

Regole e Mercati

COLLANA DI ATENEIO



Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

a cura di

Francesco Fimmanò - Antonio Catricalà

Le Società Pubbliche

Universitas
Mercatorum
Press



Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

DIREZIONE SCIENTIFICA UNIVERSITAS MERCATORUM PRESS

Prof. Francesco FIMMANÒ

COMITATO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

Nicolò ABRIANI - Federico ALVINO - Ferruccio AULETTA - Amedeo BASSI
- Emilio BALLETTI - Fernando BOCCHINI - Guido BONFANTE - Oreste
CAGNASSO - Lucia CALVOSA - Giovanni CANNATA - Francesco CAPALBO
- Giovanni CAPO - Giuseppe CATALDI - Aurelio CERNIGLIARO - Massimo
CONFORTINI - Concetto COSTA - Maria COSTANZA - Luciano D'AMICO -
Giacomo D'ATTORRE - Giovanni DI GIANDOMENICO - Sabino FORTUNATO
- Rosaria GIAMPETRAGLIA - Gianvito GIANNELLI - Adriano GIANNOLA -
Stefania GIOVA - Francesco FIMMANÒ - Maurizio IRRERA - Alberto LUCARELLI
- Francesco MACARIO - Marco MARAZZA - Riccardo MERCURIO - Giuseppe
NICCOLINI - Giuseppe PALMA - Giuseppe PAOLONE - Aristide POLICE -
Gabriele RACUGNO - Nicola RASCIO - Pietro RESCIGNO - Paolo REVIGLIONO
- Giuseppe RICCIO - Nicola RONDINONE - Roberto ROSAPEPE - Michele
SANDULLI - Francesco SANTONI - Mario STELLA RICHTER - Alfonso Maria
STILE - Gennaro TERRACCIANO - Giuseppe TESAURO - Riccardo TISCINI -
Antonio URICCHIO

Tutti i volumi della collana ed i singoli contributi sono soggetti a doppio referaggio anonimo. Il comitato scientifico e di referaggio individua i referee esterni, ratione materiae, che ne valutano la pubblicabilità, eventualmente con riserve e prescrizioni.

Ufficio Supporto e consulenze Camere di Commercio
consulenza@unimercatorum.it

a cura di
FRANCESCO FIMMANÒ - ANTONIO CATRICALÀ

Le Società Pubbliche

TOMO UNO

**Universitas
Mercatorum
Press**

Giapeto editore
collana Regole e Mercati
Universitas Mercatorum Press

grafica e impaginazione
Gianni Ascione

stampa
Tavolario Stampa

prima edizione: novembre 2016
ISBN 978-88-9326-060-2

stampato in italia
© copyright 2016
giapeto editore
www.giapeto.it
tutti i diritti riservati

Indice

TOMO UNO

Prefazione alla collana	p.	13
<i>Giovanni Cannata</i>		
1. INTRODUZIONE. PROFILI GENERALI DELLA RIFORMA	p.	15
<i>Francesco Fimmanò - Antonio Catricalà</i>		
2. LIBERALIZZAZIONE E CONCORRENZA NEI SERVIZI DI PUBBLICA UTILITÀ ..	p.	33
<i>Giuseppe Tesauro - Celeste Pesce</i>		
3. IL MACROPROBLEMA IRRISOLTO DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE PUBBLICO-SOCIO PER ABUSO DEL DOMINIO DELLA SOCIETÀ PARTECIPATA	p.	49
<i>Francesco Fimmanò</i>		
4. IL GOVERNO E LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE	p.	97
<i>Alberto Lucarelli - Luca Longhi</i>		
5. LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA IN ITALIA E ALL'ESTERO: NUMERI E INCIDENZA SULL'ECONOMIA	p.	117
<i>Francesco Capalbo</i>		
6. CAPITALISMO LOCALE E REGOLE DEL MERCATO IN TEMPO DI CRISI	p.	137
<i>Sergio Di Nola</i>		
7. IL NUOVO GOVERNO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE E DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO-GENERALE: PROFILI GIUSPUBBLICISTICI	p.	149
<i>Alberto Lucarelli</i>		
8. LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI NEL SISTEMA DELLE PARTECIPAZIONI PUBBLICHE DELINEATO DAL TESTO UNICO	p.	165
<i>Michael Sciascia</i>		
9. LIMITI TELEOLOGICI ALL'INTERVENTO PUBBLICO IN SOCIETÀ DI CAPITALI	p.	175
<i>Massimiano Sciascia</i>		
10. LA DISCIPLINA SOCIETÀ <i>IN HOUSE</i> TRA LE NORME DEL TESTO UNICO E QUELLE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI	p.	213
<i>Almerina Bove</i>		
11. IL MODELLO DELLA SOCIETÀ <i>IN HOUSE</i> : ART. 16 DEL TESTO UNICO ED ALTRE DISPOSIZIONI DELL'ORDINAMENTO	p.	235
<i>Luciano Imparato</i>		

INDICE

12. AMBITO DELLA CAPACITÀ SOCIETARIA DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI	p.	255
<i>Massimiano Sciascia</i>		
13. LA “CAUSA PUBBLICA” ALLA LUCE DEL TESTO UNICO 175 DEL 2016	p.	281
<i>Roberto Guarino</i>		
14. GLI ADEMPIMENTI SOCIETARI NECESSARI PER L’ADEGUAMENTO ALLA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE CONTENUTA NEL D.LGS. 175/2016	p.	315
<i>Vittorio Occorsio</i>		
15. LE SOCIETÀ PUBBLICHE ALLA LUCE DEL TU 175/2016: RIFLESSIONI SU COSTITUZIONE E STATUTI	p.	343
<i>Marco Casavecchia</i>		
16. INTERESSE PUBBLICO E CAUSA SOCIETARIA: LA DIFFICILE RICONCILIAZIONE TRA FINALITÀ LUCRATIVE E PROVENIENZA PUBBLICA DELLE RISORSE	p.	373
<i>Fabio Campofiloni</i>		
17. I PATTI PARASOCIALI	p.	393
<i>Antonino Restuccia</i>		
18. LE SOCIETÀ PUBBLICHE: PROBLEMI E POSSIBILI SOLUZIONI RELATIVE ALLA CIRCOLAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI	p.	407
<i>Paolo Guida</i>		
19. SOCIETÀ PUBBLICHE NON NECESSARIE: OBBLIGHI DI DISMISSIONE E DIRITTO DI RECESSO	p.	431
<i>Emilio Fabbiani</i>		
20. GLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA	p.	443
<i>Roberto Ranucci</i>		
21. L’ORGANO DI CONTROLLO INTERNO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE	p.	469
<i>Francesco Cossu</i>		
22. LA DECADENZA DEGLI ORGANI AMMINISTRATIVI DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE IN CASO DI MANCATO RECEPIMENTO STATUTARIO DELLA NECESSITÀ DELL’AMMINISTRATORE UNICO	p.	495
<i>Vittorio Occorsio</i>		
23. LA DISCIPLINA INTRODOTTA DAL “TESTO UNICO” IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA QUOTATE	p.	507
<i>Roberto Camporesi</i>		
24. IL CONTROLLO E LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI SULLE SOCIETÀ PUBBLICHE A SEGUITO DEL TESTO UNICO	p.	513
<i>Maria Teresa Polito</i>		

INDICE

25. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA E CONTABILE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANI DI AMMINISTRAZIONE E DI CONTROLLO DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE PUBBLICHE p. 541
Tommaso Miele
26. IL CONCORSO DELL'*EXTRANEUS* NELLA RESPONSABILITÀ ERARIALE IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA p. 595
Daniela Morgante - Raffaele Squitieri

TOMO DUE

27. LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ RELATIVE ALLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA NEL TESTO UNICO p. 605
Daniela Morgante
28. LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ORGANI DI SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO p. 645
Francesco Fimmanò - Alfonso Laudonia
29. LA CRISI D'IMPRESA NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA p. 673
Giacomo D'Atorre
30. INSOLVENZA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE, STRUMENTI DI ALLERTA E PREVENZIONE, PIANI DI RISANAMENTO p. 687
Francesco Fimmanò
31. L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE p. 721
Francesca Angiolini
32. LA SOCIETÀ MISTA CON CONTRATTO DI PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO NEL TESTO UNICO E NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI p. 741
Giovanna Antonia Fois - Andrea Riccardi
33. I MECCANISMI DI AFFIDAMENTO ED I SISTEMI DI CONTROLLO DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE NEL D.LGS. N. 175/2016 p. 775
Gerardo Guzzo
34. IL PROGRAMMA DI VALUTAZIONE DEL RISCHIO DI CRISI QUALE STRUMENTO DI ANALISI E SALVAGUARDIA DELL'EQUILIBRIO ECONOMICO-FINANZIARIO DELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO p. 793
Riccardo Tiscini - Paolo Lisi
35. LE NORME FINANZIARIE SULLE SOCIETÀ PARTECIPATE DALLE AMMINISTRAZIONI LOCALI p. 807
Aldo Carosi - Francesco Capalbo - Marco Sorrentino
36. PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE E TRASPARENZA NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA p. 821
Valerio Sarcone

INDICE

37. TRASPARENZA NELLE SOCIETÀ CONTROLLATE, FUNZIONALIZZAZIONE PUBBLICA E RESPONSABILITÀ ERARIALI	p.	865
<i>Fabrizio Cerioni</i>		
38. ONERI DI MOTIVAZIONE ANALITICA TRA DISCREZIONALITÀ E CONTROLLI	p.	881
<i>Fabio Campofiloni</i>		
39. L'EVOLUZIONE DEL TRATTAMENTO ECONOMICO E GIURIDICO DEL PERSONALE DELLE SOCIETÀ IN HOUSE	p.	899
<i>Luca Manassero</i>		
40. RIFLESSIONI SULLE PROCEDURE DI RECLUTAMENTO E DI REINTERNALIZZAZIONE DEL PERSONALE NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE	p.	937
<i>Francesco Rinaldi</i>		
41. SISTEMI DI CONTROLLO INTERNO, EFFICIENZA E TUTELA DELLA CONCORRENZA NELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO: BREVI ANNOTAZIONI SULL'INTEGRAZIONE DEGLI STRUMENTI DI GOVERNO SOCIETARIO	p.	965
<i>Francesco Antonino Cancilla</i>		
42. CONCORRENZIALITÀ DEI MERCATI E VINCOLI OPERATIVI ALLE SOCIETÀ <i>IN HOUSE</i>	p.	979
<i>Fabio Campofiloni</i>		
43. PROFILI ECONOMICI DEGLI ONERI DI MOTIVAZIONE ANALITICA ED OBBLIGHI DI DISMISSIONE	p.	995
<i>Roberto Camporesi</i>		
44. I PIANI DI RAZIONALIZZAZIONE DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA E LA REVISIONE STRAORDINARIA	p.	1027
<i>Donato Centrone</i>		
45. IL PROCESSO DI RAZIONALIZZAZIONE NEL TESTO UNICO	p.	1055
<i>Antonio Lirosi</i>		
46. LA DISCIPLINA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DA REATO DELLE PERSONE GIURIDICHE E LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA	p.	1087
<i>Ciro Santoriello</i>		
47. LA CANCELLAZIONE <i>EX OFFICIO</i> DELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO	p.	1103
<i>Giuseppe Nicolini</i>		
48. LE DISPOSIZIONI TRANSITORIE E DI COORDINAMENTO DEL TESTO UNICO CON LA LEGISLAZIONE VIGENTE	p.	1119
<i>Donato Centrone</i>		

Indice degli autori

FRANCESCA ANGIOLINI

Ricercatore di Diritto Commerciale Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

ALMERINA BOVE

Avvocatura Regione Campania - Vice Capo Gabinetto Regione Campania
Dottore di ricerca

FABIO CAMPOFILONI

Funzionario della Corte dei conti

ROBERTO CAMPORESI

Dottore commercialista - Revisore legale

FRANCESCO CAPALBO

Associato di Economia Aziendale Università degli Studi del Molise
Membro *International Public Sector Accounting Standard Board* e *FEE Public Sector Group*

FRANCESCO ANTONINO CANCELLA

Magistrato della Corte dei conti

ANTONIO CATRICALÀ

Straordinario di Diritto Privato *Universitas Mercatorum*
già Presidente *Antitrust* e Presidente di Sezione del Consiglio di Stato - Avvocato

MARCO CASAVECCHIA

Avvocato

DONATO CENTRONE

Consigliere della Corte dei conti

FABRIZIO CERIONI

Sostituto Procuratore Generale Corte dei conti Regione Lombardia
Dottore di Ricerca

ALDO CAROSI

Vicepresidente della Corte Costituzionale

FRANCESCO COSSU

Ricercatore di Diritto Commerciale Università Telematica Pegaso

GIACOMO D'ATTORRE

Ordinario di Diritto Commerciale *Universitas Mercatorum* - Avvocato

INDICE DEGLI AUTORI

SERGIO DI NOLA

Ricamatore di Diritto Commerciale Università LIUC Carlo Cattaneo
Avvocato

EMILIO FABBIANI

Avvocato - Responsabile Consulenza Legale Banca Etica

FRANCESCO FIMMANÒ

Ordinario di Diritto Commerciale Università degli Studi del Molise
Direttore Scientifico *Universitas Mercatorum* e Università Telematica Pegaso
Avvocato - Revisore legale

GIOVANNA ANTONIA FOIS

Dirigente Ministero dell'Economia e delle Finanze - Segreteria tecnica Ministro

ROBERTO GUARINO

Dottore di ricerca - Avvocato

PAOLO GUIDA

Notaio

GERARDO GUZZO

Professore di Organizzazione Aziendale presso l'Università degli Studi di Salerno
Avvocato

LUCIANO IMPARATO

Avvocato - Dottore di ricerca

ALFONSO LAUDONIA

Assegnista di ricerca *Economy Legal Security* Università Telematica Pegaso
Avvocato

ANTONIO LIROSI

Avvocato

PAOLO LISI

Direttore Amministrazione, Finanza e Controllo Acquirente Unico
Revisore legale

LUCA LONGHI

Ricamatore di Istituzioni di Diritto Pubblico Università Telematica Pegaso

ALBERTO LUCARELLI

Ordinario di Diritto Costituzionale Università degli Studi di Napoli Federico II
e Professore *Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne*

LUCA MANASSERO

Avvocato

INDICE DEGLI AUTORI

TOMMASO MIELE

Magistrato della Corte dei conti

Presidente della Sezione giurisdizionale per l'Abruzzo della Corte dei conti

DANIELA MORGANTE

Magistrato della Corte dei conti

Consigliere Delegato al controllo sulla gestione finanziaria del Centro Italiano di Ricerche
Aerospaziali

GIUSEPPE NICCOLINI

Ordinario di Diritto Commerciale nell'Università L.U.I.S.S. di Roma

Avvocato

VITTORIO OCCORSIO

Ricercatore Università Telematica Pegaso

Notaio

CELESTE PESCE

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea Università Telematica Pegaso

MARIA TERESA POLITO

Consigliere della Corte dei conti

Componente della Sezione di controllo affari comunitari ed internazionali

ROBERTO RANUCCI

Ricercatore di Diritto Commerciale Università Telematica Pegaso

ANTONINO RESTUCCIA

Dottore di ricerca - Avvocato

ANDREA RICCARDI

Segreteria tecnica Ministero dell'Economia e delle Finanze

Docente di Diritto degli appalti pubblici Università Telematica Pegaso

FRANCESCO RINALDI

Avvocato - Dottore di ricerca

CIRO SANTORIELLO

Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino

VALERIO SARCONI

Capo Segreteria Tecnica Conferenza Stato-Città e Autonomie Locali

Presidenza del Consiglio dei Ministri

MICHAEL SCIASCIA

Presidente della Corte dei conti giurisdizione regionale della Campania

MASSIMIANO SCIASCIA

Ricercatore di Diritto Amministrativo Università Telematica Pegaso - Avvocato

INDICE DEGLI AUTORI

MARCO SORRENTINO

Ricercatore di Economia Aziendale Università Telematica Pegaso

RAFFAELE SQUITIERI

Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico *Universitas Mercatorum*

già Presidente della Corte dei conti

GIUSEPPE TESAURO

Presidente emerito della Corte costituzionale

già Presidente *Antitrust* - Straordinario già Ordinario di Diritto dell'Unione Europea

Università Telematica Pegaso

RICCARDO TISCINI

Ordinario di Economia Aziendale *Universitas Mercatorum*

Dottore Commercialista

PREFAZIONE ALLA COLLANA

Ho l'onore di registrare, con questo Volume, la nascita della Collana di Ateneo "Regole e Mercati", supportata dalla condivisione di un autorevolissimo Comitato scientifico. Nei quasi venti anni in cui ho rivestito la carica di Rettore in Università statali e non, e di Vice Presidente della Crui (Conferenza Rettori delle Università Italiane), posso dire di non aver assistito alla nascita di uno strumento di ricerca scientifica tanto ambizioso.

Questa collana è una manifestazione del codice genetico di Universitas Mercatorum, la prima Università mista pubblico-privata che intende coniugare l'interesse collettivo e diffuso delle comunità territoriali e l'innovazione efficace ed efficiente del modello accademico.

La Collana ambisce a rappresentare un laboratorio scientifico articolato intorno ai temi che legano l'economia con il diritto, con un'attenzione particolare all'evoluzione del mondo della ricerca. Uno strumento di approfondimento rigoroso su tematiche di rilevantissima attualità ed interesse.

L'attenzione sarà rivolta alle problematiche dell'assetto istituzionale dei mercati, alle implicazioni connesse alla salvaguardia dei principi della concorrenza nel rispetto delle regole. Due aspetti appaiono rilevanti nel progetto editoriale e vanno sottolineati: da un canto l'approccio interdisciplinare in stretta connessione alle materie in oggetto, dall'altro l'attenzione alla dimensione internazionale, in particolare a quella comparatistica.

In quest'ottica, il primo Ateneo che si sviluppa su una partnership pubblico-privata con l'obiettivo di svolgere un ruolo significativo nella formazione delle imprese, dedica il primo volume della collana all'analisi delle società a partecipazione pubblica che intendono proprio coniugare stato e mercato. Non a caso l'Enciclopedia Treccani nel definire la società con partecipazione pubblica evidenzia che "in tutti i casi l'impresa si presenta formalmente come un'impresa societaria privata e soggiace alla relativa disciplina in quanto i tratti pubblicistici si fermano a livello di enti di gestione, senza concernere le strutture operative attraverso le quali agiscono".

Va dato atto all'impegno dei due curatori del Volume, il Prof. Francesco Fimmanò Ordinario di Diritto Commerciale e il Prof. Antonio Catricalà Straordinario di

Diritto Privato, di aver offerto con grande tempestività, coinvolgendo studiosi di alta esperienza accanto a studiosi più giovani, uno strumento imponente, destinato sicuramente a diventare un punto di riferimento. Con questo volume, l'Ateneo offre un contributo scientifico e di servizio, oltre che a soggetti che per compito istituzionale sono interessati alla materia come le Camere di Commercio e gli Enti locali, a tutti coloro che sono coinvolti nella problematica, coniugando le attenzioni accademiche con le esigenze di risposta ai problemi della società contemporanea.

Prof. GIOVANNI CANNATA
Rettore di Universitas Mercatorum

1.
INTRODUZIONE.
PROFILI GENERALI DELLA RIFORMA

FRANCESCO FIMMANÒ - ANTONIO CATRICALÀ

SOMMARIO: **1.** L'involuzione normativa del fenomeno. – **2.** Ragioni ed effetti dell'abuso del modello gestionale. – **3.** Il testo unico e le regole *speciali*, anche alla luce delle sezioni unite della Cassazione del 1 dicembre 2016 n. 24591. – **4.** Profili caratterizzanti e obblighi di adeguamento. – **5.** Gli effetti attuali e potenziali della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 25 novembre 2016.

1. L'involuzione normativa del fenomeno

Il Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175, pubblicato in Gazzetta Ufficiale l'8 settembre 2016, e in vigore dal 23 settembre 2016 reca il nuovo «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» Il decreto è stato emanato nell'ambito di una complessa operazione di riorganizzazione normativa in materia di amministrazioni pubbliche, scaturita dalla Legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia), e precisamente in esecuzione della delega ivi contenuta nell'art. 18¹.

Il *corpus* normativo, al di là delle luci e delle ombre, cerca di ricondurre a *fisilogia* un coacervo di disposizioni gemmate negli ultimi 25 anni ed ha certamente il merito di tentare di mettere a “sistema” una fenomenologia peculiare, interdisciplinare, complessa e figlia di una legislazione a “toppe”, piuttosto che “a tappe”². Al tempo stesso dobbiamo rilevare che la *sovraregolamentazione* (quantitativa) appare in molte norme come una sorta di inseguimento tra legislatore e giurisprudenza, con il risultato di sentenze che hanno fatto le veci della legge e la legge che fa le veci delle sentenze.

¹ «Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori» (art. 18, comma 1). La legge Madia ha inoltre delegato il Governo per l'adozione di decreti legislativi per il riordino, *inter alia*, della disciplina della Presidenza del Consiglio dei ministri, dei Ministeri, delle agenzie governative nazionali e degli enti pubblici non economici nazionali (art. 8), della disciplina delle camere di commercio (art. 10), del pubblico impiego (artt. 11 e 16) della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (art. 17), della disciplina in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale (art. 19), della procedura dei giudizi innanzi la Corte dei conti (art. 20).

² Al riguardo ampiamente FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, 1135 s.

La legislazione di un tempo non dirimeva contrasti giurisprudenziali ma costruiva sistemi di regole per principi che i giudici interpretavano. Basti pensare che l'espressione normativa più in voga – in materia – negli ultimi anni nel settore che ci occupa è quella di “controllo analogo”. In realtà il legislatore italiano ha usato l'*escamotage* di far proprie le espressioni usate nella famosa sentenza *Teckal* della Corte di giustizia U.E. (e in quelle analoghe successive) riguardanti un consorzio tra Comuni, per applicarle a un soggetto giuridico completamente diverso e cioè a una società di capitali. Da questa operazione sono nati diversi equivoci con il “livello comunitario” anche perché a nessun altro Stato nel Continente è venuto in mente di utilizzare lo strumento societario per ragioni “meramente opportunistiche”.

A tutto questo aggiungiamo che calare le società di capitali e il loro enorme apparato regolamentare (*ipertecnico*) in un ambiente normativo giuspubblicistico, dove l'operatore medio neppure immagina che le sole società per azioni (non quotate) sono disciplinate da oltre 650 commi, è stata operazione che negli anni ha avuto effetti *dirimpenti*.

L'equivoco principale è stato quello riguardante la disciplina da applicare alle società in mano pubblica, nato in passato dalla errata impostazione secondo cui la partecipazione di una pubblica amministrazione a una società di capitali potesse alterarne la struttura, dando vita a un “*tipo*” di diritto speciale. In particolare una certa impostazione, ignara delle complessità sistematiche, partendo dal principio della neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo, è arrivata ad attribuire alle società partecipate una *connotazione pubblicistica*³, frutto di una sostanziale mutazione genetica nel senso di una riqualificazione del soggetto giuridico. In realtà tale impostazione è stata gravemente fuorviante negli anni, in quanto si può parlare di società di diritto speciale soltanto laddove una espressa disposizione legislativa introduca deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c., con la conseguente emersione *normativa* di un tipo *con causa pubblica non lucrativa*⁴.

La riforma introduce sicuramente una serie di *norme speciali ad hoc*, ma comunque queste non fanno emergere un tipo di società a sé stante neppure quando si tratta di società soggette a controllo analogo⁵.

La “storia” del fenomeno in esame comincia nel 1990 con la espressa previsione nella legge n. 142 della società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria⁶, passa attraverso l'introduzione della società c.d. *minoritaria*⁷, l'apertura al tipo della

³ Cfr. in particolare Cons. Stato, nn. 1206 e 1207 del 2001 e nn. 4711 del 2002 e 1303 del 2002.

⁴ *Le società pubbliche. ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di FIMMANÒ, *ricerche di law & economics*, Milano, 2011.

⁵ In senso diverso CAMPOFILONI, *Interesse pubblico e causa societaria: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse*, in questo Volume.

⁶ La società mista a prevalente capitale pubblico locale venne prevista per la prima volta dall'art. 22, lettera e) della legge 142 del 1990, (testo poi modificato dall'art. 17, comma 58, legge 15 maggio 1997, n. 127, *Bassanini-bis*) e la legge non vietava peraltro che la società fosse interamente in mano pubblica.

⁷ La società mista con partecipazione maggioritaria dei soci privati ha trovato riconoscimento testuale

S.r.l. e l'incentivo alla trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi⁸, per subire un provvisorio assestamento nel 2000 con il Testo Unico delle autonomie locali (Tuel) che sistemava organicamente la materia⁹. Nel 2001 il quadro viene *virtualmente* rivoluzionato con l'introduzione della categoria *mai definita* dei c.d. servizi industriali e l'introduzione rigorosa, *mai attuata*, dei principi della concorrenza¹⁰. Con la *contro-riforma* del 2003 e la legge finanziaria per il 2004, si arriva infatti a un risultato esattamente opposto¹¹. Quest'ultimo intervento, in parte censurato dalla Corte Costituzionale¹², ha suddiviso i servizi in virtù della loro *rilevanza economica*, in un contesto pesantemente dominato dalla figura della società in *house providing* e del suo strettissimo collegamento funzionale con l'ente di riferimento. La normativa ha strumentalizzato in modo abile la giurisprudenza comunitaria tanto da evocare una situazione giuridica di *dipendenza organica*.

Alla originaria disciplina contenuta nell'art. 113 TUEL, infatti, si sono sovrapposti prima l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/08 (abrogato con *referendum*) e poi la successiva disciplina introdotta con il D.L. 138/11 (dichiarata incostituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012), per giungere infine al d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (convertito con l. 17 dicembre 2012 n. 221).

Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2013 hanno scelto *forzatamente* di adattare l'impostazione comunitaria, al fine di riconoscere la giurisdizione piena della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità agli organi sociali delle società in *house*¹³. I giudici del Supremo consesso qualificano, in modo in verità opinabile, questo

con l'art. 12 della legge n. 498 del 1992, attuata con la normativa regolamentare dettata dal D.p.r. n. 533 del 16 settembre 1996 (al riguardo CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 390 s., che esamina in particolare gli aspetti della compagine, della scelta dei soci e dello scopo di lucro).

⁸ Norme contenute nella c.d. legge Bassanini-*bis* (n. 127 del 15 maggio 1997), che all'art. 17, commi 51-58, consentiva agli Enti locali di procedere alla trasformazione delle aziende speciali, deputate alla gestione dei servizi pubblici, in società per azioni o a responsabilità limitata con capitale misto, pubblico e privato, anche a partecipazione minoritaria.

⁹ D. lgs. n. 267 del 2000.

¹⁰ Articolo 35 della legge n. 448 del 2001.

¹¹ Si tratta in particolare dell'art. 14 del d.l. n. 269 del 30 settembre 2003 «*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*», convertito con modificazioni nella l. n. 326 del 2003 (conseguente alle osservazioni della Commissione Europea sul sistema delineatosi con l'entrata in vigore dell'art. 35).

¹² Nel luglio del 2004, la Corte Costituzionale accolse in parte il ricorso avanzato dalla regione Toscana e dichiarò illegittimo l'art. 14, comma 1, lett. e), e comma 2, del D.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. nella L. 24 novembre 2003, n. 326, (Corte Cost., 27 luglio 2004, n.272, cfr. al riguardo MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2005).

¹³ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283 – Pres. Rovelli – est. Rordorf, in *Società*, 2014, 55 s. con nota di FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, e in *Fallimento*, 2014, 33 s., con nota di SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*; e poi in scia: Cassazione, Sez. Un., 16 dicembre 2013 n. 27993; Cass., Sez. Un., 26 marzo 2014, n. 7177 – Pres. Rovelli – est. Macioce; Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2014, n. 22609 – Pres. Rovelli – est. D'Ascola. Nello stesso senso ma con approdo opposto Cass., Sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5491 – Pres. Rovelli – est. Nobili, in *Società*, 2014, 953 s. con nota di CERIONI; Cass. Sez. Un. n. 26936

genere di società come una mera articolazione interna della P.A., una sua *longa manus* al punto che l'affidamento diretto neppure consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo di talché l'ente *in house* "non potrebbe ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa"¹⁴. Il passaggio più *forte* della giurisprudenza *de qua* è quello secondo cui "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".

Questa impostazione ha complicato ancora di più le cose perché molti non hanno inteso che si riferisse solo alla giurisdizione e per di più non esclusiva della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità, ma hanno provato a ricavarne l'esistenza di una società di tipo pubblico meritevole di uno *ius singulare*. In realtà si può parlare di società di diritto speciale soltanto laddove una espressa disposizione legislativa introduca deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c.¹⁵, con la conseguente emersione normativa di un tipo *con causa pubblica non lucrativa*¹⁶. Viceversa, a parte i casi di società *c.d. legali* (istituite, trasformate o

del 2 dicembre 2013. Da ultima Cass. Sez. Un. n. 21962 del 27 ottobre 2016 secondo cui la controversia avente ad oggetto l'azione di responsabilità promossa dal Procuratore della Corte dei Conti per il danno diretto, patito da una Spa a partecipazione pubblica e addebitato a condotte illecite dei suoi amministratori o dipendenti, non rientra nella giurisdizione della Corte dei Conti, non essendo configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno diretto di quest'ultimo. Nel caso di specie, inoltre, non trattava di società *in house* ma di società di diritto privato operante in un mercato concorrenziale, dotata di piena autonomia rispetto ai soci enti pubblici. Nella società di diritto privato a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla asserita *mala gestio* dei suoi organi sociali non integra, per la Suprema Corte, il danno erariale in quanto si risolve in un *vulnus* gravante in via diretta esclusivamente sul patrimonio della società stessa, soggetta alle regole di diritto privato e dotata di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci.

¹⁴ In buona sostanza la Cassazione ha riprodotto l'orientamento del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008 n. 1, su rimessione di Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587; nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e prima TAR Valle d'Aosta, 13 dicembre 2007 n. 163; TAR Sicilia, 5 novembre 2007 n. 2511; TAR Piemonte, 4 giugno 2007 n. 2539; TAR Calabria, Catanzaro, 15 febbraio 2007 n. 76 e dopo TAR Campania, Napoli, Sez. I, 28 luglio 2008 n. 9468). Il Consiglio di Stato ha sostenuto in particolare che il modello di società mista elaborato, in sede consultiva, con il parere n. 456 delle 2007, rappresenta solo una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione di tali società e all'affidamento del servizio alle stesse, anche se, in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non può allo stato essere elaborata una soluzione univoca o un modello definitivo di società mista. In ogni caso, il modello di società costruito con il citato parere non è rinvenibile allorché il socio non venga scelto mediante procedura a evidenza pubblica nella quale la gestione del servizio *sia stata definita e precisata*.

¹⁵ Al riguardo: VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 4 s.; MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, 117; MARASÀ, *Le «società» senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 353; SPADA, *La Monte Titoli S.p.a. tra legge ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 552.

¹⁶ Al riguardo GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di FIMMANÒ, *Ricerche di Law & Economics*, Milano, 2011, 131.

comunque disciplinate con apposita legge speciale)¹⁷, ci troviamo *sempre* di fronte a società di diritto comune, in cui pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nelle quali, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono.

La vicenda in oggetto è dunque singolare: il legislatore italiano ha prima creato un *monstrum* e poi ha costretto gli interpreti, anche i più raffinati, a riconoscerlo e a ricostruirlo invece di “*constatare i fenomeni giuridici quali sono, quali si trovano nel sistema positivo, non negarli o storpiarli per ragioni a priori*”¹⁸. Quanto accaduto appartiene a una tendenza più generale diretta a creare sempre più frequentemente categorie di soggetti i cui rapporti sono regolati da uno *ius singulare*. Fenomeno deprecabile, in quanto nel migliore dei casi, finisce per originare privilegi, asimmetrie e discriminazioni. In taluni casi, poi, non è tanto la ponderata volontà di sottrarre alla disciplina comune determinati soggetti a spingere il legislatore, bensì l'incapacità a resistere alla pressione di chi, spesso emotivamente o prepotentemente, chiede e invoca questa o quella norma. Ecco che il potere legislativo, si muove talora male e si trasforma, come suol dirsi in una *machine a faire lois*¹⁹, invece di dettare norme efficienti e cercare nell'armonia del sistema le soluzioni più giuste.

Abbiamo dunque assistito, per tutte queste ragioni, a un percorso legislativo incoerente, caratterizzato da frequenti ripensamenti²⁰, fatta eccezione per una costante: la crescente e progressiva espansione delle società a partecipazione pubblica locale, anche attraverso la trasformazione di aziende speciali, consorzi e istituzioni.

¹⁷ Ci riferiamo agli enti pubblici con mera struttura organizzativa societaria (cfr. al riguardo IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992, 340; ID., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 483 s.; ID., *Le società «legali» per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture. Patrimonio dello Stato e infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 447; e in un'ottica estensiva: NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, 81 s.) previsti, trasformati o costituiti appunto in forma societaria con legge (ad es. l'art. 7 del D. L. 15/4/2002 n. 63, convertito dalla L. 15/6/2002, n. 112, ha istituito la Patrimonio dello Stato S.p.a.; l'rt. 8 del D.L. 8/7/2002 n. 138, convertito dalla L. 8/8/2002, n. 178, ha gemmato la Coni Servizi s.p.a.; il D. Lgs. 9/1/1999 n. 1, ha istituito Sviluppo Italia s.p.a. poi integrato con altre norme dirette a disciplinarne la *governance* dell'attuale “Invitalia s.p.a.”; l'art. 3, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79, ha previsto la costituzione del Gestore della rete di trasmissione nazionale S.p.a.; l'art. 13, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79 ha contemplato la nascita della Sogin s.p.a.; stessa cosa è accaduta per “Gestore del Mercato s.p.a.” ex art. 5, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79 e l'Acquirente Unico s.p.a. ex art. 4, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79). In altri casi il legislatore ha trasformato o previsto la trasformazione di enti pubblici in società (così per l'Ente Nazionale per le Strade ex art. 7 D.L. 8/7/2002 n. 138, convertito in L. 8/8/2002 n. 178; per l'Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero Sace ex art. 6 D. L. 30/9/2003, n. 269, convertito in L. 24/11/2003, n. 326; per l'Ente Autonomo Esposizione Universale di Roma ex D. Lgs. 17/8/1999 n. 304; per la Cassa Depositi e Prestiti ex art. 5 D.L. 30/9/2003 n. 269, convertito in L. 24/11/2003, n. 326).

¹⁸ E' l'avvertimento metodologico già lucidamente espresso da FERRARA SR., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 638.

¹⁹ Già con riferimento alla normativa speciale a “toppe” per il diritto sportivo: FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio professionistico a 10 anni dal caso Napoli*, in *Gazzetta Forense*, 2014, 4, 8 s.

²⁰ VIETTI, *Le linee guida per una disciplina della crisi delle società pubbliche*, in “Le società pubbliche”, a cura di FIMMANÒ, 2010, 1 s.

2. Ragioni ed effetti dell'abuso del modello gestionale

In realtà l'uso dello strumento societario a partecipazione pubblica ha avuto spesso finalità *meramente segregative*. Le pubbliche amministrazioni, incentivate nel tempo dallo stesso legislatore, hanno infatti cercato a tutti i costi, negli ultimi venticinque anni, di creare e poi mantenere la "sacca" del privilegio derivante dall'*affidamento diretto* della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza.

In buona sostanza da una parte v'è stata la tendenza ad ampliare l'ambito dei *servizi pubblici* includendo non solo quelli aventi per oggetto attività economiche incidenti sulla collettività, ma anche quelli riguardanti attività tendenti a promuovere lo sviluppo socio-economico delle comunità locali, fino ad arrivare ad affidare a società partecipate funzioni, che lungi dal rientrare nell'ambito dei servizi pubblici in senso proprio, costituivano tipiche attività istituzionali o strumentali dell'ente²¹. Dall'altra parte è stata incentivata la gestione mediante società partecipate in un'ottica rivolta (solo) formalmente alla *aziendalizzazione* dei servizi e *ad una privatizzazione effettiva* (come auspicato dal legislatore sin dal 1942)²², in realtà sostanzialmente diretta a eludere procedimenti a evidenza pubblica e a sottrarre comparti dell'amministrazione ai vincoli di bilancio, anche in considerazione della mancata applicazione, per molti anni, *all'ente-capogruppo* dei *principi di consolidamento* di diritto societario a partire dall'elisione delle partite reciproche²³. Questo processo ha avuto l'effetto di trasformare talora il modello di gestione da strumento di *efficienza* in strumento di *protezione* e in taluni casi in *escamotage* per eludere i c.d. patti di stabilità e le regole di contabilità pubblica.

La Corte dei Conti ha contato, in un momento che sembrava culminante del ciclo espansivo, *nell'anno 2008*, 5.860 "organismi" partecipati da 5.928 enti pub-

²¹ La giurisprudenza ha evidenziato d'altra parte che la qualificazione di servizio pubblico locale spetta a quelle attività caratterizzate sul piano oggettivo dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionate in base a scelte, appunto, *di carattere eminentemente politico* quanto alla destinazione delle risorse economicamente disponibili e all'ambito di intervento e su quello soggettivo dalla riconduzione diretta o indiretta a una figura soggettiva di rilievo pubblico (cfr. Cons. Stato, 13 dicembre 2006 n. 7369; TAR Campania, Napoli, 24 aprile 2008 n. 2533).

²² Nella Relazione al Codice Civile, si legge, in riferimento alle società pubbliche che lo Stato "*si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici*" (Relazione al Codice Civile, n. 998. Artt. 2458 e ss., vecchio testo).

²³ L'introduzione del bilancio consolidato civilistico per la *holding-ente* pubblico poteva rappresentare una scelta funzionale all'indirizzo e al coordinamento dell'intero gruppo pubblico locale (cfr. TREDICI, *Il bilancio consolidato del gruppo pubblico locale quale strumento di programmazione e controllo*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2006, 256 s.). Solo con il d.lgs. n. 118 del 2011, recante disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, si è previsto che tali enti territoriali adottino «...*comuni schemi di bilancio consolidato con i propri enti ed organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate e altri organismi controllati...*» (art. 11, comma 1). In tema cfr già FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, (a cura di FIMMANÒ), *Ricerche di Law & Economics*, Milano, 2011, 12 s.

blici locali con un incremento dell'11,08% rispetto al dato del 2005. Poco meno del 65% di questi organismi partecipati aveva natura societaria con prevalenza delle società per azioni, mentre circa il 35% ha forma giuridica diversa dalla società, in prevalenza consortile²⁴.

Allo stato, dalle informazioni rilevabili nella banca dati SIQUEL, emerge che il 16,65% dei Comuni (1.340 su 8.047), pari al 7,11% della popolazione nazionale, non è in possesso di partecipazioni societarie, gli organismi rilevati alla data dell'8 luglio 2016 risultano essere 7.181²⁵. Marcata è la prevalenza degli *affidamenti diretti*: nonostante la rigidità dei presupposti legittimanti tale procedura, a salvaguardia dei principi della concorrenza, su un totale di 22.342 affidamenti, le gare con impresa terza sono soltanto 150 e gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, 319.

Con riferimento agli organismi in perdita nell'ultimo triennio, l'analisi della Corte dei conti mostra come circa un terzo sia a totale partecipazione pubblica, mentre quelli misti a prevalenza privata costituiscono la categoria all'interno della quale le perdite sono più diffuse, con una tendenza al peggioramento dei risultati nell'arco del triennio²⁶.

La gestione finanziaria dimostra una netta prevalenza dei debiti sui crediti in tutti gli organismi esaminati. Nel complesso, i debiti ammontano a 83,3 miliardi, di cui circa un quarto è attribuibile, in sostanza, alle partecipazioni totalitarie. Il rapporto crediti/debiti verso controllanti, nelle partecipazioni pubbliche al 100%, è sbilanciato in favore dei primi. Emerge, quindi, la forte dipendenza delle partecipazioni totalitarie dagli enti controllanti, pur in presenza di un rilevante indebitamento verso terzi.

²⁴ Alle Sezioni regionali di controllo della Corte compete – come confermato anche dal d.lgs. n. 175/2016, di riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche – di monitorare il percorso di razionalizzazione delle partecipazioni e di vigilare sull'effettivo completamento delle procedure di dismissione e/o liquidazione. Le Sezioni, in attuazione della legge di stabilità 2015, hanno già verificato i piani di razionalizzazione, che sono stati presentati da un elevato numero di enti (quasi l'80%).

²⁵ Le analisi sui risultati economici e finanziari, sui servizi affidati e sulle modalità di affidamento hanno riguardato, tuttavia, 4.217 soggetti, per i quali sono disponibili a sistema i dati di bilancio relativi all'esercizio 2014. Ancor più ristretto è il numero di istituzioni per le quali si hanno informazioni sui flussi di entrata e di spesa degli enti affidanti. Gli organismi operanti nei servizi pubblici locali sono numericamente limitati (il 34,72% del totale), pur rappresentando una parte importante del valore della produzione (il 69,34% dell'importo complessivo). Il maggior numero (65,28%) rientra nel novero di quelli che svolgono attività diversificate, definite come "strumentali". Nei 3.076 organismi con fatturato non superiore a 5 milioni operano in media 8,7 dipendenti, a fronte di una media di 56 dipendenti nel complesso di quelli osservati. In 1.279 organismi, di cui 776 società, si registra un numero di dipendenti inferiore a quello degli amministratori.

²⁶ Nel referto della Corte v'è anche una ricognizione delle partecipazioni rilevanti ai fini del consolidamento dei conti, ed emerge che, su 700 organismi totalmente pubblici a unico socio (Comune/Provincia), meno della metà sono risultati assoggettabili a consolidamento - sulla base dei parametri indicati dal principio contabile applicato allegato n. 4/4 al d.lgs. n. 118/2011. Di contro, 368 (il 52,6%) non superano la soglia di rilevanza e potrebbero essere consolidati solo se ritenuti significativi dall'ente proprietario, secondo la sua valutazione discrezionale.

Dall'analisi degli organismi partecipati in via totalitaria da un unico socio emerge, nella gran parte dei casi, che le risorse complessivamente impegnate e pagate dagli enti proprietari tendono a coincidere con l'importo dei valori della produzione degli organismi destinatari delle erogazioni.

Infatti, l'art. 5 T.U. assoggetta – ora – ad un particolare onere motivazionale l'adozione dell'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto, anche indiretto, di partecipazioni, precisandone analiticamente il contenuto in ordine alle ragioni che hanno condotto alla scelta organizzativa adottata, fatta eccezione per i casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga “in conformità a espresse previsioni legislative”, ed imponendo innanzitutto che l'atto deliberativo venga motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (specificatamente e tassativamente elencate dall'art. 4, comma 2, T.U.), evidenziando altresì le ragioni e le finalità che giustificano la scelta di costituzione o di partecipazione parziale, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché in considerazione delle possibili scelte alternative, sia sotto il profilo di diverse possibili allocazioni delle risorse pubbliche impegnate, sia sotto il profilo di una maggiore efficienza gestionale rispetto all'opzione per la gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. L'atto deliberativo deve, inoltre, dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, nonché con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato (art. 5, comma 1, T.U.)²⁷.

Oltre che al suddetto onere di motivazione aggravata, l'art. 5, comma 2, T.U. assoggetta l'adozione della delibera ad un particolare vincolo procedimentale, imponendo agli enti locali l'obbligo di sottoporre lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica quale, ad esempio, quella referendaria (art. 8 TUEL).

Con disposizione analoga a quella precedentemente contemplata dall'abrogato art. 3, comma 28, L. 244/2007, l'art. 5, comma 3, T.U. impone che l'atto deliberativo sia inviato, *a fini conoscitivi*, alla competente Sezione della Corte dei conti. Il fatto che l'invio avvenga a soli fini conoscitivi esclude ogni possibilità che su tale atto la Corte dei conti possa esercitare una qualche forma di potere *interdittivo*, idoneo a condizionare l'efficacia dell'atto controllato, diversamente a quanto invece avviene per il controllo preventivo di legittimità ex art. 25 R.D. 1214/34. L'art. 5, comma 5, T.U. stabilisce infine che l'amministrazione è tenuta ad inviare l'atto deliberativo all'AGCM, che può agire sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza²⁸.

²⁷ Al riguardo cfr. CAMPOFILONI, *Oneri di motivazione analitica tra discrezionalità e controlli*, in questo Volume.

²⁸ Avvalendosi dei poteri di cui all'art. 21-*bis* L. 287/90 e s.m.i., che appunto conferisce legittimazione all'AGCM 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.

3. Il testo unico e le regole speciali

Ed eccoci arrivati ora alla c.d. *Riforma Madia*. Si poteva sicuramente intervenire in modo più chiaro e tecnicamente corretto su temi tanto delicati. In ogni caso il Testo Unico contiene principi importanti ad esempio chiarisce una volta per tutte che una società è una società, non è un tavolo né una sedia, e come tale ad esempio fallisce da chiunque sia partecipata. Una cosa appare evidente che ancora una volta non si è tenuto conto delle specificità ordinamentali e soprattutto disciplinari, *ratione materiae*. Il diritto pubblico o amministrativo mai potranno entrare appieno nella *forma mentis* di un societarista o di un fallimentarista e viceversa. Nonostante le tante regole speciali e peculiari dettate la società partecipata, controllata od influenzata da un ente pubblico non è un tipo a se stante ma è una società di diritto comune.

Nella legge risulta chiara la scelta di non enunciare il *tipo* della “società in house” che rimane una variante della società a controllo pubblico cui sono destinate disposizioni peculiari concernenti l’attività e non di natura tipologica.

D’altra parte la V Commissione Permanente Bilancio, Tesoro e Programmazione della Camera, nel parere reso il 30 giugno 2016 ed il Consiglio di Stato, Commissione Speciale, nel parere del 16 marzo 2016, hanno tentato di determinare l’inserimento nel decreto legislativo di disposizioni autonome per gli enti strumentali²⁹ e per le società *in house*, in conformità al principio contenuto nell’art. 18 della legge delega. Ma evidentemente il legislatore della riforma è stato di diverso avviso e questo è epifanico del significato da dare alla scelta.

Nel parere della V Commissione Permanente si legge: «si valuti l’opportunità di individuare le tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione da parte della pubblica amministrazione, definendo, come risulta dal parere del Consiglio di Stato, una distinzione più netta tra “società a controllo pubblico”, “società a partecipazione pubblica” e “società quotate”, con deroghe al codice civile di intensità decrescente, nonché tra “società strumentali” e “società in house”, con deroghe al codice civile di maggiore intensità, valutando altresì l’opportunità di elencare per ciascuna delle predette tipologie le norme del decreto che risultano applicabili».

Secondo il Consiglio di Stato le società *in house* sarebbero “una tipologia” del tutto distinta dalle altre, proprio per le profonde deviazioni rispetto al nucleo fondante delle società di capitali, con evidenti anomalie rispetto alla fenomenologia societaria, tanto che si prevede la deroga persino al potere di gestione degli amministratori di cui all’art. 2380-*bis* comma 1 c.c.³⁰. Nelle osservazioni all’art. 18, in

²⁹ Art. 13 primo comma del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, abrogato dall’art. 29 del d.lgs. 175/2016.

³⁰ L’applicazione della disciplina speciale per l’*in house* deriverebbe proprio dalla profondità delle divergenze rispetto ai principi di fondo della struttura societaria, in applicazione del principio di “proporzionalità” delle deroghe alla disciplina privatistica. Il Consiglio di Stato ha richiamato nel suo parere anche l’art. 106 del TFUE (trattato sul funzionamento dell’Unione Europea) per il quale “le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale...sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento,

particolare, si rileva che “l’esclusione dal fallimento e dal concordato preventivo, nella impostazione tradizionale, si giustificava in ragione del fatto che le regole di diritto comune, applicate agli enti pubblici economici, avrebbero finito per incidere sull’esistenza stessa dell’ente. La “essenzialità” dell’ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall’applicazione delle procedure concorsuali... *si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società in house*”. Con riferimento alla deroga all’art. 2380-*bis* c.c., per le società *in house*, non dovrebbe trattarsi di semplice facoltà di discostarsi da tale disposizione, in quanto proprio la struttura del controllo analogo, implica una deviazione dirompente da tale norma. Per il supremo consesso amministrativo, dunque, “in ogni caso, anche se si mantiene l’attuale formulazione, è *indubbio che si introduce sull’assetto organizzativo...una deroga così pregnante al tipo societario disciplinato dal codice che impedisce di ravvisare una società che in esso possa essere sussunta*. Ed è questa la ragione per la quale si è proposto di inserire autonomamente *l’in house* tra i tipi societari”.

Il legislatore è, invece, stato evidentemente ed epifanicamente di contrario avviso, come risulta chiaramente dalla relazione illustrativa³¹.

Insomma la società pubblica non era né diventa “un tipo”. Ed anche laddove la differenziazione tra le varie società pubbliche appare più forte, emerge solare la scelta del legislatore. Infatti, l’art. 11 (organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico) prevede per le società “a controllo pubblico” il “divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società” (comma 9 lettera d), aggiungendo che “le società a controllo pubblico limitano ai casi previsti dalla legge la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta”.

D’altra parte l’art. 17 in ordine alle società miste, a partecipazione pubblico privata, prevede che gli statuti possono contemplare le medesime deroghe indicate per le società *in house*, con deroga espressa agli articoli 2380-*bis* e 2409-*novies*, confermando che non esiste neppure il “tipo” della società *in house*, che anzi perde, alla

in linea di diritto e di fatti, della specifica missione loro affidata” (cfr. p. 14, paragrafo 2.2.). Per il Consiglio, dunque, “*la società in house conserva...una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato*”. Dinanzi ad un sistema complesso di deroghe alla disciplina privatistica, si dovrebbe procedersi ad una distinzione più netta tra “società a controllo pubblico”, “società a partecipazione pubblica” e “società quotate”, “con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta” (cfr. pagina 46 del parere; osservazioni all’articolo 3). Nell’ambito “*di un secondo modello generale dovrebbero confluire le società strumentali e le società in house, con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità maggiore*”.

³¹ All’art. 14 d.lg. 175/2016 (“L’articolo 14 disciplina le ipotesi di crisi aziendale nelle società a controllo pubblico, dettando specifiche procedure per prevenire l’aggravamento della crisi stessa, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. In accoglimento della condizione n. 18 della Commissione V Bilancio della Camera è stata modificata la rubrica. Non si è, invece, ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera (osservazione n. 14) che mirano a differenziare la disciplina delle crisi aziendali rispetto a diverse tipologie di società (in house e strumentali): si tratta di una soluzione contraria all’impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame”).

luce dell'art. 14 del Testo Unico, anche la specificità della giurisdizione sulle azioni di responsabilità, nata dal famoso orientamento delle sezioni unite della Cassazione nel 2013³².

Ed infatti le stesse sezioni unite con sentenza del 1 dicembre 2016 n. 24591 hanno confermato – anche alla luce delle novità normative – la riconduzione di tutte le società a partecipazione pubblica al diritto comune, salvo singole e specifiche peculiarità dispositive³³.

4. Profili caratterizzanti e obblighi di adeguamento

Le norme di diritto societario di cui agli artt. 2449-2451 c.c. vengono integrate da quelle di cui ai 28 articoli del “TU”, con la distinzione tra le società a partecipazione pubblica totalitaria, a partecipazione “mista pubblica-privata” (art. 17) ed *in house* (art. 16). Vengono ammessi solo i “tipi” di cui all'art. 3 (“*Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa. Nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso prevede la nomina dell'organo di controllo o di un revisore.*”).

³² La medesima impostazione emerge dall'art. 19, in tema di gestione del personale delle società a controllo pubblico. Infatti, l'art. 63 del d.lgs. 165/2001 prevede la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, mentre attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione sulle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Al contrario, l'art. 19 comma 4 prevede la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale.

³³ Si legge testualmente nella sentenza che «la riconduzione della materia in questione alla disciplina civilistica è attuata oggi dal D.Lgs n. 175 del 2016 (ovviamente, inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie), del quale vanno particolarmente segnalate tre disposizioni. Quella del terzo comma dell'art. 1, secondo cui: *Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato.* Quella dell'art. 12 (*Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*), a norma della quale “i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*”. Quella dell'art. 14 (*Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*), la quale non solo stabilisce che “*Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*”, ma, soprattutto, testualmente menziona nell'ultimo comma la “*dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti*”, facendo così inequivoco ed esplicito riferimento alle società *in house*, che, appunto, sono le società titolari di affidamenti diretti (cfr. art. 16, 1° comma). Disposizioni, queste, che non solo definitivamente esplicitano la riconduzione delle società a partecipazione pubblica all'ordinario regime civilistico ma, soprattutto, eliminano ogni dubbio circa il fatto che le società *in house* siano regolate dalla medesima disciplina che regola, in generale, le società partecipate, ad eccezione, quanto alle prime, della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti».

Nelle società per azioni a controllo pubblico la revisione legale non può essere affidata al collegio sindacale) con la notevole restrizione, alla luce degli artt. 1 e 4, dell'oggetto (ex art. 2328 cc) di tali società. Alla luce dell'art. 1, il TU costituisce un insieme di norme integrative speciali e "Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato"; "Restano ferme: a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse; b) le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni"; (3) "Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'art. 2, comma 1, lett. p)".

In particolare le norme riguardanti l'*in house providing* si rinvencono: all'art. 2, comma 1 – che alle lettere b) e c) definisce, rispettivamente, il "controllo analogo" e il "controllo analogo congiunto" (da parte di più enti), che costituiscono condizioni della legittimità dell'affidamento diretto, in quanto valgono a connotare, secondo quanto previsto dalla lettera o), le "società *in house*"; all'art. 4, ove si individuano tassativamente le attività che possono costituire l'oggetto sociale delle società *in house* e, quindi, si circoscrivono i limiti entro i quali devono esplicarsi le relative attività; all'art. 11, comma 4, che sancisce l'applicabilità agli amministratori delle società *in house* delle norme dell'istituto della *prorogatio* degli organi; all'art. 16, che stabilisce gli ulteriori requisiti dell'affidamento diretto di contratti alle società *in house*, prevede le conseguenze del mancato rispetto dei medesimi e individua le modalità di conformazione al regime delineato.

La disciplina è in linea con le recenti norme del Codice dei Contratti pubblici che hanno positivizzato l'istituto dell'*in house* nell'ordinamento italiano e, in particolare: le disposizioni di cui all'art. 5 del Codice, che definiscono le tipologie di *in house providing*, ne precisano i requisiti e prevedono le condizioni dell'affidamento diretto; l'art. 192, che prevede il regime di pubblicità degli affidamenti *in house* e disciplina quelli che potremmo definire i "limiti estrinseci" all'affidamento diretto alla società *in house*³⁴, correlati non all'atteggiarsi dei rapporti interni tra gli enti coinvolti, bensì al rapporto tra la scelta dell'autoproduzione e l'alternativa del ricorso al mercato; l'art. 193, che disciplina la società pubblica di progetto, una peculiare ipotesi di *in house* pluripartecipato.

Mentre l'art. 4, comma 1 e 2, T.U. sancisce limitazioni rivolte non alle società partecipate, ma agli enti pubblici partecipanti, ossia alla capacità giuridica di diritto societario di tutte le amministrazioni pubbliche (a qualsiasi livello territoriale di governo), precludendogli la costituzione di società o l'acquisizione di partecipazione

³⁴ Cfr. ampiamente in questo volume: BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*.

societarie laddove ciò non fosse strettamente necessario al perseguimento dei loro fini istituzionali, l'art. 4, comma 4, T.U. sancisce invece limitazioni essenzialmente rivolte alla capacità operativa delle società *in house*, essenzialmente precludendogli lo svolgimento di attività in favore di soggetti diversi dagli enti pubblici controllanti, laddove beneficiano di affidamenti diretti³⁵.

Salvo quanto si approfondisce in questo volume³⁶ in tema di possibile efficacia diretta della nuova normativa sull'assetto societario (ad esempio sulla decadenza degli amministratori in carica), stante la mancata previsione di una revisione *ope legis* degli statuti, le relative modifiche dovranno essere compiute dalle singole società, mediante apposite delibere dell'assemblea straordinaria, con le forme e le modalità di volta in volta previste dallo statuto vigente e dalle norme del codice civile. Non è prevista alcuna modalità "*extra ordinem*", e parimenti è a dirsi anche per gli altri adempimenti incombenti sulle società, che dovranno essere compiuti seguendo le regole vigenti. Pertanto, le modifiche statutarie dovranno essere adottate, nelle s.p.a., da deliberazioni dell'assemblea straordinaria ai sensi dell'art. 2365 c.c., da verbalizzare ai sensi dell'art. 2375 e da iscrivere ai sensi e per gli effetti dell'art. 2436 c.c.; nelle s.r.l., da decisioni in assemblea dei soci con verbalizzazione notarile ai sensi dell'art. 2479, comma 4, c.c.

La *governance* della società a "controllo pubblico", da distinguere rispetto alle società a "partecipazione pubblica" è soggetta a particolare rigore, con la previsione da parte dell'art. 6 comma 2 di "specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale" e con l'opportunità di integrazione degli strumenti di governo societario con: regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza; un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza, che collabora con l'organo di controllo statutario, con trasmissione periodica di relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione; codici di condotta propri; programmi di responsabilità sociale d'impresa.

In ogni caso le principali direttrici su cui si muove la riforma riguardano: l'utilizzo del tipo delle società di capitali, anche consortili; l'espressa previsione ed elenco delle attività perseguibili con il modello; le regole sulla *governance* delle società e sui limiti ai compensi degli amministratori; le procedure per la costituzione, il mantenimento e l'alienazione delle partecipazioni; l'esclusione parziale delle società quotate dall'applicazione del decreto; gli obblighi di dismissione per le società che non soddisfano specifici requisiti; la gestione transitoria del personale dipendente.

Il Testo unico prevede: *entro il 23 marzo 2017*, la revisione straordinaria obbligatoria delle partecipazioni direttamente e indirettamente detenute dalla PPAA. in società, con adozione di una delibera ricognitiva ed indicazione delle società oggetto di dismissione nonché trasmissione della stessa delibera alla Corte dei Conti ed alla struttura di controllo; *a decorrere dal 2018*, entro il 31 dicembre di ogni anno,

³⁵ In tema CAMPOFILONI, *Concorrenzialità dei mercati e vincoli operativi alle società in house*, in questo Volume.

³⁶ Al riguardo ampiamente OCCORSIO, *L'adeguamento degli statuti di società a partecipazione pubblica e gli altri adempimenti societari*, in questo Volume.

adozione di piani di razionalizzazione per liquidazione, alienazioni e dismissioni di società, con trasmissione del medesimo atto alla Corte dei Conti ed alla struttura di controllo; *entro il 31 dicembre 2016 l'adeguamento degli statuti* delle società a controllo pubblico alle disposizioni del decreto, eccetto per quel che riguarda le limitazioni in materia di dipendenti negli organi amministrativi da effettuarsi *entro il 23 marzo 2017*; – *entro il 31 dicembre 2017 l'adeguamento degli statuti* delle società miste che gestiscono opere o servizi di interesse generale alle disposizioni del decreto; *entro il 23 marzo 2017*, l'obbligo delle società a controllo pubblico di compiere una ricognizione del personale in servizio ed elencare eccedenze e profili, da trasmettere alla competente Regione; *entro il 23 ottobre 2016*, la classificazione delle società a controllo pubblico in 5 fasce sulla base di un decreto del Ministero dell'Economia.

5. Gli effetti attuali e potenziali della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 25 novembre 2016

La Corte Costituzionale, con la sentenza numero 251 del 25 novembre 2016 (Grossi Presidente Sciarra red.) su ricorso della Regione Veneto, ha statuito l'illegittimità di una serie di norme della Legge *c.d. Madia* in quanto sarebbe stata necessaria la previa intesa e non il semplice parere della Conferenza Stato-Regioni o Unificata.

Le dichiarazioni di illegittimità costituzionale riguardano le deleghe al Governo “in tema di riorganizzazione della dirigenza pubblica”, “per il riordino della disciplina vigente in tema di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”, “di partecipazioni azionarie delle pubbliche amministrazioni e di servizi pubblici locali di interesse economico generale”. C'è da dire che la stessa legge “madre” prevede una finestra di tempo per apportare integrazioni e correttivi ai decreti figli.

Le disposizioni dell'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), sono state impugnate nella parte in cui delegano il Governo a operare un riordino della disciplina delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche e fissano una serie di principi e criteri direttivi, che eccederebbero dalle competenze statali in materia di «tutela della concorrenza» e di «coordinamento della finanza pubblica» e violerebbero l'autonomia organizzativa e finanziaria delle Regioni. Anche tale articolo è, inoltre, censurato nella parte in cui prevede, in combinato disposto con l'art. 16, comma 4, una forma di raccordo con le Regioni, quella del parere in Conferenza unificata, lesiva del principio di leale collaborazione.

La Consulta ha giudicato la questione fondata in riferimento alla violazione del principio di leale collaborazione sulla base di argomentazioni analoghe a quelle svolte con riguardo alle questioni promosse nei confronti degli artt. 11 e 17.

Le disposizioni censurate si inseriscono nel contesto delineato dall'intero art. 18. Quest'ultimo contiene specifici criteri di delega per il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche al «fine prioritario

di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza» (comma 1), a fronte di un quadro normativo complesso e diversificato, composto da numerose disposizioni speciali che si intrecciano con la disciplina di carattere generale. In questa prospettiva, il “riordino” cui mira l’art. 18 si realizza assegnando al Governo, fra l’altro, il compito di differenziare le tipologie societarie in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici e alla quotazione in borsa (lettera a), di ridefinire regole, condizioni e limiti per la costituzione di società o per l’assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche (lettera b), di delineare un preciso regime di responsabilità degli amministratori degli enti partecipanti e degli organi di gestione e dei dipendenti delle società partecipate (lettera c), di razionalizzare il regime pubblicistico per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive (lettera e), di prevedere la possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento (lettera i), di regolare i flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate (lettera l), nonché di definire una serie di regole puntuali relative alle partecipazioni azionarie degli enti locali (lettera m), fra le quali: l’individuazione dei criteri di scelta della forma societaria più adeguata per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative; l’individuazione, per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società; il rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell’entità e del numero delle partecipazioni e l’incentivazione dei processi di aggregazione.

La Corte si è più volte pronunciata sul tema delle società a partecipazione pubblica. Da un lato essa ha ricondotto le disposizioni inerenti all’attività di società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali alla materia dell’«ordinamento civile», di competenza legislativa esclusiva statale, in quanto volte a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato, nonché a quella della «tutela della concorrenza» in considerazione dello scopo di talune disposizioni di «evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali» (sentenza n. 326 del 2008). Dall’altro ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di disposizioni statali che, imponendo a tutte le amministrazioni, quindi anche a quelle regionali, di sciogliere o privatizzare proprio le società pubbliche strumentali, sottraevano alle medesime la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, violando la competenza legislativa regionale residuale in materia di organizzazione amministrativa regionale (sentenza n. 229 del 2013). Ciò dimostra che un intervento del legislatore statale, come quello operato con le disposizioni impugnate dell’art. 18, finalizzato a dettare una disciplina organica delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche, coinvolge, inevitabilmente, profili pubblicistici, che attengono alle modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi ricondu-

cibili alla competenza residuale regionale, anche con riguardo alle partecipazioni degli enti locali che non abbiano come oggetto l'espletamento di funzioni fondamentali. Tale intervento coinvolge anche profili privatistici, inerenti alla forma delle società partecipate, che trova nel codice civile la sua radice, e aspetti connessi alla tutela della concorrenza, riconducibili alla competenza esclusiva del legislatore statale. Da qui la "concorrenza" di competenze statali e regionali, disciplinata mediante l'applicazione del principio di leale collaborazione. Ai principi e criteri direttivi il Governo deve dare attuazione solo dopo aver svolto idonee trattative con Regioni e enti locali nella sede della Conferenza unificata. Quest'ultima è la sede, secondo la Consulta, più idonea a consentire l'integrazione dei diversi punti di vista e delle diverse esigenze degli enti territoriali coinvolti, tutte le volte in cui siano in discussione temi comuni a tutto il sistema delle autonomie, inclusi gli enti locali.

La Corte ha pertanto dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata.

La Consulta ha comunque precisato che: *"le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute nella decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto di ricorso e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni attuative, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo, nell'esercizio della sua discrezionalità, riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione"*.

La Corte costituzionale quindi interverrà sul TU Partecipate solo se verrà impugnato e limitatamente ai punti in cui esso è lesivo delle competenze regionali e ferma restando l'adozione, nelle more, da parte del Governo di un decreto correttivo del testo unico pure previsto dalla legge. Questa situazione potrebbe ad esempio verificarsi con riguardo alle previsioni di cui agli artt. 20 e 24 in tema di piani razionalizzazione ordinaria e straordinaria e limitatamente all'obbligo di predisposizione da parte delle Regioni e al regime transitorio del personale (art. 25), la cui gestione è rimessa alla Regione ed alle società dalla stessa partecipate. In astratto, le scadenze e gli adempimenti previsti dal TU Partecipate (ad esempio, modifiche statutarie, piano straordinario di razionalizzazione, ecc.) potrebbero restare in essere. Questa interpretazione, soprattutto nel caso di società regionali, sconta notevoli incertezze dovute, da un lato, al rischio di impugnazioni per lesione delle competenze regionali e, dall'altro, a interventi legislativi correttivi del TU Partecipate in linea con il suggerimento della Corte costituzionale³⁷.

³⁷ Fermo quanto sopra (la pronuncia di illegittimità costituzionale è circoscritta alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015 e non si estende alle relative disposizioni attuative), qualcuno potrebbe argomentare che il D.Lgs. n. 175/2016 pur se anteriore alla sentenza n. 251/2016, non possa/debba trovare applicazione, in quanto attuativo di una norma che – in ragione della mancata previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni o unificata – è stata dichiarata incostituzionale. Secondo questa interpretazione, il TU Partecipate dovrebbe considerarsi sostanzialmente abrogato con la conseguenza

In ogni caso, a prescindere da quest'ultima *tegola*, i problemi applicativi ed interpretativi del testo Unico sono tanti e variegati. Questo Volume, frutto di esperienze interdisciplinari, scientifiche e operative, si propone il difficile compito di interpretare sulla base del nuovo testo Unico, il quadro sistematico e l'ordinamento delle società pubbliche, il sistema delle fonti, la regolamentazione dello stato di crisi, i regimi di responsabilità, i rapporti tra materie concorrenti, le possibili soluzioni per rilanciare un uso virtuoso del modello gestionale e disincentivarne definitivamente *l'abuso*. Non un commentario ma qualcosa di più un insieme ragionato di saggi che partono dalla riforma per guardare avanti sulla base di quanto accaduto negli ultimi 25 anni.

che, in attesa di un nuovo decreto, le Amministrazioni pubbliche e le Società partecipate non sarebbero tenute all'osservanza degli obblighi previsti dal D.Lgs. n. 175/2016. L'abrogazione automatica del TU Partecipate, che a sua volta abroga le disposizioni previgenti in materia di razionalizzazione societaria, non determinerebbe per sé la reviviscenza delle disposizioni in precedenza abrogate dando luogo ad una potenziale lacuna normativa riguardante l'intero settore delle società pubbliche. Allo stato – e ferma restando l'adozione da parte del Governo di un decreto correttivo del TU Partecipate nonché l'eventualità di impugnative del TU Partecipate in quanto lesivo delle competenze regionali – la specifica “salvaguardia” introdotta dalla Consulta per i decreti attuativi autorizza a ritenere il TU Partecipate non automaticamente abrogato. Ne discende che gli obblighi ed adempimenti previsti dal TU Partecipate continuerebbero a trovare applicazione, pur essendo necessaria un'analisi delle diverse situazioni, caso per caso, onde accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali (ad esempio, l'art. 25 del TU Partecipate che implica un diretto intervento della Regione e per il quale non è stato emanato il decreto attuativo potrebbe considerarsi inapplicabile).



Il sintagma *società pubbliche* identifica un'ampia fenomenologia che va dalle poche *società c.d. legali* esistenti alle *società in house providing*, da quelle controllate o semplicemente partecipate da pubbliche amministrazioni, a quelle miste, da quelle dominate od influenzate sul piano contrattuale a quelle in cui lo Stato ha prerogative speciali. I due volumi, frutto di esperienze interdisciplinari, scientifiche e operative diverse, partono dal Testo Unico ma hanno l'ambizione di analizzare l'intera e complessa legislazione in materia ed il sistema delle fonti. Un quadro composito di saggi che vanno dai regimi concorrenti delle responsabilità civili, contabili e penali alle regole della concorrenza, dalla giurisdizione alla disciplina lavoristica, dal coordinamento con la normativa sugli appalti alle norme sulle quotate in mercati regolamentati, dagli statuti ai patti parasociali, dalla normativa penale alle implicazioni della legge 231, dall'anticorruzione alle procedure di valutazione, dalla crisi d'impresa ai sistemi di allerta e prevenzione, dagli adeguamenti statutari alle regole di *governance*, dai regimi transitori agli obblighi di dimissione. L'opera analizza e sviluppa tutti i rapporti tra le materie concorrenti e le possibili soluzioni per rilanciare un uso virtuoso del modello gestionale e sanzionarne l'*abuso*.

The term State Owned Entities (SOEs) refers to a wide range of entities. It ranges from those created by an act of parliament to in-house providing entities. Or from entities controlled or partially owned by a public administration to entities where the ownership is shared between the private and the public sector. Or indeed from those dominated on the basis of contractual agreements to those where the State has reserved special rights or prerogatives. These two volumes, motivated by the recently approved State Owned Entities Act (Testo Unico), offer a multidisciplinary perspective on the relevant legislation. They provide a complete overview covering all legal issues concerning SOEs: antitrust and market regulation, civil and criminal responsibility for Directors and General managers, labour regulation, bylaws, legal compliance and internal control (D.lgs 231/2001), debt restructuring, insolvency, antibribery regulation, codes of corporate governance and compulsory dismissal of existing investments. The analysis is intended to favour the appropriate *use* of such entities after decades of dangerous *abuse*.

ISBN: 978-88-9326-060-2



9 788893 260602

tom. uno e due
euro 40,00