter affermare che l'implemento delle funzioni di controllo in questo senso intestate alla Corte dei conti sia stato più apparente che reale⁹²³.

Già espressamente inclusi tra i dati che gli enti locali dovevano indicare in sede di predisposizione della relazione sul bilancio di previsione e sul rendiconto ai sensi dell'art. 1, commi 166 ss. della legge finanziaria per il 2006, sia pure non in forza di una espressa disposizione normativa in questo senso ma sulla base delle linee guida allo scopo predisposte dalla Corte, la considerazione delle partecipazioni societarie detenute entro la gestione ed i documenti contabili degli enti territoriali – imposta dalle disposizioni più recenti – appare piuttosto la conferma della scarsa effettività dei suddetti controlli oltre che della loro insoddisfacente funzione quale strumento di monitoraggio e contenimento della spesa pubblica.

In una prospettiva del tutto diversa rispetto a quella sin qui adottata si collocano i controlli intestati alla Corte dei conti e rivolti in via diretta agli enti sovvenzionati dallo Stato, la cui disciplina si rinviene nella legge 21 marzo 1958, n. 259, attuativa del disposto dell'art. 100, comma 2, Cost.

La Corte, infatti, per mezzo di una sua apposita Sezione, esercita il controllo sulla gestione degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria e riferisce direttamente alle Camere delle relative risultanze⁹²⁴.

Detto controllo, dal quale sono esclusi gli enti di interesse esclusivamente locale, si rivolge in via diretta agli enti, pubblici o privati, che godono di contributi ordinari, variamente denominati, concessi da una pubblica amministrazione, gli enti che sostengono il proprio fabbisogno finanziario mediante imposte, tasse o contributi che siano autorizzati ad imporre o dei quali risultino beneficiari.

Tali enti devono far pervenire alla Corte dei conti i conti consuntivi ed i bilanci di esercizio col relativo conto dei profitti e delle perdite, corredati dalle relazioni dei rispettivi organi amministrativi e di revisione.

Diversamente, per gli enti ai quali lo Stato o un'azienda autonoma statale contribuisca con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria, il suddetto controllo è esercitato da un magistrato della Corte dei conti, nominato dal Presidente della Corte stessa, il quale assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione.

⁹²³ G. ASTEGIANO, *Società partecipate dagli enti territoriali e funzioni di controllo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, 2008, 11, 1.

⁹²⁴ G. LADU, *Il sistema dei controlli*, cit., 257.

Ai controlli di cui alla legge n. 259/1958, e, in particolare, a quello estrinsecantesi nella partecipazione di un magistrato della Corte alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione, erano assoggettati numerosi enti pubblici economici, quali l'IRI, l'ENI, l'INA e l'ENEL, e per i quali si era dubitato della possibilità di ritenerli assoggettati alla predetta forma di controllo a seguito della loro trasformazione in società per azioni, nuovo assetto che avrebbe determinato la mera sottoposizione alla disciplina propria delle società del codice civile.

Nel dirimere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato – Corte dei conti e Governo – la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 466/1993, ha affermato come non possa dirsi sufficiente la semplice trasformazione degli enti pubblici economici a determinare l'estinzione del controllo in parola ove *“permanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato alla struttura economica dei nuovi soggetti, cioè fino a quando lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle stesse”*.

La permanenza del controllo esercitato dalla Corte dei conti viene affermato dalla Corte costituzionale in considerazione del solo *“mutamento della veste giuridica degli stessi enti, ove a tale mutamento formale non faccia seguito anche una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio (ora trasformato in capitale sociale) tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato”*.

In altre parole, la Corte costituzionale ritiene permanere, pur nell'ormai avvenuta privatizzazione formale, la *ratio* sottesa alla predisposizione dei controlli di cui alla legge n. 259/1958, e ciò indipendentemente dalla qualificazione giuridica soggettiva dell'ente sottoposto al controllo medesimo, quanto, piuttosto, in ragione della natura delle risorse coinvolte.

Del resto, lo stesso art. 100, comma 2, Cost., quale fondamento costituzionale dei controlli di cui alla legge in parola, radica la funzione di controllo della Corte dei conti sugli enti cui lo stato contribuisce in via ordinaria senza distinguere tra enti pubblici o privati.

La stessa Corte costituzionale, del resto, rileva il carattere sfumato tra ente pubblico e società di diritto privato e, finanche, il carattere speciale delle società a partecipazione pubblica, ma non giunge a qualificare, né ad assimilare, queste ultime agli enti pubblici.

La qualificazione giuridica soggettiva delle società partecipate, dunque, si rivela un profilo del tutto neutro rispetto al problema di stabilire la soggezione o meno ai controlli della Corte dei conti di cui alla legge n. 259/1958, controlli che, lo si ripete, hanno ad oggetto in via diretta la gestione dei soggetti partecipati, ma non di quelli a rilevanza locale, rispetto ai quali, pertanto, residuano i soli controlli esterni esercitati in via mediata sulla gestione degli enti territoriali.

5. La responsabilità della società pubblica verso l'ente socio e la responsabilità degli amministratori: il limite esterno della giurisdizione della Corte dei conti.

La determinazione del regime della responsabilità alla quale si trovano esposti gli amministratori di una società a partecipazione pubblica esercente un pubblico servizio rappresenta un tema dal quale possono trarsi ulteriori argomenti al fine della individuazione della qualificazione soggettiva delle società in parola.

Trattasi di un quesito di grande rilevanza stante il differente regime della responsabilità amministrativa rispetto alle ipotesi di responsabilità contemplate dal codice civile. La prima, infatti, a differenza delle seconde, è obbligatoria, essendo l'esercizio della relativa azione rimesso d'ufficio al pubblico ministero contabile; inoltre, ha una chiara *ratio* sanzionatoria, non essendo protesa a garantire la totale reintegrazione del pregiudizio patito; la responsabilità amministrativa, inoltre, richiede, sotto il profilo dell'elemento psicologico, il dolo o la colpa grave⁹²⁵.

La risposta al problema in esame implica la risoluzione del problema della definizione del limite esterno della giurisdizione della Corte dei conti.

Il fondamento costituzionale della giurisdizione del Giudice contabile è rappresentato dall'art. 103, Cost., il cui secondo comma, nell'enunciare la funzione giurisdizionale della Corte dei conti, ne individua l'ambito con riferimento alle "*materie di contabilità pubblica*" ed alle "*altre specificate dalla legge*".

Il primo interrogativo posto dal testo costituzionale, a lungo dibattuto in dottrina e giurisprudenza, atteneva al riconoscimento del valore precettivo ovvero programmatico della disposizione in parola.

Secondo un primo orientamento, il disposto costituzionale, nel riferirsi alle "*materie di contabilità pubblica*" quale ambito della giurisdizione della Corte dei conti, opererebbe una riserva di giurisdizione nelle predette materie in favore del Giudice contabile. La disposizione, in altre parole, avrebbe un immediato effetto precettivo, fondando la giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla predetta materia, ferma la possibilità che, attraverso un intervento legislativo espresso, venga individuato uno spazio ulteriore della giurisdizione contabile in altre materie⁹²⁶.

Era questo l'orientamento espresso dallo stesso Giudice contabile, ad avviso del quale l'immediata precettività del disposto costituzionale avrebbe determinato l'abrogazione delle previgenti disposizioni contenenti

⁹²⁵ S. ZAMBARDI, E. BRANDOLINI, *La contabilità pubblica*, cit., 263.

⁹²⁶ Una completa ricostruzione dei differenti orientamenti in materia è necessario rinviare a: V. TENORE, *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli. Dottrina. Giurisprudenza. Normativa. Formulario*, Milano, 2013.

l'individuazione di altro Giudice in una materia riconducibile entro la contabilità pubblica, dovendosi ritenere la Corte dei conti il giudice generale ed esclusivo in tale settore.

L'orientamento delle diverse Sezioni della Corte dei conti era teso a delimitare la nozione di contabilità al fine di circoscrivere il corrispondente ambito della giurisdizione contabile. Comprensiva di tutto ciò che concerne la regolarità della gestione del pubblico denaro e dei beni pubblici, si riteneva che il concetto di contabilità pubblica fosse integrato da due elementi: uno soggettivo, la natura pubblica dell'ente al quale il soggetto danneggiante risulta legato da un rapporto di impiego o di servizio, l'altro oggettivo, consistente nella qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione.

A tale concezione, tuttavia, si contrapponeva la tesi secondo la quale il disposto costituzionale avrebbe avuto una mera efficacia programmatica anche con riferimento alle materie di contabilità pubblica. La disposizione non fondava *ex se* la giurisdizione della Corte dei conti nel suddetto ambito materiale essendo necessaria una esplicita *interpositio legislatoris* che fondasse la giurisdizione contabile⁹²⁷. La disposizione, lungi dal costituire una riserva di giurisdizione, si sarebbe limitata a sottrarre la Corte dei conti, quale organo giurisdizionale, dal processo di revisione di cui alla VI disposizione transitoria della Costituzione.

Il contrasto tra le differenti prospettazioni trovava composizione grazie all'intervento della Corte costituzionale⁹²⁸, la quale adottava una soluzione intermedia rispetto alle tesi che fino a quel momento si erano contrapposte.

La Consulta, senza escludere che l'attuazione concreta del disposto costituzionale possa richiedere, in particolari settori, originariamente sottratti alla giurisdizione della Corte dei conti e che presentino aspetti peculiari e differenziati, l'intervento di apposite disposizioni legislative, affermava che, *“laddove ricorra identità oggettiva di materia, e beninteso entro i limiti segnati da altre norme e principi costituzionali, il principio dell'art. 103 conferisca capacità espansiva alla disciplina dettata dal T.U. del 1934 per gli agenti contabili dello Stato, consentendone l'estensione a situazioni non espressamente regolate in modo specifico”*⁹²⁹.

⁹²⁷ Cass. civ., Sez. un., 27 giugno 1956, n. 2336; Corte cost., 31 marzo 1965, n. 17. Sul punto: F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997; F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 2000.

⁹²⁸ Corte cost., 26 giugno 1970, n. 110. Nel medesimo senso: Corte cost. n. 241/1984; Corte cost. n. 189/1994; Corte cost., n. 773/1988.

⁹²⁹ È proprio argomentando alla stregua dell'art. 103, che la Corte di cassazione e la Corte dei conti hanno potuto affermare la spettanza alla giurisdizione di quest'ultima, in primo grado, dei giudizi contabili per l'innanzi di competenza dei consigli di prefettura, dopo che, con la sentenza n. 55/1966, la stessa Corte ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale in quanto organi investiti di funzioni giurisdizionali, non più compatibili con il dettato

Grazie all'intervento pretorio, specie della Corte di cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, e, soprattutto, in forza dell'uniforme regolamentazione della responsabilità amministrativo-contabile operata dalla legge n. 20/1994 per tutti i pubblici dipendenti, è stato valorizzato il ruolo della Corte dei conti, quale giudice generale in materia di responsabilità amministrativa⁹³⁰, salve le sole ipotesi previste *ex lege* fondanti la giurisdizione del Giudice ordinario in ordine a specifiche ipotesi di danno⁹³¹.

Ora, il problema di verificare l'estensione della giurisdizione della Corte dei conti con riferimento agli amministratori delle società a partecipazione pubblica induce a considerare i presupposti che connotano la responsabilità amministrativa, il cui accertamento compete al giudice contabile per effetto dell'esercizio dell'azione da parte del pubblico ministero contabile, rispetto alla responsabilità civile⁹³².

Tali elementi presupposti devono essere rinvenuti nel rapporto di servizio sussistente tra l'agente ed il soggetto danneggiato⁹³³, la natura

costituzionale. Fino all'entrata in vigore dell'art. 58 della legge n. 142/1990, con la quale anche per il personale e gli amministratori degli enti locali si affermava la giurisdizione della Corte dei conti con riferimento alla responsabilità di questi per i danni inferti alla p.a., sussisteva il c.d. regime del doppio binario. Mentre per gli impiegati, i funzionari e gli agenti dello Stato i giudizi di responsabilità amministrativa erano devoluti alla giurisdizione della Corte dei conti ai sensi dell'art. 52 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, l'art. 260 del r.d. n. 383/1934 devolveva ai Consigli di Prefettura i giudizi di responsabilità degli amministratori di Comuni e Province. Infine, permaneva la giurisdizione del Giudice ordinario con riferimento alla responsabilità amministrativa generica dei medesimi amministratori di Comuni e Province (G. STELLA RICHTER, P. STELLA RICHTER, *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, Libro I, Tomo I, Milano, 2006, 340).

⁹³⁰ "La Corte dei conti è il giudice naturale, nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge" (Cass., Sez. un., 22 ottobre 2007, n. 22059, in www.personaedanno.it).

⁹³¹ È questo il caso del danno ambientale, devoluto al Giudice ordinario per effetto dell'art. 18 della legge n. 349/1986.

⁹³² O. SEPE, *La giurisdizione contabile*, vol. XVI, II edizione, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santianello, Padova, 1997; S. ZAMBARDI, E. BRANDOLINI, *La contabilità pubblica*, cit., 9-10; G. ROMAGNOLI, *La responsabilità di amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, *Atti del convegno tenutosi a Padova in data 8 giugno 2007*, Padova, 2008, 151 ss.

⁹³³ Per rapporto di servizio si intende l'inserimento in uno stabile e precostituito apparato dell'ente, a prescindere dalla possibilità di qualificare il rapporto giuridico sottostante tra l'agente e l'ente danneggiato quale rapporto di impiego in senso stretto ovvero come contratto d'opera professionale (C.E. GALLO, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in C.E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M.L. SEGUITI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, VI edizione, Torino, 2013, 180).

pubblica dell'ente danneggiato e la qualificazione pubblica delle risorse oggetto della gestione.

Con riferimento a questo secondo profilo, la giurisdizione della Corte dei conti è andata progressivamente ampliandosi in parallelo alla creazione di nuovi soggetti di diritto pubblico, implicanti l'impiego di pubbliche risorse.

Ciò è avvenuto, mediante l'introduzione di espresse disposizioni normative, con riferimento ai dipendenti degli enti pubblici⁹³⁴, delle Regioni⁹³⁵ e delle Aziende sanitarie⁹³⁶.

In mancanza di un'espresa disposizione normativa recante il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti dei funzionari degli enti pubblici economici l'orientamento costante della Corte di cassazione aveva ricondotto le ipotesi di responsabilità degli amministratori e dipendenti di tali enti entro la giurisdizione del Giudice ordinario⁹³⁷.

Tale orientamento trovava giustificazione nel fatto che tali enti erano deputati all'esercizio di attività imprenditoriale e, soltanto in via marginale, all'esercizio di poteri autoritativi pubblicistici: in questo senso, la giurisprudenza costante della Corte di cassazione ammetteva, quale ambito residuale proprio della giurisdizione contabile, le ipotesi di responsabilità degli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici che fossero state occasionate dall'esercizio di poteri autoritativi.

La sostanziale impunità degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici alla quale aveva condotto tale soluzione interpretativa veniva a cessare soltanto per effetto di un radicale mutamento di prospettiva ad opera della Corte di cassazione⁹³⁸.

Nel mutato indirizzo della Suprema Corte, dovevano riconoscersi come spettanti alla Corte dei conti *“i giudizi di responsabilità amministrativa esperiti nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici, anche economici, per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, ult. co., legge n. 20/1994, poiché, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una PA e non più dal quadro di*

⁹³⁴ Legge 20 marzo 1975, n. 70.

⁹³⁵ Legge 19 maggio 1976, n. 335.

⁹³⁶ D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761.

⁹³⁷ Cass., Sez. un., 2 ottobre 1998, n. 97800, in *Danno e responsabilità*, 1999, 1133 ss.; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, 238 ss.; T. MIELE, G. VICICONTE, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti degli enti locali. Linee di comportamento e suggerimenti con riferimento a casi pratici e alla giurisprudenza*, Milano, 2001, 155 ss.

⁹³⁸ Cass., Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, in www.amcorteconti.it. Sul punto: G. SANTAGADA, *Contabilità pubblica*, in *La giurisdizione. Dizionario del riparto*, a cura di G. Verde, Bologna, 2010, 210 ss.

riferimento, pubblico o privato, nel quale si colloca la condotta produttiva del danno”.

La giurisdizione contabile con riferimento ad amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici veniva affermata ritenendo rilevante, ai fini dell'applicazione delle regole pubblicistiche e della sussistenza della giurisdizione contabile, quale giudice posto a garanzia delle risorse pubbliche, dell'impiego di beni e denaro pubblico in vista della soddisfazione di interessi pubblici, a prescindere dallo strumento, privatistico ovvero pubblicistico, impiegato in vista del perseguimento delle predette finalità.

L'elemento distintivo, ravvisato nella disciplina prevalentemente privatistica applicabile all'attività degli enti pubblici economici, che in precedenza aveva consentito di escludere la giurisdizione contabile con riferimento alla responsabilità di amministratori e funzionari di tali enti, veniva ad assumere una valenza meno pregnante in considerazione del fenomeno del progressivo ricorso a moduli privatistici per l'espletamento di funzioni pubbliche.

Gli argomenti impiegati a sostegno della estensione della giurisdizione del Giudice contabile con riferimento alla responsabilità di amministratori e funzionari degli enti pubblici economici hanno condotto dottrina e giurisprudenza a considerare, in questa prospettiva, la posizione degli amministratori delle società a partecipazione pubblica.

Invero, se ciò che consente di affermare la giurisdizione della Corte dei conti risiede nella natura pubblica delle risorse utilizzate e non nella natura giuridica del soggetto agente, si potrebbe giungere ad affermare come il Giudice contabile, quale garante delle risorse pubbliche, abbia giurisdizione anche con riferimento agli atti di *mala gestio* posti in essere dagli amministratori di società a partecipazione pubblica.

Assai scarse sono, tuttavia, le disposizioni normative che consentono di giungere ad una conclusione in tal senso.

Un primo argomento si può trarre dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, il quale dispone che, in presenza di una “*sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'articolo 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale*” la stessa debba essere “*comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato*”.

La consequenzialità tra giudizio penale e giudizio di responsabilità erariale si riempie di un contenuto peculiare, per quanto in questa sede rileva, alla luce del richiamato art. 3 del medesimo testo normativo. La disposizione in parola, infatti, si riferisce ai dipendenti “*di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica*” per i quali sia stato disposto il rinvio a giudizio per alcuni delitti: quelli di cui agli

articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale, oltre che all'art. 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383.

La disposizione alla quale da ultimo si è fatto riferimento sembra aver introdotto quella *interpositio legislatoris* imprescindibile, secondo il consolidato orientamento della Consulta, al fine di affermare la giurisdizione della Corte dei conti.

Altra disposizione normativa di importante rilievo è rappresentata dall'art. 16-bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31, di conversione del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, il quale dispone: “*Per le 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, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario*”.

La lettera della disposizione, nell'affermare come per le società quotate partecipate in via soltanto minoritaria da enti pubblici sussista la giurisdizione del G.O. quanto alle ipotesi di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti, sembra consentire di concludere che, in ordine alla responsabilità di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, sussista una naturale area di giurisdizione propria di un Giudice diverso da quello ordinario⁹³⁹.

La circostanza, tuttavia, che la disposizione non riconosca in via espressa la giurisdizione contabile con riferimento alle società non quotate, partecipate in misura superiore al 50 per cento da parte di enti pubblici, ha imposto una più profonda riflessione in ordine allo spazio della giurisdizione della Corte dei conti rispetto agli atti di *mala gestio* di amministratori e dipendenti delle società in mano pubblica.

Del resto, lo stesso tenore letterale della disposizione non consente di stabilire con esattezza se i due requisiti – la quotazione in mercati regolamentati e la partecipazione pubblica inferiore al 50 per cento – debbano o meno considerarsi cumulativi, con ciò residuando un ulteriore dubbio circa l'ampiezza dell'affermata giurisdizione del G.O.

L'orientamento delle Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti e quello della Corte di cassazione ha assunto un'impostazione univoca soltanto nei tempi più recenti⁹⁴⁰, potendosi oggi ritenere consolidata la determinazione del limite esterno della giurisdizione della Corte dei conti con riferimento alle ipotesi in esame.

⁹³⁹ T. MIELE, *La responsabilità contabile concorrente degli amministratori delle società partecipate in caso di insolvenza*, in *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 450 ss.; L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 323.

⁹⁴⁰ Una completa ricostruzione delle differenti impostazioni dogmatiche è operata da V. TENORE, *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli. Dottrina. Giurisprudenza. Normativa. Formulario*, Milano, 2013.

È necessario, dunque, soffermarsi sui più recenti e significativi arresti giurisprudenziali della Corte di cassazione⁹⁴¹.

La Corte muove il proprio percorso argomentativo constatando come, in passato, i limiti esterni della giurisdizione del Giudice amministrativo e della Corte dei conti fossero più agevoli da tracciare, e ciò in considerazione della più netta distinzione tra l'area del pubblico da quella del privato, della normale corrispondenza tra la natura pubblica dell'attività svolta dall'agente ed il suo organico inserimento nei ranghi della p.a., della conseguente più agevole demarcazione di confini tra l'agire dell'amministrazione in forza della potestà pubblica ad essa spettante e per le finalità tipicamente a questa connesse ed il suo agire *jure privatorum*.

La demarcazione di tali confini è andata progressivamente ad assumere un carattere più sfumato, in considerazione del sempre più frequente perseguimento di finalità pubblicistiche un tempo ritenute di pertinenza esclusiva degli organi pubblici.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, alla luce di un contesto siffatto, adottano un approccio più sostanzialistico, sostituendo ad un criterio eminentemente soggettivo, in forza del quale la giurisdizione della Corte dei conti trovava fondamento nella condizione giuridica pubblica del soggetto agente, un criterio di tipo oggettivo, il quale consente di radicare la giurisdizione della Corte dei conti in ragione della natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse impiegate.

Sulla scorta di tale diversa prospettiva, la Corte di cassazione considera, da un lato, il rapporto tra ente e società a partecipazione pubblica e, dall'altro, la posizione degli amministratori e dei funzionari di quest'ultima, giungendo ad articolate, quanto differenziate, conclusioni in ordine all'ambito della giurisdizione della Corte dei conti.

Quanto al primo profilo – la sussistenza della giurisdizione del giudice contabile con riferimento ai danni eventualmente cagionati dalla società partecipata - la Cassazione è giunta alle conclusioni che seguono.

Per rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione – quale presupposto della giurisdizione contabile in materia di responsabilità amministrativa – può intendersi anche una relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata dall'investitura di un soggetto, altrimenti estraneo alla p.a., del compito di porre in essere in sua vece un'attività, assumendo un carattere recessivo la natura giuridica dell'atto di investitura né quella del soggetto che la riceve, ben potendo il primo consistere in un

⁹⁴¹ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *www.respamm.it*; Cass., Sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092. Per un commento: V. TENORE, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1, 92; L.E. FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2011, 2, 315.

provvedimento, in una convenzione ed anche in un contratto, e ben potendo essere la seconda una persona giuridica o fisica⁹⁴².

In questo senso, secondo il costante orientamento della Corte di cassazione, l'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un pubblico servizio integra una relazione funzionale che determina l'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico, condizione idonea a ritenere integrato il presupposto del rapporto di servizio e, così, la giurisdizione della Corte dei conti con riferimento al danno erariale eventualmente arrecato, indipendentemente dal fatto che la gestione del denaro pubblico avvenga secondo le forme proprie della contabilità pubblica⁹⁴³.

Secondo la ricostruzione operata dalla Corte di cassazione, la partecipazione pubblica al capitale sociale non costituisce nemmeno un elemento essenziale al fine di configurare la giurisdizione della Corte dei conti per le ipotesi di danno erariale arrecato dalla società investita della gestione di un pubblico servizio.

Invero, il giudice contabile ha giurisdizione anche con riguardo all'accertamento della responsabilità erariale conseguente all'illecito o indebito utilizzo, da parte di una società privata, di finanziamenti pubblici, e ciò anche con riferimento alla specifica fattispecie del concessionario privato di un pubblico servizio, venendo il privato investito, per effetto della concessione, dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche agendo il soggetto privato per le finalità proprie della p.a.⁹⁴⁴.

⁹⁴² Cass., Sez. un., 3 luglio 2009, n. 15599; id., 31 gennaio 2008, n. 2289; id., 22 febbraio 2007, n. 4112; id., 20 ottobre 2006, n. 22513; id., 5 giugno 2000, n. 400; id., 30 marzo 1990, n. 2611.

⁹⁴³ Cass., Sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886; id., 1 aprile 2008, n. 8409; id., 1 marzo 2006, n. 4511; id., 19 febbraio 2004, n. 3351; id., 12 ottobre 2004, n. 20132. Sul punto: P. GHIGLIONE, M. BIALLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle SS.UU.*, nota a Cass. Sez. un., ordinanza 15 gennaio 2010, n. 519, in *Le società*, 2010, 7, 803; G. ASTEGIANO, *Società partecipate dagli enti territoriali e funzioni di controllo della Corte dei conti*, cit., 1; A. CAPRARA, *Sul d.g. di società in mano pubblica decide la Corte dei conti se il patrimonio danneggiato è pubblico*, nota a Cass., Sez. un., ordinanza 9 aprile 2010, n. 8429, in *Le società*, 2010, 10, 1177; S. DEL NEGRO, *Società partecipate: responsabilità delle società e degli amministratori*, in *Il Diritto della Regione*, 2011, 2; P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008; M. MACCHIA, *Gli amministratori di società pubbliche e il danno erariale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 4, 381 ss.

⁹⁴⁴ Cass., Sez. un., 5 giugno 2008, n. 15825; id., 26 febbraio 2004, n. 389; id., 3 marzo 2010, n. 5019.; S. ZAMBARDI, *Appalti pubblici ed estensione soggettiva della giurisdizione contabile*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2010, 1, 21. L'esercizio di attività amministrativa si rinviene non solo quando si svolgono pubbliche funzioni o poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono le finalità istituzionali proprie della p.a. mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal

L'individuazione della giurisdizione della Corte dei conti si radica, ora, non tanto sulla qualità, pubblica o privata, del soggetto danneggiato, ma, piuttosto, con riferimento alla natura del danno e degli scopi perseguiti: il privato – persona fisica o giuridica - che, in quanto beneficiario di fondi o sovvenzioni pubbliche, distrae le medesime risorse dalle finalità per quali le stesse erano state assegnate, determina uno sviamento rispetto al perseguimento del pubblico interesse del quale era stato incaricato, dovendo così rispondere a titolo di danno erariale in quanto organicamente inserito nel programma dell'azione della p.a.⁹⁴⁵.

Il rapporto di servizio viene così a configurarsi non soltanto nei confronti della società beneficiaria del contributo pubblico ma anche nei confronti dell'amministratore, persona fisica, che, trovandosi nella condizione giuridica e materiale di poter, con la sua condotta, disporre delle predette somme, le distrae dallo scopo pubblicistico per le quali erano state conferite.

Tale specificazione assume un rilievo peculiare con riferimento ai privati concessionari di un pubblico servizio i quali, al fine di assicurare la copertura dei relativi oneri, ricevono contributi a fondo perduto e misure di compensazione da parte dell'ente pubblico affidante, risorse vincolate alla soddisfazione di tali puntuali obiettivi⁹⁴⁶.

Quanto al secondo dei profili innanzi accennati – la responsabilità dei dipendenti e amministratori di una società a partecipazione pubblica – la Corte di cassazione ha ritenuto di non poter applicare, *sic et simpliciter*, le soluzioni alle quali era già pervenuta con riferimento agli enti pubblici economici, i quali restano pur sempre nell'alveo della pubblica amministrazione malgrado operino con gli strumenti del diritto privato.

Le società a partecipazione pubblica, invece, secondo il costante orientamento della Suprema Corte, non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sociale sia alimentato, in tutto o in parte, anche da conferimenti provenienti da un ente pubblico. La scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazione in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta.

diritto privato. Nell'attuale contesto, dunque, il dato essenziale sul quale si fonda la giurisdizione del giudice contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico d una o,a, e non il quadro di riferimento, pubblico o privato, nel quale si colloca la condotta produttiva di danno (Cass., Sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973; id., 20 giugno 2006, n. 14101). La giurisdizione contabile si configura “*come uno strumento di garanzia della destinazione dei mezzi finanziari ai fini pubblici*” (C. PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002, 9, in cui si richiama S. BUSCEMA, *Trattato di contabilità pubblica*, Milano, 1979, I, 65 ss.).

⁹⁴⁵ Cass., Sez. un., 5 giugno 2008, n. 14825.

⁹⁴⁶ M. BALLORIANI, *Si estende il raggio di azione del giudice contabile*, nota a Cass., Sez. un., 4 dicembre 2009, n. 25504, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2010, 1, 76.

Alla luce di tali argomenti, la Cassazione deduce come dall'identità dei diritti e degli obblighi facenti capo ai componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica consegua la responsabilità dei medesimi organi nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, alla stregua di quanto dispone, in via generale, il codice civile con riferimento alle differenti proiezioni della responsabilità degli amministratori di una qualunque società a partecipazione privata.

A questo proposito, la Corte di cassazione ulteriormente distingue tra la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società⁹⁴⁷ e la responsabilità in cui essi possono incorrere direttamente nei confronti dei singoli soci o terzi⁹⁴⁸.

In questo contesto, la giurisdizione della Corte dei conti può ravvisarsi solo ove si intenda far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente degli organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico ove quest'ultimo sia stato danneggiato in via diretta per effetto dell'azione degli amministratori medesimi, non ponendosi, in tal caso, una concorrenza tra le azioni risarcitorie civilistiche con l'azione officiosa del Procuratore contabile.

Esempio classico di danno direttamente inferto all'ente socio, e non al capitale sociale, tale da radicare la giurisdizione della Corte dei conti è costituito dal danno all'immagine dell'ente pubblico socio quale conseguenza degli atti illeciti posti in essere dagli organi della società partecipata. In tal caso, il danno si produce immediatamente in capo all'ente pubblico e non si identifica in un mero riflesso arrecato al patrimonio sociale.

Trattasi di un'ipotesi che non consente di dubitare della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti posto che l'art. 17, comma 30-ter

⁹⁴⁷ Il riferimento è all'artt. 2392 e 2393 ss. c.c. con riguardo alle società per azioni e all'art. 2476, commi 1, 3, 4, 5, c.c. per le società a responsabilità limitata.

⁹⁴⁸ Per le società per azioni ci si riferisce all'art. 2395 c.c., per le società a responsabilità limitata, invece, all'art. 2476, comma 6, c.c. Sul punto: D. DALFINO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, in *Le società*, 2010, 11, 1361 (nota a Cass., Sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309, la quale esclude la giurisdizione della Corte dei conti); A. CECCHERINI, *Sulla concorrente responsabilità della società e dei suoi amministratori per fatto illecito*, nota a Cass., civ., Sez. I, 5 dicembre 2011, n. 25946, in *Le Società*, 2012, 6, 617; E. MAURO, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. "pubblica": profili pubblicistici*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 309 ss.; P. SANTORO, *L'evoluzione della contabilità pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, relazione redatta in occasione del *Convegno di studi in memoria di Sergio Zambardi "La Corte dei conti e la contabilità pubblica nella tradizione e nell'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale*, Venezia, 3 ottobre 2014; S. AURIEMMA, *L'incidenza del danno, quale criterio di collegamento per la giurisdizione sulle società per azioni partecipate da ente pubblico*, in www.amcorteconti.it.

della legge 3 agosto 2009, n. 102⁹⁴⁹, ammette e limita l'azione di responsabilità erariale nei soli casi in cui danno all'immagine derivi dalla commissione, accertata con sentenza irrevocabile di condanna, di una delle ipotesi di reato contemplate dall'art. 3 della legge n. 97/2001 innanzi accennata, la quale, come già ricordato, include i dipendenti “*di enti a prevalente partecipazione pubblica*”.

Diversa, invece, è la conclusione a cui perviene la Suprema Corte con riferimento alle ipotesi di danno indiretto, cagionato al patrimonio della società.

In questo caso non risulta configurabile un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio di un ente pubblico.

Ad avviso della Cassazione, la distinzione tra la personalità giuridica delle società di capitali e quella dei singoli soci, oltre che la piena autonomia patrimoniale delle prime, impediscono di riferire al patrimonio dell'ente pubblico socio il danno che la condotta degli organi sociali abbia arrecato al patrimonio della società, il quale rimane privato. Malgrado il danno inferto al patrimonio sociale sia destinato a riverberarsi sui soci, quale diminuzione del valore o della redditività della quota di partecipazione, è il diritto societario ad imporre di operare una netta demarcazione tra i danni direttamente inferti al patrimonio del socio da quelli che si traducano in meri danni riflessi rispetto a quelli subiti dalla società.

Soltanto dei danni immediatamente prodotti nella sfera giuridica del socio, che non consistano nella mera ripercussione di danni subiti dalla società, è legittimato a dolersi il socio medesimo; ove, invece, il danno sia stato arrecato alla società in quanto tale, il ristoro del pregiudizio patito dal socio potrà avvenire soltanto nella medesima maniera – appunto, indiretta – nella quale il pregiudizio è stato prodotto.

Non si ravvisa alcuna ipotesi di concorrenza o sovrapposizione tra le azioni di responsabilità delineate dal codice civile e l'azione esercitabile dal p.m. contabile, configurandosi la piena operatività delle prime e l'estraneità delle relative fattispecie alla giurisdizione del Giudice contabile⁹⁵⁰.

⁹⁴⁹ A CIARAMELLA, *Prime considerazioni sulle modifiche al regime della responsabilità amministrativa di cui all'art. 17, commi da 30 bis a 30 quinquies, del d.l. n. 78/2009, convertito nella legge n. 102 del 2009*, in *Riv. Corte conti*, 2009, 3, 250.

⁹⁵⁰ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994 potrebbe affermarsi come gli amministratori di società a partecipazione pubblica, anche ove risulti configurabile il presupposto della giurisdizione della Corte dei conti, non potrebbero incorrere in responsabilità amministrativa ove il danno erariale prodotto consegua all'esercizio di un potere di scelta di carattere discrezionale. Tuttavia, secondo l'orientamento della più rigorosa dottrina, anche le scelte discrezionali sono sindacabili dal Giudice contabile ove risultino violati i principi fondamentali della legge n. 241/1990 e, più in generale, i criteri dell'economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa (R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, cit., 310).

Legittimati all'esercizio dell'azione di responsabilità prevista dal codice civile saranno, ai sensi dell'art. 2393-*bis* c.c., una maggioranza qualificata di soci, nel caso delle società per azioni, ovvero il singolo socio, ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c., nel caso delle società a responsabilità limitata.

L'ente pubblico socio, dunque, in entrambe le ipotesi è dotato dello strumento giuridico necessario e sufficiente a tutelare la possibile diminuzione di valore della partecipazione quale conseguenza dell'agire degli amministratori. Tuttavia, potrà configurarsi la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti, non dell'amministratore che, con la propria gestione, abbia arrecato nocumento al capitale sociale, ma nei confronti del soggetto che, ben potendo, mediante il proprio voto in assemblea, attivare una delle sopra riferite azioni di responsabilità, sia invece rimasto inerte, omettendo con colpa grave l'esercizio dei diritti spettanti all'ente pubblico in quanto socio.

L'orientamento, divenuto uniforme, espresso dalla Corte di cassazione, se vale in termini generali con riferimento alle società a partecipazione pubblica, è stato nettamente diverso in relazione alla specifica ipotesi della responsabilità degli amministratori di società *in house*.

Precisamente, mentre con riferimento alle società partecipate la Corte esclude la giurisdizione del giudice contabile in ordine alla responsabilità degli amministratori che abbiano inferto un danno al patrimonio sociale, in considerazione della distinta soggettività giuridica della società rispetto a quella dell'ente socio, tale argomento non viene in alcun modo evidenziato con riferimento alle società *in house*.

Al contrario, la Suprema Corte considera una *fictione juris* la distinzione tra ente pubblico e società *in house*, affermando la sostanziale non alterità della seconda rispetto al primo.

Appare opportuno richiamare in maniera più diffusa le argomentazioni spese dalla Suprema Corte sul punto⁹⁵¹.

La disciplina delle società a partecipazione pubblica non ha assunto le caratteristiche di un sistema a sé stante, "*ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale. Tali disposizioni derogatorie, ad avviso della Corte, non consentono di discostarsi dall'orientamento sopra esposto circa le limitate ipotesi in cui può ravvisarsi la giurisdizione del giudice contabile in ordine alla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo delle società a partecipazione pubblica*".

Un più ampio riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti non sarebbe possibile "*fin quando non si arrivi a negare la distinzione stessa tra ente pubblico partecipante e società di capitali partecipata, e quindi tra la distinta titolarità dei rispettivi patrimoni*". Un riconoscimento

⁹⁵¹ Cass., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283.

in tal senso “*potrebbe fondarsi soltanto: o su una previsione normativa che eccezionalmente lo stabilisca, quantunque si tratti di danno arrecato ad un patrimonio facente capo non già ad un soggetto pubblico bensì ad un ente di diritto privato*”, oppure “*sull’attribuzione alla stessa società partecipata della qualifica di ente pubblico, onde il danno arrecato al suo patrimonio potrebbe qualificarsi senz’altro come danno erariale*”.

Quella da ultimo indicata, tuttavia, si rivela una soluzione che sconta il limite previsto dall’art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70, in forza della quale occorre l’intervento del legislatore per l’istituzione di un ente pubblico o, quantomeno, che siffatto riconoscimento sia desumibile in via inequivocabile dal tenore letterale del dato normativo.

La Corte di cassazione esclude che un riferimento inequivoco in questo senso possa evincersi con riferimento alle società a partecipazione pubblica, posto che, ogni qual volta il legislatore introduce un regime derogatorio, si preoccupa, nel contempo, di fare salva l’applicazione della disciplina generale dettata per le società di diritto privato ove non diversamente disposto.

Nonostante tali premesse, la Corte ritiene di discostarsi dall’orientamento sopra riportato per adottare una soluzione differenziata con riferimento al fenomeno delle società *in house*.

La Corte considera una sensibile anomalia la circostanza che, in genere, le società *in house* non svolgano attività imprenditoriali a fini di lucro e ritiene che il requisito del controllo analogo ingeneri una situazione non assimilabile al fenomeno dell’eterodirezione di cui agli artt. 2497 c.c., stante l’annichilimento dell’autonomia gestionale delle società *in house*.

In definitiva, per la Suprema Corte “*la società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare invece in grado di collocarsi come un’entità posta al di fuori dell’ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna*”. La Corte, ancora, osserva che la società *in house* “*non è altro che una longa manus della pubblica amministrazione, al punto che l’affidamento pubblico mediante in house contract neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo*”. “*Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*”.

La forma giuridica della società di capitali viene considerata elemento irrilevante non tanto per giungere ad una qualificazione soggettiva diversa rispetto a quella che la forma assunta lascerebbe intendere ma, ad avviso della Corte, la forma giuridica di società di capitali costituirebbe soltanto un dato esteriore che non impedisce di evincere l’assenza di un’autonoma soggettività giuridica: “*l’uso del vocabolo società qui serve allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una*

*società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare*⁹⁵².

L'innovativo orientamento della Corte – espresso, sottolinea la Corte medesima, “*quanto meno ai limitati fini del riparto di giurisdizione*” – ha consentito di affermare la giurisdizione della Corte dei conti con riferimento alle ipotesi di danno inferto al patrimonio della società da atti degli amministratori: si tratterebbe di un danno arrecato ad un patrimonio separato – quello della società *in house* – ma pur sempre riconducibile, quanto alla sua titolarità, all'ente pubblico socio⁹⁵³.

Tale orientamento, che non si ritiene di condividere, oltre a non risultare coerente con la soluzione ermeneutica operata con riguardo alle società a partecipazione pubblica diverse da quelle *in house*, risulta, nella sua radicalità, contraddittoria rispetto a quanto affermato dalla stessa Corte di cassazione con riferimento alle società *in house* sotto diversi profili, quali l'esposizione alle procedure concorsuali.

Peraltro, l'affermata irrilevanza della veste formale di società di capitali e la configurazione dell'*in house provider* quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico che ne rimane l'esclusivo titolare, appare fondata sulla definizione adottata in ambito europeo, dalla quale, proprio per la sua ampia formulazione, non può essere desunta, nell'ordinamento interno, una rigorosa qualificazione giuridica.

La spiegazione del fenomeno offerta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è, per sua natura, una formulazione ampia, avente carattere funzionale e modulabile diversamente all'interno dell'ordinamento degli Stati membri, tra loro disomogenei. Per tale ragione, da un presupposto flessibile – qual è la nozione europea di *in house* – non può arguirsi una ricostruzione del fenomeno tale da ritenere superata persino la veste giuridica formale che, nel nostro ordinamento, l'*in house provider* di regola assume.

Peraltro, il fondamento della giurisdizione del Giudice contabile, al quale giunge la Suprema Corte, ben avrebbe potuto desumersi dall'ampia nozione di rapporto di servizio innanzi illustrata, in considerazione di come

⁹⁵² Cass., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283; S. DEL GATTO, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 5, 489 ss. in senso conforme: Cass., Sez. un., 24 ottobre 2014, n. 22608, in www.lexitalia.it.

⁹⁵³ L'orientamento da ultimo affermato dalla Corte di cassazione era stato preconizzato dalla giurisprudenza del Giudice contabile: “*la Corte dei conti sembra aver confermato l'intento di confermare la propria, dissonante, interpretazione. Ha infatti affermato la propria giurisdizione con riferimento al danno all'immagine arrecato da un amministratore di una società a totale partecipazione pubblica, ritenendo la natura privatistica del soggetto irrilevante, tenuto conto che l'interesse pubblico e l'utilità sociale possono notoriamente essere perseguiti e realizzati anche con strumenti giuridici di natura privatistica (Corte conti, Sez. I app., 12 giugno 2013, n. 375)*” (M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 855).

l'essere beneficiario di risorse pubbliche e il fatto di averne la disponibilità della relativa gestione costituisce circostanza idonea a rinvenire la sussistenza del presupposto della giurisdizione contabile.

In dottrina non si è mancato di rilevare come il riconoscimento della giurisdizione del Giudice contabile nei confronti degli amministratori delle società *in house*, pur se condivisibile, non possa tuttavia costituire occasione per addivenire a conclusioni ulteriori, tali da compromettere la stessa applicazione del diritto delle società, proprio della forma prescelta dall'ente pubblico socio.

Secondo questa impostazione, l'affermazione dell'insussistenza di una alterità tra società e soggetto pubblico peccherebbe per eccesso, sancendo, nella sostanza, un misconoscimento della disciplina civilistica in materia di gruppi societari ed in materia di attività di direzione e coordinamento⁹⁵⁴.

La stessa Corte, del resto, soltanto poco tempo prima, aveva negato la giurisdizione della Corte dei conti rispetto alla responsabilità degli amministratori di società a totale partecipazione pubblica che avessero, con

⁹⁵⁴ Per un commento alla sentenza n. 26283 della Corte di cassazione si veda: F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, cit., 55 ss. Secondo l'Autore, sempre più spesso l'ente pubblico assumerebbe la veste di *holding* in rapporto alla "attività di direzione e coordinamento delle società strumentali partecipate (art. 2497 ss. c.c.)". Ancora, secondo l'Autore, "questa discutibile esigenza ha portato al tentativo di enucleare un vero e proprio "mostro giuridico", che la sentenza in commento delinea nei suoi caratteri principali, e cioè quello della società intesa come articolazione organizzativa dell'ente, posta in una situazione di delegazione organica o addirittura di subordinazione gerarchica, con l'effetto di pretendere addirittura la mancata applicazione dello statuto dell'imprenditore. Questo tentativo non supportato normativamente dall'emersione di un tipo ha generato una confusione che non tiene conto che alcune categorie concettuali e sistematiche di diritto pubblico e comunitario non sono affatto applicabili sic et simpliciter al diritto commerciale. Peraltro intanto si giustifica un modello privatistico in cui l'ente locale si occupa, in forza della sua autonomia privata, della governance delle sue partecipate in quanto i regimi di responsabilità, gestione e organizzazione siano quelli del diritto societario comune". Prosegue l'Autore: "Non è certo ipotizzabile, in assenza di norma espressa, considerare la società in house un patrimonio separato sprovvisto di autonoma personalità e di alterità soggettiva rispetto al socio. Sarebbe peraltro operazione ripetibile nei confronti di qualsiasi soggetto che faccia un uso meramente strumentale del veicolo societario". "Laddove si verifici questa ipotesi di controllo "analogo", contemplato dalle sezioni unite, ci troviamo di fronte ad un caso di violazione, in re ipsa, delle regole dettate dal codice civile in tema di direzione e coordinamento, fonte di responsabilità diretta verso soci e creditori ex art. 2497, c.c., ed inoltre di responsabilità risarcitoria "aggravata" di "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio" (art. 2497 comma 2, c.c.) il tutto con violazione delle regole di contabilità pubblica, in ordine all'assunzione indiretta di spese di ammontare indeterminato". Ancora: F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, in *Le società*, 2013, 8-9, 974 (nota a Cass., Sez. un., 3 maggio 2013, n. 10299, la quale sancisce l'insussistenza della giurisdizione del Giudice contabile rispetto alla responsabilità per *mala gestio* riferibile agli amministratori di società pubbliche prive dei requisiti propri dell'*in house providing*).

la propria condotta, cagionato un danno diretto alla società medesima, applicando a tale fattispecie le medesime considerazioni svolte nella citata sentenza n. 26806/2009⁹⁵⁵.

Ancora, è stato evidenziato come la soggezione alla giurisdizione della Corte dei conti degli amministratori delle società pubbliche determinerebbe uno svantaggio competitivo per la società come operatore nel mercato⁹⁵⁶.

Le ragioni addotte dalla Corte di cassazione a sostegno del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti si rivelano, in definitiva, fuorvianti e contraddittorie rispetto allo stesso tenore letterale delle plurime disposizioni normative che, evidentemente, proprio in quanto non potendosi ritenere presupposta la mancanza di alterità tra società *in house* ed enti soci, si occupano di estendere alle prime parte della disciplina dettata per i secondi.

6. Le azioni di responsabilità previste dal codice civile.

Nel paragrafo che precede si è tentato di porre in luce come, con riferimento alle ipotesi di responsabilità nelle quali possono incorrere gli amministratori e gli organi di controllo delle società a partecipazione pubblica, sussista una sorta di doppio binario in considerazione del fatto che, solo in presenza di determinati e circoscritti presupposti, potrà rinvenirsi la giurisdizione della Corte dei conti, ferma, in via generale, l'esperibilità innanzi al G.O. delle azioni previste dal codice civile.

Le azioni previste dal codice civile si distinguono in ragione delle parti potenzialmente lese dall'operato degli amministratori: l'azione sociale di cui all'art. 2392 c.c., esperibile qualora il soggetto danneggiato sia la società stessa, l'azione dei creditori sociali, di cui all'art. 2394 c.c., e l'azione esperibile da singoli soci o terzi che siano stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori⁹⁵⁷.

A questi ultimi, ai sensi degli artt. 2392 e 1176 c.c., si impone l'adempimento delle funzioni loro attribuite, nel rispetto del grado di diligenza richiesto dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze possedute.

⁹⁵⁵ Cass., Sez. un., 1 febbraio 2012, ord. n. 1420, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, con nota di S. De Dominicis, 2012, 3, 25 ss.

⁹⁵⁶ G. DELLA CANANEA, *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole di concorrenza*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Volume II, Attività, organizzazione, servizi, Padova, 2007, 263 ss.

⁹⁵⁷ U. DE CRESCIENZO, *La responsabilità*, in AA.VV., *Le nuove s.p.a.*, a cura di O. Cagnasso e L. Panzani, Torino, 2010, 817 ss.

La responsabilità degli amministratori verso la società è solidale ed ha natura di responsabilità contrattuale, derivante dall'inadempimento dei doveri connessi alla funzione ricoperta.

L'amministratore incorrerà in responsabilità non solo ove abbia, con la propria condotta negligente, imprudente o imperita, assunto determinazioni lesive per la società, ma anche ove non abbia esattamente adempiuto a quel dovere di vigilanza insito nel suo ruolo.

Pertanto, ove l'atto di gestione lesivo sia riferibile all'operato di un amministratore delegato o del comitato esecutivo, del danno conseguente potrà essere chiamato a rispondere anche l'amministratore che, pur avendone la possibilità, non si sia adoperato per attenuare o eliminare le conseguenze lesive.

L'amministratore potrà tuttavia non essere passibile di responsabilità ove si sia espresso in senso contrario all'atto dell'assunzione delle deliberazioni poi rivelatesi lesive ed abbia fatto annotare il proprio dissenso.

La legittimazione attiva alla promozione dell'azione di responsabilità spetta all'assemblea ed anche al collegio sindacale. L'azione di responsabilità verso la società può essere deliberata anche da una minoranza dei soci, purché rappresentino almeno un quinto del capitale sociale.

La deliberazione in ordine all'esercizio dell'azione di responsabilità importa la revoca degli amministratori solo ove l'assemblea abbia deliberato con la maggioranza di un quinto del capitale sociale: anche i soci di minoranza, pertanto, potranno non solo deliberare l'esercizio dell'azione ma anche determinare la rimozione degli amministratori ritenuti responsabili.

Legittimati a stare in giudizio, in nome e per conto della società, saranno i nuovi amministratori ovvero, nel caso in cui non si sia dato corso alla revoca dei medesimi, sarà un curatore speciale.

In secondo luogo, la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali discende dalla lesione dell'integrità del capitale sociale, il quale rappresenta la garanzia patrimoniale dei creditori medesimi.

Trattasi di un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c., avente natura diversa rispetto a quella della responsabilità verso la società.

Secondo una differente e minoritaria impostazione, invece, la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali parteciperebbe della medesima natura, contrattuale, della prima ipotesi di responsabilità analizzata, e ciò in quanto si tratterebbe della medesima azione esercitata in via surrogatoria dai creditori sociali⁹⁵⁸.

In terzo luogo, gli amministratori sono esposti ad un'ulteriore ipotesi di responsabilità nei confronti dei singoli soci e dei terzi, che abbiano subito un danno diretto, e non meramente riflesso quale mera conseguenza di un

⁹⁵⁸ Per una ricostruzione delle differenti impostazioni teoriche si veda: F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 345.

pregiudizio arrecato al patrimonio sociale. Trattasi, anche in questo caso, di una forma di responsabilità avente natura extracontrattuale, la cui azione si prescrive in cinque anni a decorrere dal compimento dell'atto lesivo.

Alla responsabilità degli amministratori può aggiungersi la responsabilità solidale dei componenti del collegio sindacale, conseguente all'omesso o negligente esercizio della funzione di controllo rimessa a tale organo.

Proseguendo nell'analisi delle ipotesi di responsabilità previste dal codice civile è necessario svolgere qualche breve cenno in ordine alle fattispecie in cui sia lo stesso ente pubblico socio, in quanto soggetto esercente un'attività di direzione e coordinamento, ad incorrere in responsabilità.

È questo il caso contemplato dalle disposizioni di cui agli articoli 2497 e seguenti del codice civile⁹⁵⁹.

I soggetti, ivi compresi gli enti pubblici⁹⁶⁰, che, ai sensi dell'art. 2497 c.c., esercitano attività di direzione e coordinamento di società agendo nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, sono responsabili nei confronti dei soci e dei creditori sociali per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione⁹⁶¹.

La sussistenza del requisito della direzione e coordinamento di società è determinata, ai sensi dell'art. 2497 – *sexies* c.c., sulla base di una presunzione relativa.

Invero, salvo prova contraria, tale condizione si ritiene sussistente nell'ipotesi in cui l'ente sia tenuto al consolidamento dei bilanci della società ovvero sia integrata la condizione del controllo, come descritta dall'art. 2359 c.c.

Ai sensi della disposizione da ultimo richiamata, può dirsi controllata una società nella quale un'altra eserciti un controllo di diritto, disponendo

⁹⁵⁹ M. NICO, *Le società partecipate dagli enti locali*, cit., 28 ss.

⁹⁶⁰ M. DE ACUTIS, *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo: il punto di vista del giuscommerzialista*, cit., 57. L'Autore evidenzia come l'espressione impiegata sia talmente lata da ricomprendere anche le ipotesi in cui sia un ente pubblico ad assumere la veste di *holding* e, quindi, le relative disposizioni si applicano anche all'ipotesi di un gruppo di società che veda al vertice una pubblica amministrazione.

⁹⁶¹ In ordine alla natura di tale responsabilità si riscontrano opposte teorie. Secondo un primo orientamento si tratterebbe di una forma di responsabilità contrattuale in quanto, tra la società *holding* o l'ente esercente il potere di direzione e coordinamento, da un lato, ed i soci ed i creditori sociali, dall'altro, vi sarebbe un contatto sociale idoneo a determinare l'insorgenza dell'obbligazione di attenersi, nella rispettiva condotta, al dovere di buona fede e correttezza. Secondo un diverso indirizzo, la responsabilità in parola rientrerebbe nell'ambito della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. (F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 289). Sul punto: S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2007.

della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea, ovvero un controllo di fatto, disponendo di un numero di voti sufficiente ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, ovvero di rapporti contrattuali tali da ingenerare, nella sostanza, una situazione di dipendenza.

L'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'ente esercente una funzione di direzione e coordinamento sconta, tuttavia, due importanti temperamenti.

In primo luogo, sarà necessario che il soggetto che si affermi danneggiato provi che il danno subito sia conseguenza dell'osservanza di direttive impartite dalla controllante agli amministratori della controllata, posto che, se è vero che la situazione di controllo è presunta, tale presunzione non consente di ritenere che ogni scelta gestoria compiuta dalla controllata derivi dalla supina osservanza delle direttive impartite dall'Ente controllante.

In secondo luogo, i soci ed i creditori della società controllata potranno agire nei confronti dell'ente controllante soltanto in via sussidiaria, ove non abbiano potuto trovare integrale soddisfazione agendo nei confronti della stessa società controllata.

In questo senso, potrà trovare spazio un'azione risarcitoria intrapresa direttamente dalla controllata nei confronti della controllante anche se, nel concreto, sono remote le possibilità che una tale situazione possa verificarsi.

In dottrina è stato tuttavia osservato come il carattere sussidiario della responsabilità della *holding* attenga alla fase esecutiva, non anche con riferimento al giudizio di cognizione avente ad oggetto la determinazione della responsabilità, giudizio che potrà svolgersi, nel contempo, a carico della controllante e della controllata.

La dottrina, tuttavia, non è concorde sul significato da attribuire al comma 3 dell'art. 2497 c.c., secondo cui i soci ed i creditori sociali possono agire nei confronti della capogruppo *“solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento”*.

Le soluzioni prospettabili sono diverse.

La disposizione può significare un obbligo di previa escussione della società controllata quale condizione per poter agire nei confronti della capogruppo.

Ancora, la disposizione può implicare l'obbligo per la capogruppo di fornire alla società etero diretta la capienza necessaria a rifondere i soci e creditori danneggiati. Se fosse prospettabile tale ultima ipotesi, allora dovrebbe altresì ammettersi che la società eterodiretta possa anche agire nei confronti della capogruppo al fine di ottenere il risarcimento del danno.

Si ripresenta, in sostanza, il problema della legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di cui all'art. 2497 c.c. Si tratterebbe, in tal caso, di un'ipotesi di responsabilità contrattuale della capogruppo nei confronti della società etero diretta, giustificata dalla violazione di obbligazioni discendenti direttamente dal dato normativo.

La tesi che nega la sussistenza di una legittimazione in capo alla società abusata fa leva, oltre che sul tenore letterale della disposizione, sulla considerazione della non ragionevolezza della scelta di imporre alla società dominante il risarcimento dell'intero pregiudizio subito dalla società etero diretta, e ciò in quanto finirebbe per *“risarcire anche se stessa in proporzione alla sua partecipazione al capitale della medesima, con conseguente introduzione di un elemento d'ingiustificata rigidità nella gestione finanziaria del gruppo”*⁹⁶².

Sussiste una responsabilità solidale, rispetto a quella principale dell'ente esercente la direzione unitaria, degli amministratori e dei sindaci della stessa capogruppo, dei soci della stessa capogruppo, gli stessi amministratori e sindaci della società etero diretta, per non aver disatteso le direttive lesive impartite dalla capogruppo e per non aver reagito alla *mala gestio* intrapresa dalla stessa.

L'estensione dell'applicabilità delle norme di cui agli artt. 2497 ss. c.c. agli enti pubblici è stata oggetto, peraltro, di una recente disposizione di interpretazione autentica.

L'art. 19, comma 6, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102, dispone che *“l'articolo 2497, comma 1°, del codice civile si interpreta senso che per “enti” si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica e finanziaria”*.

In altre parole, dunque, *“le società a partecipazione statale fuoriescono quindi, tendenzialmente, dall'ambito di applicazione della disciplina della “attività di direzione e coordinamento”; mentre vi dovrebbero restare assoggettate le altre società a partecipazione pubblica, controllate dalle Regioni, dagli enti locali e dalle amministrazioni non statali, almeno in relazione alle attività “a rilevanza economica” suscettibili di configurarsi come impresa, in ragione della loro potenziale lucratività (anche in senso solamente oggettivo)”*⁹⁶³.

Nessun dubbio, pertanto, può sussistere in ordine alla configurabilità della responsabilità degli enti pubblici territoriali che impongano alle rispettive società *in house* *“una condotta contraria ai principi di corretta gestione societaria”*⁹⁶⁴.

Sotto altro profilo, la più attenta dottrina non ha mancato di operare un raffronto tra il requisito del controllo analogo, elaborato in via pretoria e, da ultimo, recepito nella più recente generazione di direttive europee in materia

⁹⁶² S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Le società*, 2013, 8-9, 931 ss.

⁹⁶³ F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società ‘a partecipazione mista’ pubblico-privata*, cit., 511.

⁹⁶⁴ S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva*, cit., 931 ss.

di contratti pubblici e concessioni, e la nozione di “*direzione e coordinamento*” emergente dalle disposizioni in parola.

In questa prospettiva, è stato posto in luce come non siano ammissibili, sulla base dei principi del diritto societario italiano e sulla base della disciplina in materia di responsabilità degli amministratori delle società, i contratti di dominazione come elaborati nell’ambito del diritto societario tedesco.

Per “*contratti di dominazione*” devono intendersi “*contratti in base ai quali gli amministratori della società soggetta sarebbero in ogni caso tenuti ad adempiere alle disposizioni gestionali loro impartite dall’ente dominante*”. È stato sottolineato come “*i contratti cui fa riferimento l’art. 2497 septies c.c. potranno certo implicare l’obbligo della società sottoposta, e per essa dei suoi amministratori, di attenersi alle strategie imprenditoriali delineate dalla società deputata ad esercitare la direzione unitaria; ma non fino al punto di escludere ogni autonomia di valutazione e di decisione degli organi preposti a ciascuna singola società, cui resta affidata non solo la gestione minuta dell’impresa, ma anche la responsabilità d’individuare i limiti oltre i quali, divenendo il perseguimento della strategia di gruppo incompatibile con l’interesse della società da loro amministrata, da quelle direttive bisogna prescindere per non incorrere personalmente in responsabilità*”⁹⁶⁵.

Ora, a conclusione di quanto esposto con riferimento alla responsabilità di amministratori e dipendenti delle società a partecipazione pubblica, può ritenersi che l’ordinamento, in considerazione delle molteplici azioni previste dal codice civile, abbia predisposto un insieme di tutele adeguato alla protezione della pluralità di interessi in gioco. Interessi, quelli innanzi accennati, che spaziano da quello della maggioranza dei soci, a quello dei creditori sociali o dei terzi, e, ancora, a quello dei singoli soci, ivi compreso il socio pubblico.

Tale sistema risulta completato dal riconoscimento della giurisdizione del Giudice contabile e, dunque, dalla conseguente ammissibilità dell’azione ufficiosa della Procura, per quelle sole ipotesi illustrate nel paragrafo che precede: la presenza di un danno diretto inferto all’ente socio, la distrazione di contributi o proventi pubblici, il danno inferto ad una società *in house*.

Pur non condividendosi l’iter logico-argomentativo svolto dalla Corte di cassazione per giungere ad affermare la giurisdizione del Giudice contabile con riferimento alla responsabilità degli amministratori delle società *in house*, se ne comprende, tuttavia, il presupposto extra-giuridico di fondo: la preoccupazione che, con riferimento ai danni riflessi subiti dall’ente pubblico quale socio di una società quali conseguenza della *mala gestio* degli amministratori della società medesima, si realizzi, come già era

⁹⁶⁵ S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva*, cit., 931 ss.

accaduto per gli enti pubblici economici priva della svolta intervenuta nel 2003, una sostanziale impunità dei responsabili.

7. Il d.lgs. n. 231/2001 e la legge “anticorruzione”.

A chiusura del presente capitolo si ritiene utile affrontare dei temi che racchiudono aspetti attinenti tanto alla responsabilità quanto al controllo, anche diffuso, responsabilità e controlli ai quali sono esposte, nei termini che si andranno ad analizzare, anche le società a partecipazione pubblica.

Da un lato, la disciplina da reato degli enti, contenuta nel d.lgs. n. 231/2001, prevede la predisposizione di modelli atti a rendere trasparente ed univoco il sistema dei processi gestionali e decisionali interni e, per tale via, a rendere verificabili i processi medesimi.

Dall'altro, la legge anticorruzione non solo tende all'instaurazione di un sistema di tracciabilità dei processi interni ed alla mappatura dei rischi da reato, profili per certi versi affini al quadro tracciato dal d.lgs. n. 231, ma prevede anche obblighi di pubblicità volti a rendere trasparenti ed immediatamente percepibili gli aspetti più sensibili dell'azione amministrativa.

Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità, formalmente amministrativa, ma, nella sostanza, ritenuta di carattere penale⁹⁶⁶, a carico delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.

La *ratio* del sistema sanzionatorio contenuto nel d.lgs. n. 231/2001 è marcatamente general-preventiva, trattandosi di disposizioni volte a costituire un chiaro deterrente.

Trattasi di una forma di “responsabilità degli enti da reato altrui”⁹⁶⁷, limitata a determinati reati presupposti, consumati o tentati, nell'interesse dell'ente stesso o a suo vantaggio, da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua

⁹⁶⁶ Per una più approfondita disamina delle differenti tesi dottrinali in ordine alla natura – amministrativa, penale ovvero di terzo tipo – della responsabilità in parola si veda, *ex plurimis*: F. BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it.*, 1970, 1910; M. ARENA, G. CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007; M.A. PASCULLI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi in Italia*, Bari, 2005; V. CARELLA, *La responsabilità penale e amministrativa delle società in house e miste*, in *Rivista di diritto societario*, 2012, 2, 375. Quest'ultimo Autore evidenzia come gli antecedenti storici del modello di responsabilità da reato delle persone giuridiche siano rappresentati dagli artt. 185, comma 2, e 197 c.p., oltre che dall'art. 6, comma 3, della legge 24 novembre 1981, n. 689, disposizioni che prevedono una corresponsabilità della persona giuridica per i reati commessi da coloro che si trovino in un rapporto di dipendenza con la persona giuridica medesima.

⁹⁶⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VI edizione, Padova, 2009, 114.

unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso, nonché da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei predetti soggetti.

Il reato presupposto deve rientrare nella enumerazione espressamente prevista: trattasi, ad esempio, dei reati di indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico, delitti di criminalità organizzata, di concussione e corruzione, alcuni reati di falso e contro l'industria e il commercio, i reati societari, di delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, delitti relativi alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, delitti contro la personalità individuale, abusi di mercato, omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, delitti in materia di violazione del diritto d'autore, di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'Autorità giudiziaria.

La responsabilità degli enti si fonda su di una forma di colpevolezza del tutto *sui generis*, la quale sussiste nel caso in cui il reato commesso dalla persona fisica incardinata presso l'ente sia conseguenza della politica aziendale o derivi da colpa di organizzazione derivante dalla mancata adozione di adeguati modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire i reati in parola.

L'ente, per non incorrere in responsabilità, dovrà provare che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. Inoltre, dovrà provare che il compito di vigilare sull'osservanza dei predetti modelli è stato affidato ad un organismo dotato di autonomia il quale, pur avendo pienamente esercitato i poteri di vigilanza, non ha potuto impedire la commissione del reato, posto in essere dall'agente eludendo i modelli di organizzazione e di gestione.

In caso contrario, la società subirà l'irrogazione di sanzioni pecuniarie, della confisca e di sanzioni interdittive. Queste ultime, in particolare, comportano l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

La società e, più in generale, gli enti rientranti nel campo di applicazione del testo normativo in esame, hanno l'onere – ma non l'obbligo – di dotarsi di quegli appositi modelli di organizzazione e gestione

i quali, se, nel concreto, idonei alla prevenzione dei reati, consentiranno alla società medesima di evitare l'applicazione di così gravi sanzioni.

A questo proposito, risulta significativo stabilire se una responsabilità siffatta concerna anche le società pubbliche, *in house* e a capitale misto, esercenti un pubblico servizio.

Il quesito si rivela significativo in considerazione di tre distinti profili che potrebbero indurre a ritenere problematica l'applicazione della disciplina in parola a siffatti soggetti.

In primo luogo, un primo dubbio potrebbe in astratto porsi in considerazione dell'onere, conseguente all'applicabilità della disciplina in parola, di strutturare in maniera stringente l'attività, prevedendo modelli recanti una sostanziale mappatura delle singole operazioni compiute dalla società e comportando l'individuazione di una precisa gerarchia tra i vari operatori. Trattasi certamente di un'attività complessa che, presupponendo una considerevole disponibilità di risorse, materiali ed umane, potrebbe riverberarsi sulla qualità e quantità del servizio.

In secondo luogo, potrebbe dubitarsi della compatibilità delle sanzioni ivi previste, con gli obblighi di servizio pubblico e, in definitiva, con la soddisfazione dell'interesse della collettività sotteso alla continuità dell'erogazione del servizio.

In terzo luogo, potrebbero rilevarsi delle criticità in considerazione del fatto che all'adozione dei modelli di organizzazione e controllo si accompagna l'istituzione di un apposito organismo di vigilanza, il quale sommerà la propria funzione di controllo a quella svolta dagli organi di governo della società, necessariamente coadiuvando la propria attività con quella di questi ultimi⁹⁶⁸.

Tutto ciò, se, in via fisiologica ingenera la necessità di armonizzare e raccordare le funzioni svolte da ciascun organo implicato, subisce un ulteriore fattore di complicazione nell'ambito delle società pubbliche in ragione degli ulteriori livelli di controllo e monitoraggio sopra accennati.

Nelle società *in house*, in particolare, l'individuazione di un punto di equilibrio tra il controllo analogo esercitato dagli enti soci, i controlli propri

⁹⁶⁸ N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 1, 100. L'Autore evidenzia come l'O.d.V. abbia il compito di vigilare sulla piena e corretta osservanza del modello, non quella di attuare una sorta di co-gestione dell'attività d'impresa insieme agli organi di *governance* della società. Tuttavia, una sovrapposizione di funzioni è possibile, in concreto, anche in considerazione del fatto che l'attività dell'O.d.V., quella del controllo di legalità svolta dal collegio sindacale, i controlli sull'amministrazione svolti dagli amministratori indipendenti ed i controlli interni per la gestione del rischio operativo hanno in comune "*l'omogenea struttura delle regole di organizzazione che fungono da parametri di conformità*". Peraltro, in ordine alla possibile coincidenza tra collegio sindacale e O.d.V., si veda l'art. 6, comma 4-bis, del d.lgs. n. 231/2001: "*Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)*".

del collegio sindacale, i controlli interni esercitati dall'ente locale unitamente alle funzioni proprie dell'organo di vigilanza potrebbero rendere più farraginoso e complesso il processo aziendale, a detrimento, ancora una volta, della qualità e quantità del servizio pubblico erogato.

In questo senso, dunque, è necessario indagare l'ambito soggettivo di applicazione del suddetto regime, onde verificare se le perplessità in astratto postulate trovino fondamento.

Sono sottoposti a tale disciplina, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 1, le società di capitali, le società cooperative, le società di persone, le società mutue assicuratrici, le società di fatto e le società irregolari, i consorzi con attività esterna, le persone giuridiche private, le fondazioni, gli enti privi di personalità giuridica, gli enti pubblici economici che agiscono *iure privatorum*.

Non rientrano nel campo di applicazione soggettivo del d.lgs. n. 231/2001 soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e “*gli altri enti pubblici non economici*”⁹⁶⁹.

Secondo l'orientamento della Suprema Corte di cassazione la natura pubblica di un ente è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini dell'esonero dalla disciplina suddetta, “*dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica*” ma potestà pubblicistiche.

Le disposte esclusioni trovano la loro ragion d'essere nella circostanza che il legislatore ha inteso evitare che, per effetto dell'applicazione delle sanzioni previste dal decreto, si potesse giungere ad una paralisi “*di funzioni pubbliche indispensabili per il mantenimento degli equilibri costituzionali*”, oltre che “*un'interferenza nell'esercizio dei pubblici poteri*”⁹⁷⁰.

Entro tale cornice si colloca, dunque, il problema – ampiamente dibattuto in dottrina – dell'inclusione o meno delle società a partecipazione pubblica entro il campo di applicazione soggettivo della disciplina in esame.

Ad avviso della Suprema Corte il fatto che un soggetto sia costituito nella forma di società di capitali consente di affermare la sussistenza del requisito dell'esercizio di un'attività economica, con ciò dovendosi ritenere

⁹⁶⁹ In generale: G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.c. amministrativa degli enti*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti: modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004, 130 ss.; P. PRINCIPATO, *La responsabilità degli enti a partecipazione pubblica per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato d.lgs. n. 231/2001*, in *Inserto di Azienditalia*, 2012, 3, XXIII; A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010. Sulla ratio dell'esclusione di una qualsiasi forma di responsabilità penale dello Stato e degli enti pubblici in quanto contrastante con la sovranità di cui è titolare lo Stato, ingenerandosi una coincidenza tra la titolarità del potere punitivo e soggetto sottoposto alla pena: E. PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, Padova, 2011.

⁹⁷⁰ N. MENARDO, *Sulle responsabilità da reato dell'ente pubblico*, in *Giur. it.*, 2011, 11.

superflua ogni ulteriore indagine circa la natura delle società a capitale misto, rispetto alle quali, non sussistono dubbi circa la natura privatistica, anche ove costituite per la gestione di servizi pubblici locali⁹⁷¹.

Sulla scorta di tale principio, la Corte di cassazione è ferma nel ritenere l'attrazione delle società miste nell'ambito della disciplina in parola⁹⁷², così come degli enti pubblici economici e delle società *in house*.

Né, del resto, l'esclusione delle società miste esercenti un pubblico servizio può predicarsi in considerazione del rilievo costituzionale delle funzioni svolte, e ciò in quanto il valore, pur indubbiamente di spessore costituzionale, delle libertà e dei diritti che con i pubblici servizi si intendono garantire, non può essere confuso con il rilievo dell'ente e della relativa funzione.

Non è sufficiente, ai fini dell'esonero dalla disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001, *“la mera rilevanza costituzionale di uno dei valori più o meno coinvolti nella funzione dell'Ente”*, trattandosi di un *“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”*⁹⁷³.

Secondo un minoritario indirizzo, tuttavia, le società miste, nelle quali convivono il fine lucrativo, perseguito dai soci privati, e finalità pubblicistiche, proprie dell'ente pubblico socio, dovrebbero considerarsi sottratte alla disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001 e ciò in quanto l'esercizio di un'attività secondo criteri di economicità non è elemento in sé sufficiente al fine di ritenere un soggetto incluso nel campo di applicazione soggettivo della disciplina in esame⁹⁷⁴.

Tale orientamento, volto ad escludere l'assoggettamento delle società miste esercenti un pubblico servizio alla responsabilità amministrativa dell'ente in ragione del carattere non imprenditoriale dell'attività e della natura, nella sostanza pubblicistica, propria di tali soggetti⁹⁷⁵, omette di considerare il dettato dell'art. 15 del medesimo decreto.

⁹⁷¹ Cass., Sez. un. civ., 26 agosto 1998, n. 8454; Cass., Sez. un. civ., 6 maggio 1995, n. 4989.

⁹⁷² Cass. pen., Sez. II, 26 ottobre 2010, n. 234, in Cass. pen., 2011, 5, 1909.

⁹⁷³ Cass., Sez. II, pen., 21 luglio 2010, n. 28699 in *www.anci.it*. Sul punto: A. ROSSI, *I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il d.lgs. 231?*, in *Le società*, 2011, 23.

⁹⁷⁴ A. CUGINI, *Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1909.

⁹⁷⁵ Nel senso che le sole società a partecipazione pubblica minoritaria sarebbero soggette al d.lgs. n. 231/2001, rimanendo escluse, invece, le società *in house* e a partecipazione pubblica maggioritaria, in quanto *“facenti parte dell'apparato pubblico”* in quanto in esse riscontrabili gli indici tradizionalmente ricondotti alla natura pubblica di un ente, si veda:

La disposizione in parola, infatti, contempla espressamente quali soggetti destinatari delle sanzioni ivi previste, i soggetti esercenti un pubblico servizio.

Lo svolgimento di un'attività siffatta, lungi dal rappresentare un elemento idoneo ad esimere i soggetti in esame dall'ambito di applicazione del decreto, costituisce soltanto il presupposto per la mitigazione della sanzione interdittiva.

Il Giudice, infatti, ove ritenga integrati i presupposti per l'irrogazione della predetta sanzione, può contemperarne l'applicazione in considerazione del fatto che l'interruzione del pubblico servizio provochi un grave pregiudizio alla collettività, disponendo, in luogo della sospensione dell'attività stessa, la sua prosecuzione da parte di un commissario, il quale rimarrà in carica per tutta la durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicabile.

Alla luce di quanto precede, pertanto, si ritiene di poter concludere nel senso dell'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 alle società a partecipazione pubblica esercenti un pubblico servizio.

Alla predisposizione di modelli di organizzazione e gestione di cui al predetto decreto sono venute a sovrapporsi le previsioni della legge 6 novembre 2012, n. 190⁹⁷⁶.

Nei suoi tratti essenziali, il recente testo normativo, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, ha previsto l'istituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione, la quale ha, tra i suoi compiti precipui, l'approvazione del piano nazionale anticorruzione, predisposto, a sua volta, dal Dipartimento della funzione pubblica.

Il piano predetto costituisce uno strumento finalizzato a consentire l'attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, elaborate a livello nazionale ed internazionale a seguito dell'analisi di cause e fattori della corruzione.

V. CARELLA, *La responsabilità penale e amministrativa delle società* in *house e miste*, cit., 375.

⁹⁷⁶ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123; R. RUFFINI, *L'evoluzione del sistema dei controlli interni negli enti locali alla luce della legge n. 190/2012 in tema di corruzione*, in *Azienditalia*, 2013, 1, 5; P. COSMAI, E. CIPOLLETTA, *Trasparenza a tutto campo, anche nelle partecipate*, in *Azienditalia*, 2014, 11, 756; A. MONEA, *D.lgs. n. 190/2012 e d.lgs. n. 231/2001: due normative a tutela dell'integrità organizzativa. profili di confronto*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2014, 6, 330; P. COSMAI, *La mappatura e la gestione del rischio per i p.t.p.c.*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2014, 1, 13; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 795; F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8 - Allegato 1, 4; C. BENUSSI, *La riforma Severino e il nuovo volto della corruzione*, in *Corriere Merito*, 2013, 4, 361; S. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 3, 293.

A tal fine, l'Autorità nazionale anticorruzione esercita poteri ispettivi che si traducono nella possibilità di richiedere notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, oltre che il potere di ordinare l'adozione delle misure richieste dal piano e l'applicazione delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa.

La capillarità del disegno della legge si evince dalla previsione dell'obbligatoria designazione, ad opera dell'organo di indirizzo politico di ciascuna p.a., del responsabile della prevenzione della corruzione, soggetto che, negli enti locali, salvo diversa e motivata deliberazione, dovrà essere individuato nella persona del segretario generale dell'ente.

Spetterà sempre all'organo di indirizzo politico, su proposta del responsabile della prevenzione della corruzione, adottare un apposito piano triennale il quale dovrà contenere la perimetrazione di quelle attività proprie dell'ente nelle quali si ritenga più elevato il rischio di corruzione, prevedendo, in tali ambiti, adeguati meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni, idonei a prevenire detto rischio.

Il responsabile, oltre a verificare l'effettiva attuazione del piano, ne verificherà l'efficacia, eventualmente adattandolo a sopravvenute esigenze di prevenzione conseguenti al mutamento dell'assetto organizzativo dell'ente.

Significativa, nell'ambito del presente lavoro, è una specifica finalità che il piano intende realizzare: quella di *“monitorare i rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione”*⁹⁷⁷.

La disposizione in parola considera, dunque, i rapporti tra p.a. e soggetti esercenti un pubblico servizio quale particolare settore ad oggetto dell'attività di monitoraggio e prevenzione ad oggetto del piano.

Se, da un lato, i predetti rapporti costituiscono parte del più ampio contenuto del piano triennale di prevenzione adottato dagli enti locali, dall'altro lato, le società a partecipazione pubblica – nei limiti che si andranno ad analizzare – sono esse stesse soggetto attivo quanto all'osservanza di puntuali obblighi di pubblicità e trasparenza.

In questo senso, l'art. 1, comma 34, della legge 190/2012 stabilisce che l'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni contenute ai commi 15-33⁹⁷⁸ del medesimo articolo 1 si estende, oltre che alle p.a. di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 165/2001, anche alle società partecipate dalle

⁹⁷⁷ Art. 1, comma 9, lettera e), legge n. 190/2012.

⁹⁷⁸ Vale a dire le disposizioni inerenti agli obblighi di pubblicità e trasparenza, ma non quelle relative all'obbligo di adozione del piano triennale di prevenzione della corruzione.

medesime p.a. e alle loro controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., limitatamente, in ossequio al principio di proporzionalità, all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dall'Unione europea, il solo ambito rispetto al quale la trasparenza costituisce un presidio in vista della tutela degli interessi della collettività.

Per effetto delle disposizioni in parola, anche le società a partecipazione pubblica sono tenute a pubblicare nei rispettivi siti *web* istituzionali le informazioni relative ai procedimenti amministrativi, pure nel rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali, specie con riferimento ai procedimenti di scelta del contraente, concorsi e prove selettive per l'assunzione di personale e progressioni di carriera.

Ancora, devono essere resi noti i bilanci ed i conti consuntivi, i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche oltre che i costi di produzione dei servizi erogati ai cittadini.

In dottrina è stato efficacemente posto in luce come tali obblighi di pubblicità e trasparenza intendano *“favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, così da prevenire eventuali abusi diretti ad ottenere vantaggi privati”, “contrappeso in favore dell'amministrato a fronte di chi si presume che goda di una posizione di supremazia”*⁹⁷⁹. In altre parole, *“la trasparenza serve a promuovere un controllo dal “basso”, favorendo forme di verifica diffuse e generalizzate, da parte dei cittadini, affinché la pratica corruttiva non sia intesa come una prassi remunerativa e tollerata”*.

Mentre la circolare n. 1/2014 del Ministero della funzione pubblica ritiene che la trasparenza possa *“costituire per molte realtà aziendali motivo di eccellenza e di competitività”*⁹⁸⁰, parte della dottrina ha criticato tale impostazione, ritenendo che, ove la trasparenza sia intesa come *“accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività dei soggetti, pubblici e privati, operanti sul mercato”*, essa ingeneri un evidente paradosso rispetto alla *“circostanza che per una realtà aziendale operante sul mercato l'accesso ad informazioni organizzative e gestionali della società non rappresenta un motivo di competitività, bensì può costituire una deviazione dal normale sistema di mercato, basti pensare alla riservatezza e al rispetto dei segreti commerciali dovuti alle imprese partecipanti alle gare pubbliche”*⁹⁸¹.

⁹⁷⁹ M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 7, 767.

⁹⁸⁰ Posto che *“un accesso completo alle informazioni più rilevanti che investono gli aspetti organizzativi e gestionali di una società, o più in generale di un soggetto operante sul libero mercato o in mercati ad accesso limitato, consente di disporre di informazioni aggiornate e complete sullo stato di salute del singolo operatore economico nell'ambito di un determinato settore o area di attività”* (M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche*, cit., 767).

⁹⁸¹ M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche*, cit., 767.

Il quadro essenziale tracciato dalla legge n. 190 è stato ulteriormente implementato per effetto dei decreti legislativi emanati in forza delle deleghe ivi previste e, ancora, per effetto dell'adozione del piano nazionale anticorruzione adottato dall'A.N.A.C.

Tali ulteriori interventi, per quanto concerne il tema ad oggetto del presente lavoro, hanno avuto un duplice effetto: da un lato, quello di estendere l'ambito di applicazione soggettivo delle disposizioni di cui alla legge n. 190/2012; dall'altro lato, quello di implementare gli obblighi posti a carico delle società a partecipazione pubblica.

Il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 - emanato in forza della delega contenuta nella predetta legge n. 190⁹⁸², finalizzata al riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni – non innova il campo di applicazione soggettivo già tracciato dalla legge n. 190/2012, in

⁹⁸² Il comma 35 dell'art. 1 della legge n. 190/2012 così dispone: *“Il Governo è delegato ad adottare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, mediante la modifica o l'integrazione delle disposizioni vigenti, ovvero mediante la previsione di nuove forme di pubblicità, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) ricognizione e coordinamento delle disposizioni che prevedono obblighi di pubblicità a carico delle amministrazioni pubbliche; b) previsione di forme di pubblicità sia in ordine all'uso delle risorse pubbliche sia in ordine allo svolgimento e ai risultati delle funzioni amministrative; c) precisazione degli obblighi di pubblicità di dati relativi ai titolari di incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale, regionale e locale. Le dichiarazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria di cui alla lettera a) devono concernere almeno la situazione patrimoniale complessiva del titolare al momento dell'assunzione della carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado di parentela, nonché tutti i compensi cui dà diritto l'assunzione della carica; d) ampliamento delle ipotesi di pubblicità, mediante pubblicazione nei siti web istituzionali, di informazioni relative ai titolari degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sia con riferimento a quelli che comportano funzioni di amministrazione e gestione, sia con riferimento agli incarichi di responsabilità degli uffici di diretta collaborazione; e) definizione di categorie di informazioni che le amministrazioni devono pubblicare e delle modalità di elaborazione dei relativi formati; f) obbligo di pubblicare tutti gli atti, i documenti e le informazioni di cui al presente comma anche in formato elettronico elaborabile e in formati di dati aperti. Per formati di dati aperti si devono intendere almeno i dati resi disponibili e fruibili on line in formati non proprietari, a condizioni tali da permetterne il più ampio riutilizzo anche a fini statistici e la redistribuzione senza ulteriori restrizioni d'uso, di riuso o di diffusione diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità; g) individuazione, anche mediante integrazione e coordinamento della disciplina vigente, della durata e dei termini di aggiornamento per ciascuna pubblicazione obbligatoria; h) individuazione, anche mediante revisione e integrazione della disciplina vigente, delle responsabilità e delle sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione”*. Sul punto: M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 795.

quanto l'art. 11 del decreto riproduce il contenuto del richiamato art. 1 comma 34 della legge n. 190.

Tuttavia, la circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 1 del 14 febbraio 2014, avente un carattere innovativo, benché del tutto improprio⁹⁸³, definisce in maniera differente l'ambito di applicazione soggettivo rispetto a quanto disposto dalla legge n. 190.

Precisamente, secondo la circolare, gli enti, in generale, non soltanto le società, che siano sottoposti a controllo in quanto l'amministrazione dispone della maggioranza o di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante, ovvero gli enti costituiti o vigilati da amministrazioni, applicano le norme sulla trasparenza all'intera organizzazione e con riferimento a tutte le attività, non soltanto a quelle, come invece previsto dalla legge n. 190, di pubblico interesse⁹⁸⁴.

Ancora, la circolare medesima estende anche alle società con partecipazione minoritaria i predetti obblighi informativi, limitatamente alle attività di pubblico interesse.

Escluse dagli obblighi in parola sono soltanto le società quotate o che emettono strumenti finanziari quotati.

Malgrado la posizione marginale delle circolari nell'ambito della gerarchia delle fonti, è indubbio come il suo contenuto ingeneri non poche perplessità sotto il profilo applicativo, introducendo ulteriori problemi di coordinamento in un quadro normativo già in sé complesso.

Quanto al secondo dei profili innanzi accennati – vale a dire l'implementazione degli obblighi ai quali soggiacciono le società a partecipazione pubblica – l'art. 22, comma 3 del d.lgs. n. 33/2013 prevede per le società in parola l'obbligo di pubblicare altresì i dati relativi “*agli organi di indirizzo e agli incarichi dirigenziali, di consulenza e di collaborazione*”⁹⁸⁵.

Portata ancor più dirompente, tuttavia, deve riconoscersi al piano nazionale anticorruzione, adottato dall'ANAC con delibera dell'11 settembre 2013, n. 72, la quale, se al punto 3.1.2.⁹⁸⁶ pare non innovare la platea dei destinatari delle prescrizioni in materia di trasparenza, al punto 1.3. individua i destinatari dell'applicazione delle disposizioni del piano intese nel loro complesso.

Testualmente, i contenuti del P.N.A. sono rivolti “*agli enti pubblici economici (ivi comprese l'Agenzia del demanio e le autorità portuali), agli*

⁹⁸³ M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche*, cit., 767.

⁹⁸⁴ M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche*, cit., 767.

⁹⁸⁵ M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche*, cit., 767.

⁹⁸⁶ “*Tutti gli enti pubblici economici, le società a partecipazione pubblica, nonché quelle dalle stesse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., gli enti di diritto privato in controllo pubblico sono tenuti ad assumere tempestivamente e senza ritardo ogni iniziativa utile e necessaria per l'attuazione delle prescrizioni sulla trasparenza attraverso la pubblicazione sui siti istituzionali delle informazioni e dei dati richiesti*”.

enti di diritto privato in controllo pubblico, alle società partecipate e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. per le parti in cui tali soggetti sono espressamente indicati come destinatari”, ove per enti di diritto privato in controllo pubblico si intendono “le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi”.

Senza dubbio, quindi, il piano nazionale anticorruzione intende rivolgersi a tutte le società a partecipazione pubblica, indipendentemente dall'entità della partecipazione stessa.

Il punto 3.1.1. – a riprova di come il P.N.A. abbia un contenuto fortemente innovativo rispetto alla legge n. 190/2012 - prevede che gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale o regionale/locale debbano, inoltre, “*nominare un responsabile per l'attuazione dei propri piani di prevenzione della corruzione, che può essere individuato anche nell'organismo di vigilanza previsto dall'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001, nonché definire nei propri modelli di organizzazione e gestione dei meccanismi di accountability che consentano ai cittadini di avere notizie in merito alle misure di prevenzione della corruzione adottate e alla loro attuazione*”⁹⁸⁷.

Il rispetto di tale obbligo rappresenta l'oggetto di una precisa attività di controllo intestata all'amministrazione che esercita la vigilanza – vale a dire, nel caso delle società a partecipazione pubblica, all'ente socio – la quale verifica l'avvenuta introduzione dei modelli da parte dell'ente pubblico economico o dell'ente di diritto privato in controllo pubblico.

L'amministrazione e l'ente vigilato organizzano un idoneo sistema informativo per monitorare l'attuazione delle misure sopra indicate. I sistemi di raccordo finalizzati a realizzare il flusso delle informazioni, compresa l'eventuale segnalazione degli illeciti, con l'indicazione dei referenti sono definiti rispettivamente nel piano triennale di prevenzione della corruzione adottato dall'amministrazione vigilante e nei piani di prevenzione della corruzione predisposti dagli enti pubblici economici e dagli enti privati in controllo pubblico.

Il piano nazionale anticorruzione, oltre a ridefinire l'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi previsti dalla legge n. 190/2012, offre un

⁹⁸⁷ La delibera n. 75/2013 afferma che le linee guida dell'Anac “*possono costituire un parametro di riferimento per l'elaborazione di codici di comportamento ed etici da parte di enti di diritto privato in controllo pubblico, enti di diritto privato regolati o finanziati*”. Le predette linee guida, di cui alla delibera n. 50/2013, specificano che le società pubbliche “*sono tenute a costituire la sezione “Amministrazione trasparente” nei rispettivi siti internet*”.

ulteriore conferma circa l'applicabilità alle società a partecipazione pubblica generalmente intese dei modelli di organizzazione e gestione di cui al d.lgs. n. 231/2001.

Nel contempo, tale previsione conduce ad un ulteriore quesito di carattere interpretativo ed operativo: quello di coniugare le previsioni di cui al d.lgs. n. 231/2001 con quelle di cui alla legge n. 190/2012.

Certamente, i piani anticorruzione ed i modelli previsti dal d.lgs. n. 231/2001 presentano dei caratteri comuni quanto al metodo di redazione e, almeno in parte, quanto al relativo contenuto.

Entrambi, infatti, impongono una previa valutazione del rischio e la predisposizione di un'organizzazione interna, anche di controllo, atta ad annullare il rischio medesimo.

Entrambi, ancora, devono essere calati nella concreta articolazione organizzativa presa in esame e periodicamente ad essa adeguati, risultato che presuppone una *“scomposizione analitica dei processi e delle aree di responsabilità, con un livello di dettaglio consono alle caratteristiche dell'ente, al fine di localizzare e moltiplicare le informazioni, i presidi e gli attori dei controlli”*, oltre che la *“responsabilizzazione formale, come necessario presupposto per un effettivo impegno organizzativo da parte dei dirigenti pubblici o del management privato, attraverso la formale attribuzione di responsabilità e di poteri di controllo sui rischi, con un chiaro, esplicito e ‘codificato’ riferimento a soggetti individualmente identificati”*⁹⁸⁸.

Parzialmente diverso, tuttavia, è lo spettro dei reati che i piani di cui alla legge n. 190 intendono prevenire rispetto a quello dei reati c.d. presupposto di cui al d.lgs. n. 231⁹⁸⁹.

Il concetto di corruzione – al quale la legge n. 190/2012 si riferisce – deve essere inteso secondo un'accezione ampia in quanto *“comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati”*. Secondo il punto 2.1. del piano nazionale anticorruzione, *“le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica, che è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319 ter, c.p., e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale - venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione*

⁹⁸⁸ A. ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 8, allegato 1, 44.

⁹⁸⁹ G. LANCELOTTI, F. LANCELOTTI, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Uno scudo processuale per le società e gli enti*, Torino, 2011, 25 ss.

amministrativa ab externo, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo”.

Ancora, la possibilità di armonizzazione delle citate previsioni normative appare attestata dalla facoltà di far coincidere il responsabile della prevenzione della corruzione con l'organismo di vigilanza di cui al d.lgs. n. 231/2001.

Tale coincidenza soggettiva, tuttavia, non consente di operare la piena assimilabilità dei due istituti sotto il profilo delle responsabilità alle quali risultano esposti i soggetti investiti delle predette funzioni.

Invero, il responsabile della prevenzione della corruzione, ai sensi del comma 8 dell'art. 1 della legge n. 190, è esposto alla responsabilità dirigenziale per il caso di mancata predisposizione del piano e di mancata adozione delle misure per la formazione e la selezione dei dipendenti. In caso di reati di corruzione commessi all'interno dell'ente accertati con sentenza passata in giudicato, il responsabile della prevenzione, risponderà - ai sensi del successivo comma 12 - sia sul piano disciplinare che per danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, se non prova l'effettiva predisposizione del piano di prevenzione prima della commissione del fatto di reato ed il rispetto delle verifiche e dei controlli a lui assegnati.

I componenti dell'organismo di vigilanza, invece, possono essere chiamati a rispondere, a titolo di responsabilità contrattuale, per il risarcimento del danno patrimoniale conseguente all'omesso controllo.

CONCLUSIONI

L'individuazione della disciplina applicabile al gestore di un pubblico servizio: tra forma giuridica del soggetto e natura dell'attività svolta in vista del buon andamento dei servizi pubblici locali

L'evoluzione, normativa e giurisprudenziale, del tema delle società pubbliche ripropone in maniera costante il problema di metodo già evidenziato dalla dottrina all'indomani dei processi di privatizzazione formale e sostanziale avviati negli anni Novanta⁹⁹⁰.

La ricostruzione giuridica degli istituti delle società *in house* e a capitale misto, destinate alla gestione di un servizio pubblico locale, può essere affrontata indagando la natura, pubblica o privata, dei soggetti in parola e, dalla qualificazione così operata, inferire la disciplina loro applicabile.

Tuttavia, una ricostruzione dogmatica che segua questo andamento, come in altra sede evidenziato, rischia di rivelarsi insoddisfacente alla spiegazione del fenomeno, posto che, anche volendo affermare la natura pubblicistica delle società in esame, il problema della definizione della disciplina applicabile non verrebbe affatto risolto.

Come è stato efficacemente posto in luce in dottrina, mentre nella più risalente prospettiva aveva un significato pregnante l'individuazione della natura del soggetto, onde inferirne la disciplina applicabile, nella più moderna concezione, invece, *“non si tratta più di capire se una figura soggettiva abbia natura pubblica o privata, appartenga agli ‘enti pubblici’ o agli ‘enti privati’, quanto, piuttosto, se taluni tratti della c.d. disciplina generale degli enti pubblici non possano trovare applicazione a talune categorie di enti pubblici o, viceversa, se possano applicarsi anche a figure soggettive formalmente private che (però) partecipano all'amministrazione dell'interesse pubblico”*⁹⁹¹.

Tale considerazione discende dal fatto che non esiste, nel nostro ordinamento, né una nozione unitaria di ente pubblico, né una disciplina unitaria, universalmente applicabile, a tali soggetti.

⁹⁹⁰ M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 101 ss.

⁹⁹¹ B. SPAMPINATO, *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 8, 909.

L'analisi svolta nel presente lavoro ha permesso di studiare quanto la disciplina pubblicistica pervada l'ambito delle società a partecipazione pubblica e, al contempo, ha consentito di evidenziare quanto importanti siano le deroghe, sotto il profilo genetico e funzionale, al modello delle società di capitali delineato dal codice civile.

Lo studio sin qui condotto, più esattamente, ha consentito di porre in evidenza le peculiarità della disciplina delle società a partecipazione pubblica, *in house* e a capitale misto, quali modelli gestionali di cui gli enti locali fanno largo impiego specie nell'ambito dei servizi pubblici.

Si è avuto modo di verificare come le società pubbliche, in senso ampio intese, non siano considerate dal legislatore come una categoria omogenea, divenendo, piuttosto, l'oggetto di una disciplina differenziata in ragione di molteplici elementi, talvolta variamente combinati tra loro⁹⁹².

Così, alcune specifiche disposizioni trovano applicazione, sotto il profilo soggettivo, alle sole società pubbliche non quotate, con esclusione espressa di quelle emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati.

Ancora, spesso è stata l'intensità del legame sussistente tra l'ente e la società partecipata a rappresentare l'elemento fondante l'applicazione di una disciplina di matrice pubblicistica.

Frequenti, come si è avuto modo di porre in evidenza, sono le ipotesi in cui il legislatore ha attratto, entro il campo di applicazione della disciplina generalmente dettata per gli enti pubblici, le sole società *in house*, in relazione alle quali la pubblica amministrazione esercita un controllo analogo rispetto a quello esercitato sui propri servizi, ovvero alle società controllate dalla p.a. medesima, richiamando la nozione di controllo delineata dal codice civile.

In altre circostanze, è stato l'oggetto, l'attività al cui esercizio le società sono destinate, a costituire l'elemento sul quale il legislatore ha fondato l'applicabilità o meno di una certa disposizione.

Ciò è avvenuto, in particolare, ogniqualvolta il legislatore ha inteso promuovere e, finanche, imporre, la dismissione delle partecipazioni pubbliche detenute o l'impossibilità di costituirne di ulteriori.

Quanto alla tecnica legislativa utilizzata, è emerso come il legislatore, nel definire il campo di applicazione soggettivo di una determinata disciplina pubblicistica, abbia sempre individuato i relativi destinatari menzionando, da un lato, le pubbliche amministrazioni - sovente operando un richiamo alle elencazioni generali di cui all'art. 1 del testo unico sul pubblico impiego ovvero all'elenco redatto dall'ISTAT, richiamato dall'art. 1 della legge di contabilità pubblica - e, dall'altro, ne abbia esteso la portata

⁹⁹² G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"*.

alle società a partecipazione pubblica o a talune di queste, non operando una inclusione di queste nel novero delle pubbliche amministrazioni ma indicandole come categoria a sé stante.

Ciò è avvenuto, a mero titolo esemplificativo, con riguardo alle disposizioni in materia di reclutamento del personale, al contenimento del trattamento economico e alle assunzioni del personale medesimo, alle disposizioni relative alla conclusione di contratti di lavori, servizi e forniture.

In mancanza di una espressa qualificazione normativa in termini pubblicistici delle società a partecipazione pubblica che consenta di ritenere risolto, *per tabulas*, il problema in parola, la determinazione della natura delle società pubbliche si è posta ogniqualvolta l'applicazione o meno di una determinata disciplina fosse rimessa, *ex lege*, alla inclusione di un dato soggetto entro il novero degli enti pubblici.

Ciò è avvenuto, ad esempio, con riferimento all'art. 1 della legge fallimentare, la quale esclude i soli enti pubblici dall'esposizione alle procedure concorsuali e, in senso identico, con riguardo alla disciplina della responsabilità amministrativa da reato degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001.

In queste ipotesi, la soluzione al quesito della sussunzione delle società a partecipazione pubblica esercenti un pubblico servizio entro la categoria degli enti pubblici ha imposto non tanto di vagliare, una volta per tutte, la sussistenza degli indici rivelatori della pubblicità degli enti in capo alle società medesime ma, piuttosto, ha condotto ad approfondire, per ogni singolo settore normativo considerato, la *ratio* dell'esclusione dell'applicabilità di un certo regime con riferimento agli enti pubblici onde verificare se le stesse ragioni potessero ravvisarsi con riferimento alle società pubbliche.

Analizzando altri settori normativi, peraltro, si è avuto modo di evidenziare come il legislatore, prescindendo del tutto dal problema della qualificazione della natura soggettiva delle società a partecipazione pubblica, abbia considerato queste ultime come costituenti un tutto unitario rispetto all'ente socio, sulla scorta del mero profilo funzionale.

Più chiaramente, come è avvenuto nel caso del consolidamento dei conti pubblici, nelle molteplici ipotesi di estensione dei vincoli di finanza pubblica e, da ultimo, con riferimento alla disciplina dei controlli, l'estensione di una disciplina di vocazione pubblicistica non è avvenuta in considerazione della natura pubblica delle società in parola come soggetto giuridico, né in considerazione delle stesse, sotto il profilo soggettivo, come entità indistinte dall'ente pubblico socio, quali mere articolazioni organizzative di questo.

Al contrario, si ritiene di poter affermare che il legislatore, nei casi sopra richiamati, abbia operato una estensione del regime pubblicistico anche alle società partecipate in considerazione della unitarietà, in termini

funzionali, dei profili gestori e finanziari che vedono le società a partecipazione pubblica intimamente legate all'ente socio.

È il carattere unitario delle risorse pubbliche coinvolte che impone il consolidamento dei conti dell'ente con quello delle proprie società partecipate e, finanche, con quello di tutti i soggetti gestori di un pubblico servizio locale, secondo una nozione estesa di 'gruppo dell'amministrazione pubblica'.

Ancora, ai fini della verifica del rapporto tra le risorse pubbliche impiegate e gli obiettivi perseguiti, così come del rapporto tra le finalità pubbliche programmate e la loro effettiva soddisfazione nel tempo prestabilito, è la medesima esigenza di considerare unitaria la gestione dell'ente locale rispetto a quella degli enti ed organismi da questo partecipati ad aver suggerito l'introduzione di un apposito controllo interno destinato al monitoraggio delle medesime.

Ancora, sono tali riscontri ad aver progressivamente condotto ad una estensione del controllo esterno esercitato dalla Corte dei conti sulla gestione dell'ente locale anche ai rapporti economico-finanziari tra l'ente medesimo ed i soggetti da questo partecipati.

Il carattere unitario così emerso rimane tuttavia limitato al profilo oggettivo, non soggettivo: l'unitarietà, infatti, può essere riferita agli aspetti funzionali, alla stretta interconnessione della condizione economico-finanziaria della società partecipata rispetto a quella dell'ente socio, non ai soggetti, i quali rimangono giuridicamente distinti pur se tutti, a diverso titolo, coinvolti in vista della realizzazione di finalità pubblicistiche.

Alla luce del quadro positivo di riferimento si ritiene di poter affermare come le conclusioni alle quali è giunta la Corte di cassazione - nell'affrontare il tema del regime della responsabilità degli amministratori e dei dipendenti e, con esso, il tema della definizione dell'ambito della giurisdizione della Corte dei conti⁹⁹³ -, circa la qualificazione delle società *in house*, pecchino per eccesso.

Non pare, infatti, che possa essere negata qualsivoglia rilevanza al profilo, non solo formale, dell'autonoma soggettività giuridica delle società in parola, e ciò per le medesime ragioni che ostano, nel campo del diritto civile, alla negazione di un'autonoma soggettività giuridica alle società appartenenti ad un gruppo, le quali mantengono la propria identità in rapporto alla società *holding*.

Alla luce di tali considerazioni, affermata l'autonoma soggettività giuridica delle società pubbliche, anche *in house*, rispetto a quella dell'ente socio, si tratta, in definitiva, di stabilire se possa costituire un utile spunto ermeneutico il dibattito sorto in occasione delle privatizzazioni degli anni Novanta.

⁹⁹³ Cass., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

Allora, il dibattito dottrinale si era concentrato in ordine alla possibilità di predicare l'esistenza di enti aventi natura pubblicistica nonostante la forma della società di capitali.

Se è vero che, in alcune ipotesi, il legislatore ha affermato espressamente la natura pubblica di soggetti costituiti nella forma di società per azioni, più difficile è giungere ad una tale conclusione in termini generali, attraverso l'individuazione di quei fattori in presenza dei quali la società di volta in volta considerata potrebbe essere qualificata come ente pubblico⁹⁹⁴.

Il quesito, dunque, sfocia nel più ampio e mai sopito problema della identificazione degli enti pubblici⁹⁹⁵.

Secondo un primo orientamento, nel presupposto della neutralità della forma societaria, potrebbero configurarsi come enti pubblici quelle società per azioni che trovino nella legge il loro fondamento istitutivo, oltre che l'individuazione di scopo, denominazione ed inerenza rispetto all'ente pubblico socio, detentore almeno della maggioranza del capitale sociale⁹⁹⁶.

Tale ricostruzione può ritenersi senza dubbio congruente con riferimento alle società sorte per effetto del processo di privatizzazione degli enti pubblici economici.

Tali società, sulla base delle norme disciplinanti il processo di privatizzazione, prima fra tutte la legge n. 359/1992, conservavano una pervasiva soggezione a forme di controllo pubblicistico, attuato anche attraverso il riconoscimento di poteri speciali all'ente pubblico socio, poteri idonei a rappresentare una significativa devianza rispetto al modello delle società per azioni delineato dal codice civile.

La tesi della prevalenza della sostanza – pubblicistica – sulla forma – privatistica – corrisponde, del resto, al primissimo orientamento espresso dal Consiglio di Stato alla fine degli anni Trenta del secolo scorso.

⁹⁹⁴ F. CARINGELLA, *I soggetti aggiudicatori*, cit., 280 ss. L'Autore sottolinea che, mentre per la società AGE Control S.p.a. è la stessa disposizione istitutiva – l'art. 18 della legge 22 dicembre 1984, n. 887 – a definirla come società per azioni “*con personalità giuridica di diritto pubblico*”, “*il vero problema, in realtà, non è tanto nell'ammettere in astratto la configurabilità di un tal genere di enti pubblici, quanto quello di verificare, in concreto, quando e alla stregua di quali criteri sia possibile ricondurre nella sfera del pubblico i singoli organismi societari sottoposti ad un regime giuridico in parte divergente rispetto a quello di tipo codicistico*”.

⁹⁹⁵ La dottrina in materia è particolarmente ampia: G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, volume II, IV edizione, Milano, 2013, 66; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013, 156; G. CARLOTTI, A. CLINI, *Diritto amministrativo*, Rimini, 2014, 75; C. FRANCHINI, G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, IV edizione, Milano, 2012, 104.

⁹⁹⁶ In giurisprudenza si vedano: Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, con cui è stata dichiarata la natura di ente pubblico in veste societaria di SEA S.p.a.; Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, con la quale si giungono ad identiche conclusioni con riferimento a Poste Italiane S.p.a.; Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, con riferimento a Enel S.p.a.

Anche secondo parte della dottrina dovrebbe adottarsi una nozione sostanziale di ente pubblico, ritenendo, a tal proposito, che la sola dismissione delle partecipazioni azionarie determinerebbe la fuoriuscita delle società privatizzate dall'ambito pubblico ed il loro ingresso nell'ambito della schiera dei soggetti privati⁹⁹⁷.

Tale approccio, tuttavia, non veniva condiviso dalla Corte di cassazione, ad avviso della quale la partecipazione pubblica al capitale sociale non poteva considerarsi elemento sufficiente a qualificare come pubblico il soggetto medesimo⁹⁹⁸.

Al contrario, l'orientamento perseguito dalla Corte di cassazione evidenzia come le società a partecipazione pubblica non mutino la natura di soggetti privati in ragione della natura, pubblica, del soggetto che ne possiede in tutto o in parte le azioni⁹⁹⁹.

Alla tesi sostenuta dal Consiglio di Stato¹⁰⁰⁰ secondo la quale le società sorte per effetto della privatizzazione formale degli enti pubblici economici dovevano considerarsi, nella sostanza, enti pubblici, si contrapponeva, dunque, l'orientamento della Corte di cassazione, ad avviso della quale la veste giuridica formale di società di capitali rappresentava un elemento dirimente ai fini della qualificazione, in termini privatistici, delle società in parola.

Spesso, in dottrina, la tesi del mantenimento della natura pubblicistica delle società per azioni sorte per effetto del processo di privatizzazione in senso formale degli enti pubblici economici viene sostenuta sulla scorta della sentenza della Corte costituzionale n. 466/1993, già analizzata in altra parte del presente lavoro in occasione dello studio in ordine all'estensione dei controlli espletati dalla Corte dei conti¹⁰⁰¹.

A ben vedere, tuttavia, la Consulta non risolve l'interrogativo di fondo, ossia la qualificabilità in termini di ente pubblico delle società risultanti dal processo di privatizzazione, limitandosi piuttosto ad affermare

⁹⁹⁷ G. GUARINO, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò nel Quarantesimo anno dell'insegnamento*, Milano, 1968, a cui rinvia A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni 'di diritto speciale': problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 158.

⁹⁹⁸ G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica*, cit., 415 ss. L'Autore rinvia a due storiche pronunce: Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 1938, n. 33, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 235; Cass. civ., Sez. un., 7 marzo 1940, n. 1337, in *Foro it.*, 1940, 199.

⁹⁹⁹ Cass. civ., Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, 1, 2726.

¹⁰⁰⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090, in *Foro it.*, 2002, 3, 423; Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro it.*, 3, 425, ad avviso della quale Poste Italiane S.p.a. doveva ritenersi una società ente pubblico, un ente pubblico nella forma di società per azioni. Ancora, si vedano: Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 486; Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 2002, n. 471, in *Foro it.*, 3, 205, ad avviso della quale Enel S.p.a. avrebbe conservato natura pubblicistica.

¹⁰⁰¹ D.F.G. TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, cit., 344.

il permanere del regime sostanzialmente pubblicistico della disciplina applicabile.

Alla Corte costituzionale, del resto, non era richiesto di determinare la natura delle predette società, dovendo risolvere la specifica questione delle permanenza o meno dei presupposti per l'esercizio del controllo della Corte dei conti in ordine agli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, controlli che prescindono dalla qualificazione soggettiva ma si radicano sulla presenza di risorse derivanti dall'apporto dello Stato¹⁰⁰².

In altre parole, nella questione affrontata dalla Corte non era in gioco la natura delle società derivanti dal processo di privatizzazione formale degli enti pubblici economici, quanto i presupposti della funzione di controllo: pertanto, dalla pronuncia della Corte costituzionale non appare corretto trarre delle argomentazioni ulteriori, di carattere generale, in ordine alla natura delle predette società.

In definitiva, dunque, la tesi della natura pubblica delle società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici può essere affermata soltanto in termini problematici e dubitativi.

Trattasi di società sottoposte non tanto ad una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata dal codice civile quanto, più esattamente, ad una disciplina del tutto *sui generis*, dettata *ad hoc* per la singola società considerata, circostanza che pone le predette società su di un piano distinto rispetto a quello delle società costituite dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici locali o di attività strumentali.

Le società di origine legale¹⁰⁰³, in altre parole, si distinguono dalle società ad oggetto della presente trattazione in ordine a molteplici profili: le prime trovano il fondamento direttamente nella legge, essendo la loro costituzione determinata o imposta dalla legge stessa; le società costituite dagli enti locali per la gestione di un servizio o di un'attività strumentale, invece, rappresentano comunque esercizio dell'autonomia negoziale degli enti pubblici; le società c.d. 'legali' sono destinatarie di una disciplina singolare; le società costituite dagli enti locali per la gestione di un pubblico servizio o di un'attività strumentale trovano disciplina nel codice civile, salva la previsione di deroghe espresse.

La tesi sin qui accennata – sia pure, come detto, in termini problematici e dubitativi – deve, dunque, essere del tutto verificata con riferimento all'individuazione della natura giuridica delle società partecipate dagli enti locali e deputate alla gestione di un pubblico servizio.

¹⁰⁰² A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni 'di diritto speciale': problemi di giurisdizione*, cit., 158.

¹⁰⁰³ C. IBBA, *Le società legali*, cit.

Sotto questo diverso profilo, la giurisprudenza ha negato con fermezza la possibilità di predicare la natura di ente pubblico con riferimento alle società partecipate, quale socio di maggioranza, dall'ente locale¹⁰⁰⁴.

E ciò in considerazione di come la sottoposizione ad una disciplina in parte diversa rispetto a quella dettata, in via generale, per le società di capitali, non sia in sé idonea ad incidere sulla natura giuridica di tali soggetti.

L'attrazione delle società a partecipazione pubblica nell'alveo della disciplina dettata per gli enti pubblici trova giustificazione, in definitiva, non nella natura pubblica di tali soggetti ma nella rilevanza pubblicistica dell'attività espletata e nella natura pubblica delle risorse impiegate¹⁰⁰⁵.

La parziale estensione del regime pubblicistico non trova giustificazione, dunque, nella natura del soggetto destinatario della relativa disciplina ma risulta connessa, sotto il profilo oggettivo e funzionale, alla destinazione della società alla soddisfazione di finalità pubblicistiche.

La società, infatti, partecipa alla realizzazione degli scopi propri avuti di mira dall'ente locale e, con essi, della gestione efficiente, efficace ed economica delle risorse pubbliche, dedotte nella forma di capitale sociale e di compensazioni connesse agli obblighi di servizio pubblico.

Ferma la rilevanza pubblicistica di alcuni specifici settori di attività che giustificano l'applicazione di una disciplina diversa rispetto a quella propria della forma prescelta, le società pubbliche deputate allo svolgimento di un pubblico servizio svolgono l'attività che le caratterizza – l'attività di erogazione del servizio al pubblico, appunto – secondo modalità aziendalistiche, di tipo privatistico.

In definitiva, dunque, l'estensione parziale alle società pubbliche deputate alla gestione di un pubblico servizio della disciplina dettata per gli enti pubblici, in assenza di ulteriori elementi positivi di riferimento, non può rappresentare un argomento utile al fine di giungere alla ulteriore conclusione della natura pubblica dei soggetti destinatari della norma.

Questi ultimi, rimanendo, sotto il profilo soggettivo, dei soggetti formalmente privati, vedono sottoposte al regime pubblicistico le relative modalità di azione, essendo queste ultime le più adeguate a regolare un'attività avente una tale vocazione.

¹⁰⁰⁴ Cass., Sez. un., 27 marzo 1997, n. 2738, in *Guida al diritto*, 1997, 16, 34; Cass., Sez. un., 9 ottobre 2001, n. 12367, in *Diritto e giustizia*, 2001, 39, 37.

¹⁰⁰⁵ M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche. Istituzioni di contabilità pubblica*, cit., 336 ss.; D. GIANNINI, *L'accesso ai documenti*, Milano, 2013, 176. L'Autore da ultimo citato sottolinea come il legislatore nazionale, con ciò conformandosi al modello comunitario, abbia iniziato "ad adottare una nozione di ente pubblico non ontologica, ma applicata a casi specifici, così qualificando un ente come pubblico non perpetuamente, ma per scopi peculiari".

Il criterio considerato dal legislatore al momento della definizione della disciplina applicabile non verte sulla natura, pubblica o privata, del soggetto, ma sulla natura della sua attività¹⁰⁰⁶.

In dottrina, infatti, è stato autorevolmente osservato che “*si può ritenere oggi il diritto amministrativo il diritto non dei soli soggetti pubblici né del potere pubblico, ma dell’interesse pubblico: definibile, e questo pare il punto conclusivo, non da una classificazione a priori dei soggetti e dell’attività, ma all’impiego di risorse pubbliche*”¹⁰⁰⁷.

Il “*principio della neutralità della forma giuridica*”, in relazione “*alle finalità e alle prerogative istituzionali*”, è caratterizzato da “*un limite interno, che è la idoneità dello schema al perseguimento di tali finalità; pertanto in presenza di discipline dettate in chiave di tutela di preminenti interessi di rilevanza europea o costituzionale, il regime ordinario di disciplina collegato alla forma prescelta viene derogato con applicazione dello statuto disciplinare evocato dalla sostanza dell’attività*”¹⁰⁰⁸.

La conclusione nel senso della impossibilità di qualificare in termini pubblicistici¹⁰⁰⁹ la natura soggettiva delle società a partecipazione pubblica, ivi comprese le società *in house*, che più hanno suscitato le perplessità della dottrina, pare destinata a trovare una ulteriore, implicita, conferma a livello legislativo.

Nella consapevolezza del carattere sfumato che la nozione di pubblica amministrazione è andata ad assumere, in ragione del labile confine tra l’area del pubblico e l’area del settore privato, il disegno di legge n. 1577, ad oggi all’esame del Senato, si propone di operare un riordino sistematico della nozione.

L’art. 8 del predetto disegno di legge distingue, dunque, tra ‘amministrazioni statali’, ‘amministrazioni nazionali’, ‘amministrazioni

¹⁰⁰⁶ V.M. SESSA, *L’Anas S.p.a. e il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato. La Cassazione conferma una concezione sostanzialistica di ente pubblico*, nota a Cass., 16 ottobre 2008, n. 25268, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 1, 74.

¹⁰⁰⁷ G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica*, cit., 415 ss.

¹⁰⁰⁸ Corte conti, Sez. controllo Lombardia, 30 gennaio 2013, n. 34/2013/COMP, in www.corteconti.it.

¹⁰⁰⁹ Parte della dottrina propende per una nozione di ente pubblico di carattere sostanziale, nozione entro la quale troverebbero spazio tanto gli enti pubblici anche sotto il profilo formale, quanto quei soggetti organizzati in forma privatistica (G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, cit., 156). Ad avviso di chi scrive, tuttavia, si ritiene più lineare riconoscere la natura privatistica delle società pubbliche, benché sottoposte ad una disciplina derogatoria, anziché prospettare una estensione della nozione di ente pubblico. Si ritiene più condivisibile l’orientamento in forza del quale, per effetto della progressiva trasformazione degli enti pubblici in società per azioni si sia assistito ad un ridimensionamento del modello pubblicistico non, dunque, una estensione del primo al fine dell’inclusione del nuovo fenomeno (C. FRANCHINI, G. VESPERINI, *L’organizzazione*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, IV edizione, Milano, 2012, 104, dove, in senso più radicale, si dubita della stessa utilità della nozione di ente pubblico, stante l’atipicità che pervade la materia).

territoriali’, ‘amministrazioni di istruzione e cultura’, ‘amministrazioni pubbliche’.

Le società a partecipazione pubblica sono contemplate in un insieme distinto rispetto alle categorie così delineate, sia pure enumerato entro il medesimo articolo 8, suggestivamente rubricato ‘definizioni di pubblica amministrazione’.

L’alterità tra le pubbliche amministrazioni e le società da queste partecipate è confermato dalla stessa denominazione che, nel disegno di riforma, viene attribuita all’insieme destinato a ricomprendere i soggetti in parola.

Precisamente, tra i ‘soggetti di rilievo pubblico’ vengono incluse, da un lato, le amministrazioni pubbliche - le quali comprendono le amministrazioni nazionali, territoriali, di istruzione e cultura e gli ordini professionali - e, dall’altro, in quanto distinte dalle prime, “*le società a partecipazione pubblica che svolgono attività strumentali per conto di amministrazioni pubbliche o funzioni amministrative esternalizzate, gli altri enti che gestiscono forme di previdenza obbligatorie, le fondazioni e gli altri soggetti la cui attività è finanziata in modo maggioritario dalle amministrazioni pubbliche*”.

Insieme distinto rispetto a quello dei soggetti di rilievo pubblico è quello degli ‘organismi privati di interesse pubblico’, il quale ricomprende i gestori di servizi pubblici, le società a partecipazione pubblica che operano in regime di concorrenza, con esclusione di quelle quotate in mercati regolamentati, le scuole paritarie, le università non statali, le istituzioni non statali dell’alta formazione artistica, musicale e coreutica, i soggetti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, le federazioni sportive, i consorzi a cui aderiscono amministrazioni pubbliche e soggetti privati, i soggetti comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Le categorie così individuate non costituiscono delle nuove figure giuridiche soggettive quanto, piuttosto, delle classificazioni funzionali ad un riordino della disciplina applicabile ai soggetti così organizzati in insiemi considerati omogenei.

Pertanto, la direzione intrapresa dal legislatore sembra prescindere, ancora una volta, dalla natura dei soggetti considerati per dare risalto al momento oggettivo: gli scopi perseguiti, le risorse impiegate.

Significativo, peraltro, è il fatto che la legge di riforma contenga una duplice delega, l’una relativa al riordino della disciplina dei servizi pubblici locali e, ancora una volta, alla individuazione delle modalità di gestione di questi, l’altra relativa al riordino della disciplina delle partecipazioni azionarie detenute dalle amministrazioni pubbliche.

Trattasi di deleghe tra loro intrinsecamente legate, posto che la definizione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali passa anche attraverso la revisione degli istituti che, tradizionalmente, ne hanno rappresentato un significativo modello: le società a partecipazione pubblica.

Anche in relazione alle accennate prospettive di riforma, si ritiene di poter concludere che, con riguardo alle società pubbliche, la natura soggettiva di carattere privatistico ben possa convivere con un regime, una disciplina, di carattere ibrido, con uno statuto che, avendo come base di riferimento quello delle società di diritto comune, subisce significative deroghe in ragione del coinvolgimento della società in vista del perseguimento di finalità pubblicistiche e dell'impiego di pubbliche risorse.

Nell'ambito dei servizi pubblici locali, il modello gestionale rappresentato dalle società pubbliche, siano esse *in house*, a capitale misto ovvero a capitale interamente pubblico ma non qualificabili come *in house*, si rivela uno strumento neutro rispetto al perseguimento delle finalità pubblicistiche e, con esse, della soddisfazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

Il disfavore verso tali moduli organizzativi, a priori ritenuti strumento volto ad eludere i vincoli di finanza pubblica ed i principi sottesi all'azione amministrativa, non trova ragion d'essere ove le disposizioni normative vigenti siano, nel caso concreto, attuate.

Per effetto dell'ampia estensione del regime pubblicistico alle società partecipate deputate alla gestione di un pubblico servizio (e talvolta persino degli stessi soggetti interamente privati affidatari dei servizi in questione), l'apparente possibilità che il modello consenta una sottrazione alle regole che presidiano l'azione amministrativa appare fortemente controbilanciata¹⁰¹⁰.

La soggezione ai vincoli di finanza pubblica, l'estensione – nei limiti innanzi descritti - delle norme in materia di aggiudicazione dei contratti e di reclutamento del personale, la sottoposizione ai controlli interni dell'ente locale e, in via mediata, ai controlli esterni esercitati dalla Corte dei conti, rappresentano alcuni degli elementi idonei ad orientare l'azione delle società pubbliche, e delle p.a. socie, verso il rispetto dei principi sottesi al disposto dell'art. 97 della Costituzione.

In una visione prospettica, sembra auspicabile, più che una riforma recante una ulteriore revisione del sistema, un consolidamento degli istituti vigenti, possibile solo ove, tra una novella normativa e l'altra, gli operatori abbiano il tempo necessario a recepirne il disposto e di portarne a regime i relativi contenuti.

¹⁰¹⁰ G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 156. L'Autore ritiene che le società a partecipazione pubblica non costituiscano “una terza specie di enti pubblici: sono invece società per azioni nelle quali azionista, unico, di maggioranza o di minoranza, è l'ente pubblico”. Si tratta, secondo l'Autore, “di una species del genus società per azioni (di diritto privato)”.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, Tomo III, *L'azione dei pubblici poteri*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, 1984.

AA.VV., *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, a cura di L. Ammannati, Milano, 1995.

AA.VV., *La revisione nelle aziende pubbliche. enti locali, Aziende Speciali e Aziende Sanitarie*, a cura di L. Marchi, Rimini, 1997.

AA.VV., *I controlli societari e governo dell'impresa*, a cura di A. Predieri, Torino, 1999.

AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Tomo I, Milano, 2000.

AA.VV., *Il controllo notarile sugli atti societari. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, a cura di A. Paciello, Milano, 2001.

AA.VV., *I principi fondamentali del diritto costituzionale comune europeo*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2001.

AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, 2001.

AA.VV., *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, a cura di S. Prisco, Torino, 2002.

AA.VV., *Statuti societari e controllo di legalità*, a cura di R. Alessi, M.A. Galeotti Flori, Torino, 2002.

AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002.

AA.VV., *L'ordinamento degli enti locali. Commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, a cura di M. Bertolissi, Bologna, 2002.

AA.VV., *Principio di sussidiarietà. Europa, Stato sociale*, a cura di M. Napoli, Milano, 2003.

AA.VV., *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003.

AA.VV., *Dai Patti di stabilità alla legge di stabilità*, a cura di M. L. Bassi, Padova, 2004.

AA. VV., *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, n. 9 dei *Quaderni del giornale di diritto amministrativo*, 2004.

AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, IV edizione, Milano, 2005.

AA.VV., *Appalti pubblici e servizi di interesse generale, Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, novembre-dicembre 2004*, a cura di G.A. Benacchio, D. De Pretis, Trento, 2005.

AA.VV., *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*, a cura di L. Violini, Milano, 2005.

AA.VV., *L'impresa europea di interesse generale*, a cura di G. Rossi, Milano, 2006.

AA.VV., *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, a cura di G. Strozzi, Torino, seconda edizione (aggiornata e ampliata), 2006.

AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Volume II, Attività, organizzazione, servizi*, Padova, 2007.

AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. De Nictolis, Milano, 2007.

AA.VV., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, a cura di M. Baldi, R. Tomei, Milano, 2007.

AA. VV., *Le nuove leggi amministrative – Codice dei contratti pubblici: commento al d. lvo. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti*

pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, Milano, 2007.

AA.VV., *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, atti del convegno tenutosi a Padova in data 8 giugno 2007, Padova, 2008.

AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV, Le tipologie contrattuali*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008.

AA.VV., *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2008.

AA.VV., *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. Celentano, E. Forgillo, Torino, 2008.

AA.VV., *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Milano, 2009.

AA.VV., *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, a cura di G.C. De Martin, Milano, 2009.

AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, I, Torino, 2010.

AA.VV., *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. Cabiddu, Torino, 2010.

AA.VV., *La giurisdizione. Dizionario del riparto*, a cura di G. Verde, Bologna, 2010.

AA.VV., *Profili attuali di diritto societario europeo*, a cura di G. Ferri e M. Stella Richter, Milano, 2010.

AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011.

AA.VV., *L'integrazione europea, il principio di sussidiarietà e la riforma istituzionale della Provincia Autonoma di Trento*, a cura di G. Postal e M. Marcantoni, Milano, 2011.

AA.VV., *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011.

AA.VV., *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011.

AA.VV., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2011.

AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, 2011.

AA.VV., *La nuova Costituzione economica*, a cura di S. Cassese, V edizione, Bari, 2012.

AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, IV edizione, Milano, 2012.

AA.VV., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G.A. Benacchio, M. Cozzio, Milano, 2012.

AA.VV., *La disciplina generale del contratto: dalle istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, XX edizione, Torino, 2013.

AA.VV., *Contabilità e bilancio degli enti locali. Tendenze evolutive e applicative*, a cura di A. Ziruolo, Rimini, 2013.

AA.VV., *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Tomi I e II, Padova, 2014.

AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, VI edizione, Torino, 2014.

R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II edizione, Torino, 2010.

R. AGNOLETTO, *Le modalità di affidamento del servizio idrico integrato*, in www.dirittoambiente.com.

F. ALBO, *La fattispecie sanzionatoria prevista dall'art. 20, c. 12, d.l. n. 98/2011, per le ipotesi di elusione del patto di stabilità*, in *Azienditalia*, 2011, 11, 789.

F. ALBO, *Il dissesto finanziario negli enti locali alla luce del decreto legislativo n. 149/2011*, in *Azienditalia*, 2012, 3, 223.

F. ALBO, *Le dismissioni delle partecipazioni societarie e il ruolo delle sezioni di controllo della Corte dei conti*, in *Insero di Azienditalia*, 2012, 3, III.

M. ALESIO, *Società miste, no all'affidamento diretto. Mai appalti in house se ci sono i privati*, in *Diritto e giustizia*, 2005, 5.

R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 1966.

G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, Tomo I, *Diritto pubblico generale*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, 1984.

G. AMATO, *La Corte dei conti a 150 anni dalla nascita*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 12, 1157.

C. ANELLI, F. IZZI, C. TALICE, *Contabilità pubblica: nozioni generali; i beni; i contratti; il bilancio dello Stato, delle Regioni, degli enti pubblici territoriali e istituzionali: comuni e province, università, camere di commercio, unità sanitarie locali; le opere pubbliche; i fondi europei di investimento*, II edizione ampliata ed aggiornata, Milano, 1996.

P. ANSELMO, L. COMBERIATI, *Affidamento diretto e concorrenza nel decreto Bersani. L'incertezza continua*, 7 dicembre 2006, in *Diritto&Diritti*, www.diritto.it.

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Tomo II, Milano, 2003.

L. ANTONINI, *Federalismo all'italiana, Dietro le quinte della grande incompiuta: quello che ogni cittadino dovrebbe sapere*, Venezia, 2013.

M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008.

M. ARENA, G. CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007.

A. ARGENTATI, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in www.federalismi.it, 2012.

S. ARROWSMITH, *Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortia and in house tenders*, in *Public Procurement Law Review*, 1997.

G. ASTEGIANO, *Società partecipata da ente locale e affidamento del servizio pubblico*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, 2.

G. ASTEGIANO, *Società partecipate dagli enti territoriali e funzioni di controllo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, 2008, 11, 1.

G. ASTEGIANO, *Società a partecipazione locale e vincoli di finanza pubblica*, in *Azienditalia*, 2009, 5, 373.

G. ASTEGIANO, *Società partecipate dagli enti territoriali e funzioni di controllo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, 2008, 11, 1.

G. ASTEGIANO, *L'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale alla luce delle vigenti regole di finanza pubblica*, in *Insero di Azienditalia*, 2012, 3, VI.

G. AULETTA, N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano, 2010, 191.

S. AURIEMMA, *L'incidenza del danno, quale criterio di collegamento per la giurisdizione sulle società per azioni partecipate da Entepubblico*, in www.amcorteconti.it.

M. BALDINATO, *Nota alla Sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2006, 227.

L. BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda*, in *Fallimento*, 2013, 10, 1273.

M. BALLORIANI, *Si estende il raggio di azione del giudice contabile*, nota a Cass., Sez. un., 4 dicembre 2009, n. 25504, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2010, 1, 76.

A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973.

M. BARBERO, *Il Patto di stabilità interno all'esame della Corte costituzionale*, in *Il Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2, 346.

A. BARDUSCO, *Azienda municipalizzata*, voce, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume II, Torino, 1987, 129 ss.

A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali: tra art. 13 del Decreto Bersani e art. 23 – bis del d. l. 112/2008*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 6.

M. BASILAVECCHIA, *Le S.p.a. miste: profili tributari*, in *Rassegna Tributaria*, 1997, 4, 566.

A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009.

G. BASSI, *La riforma dei servizi pubblici locali. Vincoli, minacce ed opportunità dell'apertura al mercato*, Rimini, 2008.

G. BASSI, *Le utilities locali dopo l'incostituzionalità della riforma dei servizi pubblici: riconfigurarne il ruolo partendo dai fondamentali dell'economia aziendale*, in *Azienditalia*, 2012, 10, 695.

G. BASSI, F. MORETTI, *Il nuovo quadro ordinamentale dei servizi pubblici di rilevanza economica dopo la conversione del decreto "liberalizzazioni"*, in *Azienditalia*, 2012, 5, 381.

N. BASSI, *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comunitario*, 2006.

S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011.

F. BATTINI, *L'attività consultiva della Corte dei conti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 8, 834.

F. BATTINI, *Impugnabilità in sede giurisdizionale degli esiti di controllo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 877.

M. BELLESIA, *Lo schema di regolamento di contabilità e dei controlli interni alla luce delle novità del d.l. n. 174/2012*, in *Azienditalia – Inserto*, 2013, 1, III.

M. BELLESIA, *I rapporti contabili tra l'ente locale e le proprie società partecipate*, in *Azienditalia*, 2013, 3, 205.

D. BELLINI, *Servizi privi di rilevanza economica e principio di sussidiarietà*, in *Azienditalia*, 2005, 12, 818.

G. BELLONI, *La scissione non proporzionale quale strumento di riassetto delle forme di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Azienditalia*, 2011, 8, 585.

G. BELLONI, *Le prospettive di evoluzione strategico istituzionale delle società in house*, in *Azienditalia*, 2010, 3, 206.

G.P. BELLONI, *Implicazioni economico-finanziarie e societarie nelle partecipazioni degli enti locali*, in *Azienditalia - Fin. e Trib.*, 2006, 19, 1063.

A. BELTRAMI, *Le modalità applicative dell'armonizzazione dei bilanci: la nuova competenza finanziaria*, in *Azienditalia*, 2012, 3, 221.

M. BENEDETTI, *Le quote rosa nei consigli di amministrazione delle imprese a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 7, 719 ss.

C. BENUSSI, *La riforma Severino e il nuovo volto della corruzione*, in *Corriere Merito*, 2013, 4, 361.

J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 155.

G. BERSANI, *L'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale alla c.d. "società in house"*, in *Fisco*, 2014, 17, 1663.

G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

M. BERTOLISSI, R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, II edizione, Torino, 1996.

M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, II edizione, Milano, 2000.

F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 2.

P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, XII edizione, 2011.

R. BOCCUZZI, *L'affidamento in house tra pubbliche amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it.

M. BOMBARDELLI, *Nuove questioni relative alla legittimazione soggettiva e all'oggetto del diritto di accesso*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 8, 807.

H. BONURA, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzatoria degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 4, 398.

A. BORGHI, G. FARNETI, P. CRISO, *Modulo enti locali 2010 – Tributi e fiscalità*, Milano, 2010.

I. BORRELLO, R. PEREZ, *La nuova disciplina dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1, 28.

G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1606.

A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005.

A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2012, 108.

F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it.*, 1970, 1910.

F. BRUNO, *La disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte della p.a.*, in *Azienditalia*, 2013, 6, 494.

E. BUGLIONE, A. FILIPPETTI, *Le recenti disposizioni sul federalismo fiscale: prove di autonomia nella finanza locale in Comuni e Regioni*, in www.issirfa.cnr.it.

S. BUSCEMA, *Trattato di contabilità pubblica*, Milano, 1979.

S. BUSCEMA, *Trattato di diritto Amministrativo* a cura di G. Santianello, volume VII, *I contratti della Pubblica amministrazione*, II edizione, Padova, 2002.

A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010.

G. CAIA (a cura di), *I servizi pubblici locali. Evoluzione e prospettive*, Rimini, 1995.

G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 5, 1231.

G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1565.

G. CAIA, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Enciclopedia Treccani, Diritto amministrativo, amministrativo dell'economia*, 2013, 238 ss.

G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.

V. CAIANELLO, voce *Concessioni*. *Diritto amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, volume II, Torino, 1981.

V. CAIANIELLO, *Istituzioni e liberalismo*, 2005, Soveria Mannelli, 2005.

A.M. CALAMIA, V. VIGIAK, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2011.

M. CALARESU, *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, 2159.

L. CAMERIERO, *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 5.

M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica. Comuni, Province e Regioni*, Rimini, 1989.

G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2005.

M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2004, 3-4-, 801.

G. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, I, Torino, 2009.

V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il controllo della Corte dei conti sulle gestioni pubbliche*, relazione svolta al *Convegno 150 anni della Corte dei conti*, Roma, 2012.

A. CAPRARA, *La revoca del sindaco nominato dal socio pubblico è un affare (di diritto) privato*, Nota a Tribunale di Palermo, Sezione specializzata in materia di impresa, decreto del 13 febbraio 2013, in *Le società*, 2013, 10, 1036.

A. CAPRARA, *Sul d.g. di società in mano pubblica decide la Corte dei conti se il patrimonio danneggiato è pubblico*, nota a Cass., Sez. un., ordinanza 9 aprile 2010, n. 8429, in *Le società*, 2010, 10, 1177.

F. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Tomo I, Milano, 2010.

V. CAPUTI, A. JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 2000.

R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004.

R. CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 12.

R. CARANTA, C.D. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, 493.

L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Società per azioni ed organismi di diritto pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2012, 5, 625.

L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Applicazione della disciplina restrittiva delle società "ad oggetto sociale esclusivo"*, in *Corriere Giur.*, 2011, 3, 327.

L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Divieti di cui all'art. 13 del decreto Bersani e cd. società di terzo grado*, in *Corriere Giur.*, 2011, 11, 1513.

L. CARBONE, L. LO MEO, *Requisito oggettivo della strumentalità nelle società partecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, 529.

V. CARELLA, *La responsabilità penale e amministrativa delle società in house e miste*, in *Rivista di diritto societario*, 2012, 2, 375.

F. CARINGELLA, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 2000.

F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007.

L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 2002.

E. CARLONI, *La riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5, 469.

E. CARLONI, *Le prospettive dell'e-governement nella Repubblica delle autonomie*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 4, 453.

G. CARLOTTI, A. CLINI, *Diritto amministrativo*, Rimini, 2014.

R. CARPINO, *Testo unico degli enti locali commentato*, VI edizione, Rimini, 2008.

A. CAROSI, *Le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti e la legge n. 131/03*, relazione al convegno *I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale*, 52° Convegno di Studi Amministrativi tenutosi a Villa Monastero – Varenna (Lecco) il 21-23 settembre 2006.

L. CARROZZA, *Partecipazione e contratto di servizio*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, a cura di A. Crosetti e F. Fracchia, Milano, 2002.

D. CASALINI, *Appalti pubblici ed organizzazioni in house: un caso spagnolo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003.

D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

G. CASCONI, *La posizione dell'organo di revisione nella riforma dei controlli*, in *Azienditalia*, 1999, 11, 568.

E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVI edizione, Milano, 2014.

F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2008.

F. CASTOLDI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica al vaglio della Corte costituzionale: i riflessi di alcune delle questioni trattate dalla sentenza sul servizio idrico integrato nazionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, 2, 260.

S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990.

R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006.

A. CECCHERINI, *Sulla concorrente responsabilità della società e dei suoi amministratori per fatto illecito*, nota a Cass., civ., Sez. I, 5 dicembre 2011, n. 25946, in *Le Società*, 2012, 6, 617.

P. CENTORE, *Regole di imponibilità per le sovvenzioni statali*, in *Corr. trib.*, 2002, 12, 1046.

V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *Rivista telematica federalismi.it*.

V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2006, 747 ss.

V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2900.

G. CHIANTERA, *Affidamenti in house e nuovo diritto societario: rapporto società controllante e società controllata*, in www.aspirantiuditori.it.

V.V. CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, Milano, 2008.

E. CHITI, *Il Meccanismo europeo di stabilità al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 2, 148.

M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000.

M. P. CHITI, *Introduzione: luci, ombre e vaghezze nella disciplina del partenariato pubblico- privato*, intervento all'incontro di studio organizzato dalla sezione italiana dell'IISA del 29 luglio 2005.

M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo I, II edizione, Milano, 2007.

A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XII edizione, Milano, 2012.

A CIARAMELLA, *Prime considerazioni sulle modifiche al regime della responsabilità amministrativa di cui all'art. 17, commi da 30 bis a 30 quinquies, del d.l. n. 78/2009, convertito nella legge n. 102 del 2009*, in *Riv. Corte conti*, 2009, 3, 250.

L. CIMBOLINI, *La circolarizzazione dei debiti e dei crediti fra ente locale e società partecipate*, in *Azienditalia*, 2012, 12, 825.

F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010.

F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *www.federalismi.it*, 30 maggio 2012, 11.

G.P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, 2002, 2-3, 445.

M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

M. CLARICH, *Conclusioni*, Intervento all'incontro di studio organizzato dalla sezione italiana dello IISA del 29 luglio 2005, 289.

M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253.

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.

A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it

M. COCCONI, *L'acquisizione di documenti da parte di soggetti pubblici: diritto d'accesso o principio di leale cooperazione istituzionale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1, 58.

L. COEN, *Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

D. COLACCINO, *La dismissione e la razionalizzazione di partecipazioni societarie dello Stato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 12, 1189.

G. COLANGELO, P. FOSSATI, M.G. MONTANARO, *Le dismissioni delle società partecipate dai Comuni minori*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 7, 822.

S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 2.

M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 5.

D. COMITE, *Le sovvenzioni e le misure compensative nell'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2009.

C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012.

C. CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli enti locali: verso una nuova nozione di 'strumentalità'?*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 4, 462 ss.

C. CONTESSA, *Diritto di accesso, interessi diffusi e associazioni dei consumatori; il nuovo arresto dell'adunanza plenaria*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 10, 1059.

P. COPPOLA, *Il regime fiscale agevolato delle società miste per la gestione dei servizi pubblici: problematiche applicative*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, 1, 44.

M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*, II edizione, Padova, 2009.

G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.

P. COSMAI, *La nuova disciplina delle incompatibilità dopo la legge anticorruzione*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2013, 1, 5.

P. COSMAI, *La mappatura e la gestione del rischio per i p.t.p.c.*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2014, 1, 13.

P. COSMAI, E. CIPOLLETTA, *Trasparenza a tutto campo, anche nelle partecipate*, in *Azienditalia*, 2014, 11, 756.

M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, 4, 627.

P. COSTANZO, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2010.

V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario alla Costituzione*, Padova, 1990.

A. CUGINI, *Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1909.

L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009.

L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5, 485.

E. CUZZOLA, *Manuale dell'IVA negli enti locali*, Rimini, 2013.

N. D'ALESSANDRO, G. DI GENNARO, *Il ruolo delle indagini finanziarie nei processi di separazione e di divorzio: profili applicativi, ipotesi esemplificative ed effetti fiscali*, in *Fisco*, 2013, 37, 5734.

C. D'ARIES, *Scioglimento e alienazioni delle società a partecipazione pubblica "contra legem" – Quadro normativo attuale e scadenario 2013*, in *Azienditalia*, 2013, 5, 415.

C. D'ARIES, A. NONINI, *L'affidamento "in house providing": aspetti giuridici e gestionali*, in *Azienditalia*, 2008, 3 ss.

C. D'ARIES, A. NONINI, *I servizi pubblici tra liberalizzazione ed equilibri finanziari*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2012, 3.

A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, nota a Corte cost. 439/2008, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008.

G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 6, 689.

G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 7, 869.

G. D'AURIA, *I controlli*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006.

A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo. Nota alla sentenza non definitiva del TAR Lazio, Sez. III ter, 15 marzo 2013, n. 2720*, in *federalismi.it*, 2013, 14.

F. DAL CANTO, S. PANIZZA, *Lo Stato e gli altri ordinamenti giuridici, i principi fondamentali, i diritti e i doveri costituzionali*, Volume I, in AA.VV., *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, a cura di R. Romboli, Torino, 2011.

D. DALFINO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, in *Le società*, 2010, 11, 1361.

L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, IV edizione, Milano, 2010.

V. DE CAMPO, *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: mutamento della maggioranza politica quale giusta causa di revoca*, in *Le società*, 2011, 3, 262.

G. DE CANDIA, *Il contratto di servizio nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società di capitali a partecipazione pubblica*, in *Nuova rassegna*, 2000, 19, 2036.

S. DE FELICE, *La giurisdizione sui comportamenti delle amministrazioni e la tutela processuale (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 204/2004)*, in www.giustizia.amministrativa.it.

F. DE MATTEIS, *Principi contabili e reporting per il cittadino negli enti locali: opposti agli antipodi o strumenti compatibili?*, in *Riv. dottori commercialisti*, 2011, 2, 285.

R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 3.

R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008.

R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, Milano, 2009, 10.

M. DE PAOLIS, *I contratti della pubblica amministrazione, raccolta coordinata di giurisprudenza e legislazione*, Padova, 1999.

G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2012.

F. DEGNI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro amm. TAR*, 2005.

L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla Comunità*, Milano, 2004.

L. DEL FEDERICO, *Contributi comunitari ed imponibilità ai fini Iva, in il fisco*, 1996, 45, 10908.

L. DEL FEDERICO, *Disciplina fiscale ai fini Iva delle prestazioni di servizi svolte da società commerciali nell'ambito di concessione del servizio da parte di ente pubblico*, in *Fisco*, 2005, 7, 954.

L. DEL FEDERICO, *Contributi corrisposti per la costruzione di un impianto ospedaliero ed assoggettamento ad Iva*, in *Fisco*, 2005, 19, 2898.

L. DEL FEDERICO, *Contributi a compagnie aeree ed assoggettabilità ad Iva*, in *Fisco*, 2002, 37, 5894.

S. DEL GATTO, *Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 10, 960.

S. DEL GATTO, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 5, 489.

S. DEL NEGRO, *Società partecipate: responsabilità delle società e degli amministratori*, in *Il Diritto della Regione*, 2011, 2.

F. DELFINI, *D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82: il Codice dell'amministrazione digitale*, in *Contratti*, 2005, 8-9, 807.

G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998.

P. DELLA PORTA, *Forma societaria e affidamenti diretti: primo monito (indiretto) della Plenaria*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 2.

P. DELLA PORTA, *Società miste, servizi pubblici e appalti al vaglio della Plenaria*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 1.

P. DELLA PORTA, *Disciplina dei servizi pubblici ed esiti referendari. Qualche commento*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2011, 4, 529.

P. DELLA PORTA, *I costi sociali nelle concessioni di servizi: paga l'utente*, nota a TAR Lazio, Sez. II-ter, 7 settembre 2012, n. 7630, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2012, 4, 13.

F. DELLO SBARBA, *La compatibilità degli affidamenti in house con l'art. 23-bis d.l. 112/2008: il g.a. anticipa l'art. 15, d.l. 135/2009*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2, 227 ss.

F. DELLO SBARBA, *L'art. 13 del decreto Bersani e le società di terzo grado tra servizi strumentali e servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 12, 1416.

A. DI BELLA, *La gestione associata dei servizi nei piccoli Comuni dopo la "spending review"*, in *Azienditalia*, 2012, 10, 689.

U. DI BENEDETTO, *Le materie della giurisdizione esclusiva dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in www.giustizia.amministrativa.it.

F. DI CRISTINA, *I pareri dell'Agcm sull'affidamento 'in house' dei servizi pubblici locali*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 173.

B. DI GIACOMO RUSSO, *Una pronuncia del TAR Lombardia per un più stringente controllo analogo in materia di servizi pubblici locali*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, Rimini, 2009, 1.

S. DIGREGORIO NATOLI, *Iva: operazioni imponibili, non imponibili, esenti ed escluse*, in *Fisco*, 2000, 42, 12509.

A. DI LEO, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 8, 788.

N.S. DI PAOLA, *Il fallimento. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2012.

D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010.

U. DRAETTA, N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, III edizione, Milano, 2010.

M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del D.L. N. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 347.

M. DUGATO, *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 2.

M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 855.

L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, III ed., II Tome, *La Théorie général de l'État*, Paris, 1928.

M. ESPOSITO, *Molto ma non abbastanza: la Corte costituzionale al confine tra pubblico e privato*, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4442.

C. FACCHINI, *Informazioni e comunicazioni di servizio verso le imprese*, in *Azienditalia*, 2010, 1, 26.

G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, XI, edizione, Padova, 2008.

G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, II edizione riveduta, Padova, 2007.

S. FANTINI, *Le disposizioni della finanziaria 2008 in tema di società pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4, 2008.

G. FARNETI, *Le società partecipate: problemi d'attualità*, in *Azienditalia*, 2008, 9, 684.

G. FARNETI, *Il sistema dei controlli sulle partecipate alla luce della riforma e delle recenti modifiche ordinamentali*, in www.amministrazioneincammino.it, *Rivista di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"*.

G. FARNETI, *La disciplina sui servizi pubblici è giunta a un punto di arrivo*, in *Azienditalia*, 2010, 9, 698.

G. FARNETI, *Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2012, 11, 780 ss.

G. FARNETI, *I controlli sulle partecipate: attualità del tema e rafforzamento del ruolo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, 2013, 5, 391.

R. FAZIOLI, *Economia delle public utilities. L'evoluzione dell'intervento pubblico di regolazione, liberalizzazione e privatizzazione*, Padova, 2013.

O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

N. FERRANTE, *Gli affidamenti in house: il rapporto tra l'amministrazione e la società affidataria nella logica del controllo analogo*, in www.Altalex.it.

E. FERRARI, *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2000.

G. FERRARI, *Accesso ai documenti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 12, 1295.

G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, IV edizione, Roma, 2014.

G. FERRARI, L. TARANTINO, *I limiti territoriali imposti alle società pubbliche strumentali di terzo grado*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 10, 1231.

G. FERRARI, L. TARANTINO, *La nozione di p.a. in materia di accesso*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 12, 1340.

G. FERRARI, L. TARANTINO, *Accesso e pubblico impiego*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 7, 857.

G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1997, 62.

F. FIMMANÒ, *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2013, 10, 1290.

F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, in *Le società*, 2014, 1, 55.

F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, in *Le società*, 2013, 8-9, 974.

L.E. FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2011, 2, 315.

L.E. FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, 4, 532.

E. FLACCADORO, *I meccanismi di controllo della spesa nelle amministrazioni locali*, in *federalismi.it*, 2013, 23.

S. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 3, 293.

FONDAZIONE ROSSELLI, *Affidamento diretto e in house contracts negli appalti pubblici di servizi delle amministrazioni centrali*, Rapporto al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, ottobre 2005.

G. FORGIONE, *Le attività rilevanti ai fini Iva per gli enti locali: la verifica del presupposto soggettivo*, in *Fisco*, 2003, 36, 5644.

D. FRACCHIA, *Una prima lettura del comma 734 della L. 27/12/2006, n. 296 e della Circolare 13 luglio 2007*, in *Le società*, 2008, 2, 137.

M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto dell'Unione europea. L'ordinamento giuridico, il sistema istituzionale, la Carta dei diritti*, Milano, 2012.

L. FRATA, *L'art. 140 bis Cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 12, 1236.

M. FRATINI, G. BASCHETTI, *Le società di capitali: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010.

E. FRENI, *Golden share: raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 25 ss.

G. FUOCO, *Le società in house abbandonano il mercato?*, in *www.lexitalia.it*.

E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 4, 1149.

B. GAGLIARDI, *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 6, 691.

M. GALESI, *In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo?*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 8.

F. GALGANO, *Commento agli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione, Tomo II, Rapporti economici*, a cura di G. Branca, Bologna, 1982.

F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario, 1*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXIX, Padova, 2004.

F. GALGANO, *Commento all'art. 1*, in *Commentario. Legge Fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1974.

F. GALGANO, *Diritto privato*, XV edizione, Padova, 2010.

F. GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore, le società*, VIII edizione, Bologna, 2013.

C.E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M.L. SEGUIDI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, VI edizione, Torino, 2013.

D. GALLO, *I servizi di interesse generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

M. GALLO, *Contratto di diritto pubblico, voce*, in *Novissimo Digesto italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, volume IV, Torino, 1959, 644 ss.

R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Rivista telematica Lexitalia.it*.

R. GAROFOLI - M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici. Nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, II edizione, Roma, 2009.

R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici annotato con dottrina giurisprudenza e formule*, Tomo I, VI edizione, Roma, 2011.

F. GARRI, *I controlli nell'ordinamento italiano*, Padova, 1998.

F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 2000.

F. GAVIOLI, *I revisori dei conti negli enti locali e i rapporti con le società partecipate*, in *Azienditalia – Finanza e tributi*, 2013, 6, 485.

A. GENTILI, *La tutela del diritto allo studio*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2002, 6, 1157.

L. GHIA, C. PICCINNI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, volume I, Torino, 2010.

D. GHIANDONI, *"Compensazioni economiche" all'interno del corrispettivo di un servizio affidato a un organismo partecipato*, in *Azienditalia*, 2011, 3, 219.

P. GHIGLIONE, M. BIALLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle SS.UU.*, nota a Cass. Sez. un., ordinanza 15 gennaio 2010, n. 519, in *Le società*, 2010, 7, 803.

M.P. GIANESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3081.

D. GIANNINI, *L'accesso ai documenti*, Milano, 2013.

L. GIANNINI, M. VITALI, *I patti parasociali*, Rimini, 2008.

M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Volume I, Milano, 1970.

M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, volume II, II edizione, Milano, 1988.

M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione*, Roma, 1953.

M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in AA.VV., *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1991.

F. GIGLIONI, *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 5.

B. GILIBERTI, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urbanistica e appalti*, Milano, 2009, 2.

B. GILIBERTI, *L'esenzione per le società quotate dal divieto di partecipazione alle gare di servizio pubblico locale alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti infragruppo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 5, 1399.

B. GILIBERTI, L.R. PERFETTI, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 3, 257.

B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 11, 2511.

N. GIOFFRE, *L'evidenza pubblica nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione: riferimenti alle norme sui pubblici appalti*, Napoli, 1995.

M. GIORGIO, *L'affidamento in house è sempre l'eccezione? Il caso Catania Multiservizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 5.

R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Il diritto di accesso. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008.

R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in www.giustiziamministrativa.it.

M. GIOVANNELLI, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006.

M. GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8, 2007.

S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2007.

F.M. GIULIANI, *Note sulla soggettività ai fini IVA delle società in house*, in *Quadrimestre di business and tax, Rivista free on line di diritto tributario e della impresa*.

A. GIURDANELLA, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, IV ebook della collana *I quaderni di Giurdanella.it*, 2014.

L. GIZZI, *Trasporto a fune: servizio pubblico o attività economica privata?*, relazione resa al VI Forum giuridico europeo della neve, Bormio, 15 dicembre 2012.

F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1364.

F. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie*

pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 815.

S. GORETTI, L. MEACCI, *Pianificazione e monitoraggio strategico negli enti locali: un metodo per definire obiettivi, indicatori e sviluppare un sistema di reporting*, in *Azienditalia*, 2013, 5, 405.

R. GOSO, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore dei soggetti proprietari delle reti*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 5.

F. GRANATA, *Sovvenzioni ed assoggettamento ad Iva*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, 7-8, 177.

G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 61.

G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010.

G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, volume II, IV edizione, Milano, 2013.

M. GRECO, *L'in house providing e l'affidamento diretto dei servizi nei recenti orientamenti della giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in www.euro-pa.it.

C. GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 3.

F. GUERRA, *Il controllo analogo*, in *Giur. comm.*, 2011, 5, 774.

F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2005, 6, 681.

F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società 'a partecipazione mista' pubblico-privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 4, 511.

L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, III edizione, Torino, 2004.

F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.

- F. GULLO, *Concessione e contratto di diritto pubblico*, Padova, 1961.
- G. GUZZO, *La Direttiva Ue n. 2014/24/Ue e le nuove regole in materia di affidamenti in house: riflessioni minime e prime interpretazioni*, in *www.lexitalia.it*, 2014, 7-8.
- S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The cost of rights. Why the liberty depends on taxes*, New York, 1999, traduzione italiana a cura di E. Caglieri, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.
- C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'“idea” di servizio pubblico nella nuova disciplina interna comunitaria*, Torino, 2005.
- C. IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992.
- C. IBBA, voce *Società legali*, in *Dizionari del diritto privato promossi da N. Irti, Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011.
- L. IERA, *È ancora legittimo l'affidamento in house in favore di una società mista?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 9.
- A. ILACQUA, *L'in house “puro” dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3, 747.
- M. INGROSSO, G. TESAURO, *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009.
- F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 18.
- E. JORIO, *L'armonizzazione dei bilanci e le circolari ausiliarie dell'applicazione del federalismo fiscale*, in *www.federalismi.it*
- J.M. KEYNES, *Come uscire dalla crisi, Raccolta di saggi*, traduzione di P. Sabbatini, Bari, 2004.
- G. LANCELLOTTI, F. LANCELLOTTI, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Uno scudo processuale per le società e gli enti*, Torino, 2011, 25 ss.

N. LANDI, A. PAPI ROSSI, *L'affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 2.

S. LA PORTA, *Il 'ripristino' della normativa abrogata con referendum. Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 4.

F. LAZZARO, *La trasparenza delle amministrazioni pubbliche*, in *Azienditalia*, 2013, 6, 504.

B. LAVANDA, *La cessione di quote in società pubbliche: linee guida*, in *Azienditalia*, 2011, 1, 39.

F. LEGGIADRO, *Affidamento in house della concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 3.

M. LIBANORA, G. TOMMASINI, *La normativa sulle partecipazioni pubbliche e il loro necessario riordino*, in *Azienditalia*, 2011, 3, 226.

A. LINGUITI, *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa*, in *Atti dell'incontro di studio, Roma-Palazzo Spada 13 giugno 2000*, Milano, 2002.

M. LIPARI, *L'accesso "inaccessibile" (il nuovo regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi)*, in *Corriere Merito*, 2006, 8-9, 1067.

F. LOGIUDICE, *Sul controllo analogo nel caso di affidamento in house*, in *www.Altalex.it*.

E. LONGO, A. SIMONCINI, *Commento all'art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di N. Olivetti, A. Celotto, R. Bifulco, Torino, 2006.

F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *Rivista telematica federalismi.it*.

E. LORIA, *Le società pubbliche dopo la legge n. 69/2009*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 10, 1164.

A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 261.

M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 7, 767.

M. MACCHIA, *Gli amministratori di società pubbliche e il danno erariale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 4, 381 ss.

I. MACRÌ, *La disponibilità dei servizi nell'amministrazione digitale. Le linee guida per il disaster recovery*, in *Azienditalia*, 2012, 12, 829.

I. MACRÌ, *I dati delle pubbliche amministrazioni fra adempimenti e opportunità*, in *Azienditalia*, 2012, 7, 533.

P. MAGAGNOTTI, *Il principio di sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa*, Bologna, 1991.

M. MAGNABOSCO, *Gli affidamenti tra gare e in house*, in www.ediliziaterritorio.ilsole24ore.com.

M. MAGRI, *Lo spoils system di inizio legislatura*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 6, 605.

A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267.

B. MAMELI, *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 10, 1949.

L. MANASSERO, *Affidamenti in house: profili problematici dell'art 13 del Decreto Bersani*, in www.Altalex.it.

S. MANFREDA, *La tutela della concorrenza in tempo di crisi (le molte anime dell'antitrust nella relazione sul 2012)*, in federalismi.it, 2013, 20.

G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

R. MANGANI, *La Corte di giustizia europea boccia l'affidamento interno anche negli appalti di servizi: niente in house se s.p.a. è mista*, in *Edilizia e territorio del 22 gennaio 2005*, www.ediliziaterritorio.ilsole24ore.com.

F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VI edizione, Padova, 2009, 114.

G. MARI, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 9, 2335.

D. MARONGIU, *Le fonti del diritto e l'amministrazione digitale: l'armonizzazione tra livelli di normazione nell'attuale sistema*, in *Dir. Internet*, 2006, 6, 600.

T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano, 2011.

N. MARZONA, *Sistema amministrativo e processi economici*, Padova, 1986.

A. MASCOLINI, *La direttiva appalti pubblici 2004/18/CE*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, 2.

A. MASSARI, M GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici : commento al D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: le procedure innovative, la gestione della gara di rilievo comunitario e sotto soglia, le procedure alternative alla gara*, Santarcangelo di Romagna, 2006.

A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 8, 889.

N. MASTROPASQUA, *Linee guida della Corte dei conti: le verifiche sulle società partecipate*, in *Azienditalia*, 2008, 8, 623.

M. MATTALIA, *Società miste e "distorsione" della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 6, 721.

B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123.

E. MATTEI, *L'obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisore legale dei conti*, in *Le società*, 2012, 12, 1319.

S. MAZZA, *La concessione di servizi*, in AA.VV., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, Padova, 2008.

D. MAZZOTTA, *Armonizzazione dei bilanci, sperimentazione, crisi finanziarie degli enti locali: principali criticità e alcune proposte di soluzione*, in *Azienditalia*, 2012, 10, 657.

R. MELE, M. PELLICANO, *La carta dei servizi pubblici: problemi applicativi*, in *Azienditalia*, 1994, 3, 245.

N. MENARDO, *Sulle responsabilità da reato dell'ente pubblico*, in *Giur. it.*, 2011, 11.

M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *federalismi.it*, 2013, 12.

S. MENTO, *Società strumentali e tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 4, 412.

S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 5, 495.

L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002.

L. MERCATI, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in *www.federalismi.it*, 2014, 2.

F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

F. MERLONI, *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 806 ss.

F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8 - Allegato 1, 4.

F. MERUSI, *Servizio pubblico*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, XVII, Torino, 1957.

E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti. Evoluzione legislativa e giurisprudenziale interna ed europea anche alla luce del referendum del 12-13 giugno 2011*, Milano, 2011.

S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, Padova, 2010.

M. MIDIRI, *Il decreto sviluppo bis: una normativa minima (ma utile) sui servizi pubblici locali*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, 2, 107 ss.

T. MIELE, G. VICICONTE, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti degli enti locali. Linee di comportamento e suggerimenti con riferimento a casi pratici e alla giurisprudenza*, Milano, 2001.

L. MIGALE, *I servizi pubblici locali: esternalizzazione, contratti e controllo*, Torino, 2004.

F. MIGLIARESE, *Contributo alla teoria del servizio pubblico: inquadramento generale*, Padova, 1992.

E. MINNEI, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato, Parte prima*, Torino, 2003.

A. MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'“araba fenice” del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 2, 148 ss.

A. MONEA, *D.lgs. n. 190/2012 e d.lgs. n. 231/2001: due normative a tutela dell'integrità organizzativa. profili di confronto*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2014, 6, 330.

P. MONTALENTI, *La società quotata*, vol. IV, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di G. Cottino, Padova, 2004.

P. MONTALENTI, *La class action all'italiana: un prodotto difettoso?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011, 7.

C. MONTANARI, *Contributi a scuole private: legittimità amministrativa e responsabilità contabile*, in *Azienditalia - Fin. e Trib.*, 2006, 4, 228.

S. MONZANI, *Controllo “analogo” e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009.

F. MORETTI, *Limiti all'utilizzabilità dello strumento societario da parte dei comuni di piccole e medie dimensioni*, in *Azienditalia*, 2012, 7, 554.

F. MORETTI, *Le rinnovate prospettive di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce del d.l. n. 179/2012*, in *Azienditalia*, 2013, 4, 339.

F. MORETTI, *Presupposti e limiti delle operazioni di aumento di capitale nelle società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2014, 1, 19.

D. MORGANTE, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. n. 174/2012*, in *federalismi.it*, 2013, 1.

A. MORRONE, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007.

R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo 'analogo' esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali 'extra-codicistiche'*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 10, 2246.

I. MOSCARDI, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di controllo analogo*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6.

G. MULLANO, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in [www.Altalex.it](http://www.altalex.it).

S. MUSOLINO, *Per la Corte costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l'in house*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 4, 409 ss.

A. MUSSA, *Le società miste nell'ordinamento italiano*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 4, 1081.

G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

A. NATALINI, *La semplificazione e la digitalizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 8, 809.

F. NAVARO, *Modello organizzativo della società mista e in house providing a margine della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 3 marzo 2008*, in *Il diritto della Regione del Veneto*, 2008, 3-4, 333 ss.

M. NICO, *Le società partecipate dagli enti locali*, Rimini, 2010.

S. NINATTI, *Privatizzazioni: la Comunità europea e le golden share nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 3, 702.

S. NINATTI, voce *Iniziativa economica privata (libertà di)*, *Commentario alla Costituzione*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 3142.

P. NOVELLI, *Società pubbliche: dismissioni, cessioni, ricognizione delle partecipazioni, controlli e ruolo della Corte dei conti*, in *Insero di Azienditalia*, 2011, 9.

P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008.

V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO, *Compendio di diritto costituzionale*, II edizione, Milano, 2011.

E. ORRÙ, *Gli aiuti di Stato nel settore del trasporto pubblico*, Bologna, 2010.

G. OSTI, *Contratto*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1959, 477.

R. PACE, *Sulla possibilità da parte di una società pubblica di porre in essere un'attività extraterritoriale a carattere lucrativo*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, anno XIII, n. 1, gennaio/marzo 2005.

C. PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002.

C. PAGLIARIN, *Autonomia, efficienza, responsabilità. Lineamenti costituzionali*, Torino, 2007.

C. PAGLIARIN, *Enti locali e dissesto*, in *Il diritto della Regione*, 2011, 1.

C. PAGLIARIN, *La spesa pubblica al tempo della crisi: poteri sovranazionali, Stato e autonomie locali*, in *Percorsi costituzionali, Costituzione e Religione*, 2013, 2/3, 359.

L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, III edizione, Padova, 1998.

M. PANI, C. SANNA, *L'in house providing alla luce della giurisprudenza costituzionale e rapporto con gli artt. 4 e 9 del d.l. 95/2012*, in www.lexitalia.it.

M. PANI, C. SANNA, *Le novità in materia di società partecipate nella legge di stabilità 2015 (legge 23 dicembre 2014, n. 190)*, in www.lexitalia.it.

L. PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, volume I, Torino, 2012.

V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 1, 385.

M.A. PASCULLI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi in Italia*, Bari, 2005.

G. PASQUINI, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998.

G. PASQUINI, *Un revirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999.

F. PATRONI GRIFFI, *L'in house providing: un de profundis rinviato?*, in *Quaderni del DAE, Rivista di diritto amministrativo elettronico*, 2006, in www.cesda.it.

F. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corriere giur.*, 2011, 3, 301.

R. PATUMI, *Il nuovo raccordo tra controllo e giurisdizione nel sistema delle autonomie*, in *Azienditalia*, 2013, 5, 399.

E. PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, Padova, 2011.

M. PEIROLO, *Rilevanza delle attività rientranti nelle prerogative della "pubblica autorità"*, in *Corr. Trib.*, 2003, 5, 1, 410.

F. PEIRONE, *La scelta del concessionario di servizi*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 539 ss.

S. PELINO, *Manuale dei contratti pubblici: la decisione pubblica di spesa e la programmazione, le procedure di gara e la formazione del contratto, i singoli contratti, gestione, esecuzione e modificazioni, i*

controlli, le controversie e le responsabilità; tutte le novità della legge quadro sui lavori pubblici, III edizione, Rimini, 1999.

G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società: riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Milano, 2007.

G. L. PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1993.

O. SEPE, *La giurisdizione contabile*, vol. XVI, II edizione, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santianello, Padova, 1997.

G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, S. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, Milano, 1995.

A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001.

D. PETTINATO, *Affidamenti in house: ulteriori sviluppi*, in www.filodiritto.com.

P. PETTINELLI, *Articolo 32 del codice unico dei contratti pubblici: coordinamento ed armonizzazione tra l'ordinamento interno e norme comunitarie*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2009, 3, 305.

E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996.

A. PIEROBON, *Spending review tra società in house e Comuni: una nuova geografia?*, in *Gazzetta Enti locali on line*, Rimini, 1 ottobre 2012.

F. PIGA, *Pubblico e privato nella dinamica delle istituzioni*, Milano, 1985.

R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2892.

G. PIPERATA, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2007, 5, 498.

G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 629.

N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 1, 100.

P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, XI edizione, Milano, 2010.

A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni 'di diritto speciale': problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 158.

A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007.

F. PORCELLANA, *Servizi pubblici locali e deroghe alla concorrenza: la Corte salva l'in house providing*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, 2.

G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere giuridico*, 2003, 145 ss.

M. POSARELLI, *L'Iva nella gestione del servizio pubblico di parcheggio: il punto sulla questione*, in *Fisco*, 2005, 17, 2583.

G. POSITANO, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, in *Dir. Fall.*, 2013, 6, 563.

U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

S. POZZOLI, *I compensi degli amministratori di società pubbliche e trasparenza*, in *Azienditalia*, 2008, 12, 869.

S. POZZOLI, *Manovra finanziaria e società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2011, 8, 565.

D. PREITE, *I principi contabili per la misurazione della performance negli enti locali*, in *Riv. dottori comm.*, 2011, 2, 303.

P. PRINCIPATO, *La responsabilità degli enti a partecipazione pubblica per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato d.lgs. n. 231/2001*, in *Inserito di Azienditalia*, 2012, 3, XXIII.

- E. PRIOLO, *Profili delle aziende municipalizzate*, Rimini, 1992.
- D. PROVERBIO, *I patti parasociali. Disciplina, prassi e modelli contrattuali*, Milano, 2010.
- G. RANCI, *Servizi pubblici: affidamento in house ed a società miste fra normativa nazionale e principi comunitari (nascita ed evoluzione delle problematiche – esperienze recenti)*, in *www.diritto.it*.
- S. RANUCCI, *Il processo di armonizzazione contabile degli enti territoriali: il d.lgs. 118 del 23 giugno 2011 e l'avvio della sperimentazione*, in *Azienditalia*, 2012, 1, 5.
- S. RANUCCI, *Le caratteristiche del sistema di contabilità economico patrimoniale previsto dal d.lgs. n. 118/2011*, in *Azienditalia*, 2012, 3, 227.
- M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997.
- M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 7, 741.
- M. RICCIO, *La dubbia sanabilità degli affidamenti in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 6.
- F. RIMOLI, *Stato sociale*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Roma, 2004.
- B. RINALDI, *Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6.
- M.E. RITROVATO, *Legge n. 205/2000: bocciata la giurisdizione esclusiva, promossa la tutela risarcitoria*, in *Rivista telematica dell'AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.
- G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012.
- ROCI' O GONZÁLEZ PIÑEIRO, *Aiuti di Stato, "selettività regionale" e politiche fiscali agevolative delle Regioni*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 9, 881.

G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 478.

R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le società*, 2013, 12, 1326.

A. ROSSI, *I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il d.lgs. 231?*, in *Le società*, 2011, 23.

G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2005.

L.S. ROSSI, "Fiscal Compact" e *Trattato sul meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, ne *Il diritto dell'Unione Europea*, 2012, 2.

A. ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 8, allegato 1, 44.

R. RUFFINI, *L'evoluzione del sistema dei controlli interni negli enti locali alla luce della legge n. 190/2012 in tema di corruzione*, in *Azienditalia*, 2013, 1, 5.

P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, 6, 4654.

C. SABETTA, *La riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità. Commento a Corte cost., sent. n. 199 del 2012*, in www.federalismi.it, 2012.

F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2008.

G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5.

V. SALAFIA, *La cessione di quote del capitale della S.r.l.*, in *Le società*, 2012, 7, 775.

V. SALAFIA, *Le società a partecipazione pubblica: l'allargamento della compagine sociale*, in *Le società*, 2010, 2, 167.

C. SALAZAR, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e 'flessibilizzazione' (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, in *Le Regioni*, 2004, 4.

G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999.

L. SALVATO, *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*, in *Fallimento*, 2014, 1, 33.

L. SALTARI, *Lo "stato del mercato"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 6, 579.

L. SAMBUCCI, *La programmazione finanziaria degli enti locali*, Napoli, 2009,

C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 409 ss.

C. SAN MAURO, *Recenti trasformazioni nel diritto dell'economia*, Rimini, 2010.

A.M. SANDULLI, *Beni pubblici, voce*, in *Enciclopedia del diritto*, volume V, Milano, 1959.

M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 167 ss.

M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in www.federalismi.it, 2012, 3.

A. SANTA MARIA, *European economic law*, II edizione, Bedfordshire UK, 2009.

F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti: modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004.

P. SANTORO, *L'evoluzione della contabilità pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, relazione redatta in occasione del *Convegno*

di studi in memoria di Sergio Zambardi “La Corte dei conti e la contabilità pubblica nella tradizione e nell’evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale, Venezia, 3 ottobre 2014.

M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8 - 9, 795.

D. SCARPA, *I patti parasociali nelle s.p.a. e nelle s.r.l.*, Milano, 2011.

C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell’Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Napoli, 2012.

P. SCHLESINGER, *La nuova “azione di classe”*, in *Corr. Giur.*, 2011, 547.

M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche. Istituzioni di contabilità pubblica*, Milano, 2007.

L. SCIPIONE, *La “golden share” nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile*, in *Le società*, 2010, 7, 855.

G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013.

F.G. COCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997.

E. SCOTTI, *Il servizio pubblico tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

M.T. SEMPREVIVA, *Servizi pubblici locali, nota a Corte cost. sentenza, 20 marzo 2013, n. 46*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 5, 529.

V.M. SESSA, *L’Anas S.p.a. e il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato. La Cassazione conferma una concezione sostanzialistica di ente pubblico*, nota a Cass., 16 ottobre 2008, n. 25268, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 1, 74.

P. SFAMENI, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, Milano, 2008.

- G. SGUEO, *Il diritto di accesso agli atti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 3, 282.
- V. SICA, *Bilancio dello Stato e programmazione economica*, Napoli, 1964.
- D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Milano, 2007.
- G. SIGISMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del Giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 52.
- E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa, voce*, in *Enciclopedia del diritto*, volume VIII, Milano, 1959, 370.
- S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Le società*, 2013, 8-9, 931 ss.
- S. SITZIA, *Informazione, nuove tecnologie e cambiamenti relazionali tra p.a. e cittadini*, in *Dir. Internet*, 2006, 6, 615.
- D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000.
- D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative, voce*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume III, Torino, 1989, 298.
- P. SORDI, *Dismissione di partecipazioni, affidamento di servizi pubblici e interessi dei lavoratori*, in *Lav. nelle p.a.*, 2010, 6, 1117.
- B. SPADONI, *L'evoluzione istituzionale e organizzativa dei servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in www.issirfa.cnr.it.
- B. SPADONI, *Effetti sulle aziende del processo (incerto) di riforma dei servizi pubblici*, in www.issirfa.cnr.it.
- B. SPADONI, *Il contratto di servizio nella regolazione dei servizi pubblici*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2012.
- B. SPAMPINATO, *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 8, 909.

A. STABILINI, *L'idoneità del cambio di amministrazione comunale a costituire giusta causa di revoca dei sindaci di società partecipate dallo stato o da enti pubblici ex art. 2449 c.c.*, Nota a Trib. Palermo, 13 febbraio 2013, in *Le Società*, 2013, 5, 597.

F. STADERINI, S. ZAMBARDI, I. FRANCO, *I contratti degli enti locali*, Padova, 1996, 6 ss.

G. STELLA RICHTER, P. STELLA RICHTER, *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, Libro I, Tomo I, Milano, 2006.

R. STEVANATO, *Non c'è un Giudice a Roma per le fusioni delle società degli enti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 3, 972.

F. STROCCHIA, *Condizioni di legittimità e problematiche degli affidamenti in house di servizi pubblici locali*, in *Finanza e tributi*, 2008, 11.

F. STROCCHIA, *Le disposizioni relative alle partecipazioni degli enti locali*, in *Azienditalia - Fin. e Trib.*, 2007, 3, 216.

A STRUSI, *Riforma del finanziamento dei servizi pubblici locali: i casi del trasporto pubblico locale e del servizio idrico*, in www.issirfa.cnr.it.

G. TACCOGNA, *Spending review e società finanziarie regionali*, in *federalismi.it*, 2012, 20.

S. TAMBURELLO, *Rai privata, strada aperta ma difficile*, in <http://archiviostorico.corriere.it>, 12 gennaio 1995.

V. TENORE, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1, 92.

V. TENORE, *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli. Dottrina. Giurisprudenza. Normativa. Formulario*, Milano, 2013.

F. TENTONI, *Organizzazione e nuove tecnologia nel "nuovo" codice dell'amministrazione digitale*, in *Azienditalia*, 2011, 6, 459.

F. TENTONI, *La "riforma" della trasparenza amministrativa negli enti locali*, in *Azienditalia*, 2010, 10, 742.

G. TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 7-8, 2733.

G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012.

C. TESSAROLO, *L'azienda speciale e le altre forme di gestione dei servizi pubblici locali*, Roma-Brescia, 1994.

C. TESSAROLO, *La gestione in house di pubblici servizi*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007.

A. TIZZANO, *I "grands arrêts" della giurisprudenza dell'Unione europea*, Torino, 2012.

R. TOMEI, *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi: commento alla legge n. 241 del 1990 e al d.P.R. n. 184 del 2006*, Padova, 2007.

L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in www.giustizia.amministrativa.it.

L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 323.

L. TRAMONTANO, *Codice amministrativo 2004: fonti e principi del diritto amministrativo, organi dello Stato, Regioni ed enti locali, funzioni e mezzi della pubblica amministrazione, pubblico impiego, comunicazione pubblica, procedimento ed atti amministrativi, contratti della pubblica amministrazione, servizi pubblici, giustizia amministrativa, indici sistematico, cronologico e analitico*, Milano, 2004.

D.F.G. TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1.

G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950.

P. TURIS, *Obbligo di esibizione della cartella di pagamento e diritto di accesso agli atti amministrativi*, in *Fisco*, 2013, 41, 6404.

G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"*.

R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 1.

R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è casa per le società a capitale misto*, in *Foro italiano*, 2005, IV.

S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008.

E. VARANI, *L'in house providing: la Corte di giustizia torna a parlare di controllo analogo*, in *www.diritto.net*.

S. VENANZI, *La direttiva per la qualità dei servizi on line e la misurazione della soddisfazione degli utenti*, in *Dir. Internet*, 2006, 1, 94.

M. VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1050-1051.

G. VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 1, 35.

R. VESPIA, *Brevi note sugli affidamenti in house in senso lato da parte delle amministrazioni centrali alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, 3.

R. VIGANÒ, *In tema di omologazione delle società a capitale "misto": unità o duplicità di controlli*, in *Riv. notariato*, 1997, 3, 327.

A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010.

R. VILLATA, *Servizi pubblici, discussioni e problemi*, V edizione, Milano, 2008.

R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

G. VIOLANTE, *L'in house providing: la cessione e lo scorporo delle attività non consentite di cui all'art. 13 del decreto Bersani*, in www.professionisti24.ilsole24ore.com.

P. VIRGA, *Contratto (diritto amministrativo)*, voce, in *Enciclopedia del diritto*, volume IX, Milano, 1961, 979.

G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004)*, in *Rivista telematica Lexitalia.it*.

A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al fiscal compact*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2012, 2.

C. VITTA, *Concessioni (diritto amministrativo)*, voce, in *Novissimo Digesto italiano*, diretto da A. Azara, E. Eula, volume III, Torino, 1959, 919.

C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 5, 563.

C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale: un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 12.

C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 11, 3549.

C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, 2014, 3.

S. ZAMBARDI, E. BRANDOLINI, *La contabilità pubblica*, Padova, 2010.

S. ZAMBARDI, *Appalti pubblici ed estensione soggettiva della giurisdizione contabile*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2010, 1, 21.

G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, volume III, IV edizione, Milano, 1958.

U.G. ZINGALES, *La class action pubblica e i suoi limiti nelle ipotesi di disfunzioni organizzative: una sentenza monito*, nota a TAR Lazio-Roma, Sez. I, 13 febbraio 2012, n. 1416, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 11, 1096.

P. ZUDDAS, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni*, Milano, 2010.