

**Le società partecipate dagli enti pubblici nel decreto sulla *spending review* e la recentissima sentenza della Corte Costituzionale sui servizi pubblici locali.  
Note a prima lettura**

**Avv. Germano Scarafiocca**

\*\*\*

**1. Premessa.**

Le presenti note, dirette a commentare l'art. 4 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, si erano appena concluse quando è stata pubblicata la sentenza della Corte Costituzionale 20 luglio 2012, n. 199, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima l'intera disciplina dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica (art. 4, d.l. 138/11, convertito nella l. 148/11 e s.m.i.) per contrarietà all'art. 75 della Costituzione, essendo stato violato il principio del divieto di riproposizione della normativa abrogata con il *referendum* popolare.

La sentenza evoca problematiche di grande rilievo costituzionale che ovviamente in questa sede non possono neanche essere richiamate.

Essa non colpisce le norme in commento, ma la sua indiretta incidenza sulle scelte del legislatore potrebbe rivelarsi tale da imporne quanto meno una rivisitazione.

Ho lasciato immutato questo breve scritto per gli spunti che esso può eventualmente offrire, indipendentemente dalle decisioni che verranno assunte in sede di conversione del decreto. Ciò pur nella consapevolezza che, anche per gli effetti indiretti della decisione della Corte, una conferma pura e semplice delle disposizioni dell'art. 4 appare molto più problematica di quanto già non lo fosse prima di tale pronuncia.

Senza poter commentare qui la decisione della Corte, un punto appare chiaro: *il legislatore, chiamato a rispettare la volontà popolare, non può imporre, in materia di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, una disciplina più restrittiva di quella propria delle norme e dei principi comunitari vigenti.* Prima ancora di esaminare gli intrecci e le relazioni esistenti tra le varie disposizioni emanate in questi anni in tema di partecipazioni pubbliche e quelle dichiarate incostituzionali, sarà difficile sottrarsi al più spontaneo degli interrogativi, ovvero perché la regola appena enunciata non debba valere anche per le società che non svolgono servizi pubblici locali aventi rilevanza economica.

Indipendentemente dal vincolo costituzionale del *referendum* abrogativo, che per tale seconda categoria di enti non esiste, lo scarto tra le due discipline sarebbe notevole, sì che potrebbe risultare difficile immaginare la coesistenza, in ambiti finitimi, di regimi normativi molto diversi. Occorrerà valutare con esattezza, ad esempio, quale sarà lo spazio per gli affidamenti *in house* di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica dopo la sentenza della Corte, ma poiché è certo che questo sarà più ampio di quello previsto dalla disciplina dichiarata incostituzionale, risulterebbe difficile giustificare un regime assai più rigido per le altre tipologie di servizio.

Poiché è ovvio che tutto ciò non cancella le esigenze di contenimento della spesa pubblica, né quelle di tutela e valorizzazione della concorrenza nei servizi, né quelle, infine, di un riordino del sistema delle partecipazioni societarie degli enti pubblici, siamo in presenza di una pesante ragione in più per invocare uno sforzo di razionalizzazione dell'intervento legislativo e per cercare di porre fine a quell'improvvisazione permanente destinata a far pagare alla collettività costi molto elevati.

Il decreto legge sulla così detta *spending review* (d.l. 6 luglio 2012, n. 95, contenente "*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*"), introduce, all'art. 4, una ulteriore drastica disciplina delle partecipazioni societarie degli enti pubblici. Quest'intervento non si sottrae alla strutturale frammentarietà di tutti quelli che – nell'ambito della stessa materia – l'hanno preceduto.

Le nuove disposizioni, infatti, non riprendono né tengono in alcuna considerazione quelle preesistenti, alle quali semplicemente si sommano. Non viene quindi effettuato nessun coordinamento, sì che l'interprete e gli operatori sono chiamati a sbrogliare una matassa di norme al cui interno è assai difficile districarsi.

La frammentarietà, caratteristica di questo tipo di interventi, non investe solo la forma o la tecnica di redazione, ma, come è ovvio, anche il contenuto delle norme. La loro natura perennemente emergenziale induce il legislatore ad enfatizzarne l'aspetto precettivo, imponendo decadenze, nullità degli atti, obblighi di dismissione entro termini più o meno perentori. Questa enfasi è spesso inversamente proporzionale alla

effettiva capacità del legislatore di incidere sui fenomeni che intende disciplinare, sì che inevitabilmente si ricorre a provvedimenti di proroga dei termini ed alla tecnica della perenne novellazione dei testi legislativi, apportandovi modifiche e correzioni man mano che si avvicina la scadenza in cui le nuove disposizioni devono essere applicate.

I periodi di crisi economica, quale quello che stiamo attraversando, rendono ancora più pressante la necessità di intervento immediato ed accentuano simili caratteristiche. Pur a fronte di tali possibili giustificazioni, va detto, tuttavia, che la disciplina delle società pubbliche introdotta negli ultimi anni ha raggiunto livelli di disordine normativo non agevolmente eguagliabili. La parabola dei servizi pubblici locali, relativamente ai quali poteva evitarsi, “a distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell’avvenuta abrogazione dell’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008”, come sottolineato dalla Corte, la riproposizione di una disciplina identica a quella fatta oggetto di *referendum*, si aggiunge a tale stato di cose, con effetti di segno opposto rispetto a quelle rassicurazioni che in questo momento il legislatore vorrebbe dare ai mercati.

\*\*\*

## 2. Le società escluse.

Fatte queste premesse, si può tentare una prima lettura dell’art. 4 del decreto legge.

Preliminarmente occorre distinguere le norme che si riferiscono a tutte le società pubbliche da quelle che si riferiscono invece soltanto ad una determinata tipologia di enti, comunemente identificati, anche nei primissimi commenti<sup>1</sup>, con le società strumentali di cui all’art. 13 del d.l. 223/06.

Quest’ultimo blocco di norme è innanzitutto costituito dai commi da 1 a 4. Si riferiscono invece a tutte le tipologie di società pubbliche le disposizioni di cui al comma 5, concernenti la composizione degli organi amministrativi e ciò, tuttavia, con una prima essenziale differenza: le disposizioni di cui al comma 5 fanno esclusivo riferimento alle “*società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta*”, mentre, come vedremo, quelle di cui ai commi da 1 a 4, hanno ad oggetto le “*società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001*”. Alle società strumentali sono poi riferite le ulteriori disposizioni dell’art. 4, nei commi che vanno da 6 a 14, le quali contengono però anche norme di diverso genere.

Il riferimento alle società strumentali, tuttavia, necessita di alcune rilevanti precisazioni. Al fine di meglio circoscrivere l’oggetto delle disposizioni in questione, è bene procedere innanzitutto per sottrazione, muovendo dal comma 3, il quale già pone problemi interpretativi. Pacifica è l’esclusione:

- delle società “*che svolgono compiti di centrale di committenza ai sensi dell’articolo 33, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*”;<sup>2</sup>
- delle “*società di cui all’articolo 4, commi da 7 a 10, del decreto legge n. 87 del 2012 (Consip s.p.a. e Sogei s.p.a.)*”.

A queste si devono aggiungere due ulteriori tipologie di società, la cui individuazione è rimessa ad un futuro d.p.c.m. il quale dovrà procedervi in base:

- “*alle esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati*”;
- “*all’esigenza di assicurare l’efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo*”.

Al di fuori di queste società, individuate quasi nominativamente,<sup>3</sup> sono escluse dall’applicazione dell’art. 4 le “*società che erogano servizi in favore dei cittadini*”. Qui sorge, come dicevo, il primo problema interpretativo. Il legislatore utilizza un’espressione diversa rispetto a quelle con cui, in questi anni, dottrina e giurisprudenza hanno cercato di formulare una classificazione della disciplina delle società partecipate dagli enti pubblici. Il richiamo deve intendersi senz’altro riferito alle società che svolgono servizi pubblici locali aventi rilevanza economica.<sup>4</sup> E’ tuttavia noto che tale categoria, anche indipendentemente dalla plurisecolare discussione in ordine alla nozione di pubblico servizio, è di assai complessa delimitazione.

In particolare, per quanto qui interessa, va ricordato che, a fronte di un orientamento di alcuni giudici amministrativi di merito diretto a far coincidere detta categoria di servizi con quelli in cui si individua un rapporto di utenza con il cittadino,<sup>5</sup> ovvero con quelli i cui costi di gestione siano coperti, almeno nella parte più importante, dalla tariffa applicata agli utenti<sup>6</sup>, l’orientamento diffuso e maggioritario ritiene che un servizio non smette di qualificarsi come pubblico e, a certe condizioni, come servizio avente rilevanza economica, solo per il fatto di essere prestato in prima battuta in favore dell’amministrazione che provvede a remunerarlo, là dove questo sia comunque rivolto “*a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”, secondo la definizione tuttora vigente di cui all’art. 112, comma

1, d.lgs. 267/00. Sono così tradizionalmente qualificati servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, ad esempio, l'illuminazione pubblica;<sup>7</sup> la gestione di un centro sportivo comunale;<sup>8</sup> il servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale<sup>9</sup> e molti altri ancora. Tra i servizi pubblici locali di tradizionale maggiore importanza potrebbe assumere queste caratteristiche anche il servizio di gestione dei rifiuti urbani, una volta acquisito in via definitiva il principio che il contributo economico che l'utente è chiamato a corrispondere per tale servizio ha natura di tassa e non di tariffa.<sup>10</sup>

La distinzione tra servizi rivolti alla (e remunerati dalla) pubblica amministrazione e servizi rivolti direttamente ai cittadini e remunerati con la tariffa, può incidere sulla natura giuridica del contratto, ricorrendo generalmente, e con tutte le approssimazioni del caso, nel primo caso una fattispecie di contratto d'appalto e, nel secondo, di concessione.<sup>11</sup> Tale distinzione non è tuttavia decisiva ai fini della qualificazione dell'attività come "servizio pubblico avente rilevanza economica". Ne consegue una dose di inevitabile incertezza nella distinzione tra attività strumentali, possibili oggetto esclusivo, sino al decreto legge in commento, delle società di cui all'art. 13 del d.l. 223/06 e le attività di pubblico servizio.

La linea di confine, per quanto possa non essere agevole, va tracciata sulla base delle indicazioni della Corte Costituzionale che, nel respingere le censure di incostituzionalità dell'art. 13 appena richiamato ha così stabilito: *"Tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza. 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."*<sup>12</sup>

Sono quindi attività strumentali tutte quelle per le quali il ricorso alla forma societaria costituisce una variante organizzativa del tradizionale modulo pubblicistico e che tuttavia non integrano attività d'impresa. E' invece servizio pubblico locale avente rilevanza economica, sulla scorta della omologa categoria comunitaria dei Servizi di interesse economico generale (SIEG), quello 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» [...] 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."<sup>13</sup>

Orbene, l'operazione che il legislatore ha inteso effettuare con il decreto sulla "spending review" è quella di riportare definitivamente, salvo limitate eccezioni, l'attività amministrativa svolta in forma privatistica nell'alveo dei tradizionali strumenti della pubblica amministrazione, imponendo di ricercare, viceversa, sul mercato ciò che l'amministrazione stessa non riuscirà più a produrre. Si conclude così, almeno nelle intenzioni, una parabola di segno eguale e contrario a quella iniziata negli anni '90 del secolo scorso, allorché il fenomeno dell'azionariato pubblico, soprattutto locale, sempre presente, per la verità, nella storia economica ed istituzionale del paese, si è avviato lungo un percorso di rapidissima accelerazione, con una crescita esponenziale nell'arco di pochi decenni. Il ricorso al modulo privatistico, costituito da società per azioni, società a responsabilità limitata, fondazioni, ha caratterizzato l'intero fenomeno delle esternalizzazioni negli ultimi vent'anni ed ha determinato la crescita di una "amministrazione in senso allargato" che dottrina, giurisprudenza e lo stesso legislatore hanno poi cercato variamente di ricondurre nell'alveo pubblicistico. Si pensi alla disciplina degli appalti pubblici ed a tutta la letteratura sull'organismo di diritto pubblico, alla sottoposizione, con giurisprudenza altalenante, dei dirigenti e degli amministratori delle società pubbliche alla responsabilità contabile, all'obbligo del concorso o di procedure comunque di selezione pubblica per l'assunzione del personale e, da ultimo, alla molteplicità di norme che assoggettano tali enti ai vincoli di finanza pubblica.<sup>14</sup>

La parabola si conclude imponendone l'estinzione.

Si può certamente discutere della correttezza di questa scelta, della sua reale efficacia e della effettiva capacità del legislatore, con un colpo di penna, di recidere alla radice un fenomeno estremamente diffuso che sicuramente presenta luci ed ombre, ma che probabilmente andrebbe colto nella sua maggiore complessità. Si può e si dovrà discutere di tutto ciò, ma, in primo luogo, occorre perimetrare il campo, ovvero delimitare l'ambito di applicazione delle nuove norme. Se pertanto il riferimento è da intendersi effettuato alle società strumentali di cui all'art. 13 del d.l. 226/06, si ha riguardo, per riprendere le espressioni della Corte

Costituzionale, alle attività amministrative in forma privatistica e si escludono i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. Se tuttavia questo è l'intento del legislatore, il riferimento del comma 3 alle *“società che erogano servizi in favore dei cittadini”* è insufficiente ed ambiguo. E' insufficiente poiché costituiscono servizi pubblici locali aventi rilevanza economica anche una serie di attività, come si è visto, che non sono rivolte, almeno in prima battuta, direttamente ai cittadini, ma all'amministrazione. Si pensi, ancora una volta, a quello che, sin dagli scritti di Federico Cammeo,<sup>15</sup> viene considerato uno dei primi servizi pubblici locali in concessione: l'illuminazione pubblica. E' ambiguo poiché è facile prevedere che, nel tentativo di sottrarsi allo scioglimento, molte società sosterranno che la loro attività, per quanto strumentale, è pur sempre diretta a soddisfare bisogni dei cittadini, costituendo questo il fine ultimo di tutta l'attività amministrativa.

Ci si domanda allora perché il legislatore, nell'individuare le società escluse dall'ambito di applicazione della nuova disciplina, abbia avvertito la necessità di ricorrere ad un'espressione che presta il fianco a tali problemi interpretativi e perché invece non sia ricorso a quella, più collaudata, di società che gestiscono servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, lasciando che queste, come pare che ragionevolmente debba essere, restino assoggettate alla loro disciplina che, prima della sentenza della Corte Costituzionale richiamata nelle premesse di queste note, era costituita dall'art. 4 del d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011 e s.m.i. Certo è che anche in questo modo non si eliminano i problemi interpretativi, ma si opera quanto meno su di un terreno già ampiamente dissodato da dottrina e giurisprudenza.

\*\*\*

### **3. Dismissioni, scioglimento delle società, reinternalizzazione o esternalizzazione del servizio.**

Il tentativo di offrire una definizione apparentemente più dettagliata, sottraendosi alle clausole generali, ha poi indotto il legislatore ad una ulteriore perimetrazione delle società strumentali sulla base di un parametro quantitativo. Il comma 1 dell'art. 4 prevede infatti che debbano essere sciolte entro il 31 dicembre 2013 le società direttamente o indirettamente controllate dalla pubblica amministrazione che *“abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento”*. In alternativa, gli enti pubblici che ne sono titolari sono tenuti ad alienare le relative partecipazioni entro il 30 giugno 2013 *“ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014”*.

Astrattamente l'affidamento del servizio all'esterno non è una strada obbligata. Il successivo comma 2 stabilisce che *“Ove l'amministrazione non proceda secondo quanto stabilito ai sensi del comma 1, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari. I servizi già prestati dalle società, ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale”*.

Il comma 2 deve essere letto in correlazione con i successivi commi 7 ed 8. Stabilisce il primo che *“Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo.”*

Stabilisce ancora il comma 8 che *“A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2013”*.

L'interpretazione maggiormente plausibile di queste disposizioni parrebbe essere la seguente:

- le società di cui al comma 1 devono essere sciolte entro il 31 dicembre 2013 o, in alternativa, occorre procedere alla alienazione delle relative partecipazioni entro il 30 giugno 2013 con procedure ad evidenza pubblica;
- in caso di alienazione, alla società privatizzata viene affidata la gestione del servizio per un periodo di cinque anni a decorrere dal 1 gennaio 2014;<sup>16</sup>
- il mancato rispetto dei termini del 31 dicembre o del 30 giugno 2013 apparentemente sembrerebbe non determinare conseguenze sulla sopravvivenza della società, eccezion fatta per la circostanza che

*“a decorrere dal 1° gennaio 2014 le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari”.*

In base a questa lettura, si è sostenuto, nei primissimi commenti,<sup>17</sup> che le società che non vengano né sciolte, né alienate, proseguirebbero nei loro affidamenti “ad esaurimento”, sino alla scadenza contrattuale, senza poterne tuttavia riceverne di nuovi.

Questa interpretazione non appare tuttavia convincente.

Innanzitutto non si capirebbe il senso della apposizione del termine del 31 dicembre 2013 per lo scioglimento. Se infatti la società che non sia stata sciolta entro tale termine potrà continuare a gestire i servizi affidati sino alla loro scadenza, senza poterne ricevere di nuovi, lo scioglimento può essere disposto in qualsiasi momento successivo al 31 dicembre 2013. Il che potrebbe anche apparire corretto, evitandosi l'imposizione di un termine perentorio che costringerebbe alla svendita delle partecipazioni. Non si comprenderebbe tuttavia, come si è già detto, il senso della scadenza del 31 dicembre 2013, salvo considerare tale termine meramente acceleratorio.

Sotto altro profilo, occorre considerare che, soprattutto nell'ambito delle società strumentali, non tutti i contratti di servizio prevedono termini di scadenza. La strumentalità, ove si tratti di società *in house*, rende in realtà legittima e naturale la mancata previsione di una scadenza. Ove la società costituisca, secondo le regole stringenti dell'*in house providing*, una semplice articolazione organizzativa della pubblica amministrazione, un ufficio pubblico, sia pure organizzato in forma civilistica, può considerarsi del tutto naturale che tale modulo organizzativo abbia natura potenzialmente permanente. La gestione del servizio “ad esaurimento”, quindi, potrebbe astrattamente non avere termine.

Anche a non voler considerare simili incongruenze, la lettura sopra indicata appare in contrasto con l'ultima parte del comma 8, per la quale “*Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2013*”. L'espressione “*e comunque fino*” va intesa, verosimilmente, come “*e comunque non oltre*” il 31 dicembre 2013. Ciò vuol dire che se la scadenza naturale degli affidamenti in essere è anteriore al 31 dicembre 2013, tali affidamenti cessano con lo spirare di detta scadenza. Se, viceversa, è successiva, cessano comunque alla data del 31 dicembre 2013. Gli affidamenti non proseguono, quindi, “ad esaurimento”, ma cessano *ope legis* con lo spirare del prossimo anno.<sup>18</sup> Ne consegue che se la società non è stata sciolta o le relative partecipazioni non sono state alienate, essa non solo non potrà ricevere nuovi affidamenti, ma perderà, alla predetta data del 31 dicembre 2013, anche quelli in essere.

Gli enti pubblici avranno a questo punto due alternative:

- a) reinternalizzare i servizi;
- b) affidarli a terzi con procedure ad evidenza pubblica.

Nonostante che il comma 8 imponga a tutte le pubbliche amministrazioni, oltre agli enti ed ai soggetti aggiudicatori del Codice dei Contratti pubblici, il ricorso al mercato per l'acquisizione dei beni e servizi strumentali, la produzione degli stessi in seno all'amministrazione medesima non è preclusa. Lo afferma, sia pur in un inciso, il comma 2, là dove prevede che “I servizi già prestati dalle società, *ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione*, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale”. Non si capirebbe, del resto, come il legislatore potrebbe spingersi sino a vietare una simile possibilità.

E' stato tuttavia già ampiamente evidenziato come questa sia, per lo più, puramente teorica, non contenendo la legge alcuna previsione in ordine al passaggio del personale che, come è noto, non può essere né trasferito né assunto in capo all'ente pubblico, sia a causa dei divieti posti dalle norme in tema di finanza pubblica che per la deroga, non ammessa, al principio del pubblico concorso, come affermato dalla Corte dei Conti.<sup>19</sup> Dismessa la società, quindi, nella maggior parte dei casi il servizio dovrà essere affidato all'esterno.

L'unica reale eccezione è quella relativa agli affidamenti *in house* di valore annuo inferiore ai 200.000,00 euro, ammessi dal comma 8, con una disposizione analoga a quella di cui art. 4, comma 13, d.l. 138/2011, conv. nella l. 148/2011 in materia di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, ora, come si è visto, dichiarato incostituzionale.

\*\*\*

#### **4. Ancora sulle società soggette all'applicazione delle norme.**

Alcune considerazioni devono farsi relativamente al parametro quantitativo del fatturato (90% a favore delle pubbliche amministrazioni nell'anno 2011). In questo modo, il legislatore ha ulteriormente delimitato il perimetro delle società strumentali interessate alla dismissione e/o allo scioglimento. Innanzitutto, deve

trattarsi di società che *svolgono servizi* e che *hanno fatturato* alla pubblica amministrazione in misura superiore al 90% del loro complessivo volume d'affari. Restano quindi escluse:

- le società che *non hanno svolto servizi* strumentali fatturati all'amministrazione pubblica;
- le società che hanno svolto servizi strumentali in favore della pubblica amministrazione *in misura inferiore al 90%*.<sup>20</sup>

La strumentalità attiene, a ben vedere, ai servizi svolti dalla società e non piuttosto alla società medesima. Ben possono darsi, infatti, società strumentali degli enti pubblici che pur tuttavia non svolgono attività di prestazione di servizi. Non necessariamente queste società rientrano poi nel novero di quelle che svolgono servizi in favore dei cittadini, escluse come tali dal comma 3 dell'art. 4. Si pensi ad esempio alle società *holding* degli enti locali. Là dove queste si limitino a gestire le partecipazioni dell'ente, finanziandosi esclusivamente con i relativi dividendi, sono escluse dall'obbligo di dismissione o scioglimento previsto dal decreto legge.

Diverso potrebbe rivelarsi il caso delle società costituite dagli enti locali per la riscossione dei tributi, di cui all'art. 52, comma 5 del d.lgs. n. 446/1997. E' stato ricordato<sup>21</sup> come la giurisprudenza le annoveri tra le società strumentali ed in questo caso, ferma restando la necessità di un'indagine specifica, il maggior ostacolo alla loro esclusione potrebbe esser costituito dalla evidente qualificazione dell'aggio come corrispettivo di un servizio. Tutto ciò anche se appare francamente assai ingiusto ed ingiustificato togliere agli enti locali uno strumento che in molti casi si è rivelato molto più efficiente dell'affidamento del servizio in appalto, cui di fatto i comuni si vedrebbero costretti a ricorrere, non potendo ritrasferire all'ente il personale dipendente delle società.

Verosimilmente verrebbero ancora ad essere colpite dalle nuove norme le diverse società *in house*, partecipate dagli enti locali, ma anche dalle altre amministrazioni pubbliche, che operano, ad esempio, nei settori della gestione del patrimonio culturale. Non a caso da tali settori sono giunte voci di protesta e i segnali di allarme.<sup>22</sup>

Occorre poi ricordare che, seppure la mente corra per abitudine agli enti locali, l'art. 4 si riferisce a tutte le "pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001". Il suo spettro di applicazione è quindi potenzialmente amplissimo, ricomprendendovi, ad esempio, le diverse società partecipate dalle regioni, rispetto alle quali occorrerà di volta in volta verificare la ricorrenza del presupposto della fatturazione superiore al 90% in favore di pubbliche amministrazioni. Lo stesso dicasi per l'intera gamma delle società partecipate dallo stato.

Questa vastissima estensione suscita una buona dose di scetticismo in ordine alla praticabilità di tali previsioni e non è improbabile che accada quanto già occorso ad altri propositi, là dove discipline giuridiche limitative della partecipazione societaria inizialmente applicabili all'intera amministrazione pubblica, sono poi state di fatto ristrette agli enti locali. Ci riferiamo in particolare all'art. 3, commi da 27 a 29 della legge n. 244/07 (legge finanziaria 2008) che, come è noto, vietano agli enti pubblici di acquisire e mantenere partecipazioni in società che "*per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*" (comma 27). Disposizioni che, nel volgere di poco tempo, sono state novellate, facendo salve, tra l'altro, per le società partecipate dallo stato, "*le competenze del Ministero dell'economia e delle finanze già previste dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge*" (comma 27 bis, introdotto dall'art. 71, comma 1, l. 689/09).<sup>23</sup>

Il riferimento tacito agli enti locali, nelle associazioni mentali dell'interprete, è testimoniato anche dal costante richiamo, che anche noi abbiamo fatto, per indicare la categoria delle società strumentali cui il decreto legge in commento si riferisce, all'art. 13 del d.l. 223/06. Si dimentica, tuttavia, che tale ultima disposizione si riferisce alle "società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche *regionali e locali*". Il decreto non si estende, quindi, alle società partecipate dallo stato, ancorché non sia impedito ricostruire, rispetto a queste ultime, i medesimi criteri che ne caratterizzano la strumentalità.

Da ultimo va considerato che la platea delle società possibile bersaglio delle nuove disposizioni è ancor più ampliata dal fatto che il comma 1 dell'art. 4 si riferisce a quelle "controllate *direttamente o indirettamente* dalle pubbliche amministrazioni." Vi sono quindi ricomprese anche quelle soggette a controllo *indiretto* degli enti pubblici e di tale estensione, oltre che dal dato letterale del citato art. 1, si ha puntuale conferma dalla disciplina relativa alla composizione degli organi amministrativi, come vedremo. Ai fini del controllo, in assenza di specificazioni, dovrà farsi riferimento ai criteri di cui all'art. 2359 c.c.

\*\*\*

## 5. La composizione degli organi amministrativi.

I commi 4 e 5 dell'art. 4 disciplinano la composizione dei consigli di amministrazione riferendosi, il primo, alle società di cui al comma 1 ed il secondo alle altre "società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta". Relativamente alle prime è stabilito che i consigli di amministrazione "*devono 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*".

Quindi, nel caso di partecipazione diretta, due dei tre amministratori devono essere dipendenti dell'amministrazione o delle amministrazioni socie, oppure delle amministrazioni titolari di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti di intesa (ove si tratti di più amministrazioni) tra le amministrazioni medesime. Nel caso di partecipazione indiretta, due dei tre amministratori devono essere scelti tra: a) dipendenti dell'amministrazione o delle amministrazioni titolari delle partecipazioni della società controllante; b) dipendenti della o delle amministrazioni titolari dei poteri di indirizzo e vigilanza; c) dipendenti della società controllante.

Il terzo componente del consiglio di amministrazione, dice la legge, svolge le funzioni di amministratore delegato. Ciò vuol dire che, se la società è a totale capitale pubblico, questi può essere scelto anche tra soggetti non appartenenti alle amministrazioni controllanti e, svolgendo le funzioni di amministratore delegato, potrà convenientemente essere scelto tra persone munite di particolari competenze e professionalità. Nel caso si tratti di società a capitale misto, il sistema è costruito in maniera tale che il terzo dovrà necessariamente essere espresso dal privato, a meno che il socio o i soci privati non esprimano amministratori. Ciò vuol dire anche che l'amministratore espresso dal privato svolgerà sempre le funzioni di amministratore delegato. Si tratta, per la verità, di ciò che accade di prassi nella maggior parte dei casi, secondo il collaudato modulo per cui al pubblico spettano funzioni di indirizzo e di controllo dell'attività sociale ed al privato funzioni di carattere gestorio. Ad onor del vero, tuttavia, potrebbero anche darsi casi di natura diversa, in cui tali assetti non si realizzano. Si pensi all'ipotesi in cui il privato abbia una partecipazione particolarmente contenuta, oppure al caso del socio meramente finanziario. Si deve ipotizzare, in tali fattispecie, o che tali soci privati esprimano comunque l'amministratore delegato della società, o che non esprimano *tuot court* amministratori. Un organo amministrativo di sole tre persone, così come è congegnato dalla norma, non concede alternative.

Il modulo di un consiglio di amministrazione di tre persone, di cui due interne all'amministrazione ed un terzo, munito di deleghe operative, proveniente dall'esterno, si coniuga infine con la disciplina dei compensi prevista dal comma 4. E' infatti previsto che "*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.*" L'amministratore delegato, viceversa, scelto all'esterno dell'amministrazione, percepirà regolarmente i compensi attribuiti dall'assemblea dei soci, il che si spiega con il carico di funzioni e di responsabilità che ad esso fanno capo.

La disposizione del comma 4, infine, non esclude la possibilità di nomina di un amministratore unico. Nulla si dice in questo caso né della sua provenienza, né dei compensi. Nel silenzio della legge si deve ritenere che l'amministratore unico possa essere sia un dipendente dell'amministrazione o della società controllante, che un soggetto esterno. Resta da comprendere, nel primo caso, che cosa ne sia dei propri compensi. La norma che impone ai dipendenti delle amministrazioni o delle società controllanti di riversare detti compensi agli enti di appartenenza non sembra prevedere eccezioni. Ciò nonostante appare del tutto irragionevole che una persona chiamata a svolgere funzioni così delicate debba esser privata di qualsivoglia remunerazione, realizzandosi peraltro una vistosa disparità di trattamento con il caso in cui le stesse funzioni siano affidate ad un soggetto esterno.

Schematizzato così il meccanismo di funzionamento dell'organo amministrativo, restano molti problemi aperti. Innanzitutto, il legislatore, nel redigere le norme, sottende chiaramente un riferimento alla società per azioni. Nel caso di società a responsabilità limitata occorre raccordare tali previsioni con quelle dell'art. 2475 c.c. ed in particolare con la possibilità, scarsamente diffusa, ma prevista dal codice, di amministrazione disgiunta o congiunta. Ci si può chiedere se le norme dell'art. 4, comma 4, possono essere adattate a tale

fattispecie o se invece si imponga comunque la nomina del consiglio di amministrazione, salvo il caso, sempre possibile, dell'amministratore unico. *Prima facie*, quest'ultima sembrerebbe essere la soluzione meglio rispondente al dettato legislativo.

Una ulteriore questione che si potrebbe porre, sempre in relazione al comma 4, è quella relativa all'ampiezza dei poteri dell'amministratore delegato, alla possibilità di distribuire deleghe anche in favore degli altri consiglieri ed alla riserva di determinate decisioni all'organo collegiale. L'espressione "amministratore delegato" indica, normalmente, nella prassi, il soggetto munito della maggior parte dei poteri di gestione della società ed è a questo che evidentemente il legislatore si riferisce. Ciò che non dovrebbe né escludere la possibilità di attribuire particolari deleghe al resto dei consiglieri, né tanto meno impedire al consiglio di trattenere per sé una serie di decisioni di maggiore importanza per la società.

Venendo al comma 5, questo, come si è già visto, si riferisce a tutti i tipi di società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, "*fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge*". In questo caso la composizione dei consigli potrà essere di tre o cinque membri, "*tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte*". Ove il consiglio sia di tre componenti, valgono le stesse regole previste dal comma 4. Ove sia di cinque, tre di essi devono essere espressi dall'amministrazione nelle forme già viste e due potranno provenire dall'esterno. In tal caso, dice il decreto che "*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*". Presidente e Amministratore Delegato si separano, quindi, e vengono delineate le funzioni di entrambi, attribuendosi al primo compiti di relazioni esterne ed istituzionali, oltre che di controllo interno, ed al secondo le usuali funzioni gestorie. Nulla sembra però impedire che questo schema possa essere applicato anche ai consigli di amministrazione di tre persone.

La norma stabilisce inoltre che "*resta fermo l'obbligo di riversamento dei compensi assembleari di cui al comma precedente*". Tale obbligo si applica a tutti i consiglieri che siano dipendenti della pubblica amministrazione. Se pertanto si intende corrispondere un compenso all'Amministratore Delegato, questo dovrà essere scelto al di fuori dell'amministrazione medesima.

Non viene infine riprodotta la previsione dell'eventuale amministratore unico, ma non si vede la ragione per cui una tale possibilità debba essere impedita. Va detto piuttosto che, anche qui, se si vuole evitare che la carica sia puramente onorifica, occorre che tale amministratore non sia un dipendente dell'ente o degli enti pubblici che controllano la società. Nel silenzio della legge tale possibilità non dovrebbe essere esclusa.

La mancata previsione di un compenso per il dipendente pubblico che svolga le funzioni di amministratore unico costituisce una lacuna non meno grave di quella di cui al precedente comma 4. Lo stesso dicasi per l'Amministratore Delegato, nel caso in cui dovesse essere scelto tra i dipendenti dell'amministrazione o della società controllante. Nei fatti ciò costringerà le amministrazioni ad affidare la gestione delle società a soggetti esterni, anche là dove ciò potrebbe evitarsi, come nel caso delle società interamente pubbliche di cui al comma 5. Nessun risparmio di spesa si realizza in questo modo.

Premesso questo breve quadro di sintesi, occorre chiedersi le norme passate in rassegna si coordinino con quelle, già esistenti, che pongono limiti sia al numero che ai compensi degli amministratori di società partecipate dagli enti pubblici. Ci riferiamo innanzitutto alle disposizioni dei commi da 725 a 729 della legge finanziaria 2007 (l. 27 dicembre 2006, n. 296). Relativamente ai tetti di compenso fissati dai commi 725, 726, 727 e 728, questi dovrebbero continuarsi ad applicare agli amministratori che non siano dipendenti degli enti controllanti. Dovrebbero altresì applicarsi anche a questi ultimi, ma ai soli fini della determinazione delle somme, le quali devono essere poi riversate agli enti di appartenenza. Non sembra invece più applicabile il comma 729 relativamente al tetto massimo di amministratori di nomina pubblica. Tale disposizione dovrebbe ritenersi abrogata tacitamente, poiché i commi 4 e 5 del d.l. 95/12 disciplinano completamente *ex novo* la materia.

Occorre infine ricordare che le previsioni dei commi da 725 a 729 della legge finanziaria 2007 si riferivano alle società partecipate dagli enti locali.<sup>24</sup> Disposizioni analoghe sono state poi introdotte dall'art. 3, comma 12, della legge finanziaria 2008 (l. 244/07) per le società partecipate dallo stato. L'art. 3, comma 12, è stato infine ulteriormente modificato dall'art. 71 della legge 69/09. Anche queste norme vanno ora coordinate con quelle dei commi 4 e 5 del decreto legge in commento, al fine di capire ciò che resta ancora applicabile e ciò che deve invece ritenersi abrogato. Un'opera di esegesi che non può farsi in questa sede, ma che, verosimilmente, si concluderà con la constatazione della abrogazione tacita di buona parte delle norme preesistenti.

Vigenti le precedenti limitazioni, sia per quanto attiene al numero che ai compensi degli amministratori, ci si era chiesti se queste fossero applicabili anche in caso di ricorso al sistema dualistico di amministrazione. L'orientamento dominante era nel senso che entrambe le limitazioni si applicassero, in tal caso, sia al consiglio di gestione che di sorveglianza.<sup>25</sup>

Tale interpretazione era dettata da una *ratio* sostanzialistica, diretta a preservare le finalità perseguite dal legislatore anche a fronte di una fattispecie non espressamente prevista. Resta da chiedersi se questo medesimo approdo ermeneutico possa essere traslato sulle nuove norme. Se rispetto ad alcune di esse tale soluzione non presenta particolari difficoltà, rispetto ad altre il coordinamento è meno agevole. Possono così applicarsi sia al consiglio di gestione che di sorveglianza le norme sui limiti numerici e sulla provenienza degli amministratori, mentre più complessa è l'applicazione di quelle dirette alla individuazione dell'Amministratore Delegato e del Presidente. In particolare, i criteri di scelta e ripartizione delle funzioni tra Presidente e Amministratore Delegato possono essere pacificamente applicati al consiglio di gestione (art. 2409 *nonies* c.c., che espressamente prevede la delegabilità di poteri), mentre la seconda di tali figure, a differenza del Presidente, non è ovviamente riferibile al consiglio di sorveglianza. Quest'ultimo, inoltre, là dove sia composto di sole tre persone, deve vedere la presenza di almeno un soggetto iscritto nel Registro dei revisori di cui al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (art. 2409 *duodecies* c.c.) e tale soggetto andrà scelto al di fuori dell'amministrazione pubblica.

\*\*\*

## **6. Gli altri enti di diritto privato (comma 6).**

Il comma 6 si compone di tre disposizioni .

La prima stabilisce che *“A decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli articoli da 11 a 42 del codice civile esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria.”*

La seconda prevede che *“Gli enti di diritto privato di cui agli articoli da 11 a 42 del codice civile, che forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche.”*

La terza esclude dall'applicazione delle prime due *“le fondazioni istituite con lo scopo di promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica”*.

Lo scopo del legislatore è quello, di cui si è già detto, di invertire la rotta rispetto al fenomeno dilagante del ricorso a strumenti privatistici paralleli all'amministrazione pubblica. In particolar modo fondazioni ed in minore misura associazioni, munite o meno di riconoscimento.

Il modo di intervenire è, tuttavia, ancora una volta, apparentemente drastico ed in realtà approssimativo.

Con la prima di tali disposizioni si intende probabilmente vietare l'affidamento diretto di servizi, ma la perifrasi utilizzata potrebbe voler dire molto meno di quanto si immagina. Le *“procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria”* evidentemente esistevano già nell'ordinamento e dovevano essere rispettate prima dell'entrata in vigore del decreto non meno di quanto dovranno esserlo dopo. Il loro richiamo può valere al più quale semplice invocazione. Inoltre, non è detto che tali procedure realizzino sempre una forma di confronto concorrenziale ad evidenza pubblica o che vietino in assoluto qualsivoglia affidamento diretto. Occorrerà infatti verificare di quale servizio si tratta. Ove si tratti, infatti, di servizi privi di rilevanza economica, pur nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza che devono connotare l'intero agire dell'amministrazione pubblica, le regole sono diverse rispetto a quelle proprie delle attività imprenditoriali. Vi sono interi blocchi di materie munite di ordinamenti specifici, che meritano di essere riconsiderate, casomai, singolarmente. Si pensi alla cultura e ai beni culturali, oppure all'*housing* sociale e a molte altre attività del così detto terzo settore in cui la combinazione dell'iniziativa e delle risorse dei privati con quelle pubbliche spesso realizza risultati pregevoli, che l'amministrazione da sola non sarebbe mai in grado di raggiungere. Rispetto a questo mondo, le norme in questione rischiano di lanciare un messaggio del tutto sbagliato.

Ingiustificabile è poi la seconda delle disposizioni citate, là dove si escludono contributi a carico delle finanze pubbliche nei confronti di enti di diritto privato che *“forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito.”* Si rischia di spengere, in questo modo, qualsiasi forma

di collaborazione tra pubblico e privato proprio in quei settori di cui si è appena detto che di tale collaborazione hanno maggiore necessità.

\*\*\*

### **7. Le altre disposizioni.**

Non ci soffermiamo se non rapidissimamente sul resto delle disposizioni dell'art. 4.

Il comma 9 estende alle società di cui al comma 1 le limitazioni all'assunzione di personale proprie delle amministrazioni controllanti. La disposizione precisa che, sino all'entrata in vigore del presente decreto, resta fermo *“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.”* Quest'ultimo stabiliva a sua volta che le società non quotate inserite nel conto consolidato della pubblica amministrazione, *“controllate direttamente ed indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, adeguano le loro politiche assunzionali alle disposizioni previste nel presente articolo”*. Il comma 9, quindi, ribadisce, da un lato, l'applicabilità, per il pregresso, di una disposizione di legge già vigente e meno restrittiva e stabilisce, per il futuro, una totale coincidenza tra le limitazioni poste alle amministrazioni controllanti e quelle proprie delle società partecipate.

L'indagine sui limiti e sulla parziale sovrapposibilità della norma vecchia e di quella nuova non può essere condotta in questa sede.

I commi 10 ed 11 introducono ulteriori forme di contenimento della spesa, stabilendo rispettivamente che *“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”* e che *“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”*.

Il comma 12 introduce una particolare forma di responsabilità per danno erariale a carico dei funzionari e dirigenti delle amministrazioni vigilanti che non curino il rispetto delle norme sopra indicate.

Il comma 14, infine, pone un divieto di introdurre, a pena di nullità, clausole arbitrali nei contratti di servizio tra le società di cui al comma 1 e le pubbliche amministrazioni affidanti. Le disposizioni prevedono inoltre la perdita di efficacia delle clausole già esistenti a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto *“salvo che non si siano già costituiti i relativi collegi arbitrali”*. Si tratta, verosimilmente, di nullità parziale sopravvenuta ex art. 1419 c.c.

\*\*\*

### **8. I dubbi di costituzionalità.**

Sul complesso delle disposizioni esaminate sussistono gravi dubbi di costituzionalità, sotto diversi profili. Merita evidenziarne qui in particolare uno, connesso al riparto di competenze legislative tra stato e regioni ex art. 117 Cost.

Si deve infatti considerare che i servizi presi in considerazione dal legislatore, svolti dalle società strumentali degli enti pubblici ed ancor di più dagli enti di diritto privato individuati dal comma 6 dell'art. 4, possono consistere in molti casi in servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

Orbene, su questa tipologia di servizi la Corte Costituzionale si è già espressa con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272. Mentre furono all'epoca respinte le questioni di costituzionalità relative all'art. 113 d.lgs. 267/00 sulla base dell'assunto dell'appartenenza della relativa disciplina alla materia *“tutela della concorrenza”* di cui all'art. 117, comma 1, lett. e) Cost. e, quindi, all'ambito della competenza legislativa esclusiva dello stato, conclusioni opposte furono tratte per i servizi privi di rilevanza economica, giungendo a dichiarare incostituzionale l'intero art. 113 bis del T.U.E.L. <sup>26</sup> Articolo, per la verità, assai meno invasivo delle competenze regionali di quanto possano esserlo le norme del decreto sulla *spending review*.

Occorrerà verificare se le ragioni di finanza pubblica avranno la meglio, ma va ricordato che anche il *“coordinamento della finanza pubblica”* è materia di competenza legislativa concorrente. Se le disposizioni del decreto legge verranno confermate in sede di conversione, è prevedibile che la Corte Costituzionale sarà chiamata a trovare un non facile punto di equilibrio.

<sup>1</sup> A. BARBIERO e C. BONACCORSIO, *Note di analisi sulla disciplina per lo scioglimento delle società che gestiscono servizi strumentali (art. 4 d.l. n. 95/2012)*, in *Diritto dei Servizi Pubblici*, [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 13 luglio 2012; G. BASSI, *I primi due decreti sulla “spending review”: breve commento alle disposizioni sulle società pubbliche degli enti locali*, in *Public Utilities*, [www.public-utilities.it](http://www.public-utilities.it), 11 luglio 2012.

<sup>2</sup> Quella maggiormente nota è Consip, ma, come è stato correttamente osservato, “*allo stesso schema vanno riportate anche le società regionali che svolgono funzioni analoghe*” (A. BARBIERO, C. BONACCORSIO, cit.).

<sup>3</sup> Va aggiunto che sono escluse le società quotate e loro controllate, in base a quanto prevede il comma 13 dell’art. 4.

<sup>4</sup> Così, ad esempio, G. BASSI, *op. cit.*

<sup>5</sup> Si presuppone ovviamente una nozione estesa di cittadinanza, posto che i destinatari dei servizi pubblici locali non sono i soli cittadini in senso stretto. Anche in questo caso un maggior rigore terminologico da parte del legislatore sarebbe comunque apprezzabile.

<sup>6</sup> *Ex pluribus*, in questo senso, ad es. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 24 maggio 2004, n. 2282.

<sup>7</sup> T.A.R. Sardegna, Sez. I, 11 giugno 2009, n. 966; Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2010, n. 8231.

<sup>8</sup> Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4265.

<sup>9</sup> Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36.

<sup>10</sup> Sulla sua qualificazione giuridica di tassa, dopo una lunga e travagliata *querelle* giurisprudenziale e dopo il reiterato intervento del legislatore, v. da ultimo, Cass. 9 marzo 2012, n. 3576, nonché la recente disciplina introdotta dall’art. 14 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214.

<sup>11</sup> Per una ricostruzione di tali problematiche v., da ultimo, G. CALDERONI, *La “nuova” concessione di servizi*, in F. MASTROGIACOMO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 213 e ss.; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012, 113 e ss.

<sup>12</sup> Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 326.

<sup>13</sup> Corte Cost. 17 novembre 2010, n. 325.

<sup>14</sup> Una visione plastica di tale nozione di amministrazione pubblica allargata si coglie, ad esempio, scorrendo l’elenco dei soggetti inseriti dall’ISTAT nel conto consolidato delle amministrazioni pubbliche, ai sensi dell’art. 1, comma 3 della legge 31 dicembre 2009, n.196. Non sono poi mancati, in dottrina, i tentativi di qualificare *tout court* società, fondazioni ed enti privatistici rimasti sotto il controllo pubblico come enti pubblici veri e propri. V. a tal proposito, R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia*, Milano, 1998. Sul montare di questo complessivo fenomeno, v. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

<sup>15</sup> F. CAMMEO, *Le concessioni per l’illuminazione pubblica*, nota a Cass. Firenze, 22 dicembre 1902, in *Giur. It.*, 1903, Parte I, Sez. I, 473 e ss.

<sup>16</sup> Le norme presentano qui una delle tante incongruenze. Non si capisce infatti perché, se le partecipazioni pubbliche devono essere cedute entro il 30 giugno 2013, l’affidamento quinquennale del servizio debba decorrere dal 1 gennaio 2014. Non si comprende, in altri termini, cosa debba accadere nel semestre intermedio. Il termine di cinque anni per l’affidamento appare essere inoltre, anch’esso, frutto di improvvisazione. Non tutti i servizi sono uguali e la durata degli affidamenti dovrebbe essere parametrata sulla loro diversa tipologia ed in particolare sul tempo necessario ad ammortizzare gli investimenti richiesti, come giustamente stabilisce l’art. 4, comma 11, lett. c) del d.l. 138/2011 per i servizi pubblici locali: “*la durata dell’affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell’affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti*”.

<sup>17</sup> A. BARBIERO e C. BONACCORSIO, *cit.*

<sup>18</sup> Sostenere quest’interpretazione non equivale a condividerne il merito. Al contrario, essa fa sì che le relative disposizioni appartengano di quelle norme/annuncio di cui si è detto in premessa, poi difficilmente attuabili nella pratica. Semplicemente essa appare come quella idonea ad attribuire un senso più compiuto al dettato legislativo.

<sup>19</sup> Corte dei Conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, Delib. N.3/CONTR/2012, del 2 febbraio 2012; Corte dei Conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, Delib. N.4/CONTR/2012, del 3 febbraio 2012.

<sup>20</sup> E’ stato giustamente sottolineato (A. BARBIERO E C. BONACCORSIO, *cit.*) come tale previsione, in realtà, penalizzi le società che sinora si sono distinte per il rispetto della legge, favorendo le altre. L’art. 13 del d.l. 223/06 imponeva ed impone (sempre che si comprenda quale dovrebbe essere, una volta confermate le disposizioni del decreto legge in commento, il suo spazio residuo di applicazione) alle società strumentali di non operare in favore di altri soggetti che non fossero gli “*enti costituenti, partecipanti o affidanti*”. Chi avesse pienamente rispettato tali norme, quindi, dovrebbe aver fatturato il 100% delle sue prestazioni in favore delle pubbliche amministrazioni. Viceversa, chi non ha rispettato l’art. 13 del decreto Bersani può avere avuto, nell’anno 2011, un fatturato con le pubbliche amministrazioni inferiore al 90%. Si tratta di considerazioni che mostrano ancora una volta un eccesso di approssimazione del legislatore. E’ tuttavia vero che, nelle intenzioni di quest’ultimo, la soglia di fatturato viene presa in esame quale discriminante per individuare il requisito, sotteso, della strumentalità. E’ anche vero, per altri versi, che la tipizzazione cui si ricorre generalmente (società strumentali ex d.l. 223/06; società *in house* o miste che gestiscono

servizi pubblici) non esaurisce il novero delle possibili società partecipate dagli enti pubblici, potendosi dare società che svolgono attività di natura diversa, purché rispettose del limite generale di cui al comma 27, art. 3, l. 244/07, costituito dalla coincidenza di tali attività con le finalità degli enti cui appartengono. Tali società possono svolgere servizi sia nei confronti dell'amministrazione pubblica che del mercato e può ben darsi che dalla prima ricavano un fatturato inferiore al 90% senza violare con ciò l'art. 13 del decreto Bersani, non essendo, per l'appunto, società strumentali. Si può ricordare che lo stesso art. 4, d.l. 138/11 prevedeva che "le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge" (comma 9). Fatto sta che, indipendentemente da ciò, il comma 1 dell'art. 4 del d.l. 95/12 sconta un difetto di cattiva tipizzazione della fattispecie.

<sup>21</sup> A. BARBIERO e C. BONACCORSIO, *cit.*

<sup>22</sup> V. la notizia dell'appello dell'associazione Civita su Il Sole 24 ore del 19 luglio 2012, *Impresa e territorio*.

<sup>23</sup> Sulla portata di queste e di altre disposizioni relative alle società a partecipazione pubblica emanate negli ultimi anni, v. ad es. C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in Giustamm.it, www.giustamm.it, 20.01.2011, relazione al Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri su *Il partenariato pubblico-privato - Modelli e strumenti* (Firenze, 26 novembre 2009). V. inoltre, D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, 2008.

<sup>24</sup> Tali disposizioni si applicano alle regioni solo in relazione ai principi da esse desumibili (art. 1, comma 730, l. 296/06). Accanto a queste sussiste quindi un'ampia legislazione regionale. Sono poi escluse dall'applicazione di queste norme le società quotate in borsa (art. 1, comma 733, l. 296/06). Un'ulteriore riduzione del 10% dei compensi degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo è stata poi disposta dall'art. 6, comma 6, del d.l. 78/2010, convertito nella l. 122/2010 relativamente alle società inserite nel conto consolidato della pubblica amministrazione e delle società "possedute, direttamente o indirettamente, alla data di entrata in vigore del presente provvedimento, dalle amministrazioni pubbliche".

<sup>25</sup> Corte dei Conti, Sez. Controllo Lombardia, 46/2007/PAR; Corte dei Conti, Sez. Controllo Lombardia, 245/2009/PRSE. In dottrina v. R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche, in house e miste*; Milano, 2008, 262 ss.; F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società a partecipazione mista pubblico-privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura dell'Autore, Torino, 2010, Quaderni CESIFIN, 120.

<sup>26</sup> Vale la pena di riportare alcuni passaggi della sentenza:

"<<La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'art. 113-bis. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.

A questo proposito la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che 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 "non economica". Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui 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 (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). *Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di "rilevanza economica", ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale*>> (Corte Cost. 272/04, cit).