

Numero 00968/2016 e data 21/04/2016



REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016

NUMERO AFFARE 00438/2016

OGGETTO:

Dipartimento per la semplificazione e la pubblica amministrazione

Schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*";

LA COMMISSIONE SPECIALE

Vista la relazione n. 117/16/UL/P del 25 febbraio 2016, con la quale il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto n. 30 del 1° marzo 2016, con cui il Presidente del Consiglio di Stato ha istituito una Commissione speciale per l'esame dello schema e l'espressione del parere;

Visti:

il contributo scritto fatto pervenire da Confindustria in data 4 marzo 2016;

il contributo fatto pervenire da CGIL CISL e UIL in data 16 marzo 2016;

il contributo fatto pervenire da UNITALIA in data 8 marzo 2016;

il contributo fatto pervenire da ASSONIME;

tenuto conto dell'audizione dei rappresentanti delle Amministrazioni proponenti, nelle persone del Capo dell'Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e

dei rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze avvenuta, ai sensi dell'art. 21 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, in data 15 marzo 2016;

considerato che nell'adunanza del 16 marzo 2016, presenti anche i Presidenti aggiunti Luigi Carbone e Marco Lipari, la Commissione speciale ha esaminato gli atti e uditi i relatori, consiglieri Francesco Bellomo e Vincenzo Lopilato.

Premesso:

1. *La base normativa.*

1.1. La Presidenza del Consiglio dei Ministri chiede, ai sensi dell'art. 16, comma 4, della legge 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo recante «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica», adottato sulla base degli articoli 16 e 18 della predetta legge 7.

1.2. In particolare, l'art. 16 delega il Governo ad adottare decreti legislativi di semplificazione dei seguenti settori:

- a) lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa;
- b) partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche;
- c) servizi pubblici locali di interesse economico generale.

1.3. Nell'esercizio della delega il Governo si deve attenere ai seguenti principi e criteri direttivi generali:

- a) elaborazione di un Testo unico delle disposizioni in ciascuna materia, con le modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse, salvo quanto previsto nelle lettere successive;
- b) coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti, apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo;
- c) risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia;
- d) indicazione esplicita delle norme abrogate, fatta salva l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile;
- e) aggiornamento delle procedure, prevedendo la più estesa e ottimale utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, anche nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa.

1.4. La delega in esame è inserita in una legge di più ampio respiro, dedicata ad una profonda riforma della pubblica amministrazione, di cui la qualità della regolazione costituisce un aspetto fondamentale per la competitività del Paese, per l'effettività dei diritti fondamentali dei cittadini, per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e per l'andamento dei conti pubblici.

Si è affermata una nozione di «qualità della regolazione» riferita non solo alla qualità formale dei testi normativi – essendo ormai acquisito il rapporto che lega la chiarezza e l'intelligibilità delle norme giuridiche all'efficacia dell'azione amministrativa e alla tutela delle libertà di impresa e dei diritti individuali dinanzi al potere amministrativo – quanto, soprattutto, alla qualità sostanziale delle regole. Segno di questa consapevolezza è l'avvento dell'era della codificazione, vista come tecnica di semplificazione, ravvisandosi nella codificazione settoriale (e non generalista) una scelta di metodo univoca, assunta dal legislatore per far fronte ai cambiamenti subiti dalle materie regolate sotto il profilo tecnico, economico e sociale.

La qualità delle norme si misura dalla capacità di garantire un elevato livello qualitativo del rapporto tra i soggetti dell'ordinamento, mediante scrittura formale e contenuti certi, chiari, razionali, coerenti. A tale riguardo la legge deve essere necessaria, chiara e comprensibile, completa, sistematica, porre regole il più possibile condivise, prevedere adempimenti per i suoi destinatari che siano strettamente necessari al suo funzionamento.

1.5. Accanto a questi profili, inerenti alle opportunità offerte da riordino normativo in sé, occorre considerare nella specifica materia in esame le esigenze di riforma, che hanno suggerito molteplici interventi innovativi, sulla base del successivo art. 18:

«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, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, che si aggiungono a quelli di cui all'articolo 16:

a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa;

b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere;

c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate;

d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di

onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari;

e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati; previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio;

f) promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità;

g) attuazione dell'articolo 151, comma 8, del Testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari;

h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo;

i) possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento;

l) regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato;

m) con riferimento alle società partecipate dagli enti locali:

1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione;

2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi;

3) 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, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza;

4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessati, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della

semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate;

5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia;

6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate;

7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal Testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di qualità, per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata».

1.6. La norma di delega valorizza i principi, alcuni dei quali di derivazione comunitaria, posti a tutela della concorrenza e della generale trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, e fissa criteri direttivi che introducono misure volte a favorire la gestione corretta ed efficiente delle società a partecipazione pubblica, tra cui meritano attenzione:

- la precisazione dell'ambito di applicazione della disciplina, con particolare riferimento alle ipotesi di costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche e all'acquisto e gestione di partecipazioni in altre società a totale o parziale partecipazione pubblica diretta o indiretta;
- l'indicazione dei tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica;
- la previsione di condizioni e limiti per la costituzione, acquisizione o mantenimento delle partecipazioni pubbliche;
- il rafforzamento degli oneri motivazionali posti a presidio della scelta di costituire società a partecipazione pubblica;
- l'introduzione di stringenti obblighi di dismissione nei casi in cui le partecipazioni societarie già detenute non siano inquadrabili nelle categorie previste dallo stesso decreto;
- la razionalizzazione della *governance* delle società a partecipazione pubblica, con particolare riferimento alle ipotesi di crisi aziendale;
- l'introduzione di specifici requisiti per i componenti degli organi amministrativi delle società;
- l'introduzione della struttura competente per il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del decreto;
- l'abrogazione di una serie di disposizioni al fine di semplificare la disciplina della materia.

2. *Le finalità.*

2.1. Lo scopo dell'intervento è quello di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica, tenuto conto del persistente disordine normativo che caratterizza negativamente la materia delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni. Il quadro normativo attuale è, infatti, il risultato di una serie di interventi frammentari adottati in contesti storici diversi per perseguire finalità di volta in volta imposte da esigenze contingenti. E' mancato un disegno coerente di lungo periodo.

La riconduzione a sistema della legislazione vigente costituiva, pertanto, una necessità non più rinviabile per assicurare punti di riferimento certi a tutela degli utenti, del mercato e degli operatori.

La disciplina unitaria delle società pubbliche costituisce, inoltre, un ambito in cui si realizza una stretta connessione tra regole di diritto e di economia. L'efficacia e la certezza delle regole è strumentale al migliore utilizzo delle risorse pubbliche e possono costituire un'importante leva economica di sviluppo del Paese in un contesto di crisi finanziaria.

2.2. La Commissione europea, nel *Country report* 26 febbraio 2016, SWD, 81, *final* ha messo in rilievo l'importanza, per la ripresa dell'economia del nostro Paese, della riforma della Pubblica amministrazione in atto e, in particolare, della riforma delle partecipazioni pubbliche. Nel complesso, la Commissione ha espresso un giudizio positivo sull'impianto della riforma in esame, mettendo in rilievo come la sua «attuazione effettiva» rappresenti «una sfida notevole».

2.3. Da un'analisi dei dati contenuti nella relazione Istat 2015, attualmente ci sono 7.757 organismi attivi (anche diversi dalle società) a partecipazione pubblica, con un totale di 953.100 impiegati. Di questi organismi, circa 5.000 sono società a partecipazione pubblica (con netta prevalenza delle società partecipate da enti territoriali), con un numero complessivo di impiegati intorno alle 500.000 unità. Avendo riguardo alle sole società partecipate dagli enti territoriali, la relazione della Corte dei Conti per l'anno 2015 individua circa 3.000 società che svolgono attività strumentali, a fronte di altre 1.700 che svolgono attività di servizio pubblico. Inoltre, la stessa relazione segnala che: sono 988 le società con numero di addetti inferiore ai membri del consiglio di amministrazione; 2.479 le società con numero di addetti inferiore a 20; 1.600 le società con valore della produzione inferiore al milione di euro; 984 le società con valore della produzione maggiore di un milione e inferiore a cinque milioni di euro.

Tale situazione è il prodotto della cattiva qualità della regolazione, che agevola la costituzione di società o il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche, non necessarie per perseguire dei fini istituzionali o scarsamente produttive, nonché l'inefficienza della gestione societaria.

2.4. L'analisi di impatto della regolazione indica i seguenti obiettivi:

Nel *breve periodo*: limitare la costituzione di nuove società pubbliche; rendere trasparenti i bilanci delle società in controllo pubblico; ridurre il numero di società pubbliche; impedire il proliferare di società non necessarie.

Nel *medioperiodo*: ridurre le aree di intervento delle società pubbliche; eliminare o limitare le società pubbliche non in equilibrio economico; ridefinire il sistema di gestione del personale delle società a controllo pubblico; garantire che l'attività delle società a partecipazione pubblica sia maggiormente efficiente.

Nel *lungoperiodo*: miglioramento dei servizi erogati a cittadini e imprese; maggiore credibilità e trasparenza della pubblica amministrazione; favorire il migliore utilizzo delle risorse pubbliche, mediante l'efficiente allocazione delle stesse e la rimozione delle fonti di spreco.

2.5. Il riordino normativo proposto, mediante la previsione di condizioni e limiti per la costituzione, acquisizione o mantenimento delle partecipazioni pubbliche e di un meccanismo di revisione straordinaria delle stesse (secondo determinati criteri), dovrebbe avere come conseguenza l'eliminazione delle società:

- prive di dipendenti o con numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;
- che presentino un valore della produzione nullo o poco rilevante. L'impatto a distanza del processo di riduzione del numero e di incremento dell'efficienza delle società partecipate sarà il miglioramento dei servizi erogati a cittadini e imprese che, nella maggioranza dei casi, rappresentano gli utenti finali delle attività poste in essere dalle società pubbliche.

2.6. Trattandosi di un decreto legislativo che contiene diversi interventi di semplificazione e di innovazione, il grado di raggiungimento degli obiettivi è legato, come sottolineato anche dal *Countryreport*, alle soluzioni attuative delle previsioni e alla loro realizzazione pratica o implementazione.

Al riguardo il decreto prevede un meccanismo di verifica e monitoraggio periodico dell'assetto complessivo delle società in cui le amministrazioni pubbliche detengono partecipazioni dirette o indirette, anche mediante la predisposizione di un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, da adottare ove, in sede di verifica e monitoraggio, le amministrazioni pubbliche rilevino partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie previste dal decreto in esame.

Inoltre, il provvedimento prevede che il Ministero dell'economia e delle finanze individui, nell'ambito della propria organizzazione e delle risorse disponibili a legislazione vigente, la struttura competente per il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del decreto.

Considerato:

I. Rilievi generali.

1. *Premessa.*

La valutazione dell'effettiva portata della riforma e la migliore comprensione delle specifiche questioni da essa poste rendono opportuno fare precedere l'analisi delle disposizioni contenute nello schema di decreto da una ricostruzione generale del sistema vigente limitata alla trattazione delle questioni rilevanti ai fini della redazione del presente parere.

Anche per questo provvedimento, come da ultimo il Consiglio di Stato ha sottolineato a proposito del Codice degli appalti, il lodevole intento del Governo è di ricondurre ad unità, con un vero e

proprio Testo unico, disposizioni e regolamentazioni su materie per le quali, come si è accennato e *infra* si dirà, il legislatore era più volte intervenuto in modo assai spesso non ordinato e organico.

Si raccomanda, per il futuro, che l'unità del Testo unico sia mantenuta evitando nuove dispersioni con strumenti normativi episodici e disordinati.

2. Il contesto europeo.

Lo schema di decreto in esame, all'art. 1, comma 2, prevede che le disposizioni in esso contenute sono applicate avendo riguardo, tra l'altro, «*alla tutela e promozione della concorrenza*».

I principi di concorrenza europea perseguono il fine di assicurare la «libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, e dei capitali» (art. 26, secondo par., Trattamento sul funzionamento dell'Unione europea).

Le regole, in grado di garantire il perseguimento di tali finalità, sono molteplici e vengono indicate mediante espressioni sintetiche identificative dei fenomeni: *i*) regole di “concorrenza” cosiddette *antitrust*; *ii*) “concorrenza nel mercato”; *iii*) “concorrenza per il mercato”.

2.1. Le regole *antitrust* impongono, da un lato, ai soggetti che svolgono attività di impresa di evitare di porre in essere comportamenti idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno; dall'altro, agli Stati membri di concedere aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (artt. 101 e 107 TFUE).

Uno dei postulati essenziali per il funzionamento delle regole di concorrenza – sul presupposto che «i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri» (art. 345 TFUE) e dunque assumono un atteggiamento neutrale nei confronti delle scelte di privatizzazione – è rappresentato dal principio di pari trattamento tra imprese pubbliche e private, richiamato anche dalla legge delega (art. 18, comma 1, lettera i).

L'art. 106 TFUE dispone, infatti, che: «gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati (...)». Specularmente un eventuale trattamento di favore per le sole imprese private potrebbe comportare un'altrettanto grave violazione delle regole della concorrenza. Corollario del principio in esame è quello della “separazione” tra attività di impresa e attività amministrativa ovvero attività “protetta” da privilegi pubblici: la ragione è di evitare che l'impresa possa utilizzare i vantaggi che le derivano dall'essere considerata, a determinati fini, una pubblica amministrazione ovvero dal godere di particolari agevolazioni in un mercato diverso in cui compete con altri operatori economici.

2.2. La “concorrenza nel mercato” presuppone, invece, l'adozione di misure di liberalizzazione finalizzate ad eliminare o ridurre barriere di accesso al mercato per assicurare, in una prospettiva di promozione della concorrenza stessa, l'esercizio delle libertà fondamentali.

Fermo restando che le tipologie di misure adottabili sono numerose e strettamente connesse alla particolarità del mercato di riferimento, il principale obbligo imposto agli Stati membri è certamente quello di non consentire forme di monopoli o oligopoli legali, che si sostanziano nel riconoscimento normativo a talune imprese di “diritti esclusivi o speciali” nello svolgimento di determinate attività

economiche e cioè nell'attribuzione di una vera e propria "riserva di attività", che preclude in quanto tale la libera esplicazione delle attività economiche.

Il diritto europeo prefigura, nei casi in cui non si siano ancora completati i processi di liberalizzazione, anche lo scenario in cui si realizza il cosiddetto "fallimento del mercato" e cioè quando lo stesso non è in grado di assicurare l'erogazione di determinati servizi di rilevanza pubblica agli utenti. A tale proposito, il secondo paragrafo del citato art. 106 TFUE dispone che: «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, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

La disposizione in esame consente, dunque, una "deroga" all'applicazione dei principi di libera concorrenza nel caso in cui essa possa ostacolare l'adempimento della «specifica missione» affidata alle imprese, pubbliche o private, incaricate della gestione di servizi definiti di «interesse economico generale» (cosiddetti SIEG). In questo ambito rientrano, tra l'altro, gli obblighi di servizio universale che devono assicurare l'effettiva prestazione del servizio, qualunque sia la collocazione geografica dell'utente, a condizioni eque e non discriminatorie.

In definitiva, gli Stati membri possono imporre alle imprese pubbliche o private l'assolvimento di specifici obblighi di servizio che siano strettamente proporzionati al fine di assicurare l'interesse pubblico alla tutela di tutti gli utenti dei servizi stessi.

L'art. 14 del TFUE attribuisce alla competenza degli Stati membri il compito di «fornire, fare eseguire e finanziare» servizi di interesse economico generale. Rientra, dunque, nell'autonomia degli Stati membri individuare gli ambiti in cui è necessario un intervento pubblico nel mercato per assicurare l'assolvimento della «specifica missione». La Commissione europea può sindacare la scelta degli Stati membri, in attuazione del principio di sussidiarietà, soltanto in caso di "errore manifesto" (Trib. primo grado, 12 febbraio 2008, in causa T-289/03 punto 220).

La regola generale è che il finanziamento sia assicurato dall'autorità pubblica. Il "costo" del servizio di interesse economico generale non può gravare sull'impresa pubblica (o privata) in quanto essa, senza l'imposizione dell'obbligo, non avrebbe reso quella prestazione nel rispetto delle specifiche modalità previste. Se tale costo fosse posto a carico dell'erogatore del servizio si realizzerebbe un'ingiustificata discriminazione rispetto ad altri, eventuali, operatori del medesimo settore che non sono gravati da analoghi obblighi. Le diverse discipline prevedono, pertanto, che il costo del servizio venga assunto dalla pubblica amministrazione oppure ripartito *proquota* fra le imprese concorrenti in modo da ristabilire, quando è imposto ad una soltanto di esse, la *parcondicio* tra gli operatori economici.

Le descritte regole di finanziamento dei SIEG costituiscono la "deroga" all'applicazione delle "regole della concorrenza" che il diritto europeo consente proprio per assicurare che i singoli Stati adempiano alla «specifica missione» nell'interesse pubblico e cioè nell'interesse dei cittadini all'erogazione di quel servizio. La mancanza, infatti, di tale ragione di interesse pubblico comporterebbe la qualificazione delle "compensazioni economiche" quali illegittimi aiuti di stato.

Se il diritto europeo lascia ampia discrezionalità, salvo il caso dell'"errore manifesto", agli Stati membri di individuare la tipologia di prestazioni da inserire nell'ambito dei SIEG, esso impone poi il rispetto di precisi requisiti nella fase del finanziamento al fine di assicurare che vi sia un rapporto di stretta proporzionalità tra entità degli obblighi e misura della compensazione (cfr. Corte di

giustizia dell'Unione europea, sentenza Altmark 24 luglio 2003, causa C-280/2000 e il cosiddetto "pacchetto Almunia" del 2011).

Il diritto europeo distingue dai SIEG i «servizi di interesse generale» (SIG), che sono quelli non suscettibili di essere gestiti in regime di impresa e che attengono ai bisogni primari del cittadino (quale, ad esempio, scuola, sanità, assistenza sociale).

Nel Libro verde della Commissione europea del 21 maggio 2003 ai paragrafi 16 e 17, si rileva che: «L'espressione "servizi di interesse generale" non è presente nel Trattato, ma è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione "servizi di interesse economico generale" che invece è utilizzata nel Trattato. È un'espressione più ampia di "servizi di interesse economico generale" e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico (...).»

In sostanza, dal riferimento alla nozione positiva di «servizio di interesse economico generale» contenuto in alcune norme del Trattato CE, si è giunti ad enucleare la più ampia nozione di «servizio di interesse generale», formalmente assente.

2.3. La "concorrenza per il mercato", infine, identifica le regole di diritto pubblico relative alla scelta del soggetto che può erogare quella determinata prestazione di servizi. Nei casi in cui gli operatori che possono svolgere quella specifica attività sono soltanto alcuni, in ragione della natura del mercato ovvero della tipologia di prestazione occorre assicurare il rispetto di procedure di garanzia di attuazione dei principi fondamentali del diritto europeo che sono contemplate, tra l'altro, in specifiche direttive europee relative ai settori dei contratti pubblici e delle concessioni (direttive 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE, n. 2014/25/UE).

Quando ricorrono queste specifiche finalità di tutela della "concorrenza per il mercato", il diritto europeo, derogando al principio dell'autonomia organizzativa degli Stati membri nella configurazione della nozione di pubblica amministrazione, fornisce una vincolante definizione sostanziale di "amministrazione aggiudicatrice" o "ente aggiudicatore" che prescinde dalle qualificazioni interne relative alla natura giuridica del soggetto. Ciò al fine di evitare che, mediante l'impiego di forme privatistiche, si possano aggirare le norme imperative di scelta del contraente poste a presidio delle libertà europee.

2.4. In definitiva, il diritto europeo, nella cornice dei processi di liberalizzazione economica e senza interferire direttamente nei processi di privatizzazione, consente alle società private e pubbliche di svolgere attività di impresa, nonché attività di servizio di interesse generale, economico o non, purché si rispettino le regole *antitrust* e le procedure di garanzia di scelta del contraente o del socio.

3. Il contesto costituzionale.

La Costituzione – oltre ad imporre che la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni si eserciti nel rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» (art. 117, primo comma, Cost.) e dunque anche dei principi di concorrenza – tutela l'iniziativa economica pubblica e privata, disponendo che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni» affinché detta attività «possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (art. 41, comma 3, Cost.).

La stessa Costituzione ammette che: «a fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di

lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale» (art. 43 Cost.).

Si è a lungo discusso se la Costituzione prefiguri un modello soggettivo o oggettivo di servizio pubblico.

L'influenza del diritto europeo nella stessa ricostruzione di concetti di rilevanza costituzionale impone di ritenere che l'attività di servizio pubblico possa essere svolta, nel rispetto delle condizioni prescritte dalla disciplina di settore, da soggetti sia pubblici sia privati. La configurazione solo soggettiva si porrebbe in contrasto con il principio generale che, nell'ottica della liberalizzazione, impedisce di prevedere forme di "riserva di attività" a favore di pubbliche amministrazioni.

La giurisprudenza amministrativa è ormai costante nel ritenere che «per l'identificazione giuridica di un'attività quale servizio pubblico non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore» dovendosi avere riguardo alla disciplina del servizio (tra gli altri, Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 6131).

La Costituzione pone, altresì, le regole che devono essere osservate nel riparto di competenze tra Stato e Regioni nella disciplina delle società pubbliche.

L'art. 117 Cost. attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di «ordinamento civile» (comma 2, lettere *o*), «tutela della concorrenza» (comma 2, lettere *e*), «organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (comma 2, lettera *p*), «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» (comma 2, lettera *g*) e alle Regioni la competenza residuale in materia di organizzazione amministrativa regionale (comma 4).

La materia del coordinamento della finanza pubblica è, invece, attribuita alla competenza concorrente Stato-Regioni (art. 117, terzo comma). La riforma costituzionale attribuisce anche tale materia alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

La distribuzione delle funzioni legislative e regolamentari tra i diversi livelli istituzionali di governo è, pertanto, condizionata, fermo restando il valore trasversale della tutela della concorrenza, dalla questione generale relativa alla natura giuridica e all'attività posta in essere dalle singole società. La valorizzazione dei profili privatistici assegna valenza prevalente al titolo di competenza dell'ordinamento civile. La valorizzazione dei profili pubblicistici e, in particolare, la connessione tra l'attività posta in essere e la sua valenza strumentale ai fini dell'esplicazione di funzioni amministrative, attribuisce valenza prevalente al titolo di competenza dell'organizzazione (Corte cost. 23 luglio 2013, n. 229).

4. Il contesto legislativo. Le privatizzazioni, la nascita e la diffusione del modello delle società pubbliche.

L'attuazione dei principi europei e costituzionali è avvenuta a livello legislativo, come già rilevato, in modo disorganico e frammentario.

Il fenomeno delle società pubbliche sorge all'esito dei processi di privatizzazione delle attività economiche delle pubbliche amministrazioni.

Nel periodo che va dall'ultimo decennio del secolo scorso agli anni venti, lo Stato interveniva nell'economia ponendo in essere attività di impresa e assicurando servizi pubblici attraverso le cosiddette "imprese organo": le figure soggettive più diffuse erano quelle, in ambito statale, delle "amministrazioni autonome" e, in ambito locale, delle "aziende municipalizzate" (legge Giolitti 29 marzo 1903, n. 103).

La crisi del modello, determinata anche dalla natura ibrida dello stesso, ha portato alla diffusione nel secondo dopoguerra dell'ente pubblico economico: la gestione dell'impresa veniva attribuita ad una persona giuridica pubblica appositamente costituita per tale scopo.

Il superamento anche di questa modalità di intervento pubblico nell'economia è stato determinato sia dalla mancanza di una struttura organizzativa in grado di funzionare in modo efficiente ed efficace senza condizionamenti dipendenti dalla connessione con l'autorità pubblica di riferimento sia per la necessità di adattare le forme di gestione dell'impresa pubblica alle prescrizioni imposte dal diritto europeo. Quest'ultimo, pur essendo neutrale in ordine alla natura pubblica o privata dell'attività economica, non ammetteva, per assicurare la "concorrenza nel mercato", "riserve di attività" in favore di pubbliche amministrazioni ovvero l'attribuzione di finanziamenti e risorse pubbliche idonee ad alterare il principio del pari trattamento con le imprese private.

Da qui l'avvio dei processi di privatizzazione degli enti pubblici economici.

In particolare, il decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, ha comportato la trasformazione di taluni enti pubblici economici (tra gli altri, Ferrovie dello Stato e Poste) in società e ha previsto, che, con delibera del CIPE, si sarebbe potuto procedere alla privatizzazione di altri enti pubblici economici qualunque fosse il settore di intervento. Si trattava, pertanto, di società nate in virtù di una disposizione di legge.

La permanenza delle partecipazioni pubbliche ha connotato il processo di privatizzazione soltanto in senso formale. La privatizzazione sostanziale presuppone, infatti, la dismissione delle partecipazioni pubbliche con completa trasformazione delle società pubbliche in società private.

L'avvio di questa ulteriore fase è, dunque, coincisa con una nuova concezione dello Stato che, creando apposite strutture completamente autonome e operanti al di fuori della propria organizzazione interna, da "Stato imprenditore" è diventato "Stato regolatore" dei processi economici. Il che ha implicato anche la necessità di attribuire le funzioni di regolazione e vigilanza ad Autorità amministrative indipendenti collocate al di fuori del circuito di responsabilità ministeriale.

Se i processi di privatizzazione hanno ricevuto impulso dai processi di liberalizzazione, quest'ultimi non hanno tratto immediato beneficio dai primi: le leggi di privatizzazioni hanno, infatti, continuato a prevedere il diritto delle società pubbliche di svolgere in via "riservata" le attività che in precedenza svolgevano gli enti pubblici economici (si v. art. 14 del d.l. n. 333 del 1992).

In definitiva, si è proceduto ad una privatizzazione soltanto formale e ad un processo di liberalizzazione rallentato dal mantenimento di consistenti "riserve di attività" alle nuove società pubbliche.

La descritta genesi del modello delle società pubbliche non ha limitato il fenomeno delle società pubbliche a questo ambito. Le pubbliche amministrazioni hanno fatto frequente ricorso, come sottolineato, a tale modello anche al di fuori degli ambiti definiti dalle leggi di privatizzazione mediante la creazione di appositi enti societari operanti nei più variegati settori.

5. *I modelli di società pubblica.*

La riconduzione a sistema delle molteplici forme societarie, prima della riforma, può essere di ausilio ai fini della definizione dei tipi societari previsti dallo schema di decreto in esame e, in particolare, dal suo art. 3.

La dottrina e la giurisprudenza hanno tentato di distinguere società che si collocano in una prospettiva di regolazione prevalentemente privatistica e società che si collocano in una prospettiva di regolazione prevalentemente pubblicistica.

In entrambi i casi sono comunque configurabili differenziazioni connesse alla misura e natura della partecipazione pubblica. Si possono distinguere, infatti, da un lato, società a partecipazione pubblica totalitaria o mista (maggioritaria o minoritaria); dall'altro, società con partecipazioni di amministrazioni statali, regionali, locali e di altri enti pubblici con possibilità di concorrenza tra queste diverse forme partecipative.

6. *Le società a partecipazione pubblica.*

Le società pubbliche, appartenenti al primo modello sopra indicato, si caratterizzano per il fatto di essere strutturate, sul piano dell'assetto organizzativo, in modo compatibile con il tipo societario disciplinato dal codice civile. Si tratta di società che mantengono la loro natura privata essendo pubblico soltanto il soggetto che partecipa ad esse.

Il legislatore, nel corso degli anni, con disposizioni generali e particolari, ha introdotto una serie di "deroghe" con norme imperative di diritto privato e pubblico – di cui è stata verificata, di volta in volta, la compatibilità con il quadro costituzionale ed europeo – che non hanno alterato il tipo societario ma che hanno comportato la costruzione di un peculiare regime giuridico.

6.1. Le "deroghe" di diritto privato hanno riguardato l'organizzazione e l'attività.

Per quanto attiene all'organizzazione, l'art. 2449 cod. civ., con prescrizione generale, dispone che «se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza proporzionale alla partecipazione al capitale sociale» (si v. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 6 dicembre 2007, in cause riunite C-463/04 e C-464/04).

Nello specifico ambito delle società pubbliche create a seguito dei processi di privatizzazione, il decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332 (Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni), convertito, con modificazione, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 1994, n. 474, aveva previsto ulteriori e più stringenti forme di incidenza del socio pubblico nella *governance* societaria. Questa norma, anche a seguito della sentenza della Corte di giustizia, 26 marzo 2009, causa C-326/07, che aveva stigmatizzato

l'ampiezza e la genericità dei poteri, è stata abrogata dal decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 (Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni), il quale ha previsto, con norme più puntuali, poteri speciali nei soli settori nevralgici indicati nella rubrica del decreto stesso.

Per quanto attiene all'attività, le società pubbliche, organizzate nel modo indicato, prima della riforma in esame, potevano svolgere attività di impresa ovvero attività di servizio pubblico di interesse generale o di interesse economico generale.

In relazione alla prima tipologia di attività, la regola generale, posta dall'art. 2247 cod. civ., secondo cui le società svolgono attività economica allo scopo di dividerne gli utili (cosiddetto lucro soggettivo) è stata sempre ritenuta applicabile all'attività di impresa collettiva privata e pubblica.

L'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008), il cui contenuto è stato riprodotto nello schema di decreto in esame, ha introdotto, con norma generale, una "deroga" al modello civilistico al fine di vincolare l'attività di impresa, in coerenza con il principio di legalità, al perseguimento di uno scopo pubblico. In particolare, si è stabilito che per «tutelare la concorrenza e il mercato», le pubbliche amministrazioni «non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società».

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che sussiste compatibilità tra "scopo pubblico" e "scopo lucrativo". Lo strumento delle società è, infatti, utilizzato anche nel settore del diritto civile per il conseguimento di scopi non lucrativi: il riferimento è non solo alla disciplina dell'impresa mutualistica (art. 2511 e ss.), ma anche e soprattutto alla disciplina dell'impresa sociale. In particolare, il decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155 (Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118) prevede che possono acquisire detta qualifica tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti societari, «che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale» (art. 1). Su un piano più generale, dopo la riforma del diritto societario del 2003, «l'interesse sociale non ha una connotazione omogenea ed unitaria, in quanto confluiscono nell'assetto societario non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci (si pensi al socio investitore e a quello imprenditore) ma anche interessi diversi riferibili a soggetti terzi» (Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574).

L'interesse pubblico non è, pertanto, idoneo ad alterare il tipo societario conducendo alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile.

In relazione alla seconda tipologia di attività, si è rilevato come la conformazione legislativa possa riguardare, oltre la finalità perseguita, anche la natura dell'attività posta in essere dalle società pubbliche per il perseguimento di quella finalità.

L'esistenza di mercati non pienamente liberalizzati ovvero di mercati caratterizzati da monopoli o oligopoli naturali giustifica, infatti, in coerenza con le prescrizioni europee, l'imposizione di obblighi di servizi di interesse economico generale a tutela, in particolare, degli utenti che, in assenza dell'intervento regolatorio dello Stato, non potrebbero ottenere quella determinata prestazione. In questi casi l'attività non è più riconducibile nell'ambito dell'attività di impresa come sopra definita, in quanto essa deve necessariamente svolgersi nel rispetto degli obblighi di servizio.

Si inserisce, pertanto, in questo contesto il momento della regolazione pubblica con la giustificazione dell'attribuzione di compensazioni economiche per evitare l'alterazione del principio della *parcondicio* tra operatori economici.

Infine, l'attività di servizio pubblico può avere natura di interesse generale quando ricorrono i presupposti già indicati (cfr., *retro*, par. 2).

6.2. Le “deroghe” possono essere anche di diritto pubblico e prevedere l'applicazione del regime di diritto amministrativo.

Su un piano generale, l'art. 29 della legge 7 agosto 1990, n. 241, non modificato dallo schema di decreto in esame, prevede che le norme sul procedimento si applicano anche «alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative». Non trovano applicazione, pertanto, solo i principi generali dell'attività amministrativa (art. 1, comma 1-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241) ma anche le puntuali regole procedurali.

Su un piano specifico, assumono rilievo, in primo luogo, talune norme che disciplinano i contratti pubblici. In particolare, il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in fase di riforma in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014) dispone, con previsione confermate dalle predette direttive, che nei settori speciali l'impresa pubblica, per ragioni legate alla peculiare conformazione del mercato, deve ritenersi «ente aggiudicatore», con la conseguenza che, ai soli fini della stipulazione di un contratto di appalto pubblico, pone in essere attività amministrativa che si articola nelle fasi del procedimento di scelta del contraente (artt. 206 e seguenti). Analoghe imposizioni sono previste dalla nuova direttiva n. 23 del 2014 relativa alle concessioni di servizi pubblici. Il diritto europeo, pertanto, per chiare finalità di tutela della “concorrenza per il mercato”, assimila sostanzialmente le imprese pubbliche a pubbliche amministrazioni.

In secondo luogo, vengono in rilievo le norme di diritto pubblico di scelta del socio nelle società pubbliche miste. La giurisprudenza amministrativa, con orientamento poi ripreso dal legislatore nella disciplina dei servizi pubblici locali, ritiene che, affinché si possa giustificare l'affidamento diretto dell'appalto e del servizio ad una società mista, è necessario che detto socio venga scelto all'esito di una procedura di gara cosiddetta “a doppio oggetto”, con conseguente rilievo non solo del profilo soggettivo dell'impresa da selezionare ma anche con riguardo alla specifica natura dell'attività che poi potrà essere svolta dalla società stessa.

In definitiva, in presenza delle indicate “deroghe” pubblicistiche l'attività delle società pubbliche costituisce una peculiare fattispecie di “esercizio privato di pubbliche funzioni”.

7. *Le società in house.*

Nell'ambito della seconda categoria rientrano, innanzitutto, le società *house*.

La società *in house* è un istituto nato nel diritto europeo con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della “concorrenza per il mercato” mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici (Corte di giustizia, sentenza Teckal 18 novembre 1999, in causa C-107/98).

La giurisprudenza europea ha indicato, quali requisiti necessari ai fini della configurazione dell'*inhouse*: *i*) la partecipazione interamente pubblica; *ii*) l'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; *iii*) lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.

Le direttive del 2014, sopra menzionate, hanno, in parte, modificato i tratti distintivi dell'*inhouse*: *i*) ammettendo, eccezionalmente, «forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata»; *ii*) indicando in modo puntuale nel limite superiore all'80% l'entità dell'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione pubblica.

Sul piano organizzativo, la previsione di forti poteri di gestione del socio pubblico nella forma del controllo analogo ha comportato, in questo caso, una rilevante "deroga" all'assetto organizzativo della società disciplinata dal codice civile che ha condotto alla prospettazione di due diverse ricostruzioni relative alla natura giuridica dell'*inhouse*.

Un primo orientamento, seguito dalla prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, ritiene che la società in *house* non sia un vero e proprio soggetto giuridico mancando il requisito dell'alterità soggettiva rispetto all'amministrazione pubblica. In particolare, si è rilevato che: «ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale». Ne consegue che la società in *house* «non pare invece in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna». Essa «non è altro che una *longamano* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (...); di talché l'ente *inhouse* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa». Da qui la conclusione netta: «il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*inhouse*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva», con configurabilità soltanto di un patrimonio separato nell'ambito di un'unica persona giuridica pubblica (Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283; id., 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015, n. 5848; si v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1).

Un secondo orientamento, seguito dalla prevalente dottrina, che sembra avere trovato rispondenza nell'attuale schema di decreto, ha rilevato, invece, come la società in *house* deve considerarsi una vera e propria società di natura privata dotata di una sua autonoma soggettività giuridica. L'art. 2331, comma 1, c.c. prevede che con l'iscrizione le registro delle imprese «la società acquista personalità giuridica». Sussiste, pertanto, anche l'esigenza di tutelare i terzi e i creditori che, instaurando rapporti con la società, lo fanno sul presupposto che essa abbia una propria autonoma soggettività. In questa prospettiva, la ricostruzione della Cassazione viene criticata e in ogni caso circoscritta, alla luce di alcune affermazioni contenute nella stessa sentenza, soltanto al tema del riparto di giurisdizione.

La questione relativa alla natura giuridica delle società *in house*, dipendente dalla questione dell'organizzazione, condiziona in modo rilevante l'individuazione della disciplina applicabile allo svolgimento dell'attività.

La qualificazione dell'*inhouse* come mera organizzazione interna della pubblica amministrazione titolare della partecipazione pubblica e dunque come "organo" dell'ente stesso comporterebbe l'applicazione, sia pure con i necessari adattamenti, del regime delle pubbliche amministrazioni, con conseguente possibile concorrenza, a seconda dei settori e delle modalità di intervento, dei regimi pubblici e privati.

La qualificazione dell'*inhouse* come persona giuridica di diritto privato, comporterebbe l'applicazione del regime privatistico con le "deroghe" operanti per le altre società. In particolare, verrebbero nuovamente in rilievo sia le "deroghe" di diritto privato relative allo svolgimento dell'attività di impresa e di servizio pubblico sia le "deroghe" di diritto pubblico con applicazione della legge sul procedimento amministrativo e della legge sui contratti pubblici sia pure, in ragione delle diversità comunque esistenti, con riferimento a diverse disposizioni normative.

La Commissione rileva come, qualunque sia la prospettazione che si intenda seguire, la società *inhouse* conserva, come si dirà oltre, 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.

8. *Le società strumentali.*

L'art. 13, primo comma, del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 – che viene espressamente abrogato dall'art. 29 dello schema di decreto in esame – ha dettato una disposizione generale per le cosiddette "società strumentali", prevedendo che: «al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività», nonché, «nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale». La norma ha escluso dal suo campo di applicazione, i «servizi pubblici locali», nonché «i servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».

Il secondo comma dello stesso art. 13 dispone che «le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1».

La Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità della predetta disposizione, ha affermato che le società strumentali pongono in essere «attività amministrativa in forma privatistica». La Corte ha chiarito che il legislatore, per evitare forme di distorsione della concorrenza, ha inteso mantenere separate queste attività da quelle di impresa. In particolare, si è affermato che tali disposizioni «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». La Corte

ha puntualizzato che «non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza» (sentenza n. 236 del 2008).

Alla luce di quanto esposto, risulta, pertanto, come sia stata disciplinata una peculiare tipologia societaria caratterizzata dal fatto che essa, in ragione dell'esclusività dell'oggetto, possa svolgere attività soltanto a favore dell'ente. Si tratta di un'attività anch'essa peculiare che la Corte, con la riportata sentenza, ha qualificato «attività amministrativa di diritto privato».

La Corte costituzionale ha, inoltre, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini), convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, nella sola parte in cui ha previsto particolari forme di "soppressione" di società strumentali anche regionali. In particolare, nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni, che «abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato», si impone, alternativamente, lo scioglimento o la privatizzazione (commi 1 e 2). Si prevede che le stesse sopravvivano e continuino ad essere titolari di affidamenti diretti (comma 8) solo nelle ipotesi nelle quali, «per le peculiari caratteristiche economiche e sociali, ambientali e geo-morfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento, non è possibile un efficace ed utile ricorso al mercato» o nei casi nei quali siano stati predisposti dei piani di razionalizzazione e di ristrutturazione delle medesime società.

Il secondo comma del citato art. 4 ha escluso, tra l'altro, dal campo di applicazione della norma le «società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica».

La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime dette disposizioni nella parte in cui si applicano alle Regioni ad autonomia ordinaria, in quanto precludono «alle Regioni, titolari di competenza legislativa residuale e primaria in materia di organizzazione, costituzionalmente e statutariamente riconosciuta e garantita, la scelta di una delle possibili modalità di svolgimento dei servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali» (sentenza n. 229 del 2013; si v. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17).

La Corte ha ritenuto, invece, legittima la disciplina da parte del legislatore statale delle società che svolgono attività strumentali a favore degli enti locali, spettando allo Stato «disciplinare i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali (art. 117, secondo comma, lettera i), Cost.)» (sentenza cit.; si v. anche Corte cost. n. 159 del 2008).

9. L'organismo di diritto pubblico in forma societaria.

L'organismo di diritto pubblico è un soggetto anch'esso creato in ambito europeo in omaggio al principio della neutralità delle forme giuridiche e al fine di garantire il rispetto della normativa a tutela della "concorrenza per il mercato". L'elaborazione relativa alle società *in house* è stata effettuata, come rilevato, considerandola essenzialmente come "affidataria diretta" di contratti pubblici e, in questa prospettiva, la giurisprudenza europea ha individuato requisiti stringenti di identificazione del soggetto per evitare forme di aggiudicazione non rispettose delle regole della concorrenza. L'elaborazione dell'organismo di diritto pubblico è stata effettuata considerandolo essenzialmente come "amministrazione aggiudicatrice" al fine di evitare che, mediante il ricorso a

strumenti privatistici, si potessero aggirare le norme che impongono il rispetto delle norme di evidenza pubblica. La finalità della creazione di questo modello giustifica il fatto che anche una società possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico.

L'organizzazione dell'organismo di diritto pubblico deve necessariamente essere caratterizzata da quella che viene normalmente definita influenza pubblica, che si può avere quando ricorrono le seguenti alternative condizioni: *i*) l'attività è finanziata in modo maggioritario da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico; *ii*) la gestione è soggetta al controllo di questi ultimi; *iii*) l'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri, dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (si v. art. 3, comma 36, del d.lgs. n. 163 del 2006; analoga definizione è contenuta nelle nuove direttive europee del 2014).

L'attività del soggetto in esame deve avere «carattere non industriale o commerciale» e dunque si caratterizza per la mancanza di assunzione del rischio di impresa (cfr., Cass. civ. , S.U., 9 maggio 2011, n. 10068). Tale mancanza si presume, come chiarito dalla Corte di giustizia, quando l'ente agisce in un contesto non concorrenziale e si riscontra la sussistenza di relazioni finanziarie con l'ente pubblico di ripianamento delle perdite (Corte di giustizia, sentenza 22 maggio 2003, C-18/01).

Nei “considerando” delle direttive del 2014 si afferma che: «un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un organismo di diritto pubblico, in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo e con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale».

10. *Le responsabilità delle società pubbliche.*

Una questione comune a tutti i modelli di società, sin qui indicati, attiene alla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, nonché alla responsabilità da reato della società stessa.

10.1. La Corte di cassazione, con riferimento alla prima tematica, ha raggiunto esiti interpretativi consolidati, che distinguono il regime delle società a partecipazione pubblica da quello delle società *in house*.

In relazione alle prime ritiene che l'autonoma soggettività della società impedisce, per mancanza del rapporto di servizio, di radicare la giurisdizione del giudice contabile. Si afferma, infatti, che «non sembra si possa prescindere dalla distinzione tra la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica amministrazione, e quella personale degli amministratori (nonché dei sindaci o degli organi di controllo della stessa società) i quali, ovviamente, non s'identificano con la società, sicché nulla consente di riferire loro, *sic etsimpliciter*, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte» (Cass. civ., S. U., 19 dicembre 2009, n. 26806).

La Cassazione ha individuato due fattispecie in relazione alle quali è configurabile la giurisdizione della Corte dei conti.

La prima riguarda l'azione del procuratore contabile volta a fare valere «la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente

pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illegittima non di riflesso, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì direttamente». In questi casi, sottolinea la Cassazione, si è «in presenza di un cosiddetto danno erariale, ossia di un danno provocato dall'agente al patrimonio dell'ente pubblico, come ad esempio accade nel caso del danno all'immagine della pubblica amministrazione» (Cass. civ., S. U., 12 dicembre 2013, n. 27733, che richiama, sul punto, Cass. n. 26806 del 2013).

La seconda fattispecie si ha nel caso in cui l'azione del procuratore contabile è proposta «nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione». Ciò può accadere «quando il socio pubblico, in presenza di atti di *malagestio* imputabili agli amministratori o agli organi di controllo della società partecipata, trascuri ingiustificatamente di esercitare le azioni di responsabilità alle quali egli sia direttamente legittimato, ove ne sia derivata una perdita di valore della partecipazione» (sentenze da ultimo citate).

La qualificazione dell'*inhouse* come articolazione interna della pubblica amministrazione ha indotto la Corte di Cassazione a riconoscere in questi casi sempre la giurisdizione della Corte dei conti. L'affermazione è coerente con detta qualificazione. Se, infatti, l'attività degli amministratori e degli organi di controllo non è riconducibile ad un soggetto privato dotato di una sua autonoma soggettiva ma ad "organi" di una pubblica amministrazione, è certamente riscontrabile un rapporto di servizio con l'ente pubblico. In particolare, si è affermato che «gli organi di tali società, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero *munus* privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società». Essendo essi «preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico» (Cass. civ., S. U., n. 27733 del 2013, cit.).

In relazione alle seconde, la mancanza dunque di soggettività giuridica dell'*inhouse* implica che il danno arrecato è un danno al patrimonio (separato) dell'ente pubblico, il che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità.

L'orientamento opposto, muovendo dall'esistenza di un autonomo soggetto giuridico, ritiene che non vi siano ragioni per discostarsi dagli esiti interpretativi raggiunti in relazione alle società pubbliche in generale, con conseguente configurabilità di un regime unitario.

10.2 Per quanto attiene alla diversa questione della responsabilità da reato, l'art. 1 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300) prevede: *i*) che esso «disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato» (comma 1); *ii*) che le sue disposizioni «si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica»; (comma 2) e «non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di diritto costituzionale» (comma 3).

L'individuazione dei destinatari della normativa è operata nel comma 1 in termini generali, con il sostantivo "ente". Nel comma 2 è operata la specificazione, distinguendosi tra enti con personalità giuridica ed enti senza personalità giuridica ed individuando una platea estremamente ampia di destinatari, che prescinde dall'attività svolta o dal fine perseguito. Il comma 3, invece, esclude gli enti pubblici non economici.

Con riferimento agli enti a soggettività privata, rientrano nell'ambito di applicazione della normativa le persone giuridiche di diritto privato in senso proprio; le associazioni non riconosciute, le società (art. 13 c.c.).

L'applicazione del decreto legislativo alle società pubbliche deriva dal ricadere esse nella generale nozione di «società» utilizzata dal 2.

Meno agevole è l'inquadramento delle società che esercitino servizi strumentali o funzioni amministrative, alle quali ultime, come sottolineato, l'art. 29 della legge n. 241 del 1990 dichiara applicabile l'intera legge sul procedimento amministrativo.

Fino ad oggi, attesa la loro natura sostanzialmente pubblicistica, parte della dottrina li classificava come "enti pubblici non economici", sottratti al d.lgs. 231 del 2001, ai sensi dell'art. 1, comma 3. Si replicava, con orientamento condivisibile, che tale interpretazione forza la lettera del testo, poiché le società – di qualunque tipo – ricadono nella previsione del precedente comma 2 (Cass. pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699; Cass. pen., sez. II, 26 ottobre 2010, n. 234).

Se la scelta, per ragioni prudenziali, è quella di non inserire nel Testo unico una norma chiarificatrice, lasciandola a una fonte non delegata, occorre indicare in una disposizione di chiusura, insieme alle esclusioni dal campo di applicazione del Testo unico, quella relativa al d.lgs. n. 231/2001, evitando che il silenzio possa ingenerare equivoci sull'applicabilità della responsabilità da reato - di cui il Consiglio di Stato è convinto - per tutte le società a controllo pubblico che esercitino attività amministrativa.

II. Rilievi sui singoli articoli.

1. Considerazioni sull'articolo 1 (Oggetto).

La norma in esame definisce l'ambito di applicazione del decreto, stabilendo che le sue disposizioni hanno ad oggetto *«la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta»*.

1.1. Il comma 3 prevede che: *«per quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e in leggi speciali»*.

Il principio affermato – che riprende quanto già contenuto, sia pure in ambito più circoscritto, dall'art. 4, comma 13, del decreto-legge n. 95 del 2012 – è quello di assegnare all'intervento di regolazione una valenza prettamente privatistica, con applicazione generale delle disposizioni contenute nel codice civile, salvo "deroghe" di rilevanza privata o pubblica poste dal decreto stesso.

La Commissione speciale segnala la possibile equivocità dell'espressione *«leggi speciali»*.

L'espressione non dovrebbe potersi riferire alle "leggi speciali" di diritto pubblico, pena la vanificazione del complessivo intento di semplificazione.

L'espressione, per la sua collocazione successiva al richiamo al codice civile, dovrebbe, invece, riguardare "le leggi speciali" di diritto privato di portata generale che possono essere collocate al di fuori del codice stesso. Si potrebbe sostituire la dizione in esame con "*norme generali di diritto privato*".

Il Collegio segnala anche l'opportunità di un richiamo espresso alle "*norme generali di diritto amministrativo*", che sono, essenzialmente, quelle contenute nella legge n. 241 del 1990 e nel Codice dei contratti pubblici. La prima, non espressamente abrogata, trova applicazione, in virtù del richiamo effettuato alle società a partecipazione pubblica dall'art. 29 della stessa legge, nel caso in cui esse svolgono funzioni amministrative. La seconda trova applicazione in tutti i casi in cui le predette società pongono in essere consentite attività nel settore dei contratti di appalto e servizi pubblici.

1.2. I commi 4 e 6 disciplinano il sistema delle "esclusioni" dal campo di applicazione del Testo unico, cui si aggiunge quella prevista dal comma 2 dell'art. 27 dello stesso Testo unico. Queste disposizioni devono essere lette unitamente all'art. 4 dello stesso decreto che, definendo le finalità che possono perseguire le società a partecipazione pubblica, pone "vincoli di scopo" e "vincoli di attività" alle società stesse (cfr. oltre, par. 4).

Nel complesso, sono contemplate le seguenti forme di esclusione: la prima, attuata mediante rinvio a disposizioni di legge o regolamento (comma 4, lettera a); la seconda, attuata mediante l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (comma 6); la terza, attuata mediante l'elencazione delle singole società pubbliche sottratte al rispetto dell'art. 4 del Testo unico.

La Commissione speciale, in relazione alle norme in esame, rileva quanto segue.

1.2.1. Il comma 4, lettera a), dispone che «*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*».

Sul piano formale, la qualificazione come «di diritto singolare» della «società a partecipazione pubblica» potrebbe essere eliminata.

Nel merito, tali società dovrebbero essere quelle disciplinate *ad hoc* da una specifica legge. L'esigenza che muove la previsione del comma 4 sembra essere quella di conservare, nel passaggio dal vecchio al nuovo sistema, talune società pubbliche costituite per legge, *ex novo* o a seguito di trasformazione di enti pubblici economici, per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale.

Il testo presenta le seguenti criticità:

- non piena conformità al criterio di delega, finalizzato al riordino, in unico contesto legislativo, di tutte le diverse discipline speciali;
- mancanza di idonei criteri di identificazione della normativa fatta salva;

- indebolimento del principio secondo cui le società pubbliche devono essere costituite per atto della pubblica amministrazione (art. 5, comma 1).

Se si intende mantenere tale norma, la Commissione speciale ritiene che:

- sarebbe necessario limitare la deroga soltanto alle disposizioni contenute in *«leggi»* e non anche in fonti di rango inferiore;

- si dovrebbe chiarire quale sia la disciplina ad esse applicabile, in quanto la norma in esame fa salve le singole disposizioni normative che riguardano una determinata società ma, qualora tale disciplina non sia esaustiva, sarebbe necessario chiarire che *“si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni generali contenute nel Testo unico”*;

- sarebbe necessario effettuare, anche dopo l'entrata in vigore del Testo unico, una ricognizione puntuale di tali società, almeno di quelle a partecipazione pubblica statale e della relativa parte di disciplina anche allo scopo di procedere ad una armonizzazione dei relativi regimi giuridici, evitando il rischio di una vanificazione della finalità di semplificazione perseguita dal legislatore;

- si dovrebbe indicare un termine massimo di durata di tale regime derogatorio.

1.2.2. Il comma 6 disciplina la modalità di esclusione che può essere disposta, al fine di deliberare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente decreto, nell'adozione di un *«decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, anche al fine di agevolarne la quotazione ai sensi dell'articolo 18»*.

Nella relazione di analisi tecnico-normativa si giustifica detta previsione come ulteriore misura di semplificazione, da attuare *ex post* nei singoli casi, senza peraltro indicare quali siano questi casi, enunciati genericamente nel testo, benché il riferimento alla possibilità di agevolarne la quotazione sul mercato sia un indice importante.

Innanzitutto, non è chiara quale sia la natura e il fondamento di tale potere. Pur non potendosi assegnare esplicitamente natura regolamentare, in mancanza di un'espressa indicazione in tal senso nella legge delega, e dunque anche ove lo si qualifichi come atto avente natura amministrativa di portata generale, in ogni caso è necessario che venga rispettato il principio di legalità sostanziale. Il che impone che le precise condizioni per l'esercizio del potere siano poste nella norma primaria e cioè nel presente decreto delegato.

In questa prospettiva, il criterio generale da seguire dovrebbe essere quello di fare salva esclusivamente la disciplina delle società per le quali si ritenga che le deroghe poste dallo stesso Testo unico alla disciplina privatistica non abbiano ragion d'essere. L'esercizio del potere dovrebbe, pertanto, rendere sempre applicabile il regime ordinario civilistico e non certo altre regole speciali o derogatorie, che, comunque, non potrebbero essere introdotte con una fonte non legislativa.

In questa prospettiva, andrebbe chiarito che l'esclusione dall'applicazione del Testo unico non può essere totale, come autorizza la norma in esame.

Se il Collegio ritiene che, in linea con la ragione giustificativa del previsto potere, il Presidente del Consiglio dei ministri possa disporre l'esclusione dall'ambito applicativo del decreto in esame società a partecipazione pubbliche che svolgono attività diverse da quelle consentite dal successivo

art. 4, deve essere comunque prevista l'applicazione almeno di alcuni principi generali, quali, ad esempio, quello relativo al "vincolo di scopo" posto dal primo comma dell'art. 4 del Testo unico. La completa esclusione dall'applicazione della disciplina del Testo unico potrebbe comportare la creazione di un modello societario che, libero dall'obbligo di perseguire le finalità istituzionali dell'amministrazione partecipante, non era consentito, alla luce delle prescrizioni contenute nella legge finanziaria del 2008, neanche prima della riforma in esame (cfr., *retro*, parte I, par. 6).

Chiarito ciò, utili indici sintomatici della idoneità delle società a partecipazione pubblica ad essere escluse, in parte, dall'applicazione del decreto potrebbero essere, tra gli altri, la virtuosità finanziaria, lo svolgimento di attività d'impresa per il perseguimento di rilevanti interessi pubblici, l'aver conseguito affidamenti in base a procedure competitive.

1.3. Il comma 5 dispone che il decreto si applica alle società quotate solo se espressamente previsto. La norma è coerente con il principio, accolto dal sistema positivo vigente, secondo cui per le società quotate in mercati regolamentati opera interamente un regime di mercato. Tale disposizione, tuttavia, andrebbe collocata nel riformulato art. 3.

2. Considerazioni sull'art. 2, comma 1, lettera d (Definizioni).

La norma in esame detta le definizioni, coordinandole con i principi desumibili dalla normativa nazionale ed europea.

2.1. La lettera d), fornisce la seguente definizione di «controllo analogo congiunto»: «la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi».

L'art. 16, secondo 2, dello schema di decreto in esame dispone che il requisito del controllo analogo sussiste nei seguenti casi: «a) nelle società a partecipazione pubblica unipersonale, se l'amministrazione pubblica socia esercita un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata; b) nelle società a partecipazione pubblica pluripersonale, se tutte le amministrazioni pubbliche partecipanti sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata. Si applicano in tal caso le disposizioni dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE».

Il Consiglio di Stato rileva quanto segue.

Le direttive europee 2014 prevedono che il "controllo analogo congiunto" si realizza quando «l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi». La seconda parte del terzo paragrafo puntualizza che le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: «i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti» (art. 12, terzo paragrafo, della direttiva n. 24 del 2014).

La Corte di giustizia ha chiarito, inoltre, che ove più autorità pubbliche facciano ricorso a un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità. Il controllo esercitato su quest'ultima non può, però, fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione. In questa prospettiva, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità svuoterebbe di significato la nozione stessa di controllo congiunto con possibile elusione dell'applicazione delle norme europee. Sarebbe, infatti, sufficiente una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa per dispensare detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione europea (Corte di giustizia UE 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Coname, richiamata da Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660).

Alla luce di quanto esposto, si segnala, in primo luogo, che sarebbe opportuno riprodurre le definizioni contenute nelle fonti europee, anche al fine di evitare dubbi in ordine alla natura del controllo analogo e, in particolare, al fatto che non sia necessario che tale controllo venga esercitato in misura determinante da ciascuna amministrazione.

In secondo luogo, occorre coordinare le disposizioni contenute negli articoli 2 e 16, riportando nell'art. 2 la definizione completa di "controllo analogo congiunto" prevista dalle suddette fonti europee.

Infine, si potrebbe inserire, per fini di chiarezza, anche il "controllo congiunto", nella sostanza già recepito dal testo in esame, che però non ne isola la nozione, facendola rientrare in quella – allargata – di «controllo», peraltro in termini non molto chiari («*Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziere e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*»).

2.2. La lettera g), definisce partecipazione indiretta: «*la partecipazione in una società che sia a sua volta partecipata da una società o da altro organismo soggetto a controllo da parte di un'amministrazione pubblica*».

La Commissione speciale rileva che tale norma potrebbe essere riformulata in questi termini: «*la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di una società controllata o di altro organismo soggetto a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica*».

2.3. La lettera o) definisce società quotate: «*le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati; le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche*».

La Commissione speciale segnala al Governo l'opportunità di ridefinire, alla luce della *ratio* che giustifica il peculiare regime delle società quotate, l'ambito di applicazione della suddetta esclusione ai soli casi di controllo diretto e non anche indiretto da parte di amministrazioni pubbliche, sostituendo l'ultimo inciso con: «*salvo che le stesse siano direttamente controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche*».

2.4. La Commissione speciale segnala, alla luce di quanto verrà esposto in relazione al successivo art. 3, l'opportunità di riportare anche la definizione di società *in house* e società strumentali.

3. Osservazioni sull'art. 3 (Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica).

La disposizione individua i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: società per azioni e società a responsabilità limitata.

La legge delega, tuttavia, impiega il concetto di "tipo" societario in un'accezione più ampia, volta a identificare le caratteristiche delle società partecipate *«in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati»* (art. 18, comma 1, lettera a).

I criteri idonei a differenziare il "tipo" possono, pertanto, essere sia di natura funzionale, legati all'attività e agli scopi perseguiti, sia di natura strutturale, legati alla misura, qualità e natura della partecipazione nonché alle modalità di affidamento, diretta o non, dei contratti pubblici.

La stessa legge delega dispone che, alla luce di tale «distinzione tra tipi», occorre individuare la *«relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica»*.

La natura ed entità delle deroghe, guidata dai predetti criteri, conduce, pertanto, a delineare un sistema più complesso, che dovrebbe essere ricostruito secondo le indicazioni di principio risultanti dall'analisi dei modelli societari svolta nella premessa di questo parere (cfr. *retro*, parte I, par. 5 e seguenti).

In particolare, dovrebbe essere definita, nell'ambito di un primo modello generale, una distinzione più netta tra «società a controllo pubblico», «società a partecipazione pubblica», «società quotate», con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta.

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. In particolare, l'autonomia del modello dell'*inhouse* deriva, oltre che dalla valorizzazione dei suddetti criteri della legge delega, dalla previsione, imposta dal diritto europeo, di un assetto organizzativo che, come si dirà oltre, non risulta compatibile con quello predefinito dal codice civile.

L'organismo di diritto pubblico non è menzionato dal decreto perché si tratta di una categoria più ampia di origine europea che rinviene la sua completa disciplina nel Codice dei contratti pubblici (cfr., *retro*, parte I, par. 9): il rinvio generale ad esso fatto può, pertanto, costituire sufficiente elemento di regolazione sistematica.

Non si ritiene opportuno introdurre nella classificazione l'elemento di distinzione fondato sull'entità della partecipazione e quindi inserire, in particolare, le società miste, trattandosi di un elemento di possibile valenza trasversale.

Alla luce di quanto esposto si potrebbe inserire, nell'ambito della disposizione in esame, una norma dal seguente tenore:

“Le società partecipate da pubbliche amministrazioni si distinguono in:

a) società a partecipazione pubblica;

b) società quotate;

c) società a controllo pubblico;

d) società strumentali;

e) società in house”.

La Commissione speciale demanda al Governo anche di valutare, per fini di chiarezza, l’opportunità di indicare, per ciascuna delle tipologie indicate, le norme del decreto applicabili.

4. Osservazioni sull’art. 4 (Finalità perseguibili mediante l’acquisizione e la gestione di partecipazione pubbliche).

La norma in esame è una delle più rilevanti dello schema di decreto perché definisce il nuovo perimetro entro cui le società pubbliche possono operare.

Il comma 1 riprende, sostanzialmente, il contenuto dell’art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007, stabilendo che: «Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società».

Si tratta di un chiaro e stringente “vincolo di scopo pubblico”.

L’importante novità dello schema di decreto è rappresentata dal secondo comma che aggiunge a tale limite un ulteriore “vincolo di attività” – non presente nella disciplina vigente (cfr. *retro*, parte I, par. 6) – ammettendo soltanto le società che svolgono «esclusivamente» le attività indicate alle lettere a), b), c.), d), e).

Alcune delle suddette lettere riguardano l’attività che possono svolgere alcune particolari tipologie di società.

Il Collegio segnala, sin da ora, l’opportunità di tenere separata l’elencazione delle attività ammesse dalle tipologie societarie, puntualizzando in una apposita disposizione l’eventuale modulazione delle attività esercitabile in relazione a detta tipologia.

4.1. La lettera a) ammette l’attività diretta alla «produzione di un servizio di interesse generale».

La Commissione speciale rileva come lo schema di decreto abbia omissis di richiamare anche la nozione di «servizio di interesse economico generale».

Il diritto europeo distingue due tipologie di servizi: «servizi di interesse economico generale» e «servizi di interesse generale». I primi sono quelli che presuppongono l’esistenza di un’attività di impresa che si colloca sul mercato ma che, per assicurare la «specificità missione», è conformatata da

obblighi di servizio finalizzati a garantire determinati *standard* di prestazione che, in assenza dell'intervento statale regolatorio, non sarebbe garantito dal libero esplicarsi dell'iniziativa di impresa. I secondi, invece, presuppongono lo svolgimento di un'attività che non si colloca sul mercato in quanto finalizzata a garantire bisogni primari del cittadino (cfr., *retro*, parte I, par. 2).

Entrambi devono rientrare espressamente nel campo applicativo del Testo unico sia perché la legge delega, all'art. 18, comma 1, lettera *b*), richiama espressamente i «servizi di interesse economico generale», sia perché è lo stesso Testo unico che, al precedente art. 2, lettera *i*), richiama tale tipologia di prestazioni, dimostrando con ciò di volere mantenere concettualmente separate le due nozioni. Le nozioni in esame devono, inoltre, essere coordinate con quelle impiegate nello schema di decreto sui «servizi pubblici locali di interesse economico generale». I rilievi ora formulati assumono, ad avviso del Collegio, portata condizionante *sub* lettera *a*) dell'art. 4 della legittimità della previsione del decreto

4.2. La lettera *b*), che potrebbe essere spostata alla fine dell'elenco poiché riguarda una fattispecie particolare, ammette l'attività diretta alla «progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 172 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».

Tale disposizione si riferisce alla società pubblica di progetto, quale forma di partenariato pubblico/privato, che opera nell'ambito della finanza di progetto. Si segnala l'esigenza di coordinare il testo con il nuovo Codice dei contratti pubblici.

4.3. La lettera *c*) ammette l'attività diretta alla «*realizzazione e gestione di un'opera ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato, selezionato con le modalità di cui all'articolo 7, comma 5, del presente decreto, in funzione dell'affidamento dell'opera o del servizio*».

La norma in esame si riferisce alla forma generale di partenariato rappresentato dalle società miste.

Il Collegio rileva come tale disposizione fa sorgere qualche dubbio in relazione ai seguenti profili afferenti all'ambito applicativo.

In primo luogo, la norma richiama soltanto il «*servizio d'interesse generale*»: l'ambito applicativo dovrebbe essere esteso, per le ragioni esposte, anche al «*servizio di interesse economico generale*».

In secondo luogo, la norma richiama la «*realizzazione e gestione di un'opera*», senza specificare che deve trattarsi di un'opera «*pubblica*».

Infine, occorre coordinare la disposizione in esame con quanto previsto dall'art. 17 dello stesso Testo unico, che detta una disciplina delle società miste che sembra compatibile con lo svolgimento di tutte le attività riconducibili, non solo ai servizi di interesse generale (economico o non), ma anche agli appalti regolati dal Codice dei contratti pubblici.

4.4. La lettera *d*) ammette l'attività di «*autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento*». Questa disposizione deve essere letta unitamente al successivo comma 4, il quale dispone che: «*le società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici hanno come oggetto sociale esclusivo le attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) di cui al comma 2. Salvo quanto previsto al successivo articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti*».

Queste norme presentano qualche criticità in relazione al loro “ambito applicativo” e alla valenza del “vincolo di attività”.

4.4.1. In relazione al primo aspetto, non è chiaro se le due norme si riferiscano soltanto alle società *in house* ovvero anche alle società strumentali di cui all’art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006, che l’art. 29 dello schema di decreto ha incluso nell’elenco delle disposizioni da abrogare espressamente. Nel primo senso depone l’impiego di espressioni identificative dell’*inhouse*, quali «*autoproduzione*» (lettera *d*) e «*società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici*» (comma 4). Nel secondo senso depone l’impiego di espressioni identificative delle società *strumentali*, quali la dizione generale «*strumentali*», riferita ai beni e i servizi (lettera *d*), nonché quello di «*oggetto sociale esclusivo*» (comma 4).

La Commissione speciale rileva che sia opportuno chiarire, mediante un richiamo espresso nel testo, che sono ammesse entrambe le tipologie di società.

Le società strumentali, nella conformazione che di esse ha dato il d.l. n. 223 del 2006, pur ricomprendendo le società *in house*, costituiscono, infatti, una categoria più ampia (cfr., *retro*, parte I, par. 9). Se, infatti, le stesse venissero escluse dal campo di applicazione del decreto si potrebbe porre un problema di compatibilità costituzionale del testo in relazione alle “società pubbliche regionali strumentali”. La Corte costituzionale, infatti, con la sentenza n. 229 del 2013, ha ritenuto lesivo delle sfere di competenza regionale un intervento limitativo del legislatore statale in ordine alla suddetta tipologia societaria, venendo in rilievo la competenza esclusiva delle Regioni in materia di organizzazione amministrativa regionale. Potrebbe essere giustificata, invece, la competenza statale, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera *p*), in materia di disciplina delle società pubbliche strumentali degli enti locali (cfr., *retro*, parte I, par. 3 e 9).

4.4.2. In relazione al secondo aspetto relativo al “vincolo di attività”, non è chiaro quale sia la portata del vincolo con riferimento alle società *in house* e alle società strumentali.

Le società *in house*, ai sensi del comma 4, hanno come «*oggetto sociale esclusivo*» le attività indicate alle lettere *a*), *b*), *d*) ed *e*). La lettera *d*) riguarda, invero, la stessa nozione di «*autoproduzione*» e dunque di *in house*, genericamente riferita a «*beni o servizi*». Le lettere *a*), *b*) ed *e*), riguardano le attività di servizio di interesse generale (economico e non), nonché le altre particolari attività sui cui ci si è già soffermati.

La Commissione rileva quanto segue.

In primo luogo, la norma dovrebbe chiarire che le società *in house* possono svolgere esclusivamente attività di servizio di interesse generale (economico e non), nonché attività regolate dal Codice dei contratti pubblici, nei limiti e con le modalità in esso previsti.

In secondo luogo, sarebbe necessario chiarire come opera il vincolo di attività riferito a quella attività che supera la soglia dell’80% a favore di soggetti diversi dagli enti costituenti o partecipanti. L’impostazione generale del decreto dovrebbe indurre a ritenere che il “vincolo” operi anche per l’attività non strumentale svolta dall’*inhouse*.

Le società strumentali dovrebbero anch’esse rispettare il “vincolo di attività”. Se si mantiene l’impostazione del d.l. n. 223 del 2006, l’attività che esse possono svolgere è soltanto quella che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 326 del 2008, ha definito «attività amministrativa di diritto privato». che, in quanto tale, si colloca in una posizione peculiare e in parte differenziata rispetto a quella indicata nella norma in esame. Sul punto, occorre evitare che una possibile riduzione

dell'ambito applicativo dell'attività che possono svolgere le società strumentali regionali possa porre, anche in relazione a questo aspetto, un problema di compatibilità con il quadro costituzionale delle competenze legislative. In altri termini, pur disciplinando espressamente le società strumentali, le stesse, quando sono costituite o partecipate dalle Regioni, non possono subire limitazioni per tutto ciò che attiene all'esercizio di funzioni che siano strettamente necessarie, sul piano organizzativo, per l'espletamento di compiti spettanti alle Regioni stesse. Occorre, inoltre, chiarire in modo espresso se è vietata completamente l'attività "*extramoenia*" – in coerenza con l'impostazione del d.l. n. 223 del 2006 e come sarebbe preferibile – ovvero se essa può essere svolta nel rispetto del principio di prevalenza nei confronti degli enti costituenti o partecipanti e del principio di separazione tra le attività.

In conclusione, le osservazioni svolte confermano l'opportunità, per fini di chiarezza, di tenere separate le tipologie di attività e le tipologie societarie, dedicando a quest'ultime apposite disposizioni che rinviano a quella generale sul "vincolo di attività".

4.5. Il comma 3 dispone che: *«Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato».*

La norma consente alla pubblica amministrazione la partecipazione pubblica in società al solo fine di valorizzare il proprio patrimonio realizzando un "investimento".

La Commissione speciale rileva come tale disposizione desti perplessità per i seguenti motivi.

Innanzitutto, non viene chiarito quale sia l'effettivo ambito applicativo della norma, che sembra avere una portata ampia, consentendo, da un lato, il conferimento di qualsiasi immobile compresi quelli facenti parte del patrimonio indisponibile dell'amministrazione, dall'altro, la partecipazione in qualsiasi tipologia societaria e non solo in quelle che hanno finalità connesse a tali forme di investimenti.

Questa ampiezza applicativa rischia di consentire la costituzione di molte società pubbliche che, mediante l'espediente del conferimento di beni immobili, possano indirettamente continuare a svolgere attività di impresa, in contrasto con l'intento del legislatore delegante che è quello di limitare e non di moltiplicare l'impiego degli strumenti societari in esame.

Su un piano più generale, tale norma non sembra coerente con il complessivo sistema legislativo vigente di dismissione ovvero di valorizzazione del patrimonio pubblico mediante procedimenti disciplinati in modo dettagliato. A tale proposito, ad esempio, il decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85 (Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42) prevede specifiche modalità di uso e alienazione di taluni beni pubblici statali mediante il coinvolgimento, in attuazione del principio di sussidiarietà, delle autonomie regionali e locali.

La Commissione speciale, pertanto, ritiene necessaria la sua eliminazione.

Se sussistono contingenti esigenze di consentire la salvezza di talune società che svolgono apprezzabile attività di interesse pubblico nel settore in esame, esse potrebbero essere specificamente indicate nell'elenco di quelle sottratte, in via transitoria, dal campo di applicazione del decreto.

4.6. Alla luce di quanto sin qui esposto, emerge con chiarezza che lo schema di decreto, non ritenendo sufficiente il solo “vincolo di scopo pubblico”, intenda non consentire più la costituzione o la partecipazione di amministrazioni pubbliche in società pubbliche che svolgono attività di impresa.

La riforma in atto, pertanto, si propone di perseguire la finalità di assicurare nuove forme di privatizzazione sostanziale con impulso positivo ai processi di liberalizzazione delle attività economiche.

5. Osservazioni sugli artt. 5 (Oneri di motivazione analitica e obblighi di dimissione) e 7 (Costituzione di società a partecipazione pubblica).

Le due disposizioni vanno esaminate congiuntamente, nella parte in cui delineano le modalità per la costituzione delle società a partecipazione pubblica.

In via preliminare, deve rilevarsi come vadano eliminate dalla rubrica dell’art. 5 le parole «*obblighi di dimissione*» perché non congruenti con il contenuto della norma.

Il testo in esame non chiarisce il rapporto tra l’atto amministrativo con cui viene deliberata la costituzione e l’atto costitutivo della società, che non possono coincidere.

L’atto deliberativo, oltre a dover essere emanato con decreto dell’organo di vertice dell’Amministrazione interessata (Stato, Regioni, Comuni o altri enti pubblici), contiene l’analitica motivazione sulla scelta operata dall’Amministrazione, con riguardo:

- alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all’articolo 4;
- agli obiettivi gestionali cui deve tendere la società, sulla base di specifici parametri qualitativi e quantitativi;
- alle finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;
- alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa.

Tale atto, dunque, si connota come un tipico atto di organizzazione di natura discrezionale, sottoposto al controllo della Corte dei conti, e in nessun caso può assumere la funzione di atto costitutivo della società pubblica, dotato del contenuto tipico degli atti negoziali.

Una soluzione siffatta sarebbe altresì poco coerente con l’impostazione tendenzialmente privatistica data dal decreto in esame alla disciplina delle società partecipate e potrebbe creare problemi sul piano della tutela giurisdizionale, per via della commistione di profili eterogenei: l’atto deliberativo è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, l’atto negoziale spetta alla cognizione del giudice ordinario.

A livello sistematico, il nostro ordinamento opta, nell’ambito dell’attività mista, in cui si intrecciano atti pubblicistici e atti privatistici, per separare i due momenti. Così, nella disciplina dei contratti

pubblici, è principio acquisito la distinzione tra l'atto di aggiudicazione, con cui l'Amministrazione conclude il procedimento di selezione del contraente, e l'atto di stipulazione contrattuale. Analogamente, nell'ambito degli accordi sostitutivi di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione adottata dall'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

Sarebbe necessario, dunque, che il testo chiarisse come la decisione dell'ente pubblico tesa a esternare le ragioni della costituzione di una società di capitali e la manifestazione di volontà diretta alla formale costituzione dell'ente siano contenuti in atti separati, essendone differente la natura e il conseguente regime di eventuale impugnabilità dinanzi a giurisdizioni diverse.

6. Osservazioni sull'art. 6, primo comma (Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico).

La norma in esame razionalizza la *governance* delle società a controllo pubblico, dettando i principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione di tali società, secondo criteri di economicità, di efficacia e di efficienza.

6.1. Il comma 1 dispone che: «*le società a controllo pubblico, che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività*».

La disposizione in esame impone il rispetto del "principio di separazione", che è espressione di un principio fondamentale di diritto europeo a tutela della concorrenza e, in particolare, della *parcondicio* tra operatori economici (cfr. *retro*, parte I, par. 2). L'imposizione di un dovere di "separazione contabile" e non strutturale risiede nella volontà di evitare, in coerenza con l'impostazione complessiva dello schema di decreto, la creazione di ulteriori enti societari.

La Commissione formula i seguenti rilievi.

In primo luogo, si dovrebbe precisare l'ambito in cui l'attribuzione di un «*diritto speciale o esclusivo*» può far sorgere un dovere di attuazione del principio di separazione.

Una definizione di «*diritto speciale o esclusivo*» è contenuta nella direttiva n. 25 del 2014, ripresa negli schemi degli emanandi Codice dei contratti pubblici e Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale: «diritto concesso da un'autorità competente mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblica, compatibile con i Trattati europei» e avente l'effetto di riservare, rispettivamente, a un unico operatore economico (diritto esclusivo) o a due o più operatori economici (diritto speciale) «l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività». La stessa direttiva sopra citata, con una importante novità rispetto al precedente quadro regolatorio, dispone, al fine di escludere l'applicazione delle norme in essa contenute, che «i diritti concessi in virtù di una procedura in base alla quale è stata assicurata una pubblicità adeguata, e in caso tale concessione si sia basata su criteri oggettivi, non costituiscono diritti speciali o esclusivi».

Si sottopone al Governo l'opportunità di chiarire che nei casi in cui tali diritti siano stati riconosciuti secondo modalità tali da assegnare ad essi valenza "non di privilegio" il principio di separazione non dovrebbe operare. In questa prospettiva, potrebbero venire in rilievo i casi in cui detti diritti siano attribuiti all'esito di una procedura di gara ovvero quale forma di "compensazione" rispetto agli obblighi di servizio di interesse economico generale imposti alla società pubblica (cfr., *retro*, parte I, par. 2).

In secondo luogo, in una prospettiva diversa tesa all'allargamento della nozione, si segnala come l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di separazione si ponga anche nel caso in cui la società svolga contestualmente attività amministrativa e attività economica. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 236 del 2008, ha affermato che anche in questi casi si debba assicurare il rispetto del principio in esame (cfr., *retro*, parte I, par. 9). Si potrebbe, pertanto, aggiungere accanto alle attività indicate anche l'attività amministrativa.

Infine, sarebbe opportuno introdurre, per evitare non ragionevoli differenziazioni di trattamento, una disposizione che preveda che il principio di separazione operi allo stesso modo in presenza di un'attività posta in essere da società private. Si potrebbe, pertanto, modificare il comma 2-*bis* dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nel senso di consentire anche per quest'ultime l'operatività del principio di separazione contabile, fermo restando, da un lato, le specifiche disposizioni di legge che, in relazione a settori particolari, impongono il rispetto del principio di separazione strutturale, dall'altro, il potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di segnalare la necessità di un maggiore rigore. Se tale modifica non è possibile in questo contesto per la mancanza di una specifica norma contenuta nella legge delega, sarebbe comunque auspicabile un pronto intervento del legislatore.

7. Osservazioni sull'art. 8 (Acquisito di partecipazione in società già costituite)

La norma disciplina le operazioni di acquisto di partecipazioni in società già costituite.

Il Collegio manifesta dubbi, almeno per le società non quotate, in ordine alla mancata previsione di procedure concorsuali da osservare una volta assunta la decisione di acquisto, al fine di evitare operazioni economiche sottratte a qualunque forma di controllo pubblico. Si dovrebbe comunque prevedere un obbligo di motivazione, in quanto quello previsto attraverso il rinvio all'art. 5, comma 1, attiene alle finalità istituzionali perseguite e non alla scelta della società.

8. Osservazioni sull'art. 9 (Gestione delle partecipazioni pubbliche)

La norma disciplina le modalità organizzative relative alla gestione delle società pubbliche.

8.1. I commi 1, 2, 3 e 4, disciplinano le modalità di esercizio dei «diritti dell'azionista» pubblico.

In particolare:

- «per le partecipazioni pubbliche statali i diritti dell'azionista sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale» (comma 1);

- «per le partecipazioni regionali i diritti dell'azionista sono esercitati dalla Presidenza della regione, salvo diversa disposizione di legge della regione titolare delle partecipazioni» (comma 2);

- «per le partecipazioni di enti locali i diritti dell'azionista sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato» (comma 3);

- «in tutti gli altri casi i diritti dell'azionista sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente» (comma 4).

La Commissione speciale rileva, su un piano generale, come la dizione «*diritti dell'azionista*» sembra confinare l'operatività della norma nel solo ambito delle società per azioni.

In relazione al comma 2, la Commissione speciale rileva come si ponga una questione di compatibilità costituzionale con il vigente sistema di riparto delle competenze legislative.

Tale disposizione regola un profilo che attiene non a “modalità organizzative interne” di *governance* societaria bensì a “modalità organizzative esterne” alla compagine societaria, relative all'individuazione dell'organo amministrativo dell'Amministrazione partecipante che, nell'ambito della singola società, deve esercitare i diritti di azionista.

La corrispondente materia, individuata alla luce dell'oggetto e della finalità della norma (Corte cost. n. 229 del 2013), non può pertanto essere rappresentata dall'«ordinamento civile» (art. 117, secondo comma, lettera *o*) ma dall'«organizzazione amministrativa». Ne consegue che la funzione legislativa esclusiva: *i*) spetta allo Stato quando occorre disciplinare aspetti afferenti all'«organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» (art. 117, secondo comma lettera *g*, Cost.) ovvero ad «organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (art. 117, secondo comma, lettera *p*, Cost.); *ii*) spetta alle Regioni nei casi in cui vengono in rilievo aspetti relativi all'organizzazione delle Regioni stessi ovvero degli enti ad essa strumentali (art. 117, comma 4, Cost.).

Alla luce di quanto esposto, l'individuazione puntuale nella «Presidenza della Regione» dell'organo deputato ad esercitare i diritti dell'azionista potrebbe ledere le competenze legislative delle Regioni. Il dubbio espresso non è superato dalla natura “cedevole” della previsione statale: la riforma costituzionale n. 3 del 2001 ha delineato un sistema rigido di riparto delle funzioni legislative che non ammette, al di fuori dei casi in cui sussistono specifiche ragioni connesse all'adempimento di obblighi europei, interferenze neanche temporanee in ambiti materiali riservati alla competenza delle autonomie regionali.

In relazione al comma 3, l'intervento statale nell'individuazione dell'organo degli enti locali potrebbe giustificarsi evocando il titolo di competenza indicato nel secondo comma lettera *p*) dell'art. 117 Cost. Sul punto, questo Consiglio si limita ad osservare che andrebbe chiarita la nozione “Presidente”, non risultando indicato quale sia l'organo cui la carica si riferisce.

8.2. Il comma 5 dispone che «*la conclusione o lo scioglimento di patti parasociali sono deliberati ai sensi dell'art. 7, comma 1*».

I patti parasociali sono veri e propri contratti soggetti in quanto tali alla disciplina generale del codice civile, con la conseguenza che le fasi che possono venire in rilievo sono oltre quella della costituzione ed estinzione anche quella della modificazione del rapporto contrattuale.

La Commissione rileva, pertanto, che sarebbe preferibile riportare il contenuto della norma nell'ambito dell'art. 7 che la stessa richiama e aggiungere accanto a "conclusione" e "scioglimento" anche la "modificazione" dei patti stessi.

8.3. Il comma 6 regola le conseguenze della violazione delle disposizioni relative alla competenza all'interno di ciascuna amministrazione ad esercitare i diritti dell'azionista e l'inosservanza degli impegni assunti mediante patti parasociali sulle deliberazioni degli organi della società partecipata, escludendone l'invalidità, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato. Appare preferibile la seguente formulazione: "*Le conseguenze della violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 e il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali sulla validità del voto o della deliberazione sono regolate dalle norme generali di diritto privato*".

8.4. Il comma 7 richiama espressamente l'art. 2449 c.c. che, come esposto in premessa (cfr. *retro*, parte I, par.6), sino ad oggi è stata la norma generale di disciplina dell'organizzazione delle società pubbliche.

Tale disposizione, nella formulazione originaria, prevedeva che «se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza». La Corte di giustizia dell'Unione europea, con sentenza 6 dicembre 2007, in cause riunite C-463/04 e C-464/04, ha ritenuto che la "deroga" alla disciplina codicistica, così come configurata, contrastasse con i principi europei di libera concorrenza. In particolare, si è affermato che tale disposizione «consente agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggior rilievo rispetto a quanto sarebbe loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti». La legge 25 febbraio 2008, n. 34 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 2007) ha modificato l'art. 2449 c.c., disponendo che lo statuto possa conferire all'azionista pubblica «la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale».

Per quanto la Commissione speciale sia consapevole che il richiamo operato dalla disposizione in esame all'art. 2449 c.c. debba essere inteso nel suo significato vigente, sarebbe opportuno, per evitare qualunque dubbio interpretativo, riprodurre nel testo il contenuto integrale della disposizione codicistica compresa l'imposizione del limite della "proporzionalità".

Infine, si segnala la necessità di inserire un'apposita norma che richiami il contenuto della legge 15 marzo 2012, n. 21, la quale, come rilevato in premessa (cfr. *retro*.....), disciplina i poteri speciali del socio pubblico, consistenti in diritti di veto o di opposizione all'adozione di determinate delibere, in settori delicati, quale quelli della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (cfr., *retro*, parte I, par. 6). Per quanto tale legge non sia stata espressamente abrogata, ciò nonostante l'esistenza di una disposizione, quale quella in esame, che contiene una disciplina completa della modalità di gestione delle partecipazioni pubbliche potrebbe fare sorgere qualche dubbio in sede applicativa. In ogni caso, proprio l'esigenza sopra prospettata di "contenere" le norme generali nel solo "Testo unico" e nel codice civile consiglia, anche per sua rilevanza, l'espresso richiamo alla legge n. 21 del 2012.

9. Osservazioni sull'art. 10 (Alienazione di partecipazioni sociali).

La norma disciplina la procedura di alienazione delle partecipazioni sociali.

9.1. Il comma 2, secondo periodo, disciplina le ipotesi in cui è ammessa l'alienazione delle partecipazioni mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente, confinandola a "casi eccezionali", legati alla convenienza economica dell'operazione. Il concetto, tuttavia, appare espresso in modo non del tutto chiaro.

Si suggerisce la seguente formulazione: *"L'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In caso di eccezionale convenienza economica, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che ne dà analiticamente atto, con particolare riferimento al prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente"*.

10. Osservazioni sull'art. 11, commi 6 e 8 (Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico).

La norma prevede che i componenti dell'organo amministrativo di società a controllo pubblico debbano possedere, ferme restando le norme già vigenti in materia di incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi, requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza, stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze.

10.1. Il comma 6, primo periodo, individua, per gli amministratori, i titolari e componenti degli organi di controllo, i dirigenti e i dipendenti delle società a controllo pubblico, quale limite massimo dei compensi, la somma *«di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario»*.

La norma vieta espressamente il "cumulo" con *«compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni»*. Sarebbe necessario estendere questo divieto anche ai compensi corrisposti *«da altre società partecipate»*, per evitare che il previsto limite massimo dei compensi sia eluso.

10.2. Il comma 6, secondo periodo, prevede che: *«In caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta»*. La Commissione speciale rileva come, attese le conseguenze negative sul piano retributivo anche per i dipendenti, occorrerebbe precisare, anche tramite rinvio all'apposita disciplina, le modalità di accertamento della responsabilità dell'amministratore.

10.3. Il comma 8 dispone che *«gli amministratori delle società in controllo pubblico non possono essere dipendenti di amministrazioni pubbliche»*.

La norma, così come formulata, vieta a tutti i dipendenti di amministrazioni pubbliche di svolgere le funzioni di "amministratori" delle società in controllo pubblico.

Tale ampia formulazione potrebbe porre qualche dubbio di conformità al principio costituzionale di ragionevolezza. Per quanto la posizione dei "dipendenti privati" sia differente da quella dei "dipendenti pubblici", nella specie la Commissione ravvisa la mancanza di una idonea causa normativa in grado di giustificare la diversità di trattamento. Si segnala, inoltre, una possibile

contraddizione rispetto al precedente comma 6 che, vietando il cumulo per gli amministratori, implicitamente sembra ammettere il conferimento anche ai dipendenti pubblici degli incarichi in esame.

Alla luce di quanto esposto, si potrebbe limitare l'ambito applicativo del divieto ai soli "*dipendenti delle amministrazioni titolari delle partecipazioni pubbliche*" che vengono in rilievo, al fine di evitare possibili conflitti di interessi.

Qualora si intenda mantenere un divieto più ampio, in ogni caso dovrebbe essere consentito lo svolgimento delle attività in questione almeno ai dipendenti pubblici che svolgono attività di lavoro a tempo definito.

11. Osservazioni sull'art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate).

La norma dispone che: *«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, salvo il danno erariale»* (primo comma); *«costituisce danno erariale esclusivamente il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione»* (secondo comma).

La disposizione costituisce l'attuazione del criterio di delega di cui alla lettera c) dell'art. 18, che prescrive la: *«precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate»*.

La Commissione ritiene necessario verificare se la disposizione in esame sia in linea con il criterio di delega, in relazione ai seguenti punti:

- precisa individuazione del regime "delle" responsabilità;
- giustificazione della definizione, in senso limitativo, dei presupposti della responsabilità erariale.
- completa attuazione del criterio di delega in relazione al perimetro soggettivo delle responsabilità, con riguardo ai dipendenti delle società partecipate e degli "amministratori delle amministrazioni partecipanti";

Con riferimento all'individuazione del regime "delle" responsabilità, la norma fa genericamente *«salvo il danno erariale»* e riconosce la giurisdizione contabile in presenza di un danno erariale *«subito dagli enti partecipanti»*.

In relazione alle società a partecipazione pubblica, la Corte di Cassazione, come esposto in premessa (cfr., *retro*, parte I, par. 10), riconosce la legittimazione del procuratore contabile nei soli casi in cui l'ente pubblico abbia subito un "danno diretto" al proprio patrimonio e non anche un "danno indiretto" quale conseguenza mediata del pregiudizio subito alla propria "partecipazione

sociale”. Quest’ultimo è, infatti, “assorbito” dall’azione di responsabilità civile promossa nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo innanzi al giudice civile.

Questo orientamento giurisprudenziale è coerente con i principi generali in materia di responsabilità civile che escludono che il socio possa agire nei confronti degli amministratori per danni da esso subiti. E’ stata, infatti, superata la concezione che costituiva la posizione del socio nei confronti della società «come un diritto di credito eventuale su una quota del patrimonio sociale e degli utili conseguiti». Si è definitivamente chiarito che con la nascita dell’ente sociale «questo non è immediatamente tenuto ad alcuna prestazione nei confronti dei soci, la quale possa fare assimilare la loro posizione giuridica nei suoi confronti a un diritto di credito», aggiungendosi che «i soci divengono immediatamente titolari di un’insieme di facoltà e poteri, esercitabili all’interno della struttura societaria, strumentali al suo funzionamento e al perseguimento dello scopo sociale costituito dal conseguimento di utili e, in caso di scioglimento della società, della quota di liquidazione» (Cass. civ., S. U., 24 dicembre 2009, n. 27346). Il danno che i soci subiscono è dunque un danno riflesso e indiretto e, in quanto tale, non risarcibile. Soltanto nel caso in cui riescono a dimostrare la lesione diretta e immediata della loro sfera giuridica è astrattamente configurabile la responsabilità degli amministratori (cfr. Cass. civ., 12 dicembre 2013, n. 27733). E’ bene aggiungere che queste conclusioni evitano, inoltre, non consentite duplicazioni di danni e di azioni di responsabilità proposte nei confronti del danneggiante dalla società per il pregiudizio al proprio patrimonio e dal socio per la perdita di valore della partecipazione (cfr. Cass. n. 27346 del 2009, cit.). Del resto, lo stesso art. 2395 c.c., in materia di società per azioni, riconosce al socio la legittimazione a proporre azione di risarcimento del danno nei confronti degli amministratori nel caso in cui esso dimostri che sia stato «direttamente» danneggiato da atti colposi o dolosi degli amministratori stessi.

L’attuale formulazione potrebbe, invece, fare sorgere il dubbio che sussista, invece, la giurisdizione della Corte dei conti anche in questo caso. Sarebbe, pertanto, opportuno aggiungere prima della parola «*subito*» l’espressione “*direttamente*”.

In relazione alle società *in house*, la Corte di Cassazione, come esposto in premessa (cfr. *retro*, parte I, par. 10), muovendo dal presupposto che si tratta di un organo privo di soggettività giuridica, ritiene che la giurisdizione sia sempre della Corte dei conti. La formulazione della norma, in linea con la indifferenziazione dei modelli, sembra configurare un regime unitario che comprende anche l’*inhouse*.

Si rimette alla valutazione dell’amministrazione proponente la decisione in ordine alla introduzione di un doppio binario alla luce degli orientamenti della Cassazione.

La decisione in ordine a questo aspetto, è bene puntualizzare, può anche prescindere dalla questione più generale relativa alla natura dell’*in house*, in considerazione del fatto che l’art. 103, secondo comma, Cost. attribuisce, comunque, alla legge di definire gli ambiti della responsabilità per danno erariale.

Qualora si optasse, invece, per assoggettare anche le società *in house* allo stesso regime di responsabilità previsto per le partecipate sarebbe opportuno indicarlo con la massima chiarezza.

Con riferimento agli elementi costitutivi della responsabilità erariale, si suggerisce di puntualizzare meglio sia il comportamento sanzionatorio, sia l’elemento del danno determinato all’amministrazione. La formulazione proposta nello schema risulta piuttosto circoscritta, prendendo in considerazione i soli comportamenti omissivi («*trascura*») e richiedendo un danno particolarmente elevato («*pregiudizio della partecipazione*»). A giudizio del Collegio, peraltro, non

sembrano emergere particolari ragioni per attenuare o limitare notevolmente il perimetro della responsabilità degli amministratori pubblici, tenendo conto dell'indirizzo di fondo perseguito dalla riforma, incentrato proprio sulla moralizzazione e sulla trasparenza del settore connesso alla prevenzione della corruzione.

Con riguardo alla responsabilità dei dipendenti, lo schema di decreto delegato omette ogni specifica indicazione, il che farebbe pensare ad una opzione del legislatore delegato inteso a non introdurre discipline speciali di responsabilità. Per una migliore comprensione del testo, sarebbe preferibile chiarire espressamente il punto. Inoltre, sarebbe opportuno disciplinare puntualmente la responsabilità dei soci pubblici che, nell'*inhouse*, pur non essendo amministratori, svolgono funzioni di gestione nelle penetrante forme del controllo analogo.

12. Osservazioni sull'art. 14 (Crisi d'impresa di società a controllo pubblico).

La norma in esame, nella rubrica, si riferisce soltanto alle «*società a controllo pubblico*» mentre nel testo si fa riferimento alle «*società a partecipazione pubblica*», sottoponendole alla disciplina sul fallimento e sul concordato preventivo. E' necessario, pertanto, adeguare la rubrica al contenuto della disposizione.

La questione della fallibilità delle società pubbliche è stata da sempre molto dibattuta.

Tale dibattito nasce dal fatto che l'art. 1 della legge fallimentare dispone che gli enti pubblici non sono assoggettati alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo. L'esclusione, nell'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 stesso. La "essenzialità" dell'ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali.

L'estensione di queste regole, secondo l'orientamento interpretativo prevalente, non poteva operare per le società pubbliche in quanto queste ultime hanno natura privata. Né sarebbe possibile, si sottolineava, una interpretazione analogica della norma in ragione del fatto che, in presenza di una società pubblica, l'essenzialità non poteva ritenersi riferita al soggetto ma all'attività svolta che ben potrebbe essere posta in essere secondo diverse modalità organizzative. In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che «la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità» (Cass., sez. un., 27 settembre 2013, 22209).

La Commissione si limita a segnalare come l'art. 18, comma 1, lettera *i*) della legge delega preveda la «possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento». Si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società *in house*.

13. Osservazioni sull'art. 15 (Monitoraggio, indirizzo e coordinamento sulle società a partecipazione pubblica).

La norma disciplina l'importante fase di controllo e monitoraggio sull'attuazione del decreto in esame.

13.1. Il comma 1 prevede che: «*Il Ministro dell'economia e delle finanze individua, nell'ambito della organizzazione e delle risorse disponibili del Ministero a legislazione vigente, la struttura competente per il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del presente decreto*».

Il comma 2 prevede che: «*Fatte salve le norme di settore e le competenze dalle stesse previste, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente decreto e del decreto legislativo 11 novembre 2003, n. 333, la struttura di cui al comma 1 fornisce orientamenti in materia di applicazione del presente decreto e promuove le migliori pratiche presso le società a partecipazione pubblica, adotta nei confronti delle stesse società le direttive sulla separazione contabile e verifica il loro rispetto, ivi compresa la relativa trasparenza*».

Il Consiglio di Stato esprime i seguenti rilievi critici di rilevanza strutturale e funzionale.

In relazione al primo aspetto, il primo comma non chiarisce quale sia la «*struttura competente*», che, invece, andrebbe specificamente individuata e che potrebbe essere il «*Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'economia e delle finanze*». Inoltre, la previsione dei compiti di controllo e monitoraggio è carente di qualsiasi indicazione sui criteri con cui svolgerli. Ad esempio potrebbe essere previsto l'utilizzo della valutazione di impatto della regolazione (VIR), di cui al d.P.C.M. 19 novembre 2009, n. 212, di attuazione della legge 28 novembre 2005, n. 244.

In relazione al secondo aspetto, non è chiaro cosa si intende per «*orientamenti*» e come gli stessi si traducono sul piano della vincolatività. L'espressione non sembra potersi riferire al potere di indirizzo, in quanto la stessa disposizione richiama il potere di direttiva limitatamente alla questione specifica della «*separazione contabile*». L'alternativa è quella di intendere l'espressione come espressione di un giudizio non vincolante di sola *moralsuasion*. In questa ottica, la Commissione speciale reputa, invece, che la struttura individuata debba essere dotata di poteri di intervento più incisivi per assicurare la corretta attuazione delle prescrizioni contenute nello schema di decreto. Si potrebbe, pertanto, generalizzare il potere di direttiva, in coerenza del resto con la stessa rubrica della norma in esame, e prevedere l'adozione alla fine di ciascun esercizio di piani finanziari e industriali di durata annuale o pluriennale in grado di consentire una più agevole valutazione della performance.

Le modifiche nel senso indicato assumono particolare rilevanza in ragione della centralità, come riconosciuto anche nel *Country report 2016*, che riveste la fase di attuazione della riforma in esame ai fini del raggiungimento degli importanti obiettivi di privatizzazione e liberalizzazione nella prospettiva della crescita economica. L'attuale formulazione della norma, invero, non costituisce né una struttura né poteri relativi che si dimostrino appropriati e forti rispetto alle menzionate finalità.

14. Osservazioni sull'art. 16 (Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici).

La norma contiene la disciplina della società *in house* e la configura come autonoma persona giuridica.

La regolazione di questa tipologia societaria è oggetto di altre importanti interventi di riforma relativi al settore dei contratti pubblici e dei servizi pubblici locali. E' opportuno, pertanto, che i tre testi vengano coordinati al fine di fornire, ferme le eventuali specificità di settore, una nozione quanto più possibile unitaria e omogenea (cfr., in particolare, artt. 7 dello schema di decreto legislativo recante «Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale»; artt. 5 e 192 dello schema di decreto sul «Codice dei contratti pubblici»; si veda, sul punto, anche Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855). Il coordinamento deve avere riguardo alla ricostruzione dei requisiti identificativi e all'eventuale scelta, effettuata nello schema di decreto sui servizi pubblici locali, in ordine alla qualificazione del sistema di autoproduzione come sistema eccezionale - che in quanto tale imporrebbe di dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato - ovvero ordinario - che in quanto tale sarebbe il risultato di una libera scelta dell'autorità pubblica (nel primo senso, tra gli altri, Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291; nel secondo senso, tra l'altri, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257).

L'opzione di fondo, secondo il Collegio, dovrebbe essere nel senso che, fermo restando specifiche prescrizioni imposte dal diritto europeo, la decisione di non esternalizzare l'attività deve essere rigorosamente motivata dimostrando che la scelta organizzativa interna si risolve in un maggiore vantaggio per i cittadini. La mancanza di una libera decisione da parte dell'amministrazione pubblica è maggiormente coerente con il principio generale di tutela della concorrenza che deve informare, alla luce di quanto prescritto dall'art. 1, l'impostazione sistematica dell'intero Testo unico. Questo vale soprattutto nel settore dei servizi di interesse economico generale: il ricorso al mercato e non all'*in house* può, infatti, costituire esso stesso, permettendo l'accesso di nuovi operatori, un utile strumento di liberalizzazione economica.

Chiarito ciò, la Commissione formula le seguenti osservazioni in relazione ai tre requisiti identificativi dell'*inhouse*: partecipazione pubblica; controllo analogo; attività dedicata.

14.1. Il comma 1, primo inciso, riprendendo la rubrica della norma, fa riferimento, nel definire il campo di applicazione della norma stessa, a «*società a controllo pubblico titolari di contratti pubblici*».

La Commissione rileva come tale qualificazione esprima con chiarezza l'intento del legislatore di delimitare l'attività dell'*inhouse*, in coerenza con la sua "origine storica", nell'ambito del settore dei contratti pubblici di appalti e di servizi pubblici. L'espressione impiegata, però, sembra riferirsi soltanto alle società *in house* che siano "già" titolari di affidamenti diretti. Sarebbe opportuno chiarire che la disposizione si applica anche alle società a controllo pubblico che possono essere costituite per il conseguimento di affidamenti diretti o che acquisiscono i tratti identificativi dell'*inhouse* successivamente alla loro costituzione. Si potrebbe, pertanto, utilizzare l'espressione *inhouse*, che, del resto, compare negli altri testi normativi sopra citati.

14.2. Il comma 1, dispone che «*nelle società a controllo pubblico titolari di contratti pubblici ricevuti in affidamento diretto, sulle quali l'amministrazione pubblica o le amministrazioni pubbliche esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, non vi è partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prevista da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*» (cfr. par. 7.1).

La norma prevede, in coerenza con quanto disposto dalle direttive del 2014, la possibilità che l'*inhouse* sia composta da soci privati. Le direttive europee condizionano tale possibilità alla sussistenza di due connessi presupposti. Il primo è che le partecipazioni siano «*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali*». Il secondo è che deve trattarsi di «*forme di partecipazione di*

capitali che non comportano controllo o potere di veto» e che «non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

Le criticità attengono alla formulazione del primo requisito.

Le direttive europee hanno demandato al potere discrezionale degli Stati membri di disciplinare questa fattispecie. La norma in esame non ha inteso autorizzare in generale la partecipazione dei privati ma ha rinvio alle specifiche disposizioni di legge che le «prevedono». Tale forma di rinvio deve però essere fatto a disposizioni di legge che “prescrivono” e dunque impongono la partecipazione e non anche a quelle che genericamente “prevedono” la partecipazione. La prescrizione deve attuarsi mediante una chiara esplicitazione delle ragioni che giustificano la partecipazione di privati nella compagine societaria.

14.3. Il comma 3 dispone che: *«Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui ai commi 1 e 2: a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile; c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile».*

Questa disposizione, in coerenza con l'intento di costruire un modello unico di società nel quale fare confluire anche le società *in house*, disciplina le modalità attraverso le quali si può esercitare il controllo analogo.

L'art. 2380-bis c.c., per le società per azione, dispone, con norma che l'orientamento prevalente ha sempre ritenuto di natura imperativa, *«la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori»*. Lo schema di decreto consente che, per l'*inhouse*, tale norma possa essere derogata.

L'art. 2468 c.c., per le società a responsabilità limitata, dispone che l'atto costitutivo possa prevedere *«l'attribuzione ai singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili»*.

Infine, si dispone che *«in ogni caso»* si può fare ricorso allo strumento dei patti parasociali.

Il Consiglio di Stato rileva quanto segue.

In via preliminare, deve rilevarsi come il controllo analogo sia incompatibile «con il rispetto dell'autonomia gestionale» e non può essere assicurato da «pareri obbligatori ma non vincolanti» (così Corte cost. n. 50 del 2013, che richiama la giurisprudenza europea).

Nella specie, la previsione, per le società per azione, di una mera facoltà di deroga al principio di cui all'art. 2380-bis c.c. da parte degli statuti societari desta qualche perplessità, in quanto il mancato esercizio di tale potere manterrebbe ferma la riserva di gestione in capo agli amministratori in contrasto con la caratterizzazione propria delle modalità di funzionamento del controllo analogo.

Il richiamo ai patti parasociali non è chiaro se sia espressione della volontà di assegnare ad essi una valenza “sostanzialmente” sociale con efficacia reale ovvero se mantengano efficacia obbligatoria,

con conseguenti dubbi, in quest'ultimo caso, in ordine alla loro idoneità ad assicurare forme di controllo coerenti con le imposizioni europee.

L'alternativa alla formulazione della norma in esame avrebbe potuto essere quella di mantenere una dizione ampia di controllo analogo senza indicare i mezzi attraverso i quali si può esplicitare. In ogni caso, anche se si mantiene l'attuale formulazione, è indubbio che si introduce «sull'assetto organizzativo», come è espressamente indicato nella norma in esame, 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'*inhouse* tra i “tipi societari”.

14.4. Il comma 4 dispone che: *«Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che almeno l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società».*

Il comma 6 dispone che nel caso di mancato rispetto del limite quantitativo *«la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti».* La norma prosegue aggiungendo che: *«In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale»;* si aggiunge che *«nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata».*

Le riportate disposizioni disciplinano il terzo requisito dell'attività dedicata.

La Commissione speciale rileva quanto segue.

In via preliminare, deve sottolinearsi come la giurisprudenza della Corte di giustizia, prima delle direttive del 2014, non avesse individuato il limite percentuale di attività che dovesse essere svolta a favore dell'ente pubblico di riferimento, richiedendosi che il soggetto beneficiario dell'affidamento destinasse la propria attività “principalmente” a favore dell'ente e il giudice competente dovesse prendere in considerazione «tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative» (sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, in causa C-340/04). La Corte costituzionale ha affermato, con la sentenza n. 439 del 2008, che «l'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa “attiva sul mercato”, con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione». Si è aggiunto che «una consistente attività “esterna” determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto “terzo” (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente».

Le direttive del 2014 hanno posto un chiaro limite quantitativo stabilendo che «oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi».

Chiarito ciò, si segnalano le seguenti criticità.

La prima è rappresentata dal fatto che si dispone che gli statuti delle società devono prevedere «*almeno l'ottanta per cento*», il che significa che sarebbe sufficiente anche l'ottanta per cento mentre le citate direttive prescrivono che l'attività indirizzata all'ente deve essere «oltre l'ottanta per cento». La modifica del predetto limite potrebbe anche determinare il contrasto con i principi generali a tutela della concorrenza espressi dalla giurisprudenza europea mediante l'interpretazione rigorosa della condizione costituita dallo svolgimento prevalente dell'attività in favore degli enti costituenti o partecipanti.

La seconda attiene alla condizione prescritta perché si possa svolgere l'attività «*extra moenia*». La norma in esame dispone che ciò sia possibile a condizione che si possano conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza. Questa prescrizione non è prevista dal legislatore e dalla giurisprudenza europea e pertanto, malgrado se ne apprezzi l'intento di garantire un atteggiamento virtuoso, va eliminata.

La terza riguarda l'esigenza di chiarire che anche l'attività «ulteriore» svolta a favore non degli enti costituenti o partecipanti è soggetta, come già rilevato, al «vincolo di attività» nel senso che può essere svolta soltanto se presenta le caratteristiche indicate nell'art. 4.

Infine, il potere di «sanatoria» non è previsto dal legislatore europeo né dalla legge delega e sembra contraddire la configurazione strutturale dell'*in house* ammettendo una estensione dell'attività nel mercato, salva la possibilità successiva di «ritrattare» la violazione commessa. Si tenga conto che la valenza «retroattiva» della rinuncia rischia anche di incidere su posizioni di terzi con cui la società è entrata in rapporto. In definitiva, tale norma potrebbe comportare una sostanziale perdita di effettività della prescrizione di cui al comma 4, che è centrale nel nuovo sistema di partecipazione pubblica alle società di capitali. Detta impropria «sanatoria a regime» va perciò eliminata.

14.5. Il comma 8 prevede che «*Le società a controllo pubblico sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina in materia di contratti pubblici*». Per quanto la collocazione sistematica lascia intendere che il riferimento è alle società *in house* e non a tutte le società a controllo pubblico, sarebbe opportuno chiarirlo.

15. Osservazioni sull'art. 17 (Società a partecipazione mista pubblico-privata).

La norma detta la disciplina delle società a partecipazione mista pubblico-privata, rinviando, al fine della definizione del campo di applicazione, a quelle «*costituite per le finalità di cui all'art. 4, comma 2, lettera c)*».

Il Collegio, rinviando a quanto già esposto, rileva la necessità che la norma in esame e quella da essa richiamata vengano più chiaramente coordinate.

La norma in esame, infatti, dettando una puntuale disciplina, delle modalità di scelta del socio privato secondo le regole della «gara a doppio oggetto» e della durata della partecipazione, fa

riferimento al «*contratto di appalto e di concessione*» e, dunque, sembra ritenere che l'ambito di operatività delle società miste sia afferente all'intero settore degli appalti e dei servizi pubblici. L'art. 4, comma 2, lettera c), sembra ammettere soltanto «*attività di realizzazione e gestione di un'opera*» (pubblica).

16. Osservazioni sull'art. 19 (*Gestione del personale*).

La norma detta la disciplina del personale delle società a controllo pubblico.

16.1. Il comma 2 dispone che «*le società a controllo stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità di reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'art. 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*».

La Commissione speciale rileva quanto segue.

L'art. 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modifiche, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, abrogato dallo schema di decreto in esame, prevede che: a) «*le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*» (primo comma); b) «*Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità*» (secondo comma). Il richiamato art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, anch'esso presto sostituito dal nuovo decreto legislativo di riordino della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (art. 17 della legge n. 124 del 2015), indica nel dettaglio i principi di rilevanza pubblicistica che devono essere osservati nello svolgimento della procedura concorsuale di selezione del personale.

La disposizione in esame riprende, sostanzialmente, il contenuto del primo comma del citato art. 18 e lo applica alle «*società a controllo pubblico*».

La Commissione speciale rileva quanto segue.

In primo luogo, non è chiaro l'ambito applicativo della prescrizione in esame. La norma, infatti, sembra applicarsi alle sole «*società a controllo pubblico*», così come definite dalle lettere *b)* ed *m)*, con esclusione delle altre società a partecipazione pubblica. Se detta esclusione potrebbe ritenersi giustificata in ragione della diversità di regime tra le due «*tipologie*» di controllo, non lo è il mancato richiamo alle società *in house* e a quelle strumentali. Per queste ultime, per le ragioni più volte evidenziate, le deroghe di natura pubblicistica assumono maggiore pregnanza, con la conseguenza che, per esse, si impone a maggior ragione il rispetto della disciplina di evidenza pubblica nella scelta del personale.

In secondo luogo, si potrebbe aggiungere che «*in assenza dell'adozione dei provvedimenti di cui al secondo comma trovano diretta applicazione i principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001*».

16.1. Il comma 4 dispone che «*resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale*».

L'espressione impiegata sembra volta a "confermare", sul punto, la giurisdizione del giudice ordinario.

L'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001, nell'attribuire al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (primo comma), aggiunge che «restano devolute al giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» (comma 4).

Lo schema di decreto ha inteso, ampliando la portata di precedenti disposizioni legislative, imporre per le società in esame il rispetto di regole di diritto pubblico. Si rimette, pertanto, alla decisione del Governo di valutare l'opportunità di prevedere una regola processuale coerente con la natura della regola sostanziale introdotta.

17. Osservazioni sull'art. 20 (*Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche*).

La norma prevede un meccanismo di verifica e monitoraggio periodico dell'assetto complessivo delle società in cui le amministrazioni pubbliche detengono partecipazioni dirette o indirette, anche mediante la predisposizione di un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, ovvero attraverso messa in liquidazione o cessione.

17.1. Il comma 1, secondo periodo, contiene il richiamo al «*decreto legge 24 giugno*»: occorre aggiungere "2014".

17.2. I commi 3 e 4 prevedono la trasmissione dei provvedimenti relativi all'adozione ed attuazione dei piani razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche alla Corte dei conti, ma non all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato. Occorre che anche tale Autorità sia coinvolta nella vigilanza sul processo di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche.

17.3. Il comma 7 prevede l'applicazione di sanzioni pecuniarie a qualunque società partecipata, mentre l'art. 18, comma 1, n. 5), della legge 7 agosto 2015, n. 124 prevede per le sole società partecipate dagli enti locali la «*introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia*». Si tratta di un evidente eccesso di delega, che va corretto tramite la delimitazione di detta norma alle società partecipate dagli enti locali.

18. Osservazioni sull'art. 21 (*Norme finanziarie sulle società partecipate dalle amministrazioni locali*).

La norma contiene norme finanziarie sulle società partecipate da enti locali, disciplinando in particolare gli effetti dell'eventuale risultato negativo dell'esercizio, prevedendo obblighi di accantonamento in capo alle amministrazioni partecipanti e misure di riduzione dei compensi in capo agli amministratori.

La Commissione rileva come tali disposizioni, che riprendono, con adattamenti, il contenuto dell'art. 1, commi 551, 552 e 554, della legge 24 dicembre 2013, n. 147 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato), dovrebbero essere coordinate con la disposizione a regime relativa alla gestione delle crisi aziendali. Occorre, inoltre, valutare se la limitazione alle sole società comprese nell'elenco di cui all'art. 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (contenuta nel testo previgente) sia giustificata. L'opzione generale del legislatore è stata, infatti, quella di definire il campo di applicazione soggettivo dello schema di decreto rinviando alle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001.

19. Osservazioni sull'art. 22 (Trasparenza).

La norma integra il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in materia di trasparenza amministrativa, prevedendo che le società in controllo pubblico assicurino il livello di trasparenza sull'uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti.

La Commissione rileva, da un lato, come tale norma vada coordinata con le modifiche in corso di approvazione al suddetto decreto n. 33 del 2013, dall'altro, come sarebbe opportuno dare attuazione alle prescrizioni più ampie contenute nella legge delega, che prevede, quale principio e criterio direttivo, anche quello della *«promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità»*.

20. Osservazioni sull'art. 25 (Revisione straordinaria delle partecipazioni).

La norma in esame prevede una revisione straordinaria delle partecipazioni detenute direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, stabilendo che, ove non riconducibili ad alcuna delle categorie previste dal decreto ovvero non soddisfino i requisiti e le condizioni per il mantenimento o l'acquisizione di partecipazioni, siano alienate.

20.1. Il comma 1, secondo periodo, dispone che, ai fini delle attività sopra indicate, ciascuna amministrazione effettua, con provvedimento motivato, la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute e le relative informazioni, e le relative informazioni sono rese disponibili alla sezione della Corte dei conti.

La Commissione speciale rileva come sia opportuno che, anche in relazione a questa fase di revisione, sia coinvolta, in funzione di vigilanza, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

20.2. Il comma 5 prevede l'applicazione di sanzioni a qualunque società partecipata, mentre l'art. 18, comma 1, n. 5), della legge 7 agosto 2015, n. 124 dispone per le sole società partecipate dagli enti locali la *«introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia»*. Si tratta di un eccesso di delega, che andrebbe corretto tramite la delimitazione di detta norma alle società partecipate dagli enti locali.

21. *Osservazioni sull'art. 26 (Disposizioni transitorie in materia di personale).*

La norma reca la disciplina transitoria in materia di personale delle società a controllo pubblico, prevedendo che esse effettuino una ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze e che l'elenco del personale eccedente, con puntuale indicazione dei profili posseduti, sia trasmesso alla Presidenza del Consiglio, Dipartimento della funzione pubblica, che forma e gestisce l'elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti.

21.1. Il comma 1 limita l'applicazione della norma alle sole società a controllo pubblico. Sarebbe opportuno estenderlo, in coerenza con il rinvio operato ai processi di revisione di cui all'art. 25 dello stesso schema di decreto, a tutte le società a partecipazione pubblica.

21.2. Il comma 3 dispone che *«fino al 31 dicembre 2018 le società a controllo pubblico non possono procedere a nuova assunzioni a tempo indeterminato»* se non attingendo all'elenco.

La Commissione speciale rileva, anche per evitare possibili contrasti con il principio costituzionale del pubblico concorso, l'opportunità di ridurre il periodo temporale di durata del suddetto blocco.

21.3. Il comma 4 dispone che *«esclusivamente ove sia indispensabile personale con profilo infungibile»* e lo stesso non sia disponibile nel predetto elenco, *«la Presidenza del Consiglio – Dipartimento della funzione pubblica o, per le società controllate dallo Stato, il Ministero dell'economia e delle finanze, può autorizzare, in deroga a quanto previsto dal comma 3, l'avvio delle procedure di assunzione ai sensi dell'art. 19»*.

Il Collegio osserva quanto segue.

In primo luogo, allo scopo di consentire il concreto utilizzo del meccanismo in deroga, sarebbe necessario ammettere l'avvio delle procedure nei casi in cui sia indispensabile personale che abbia competenze specifiche senza necessità che esso sia in possesso di un profilo *«infungibile»*.

In secondo luogo, l'avvio delle procedure di assunzione non dovrebbe essere sottoposto ad un vero e proprio atto di autorizzazione da parte della Presidenza del Consiglio o del Ministero dell'economia e delle finanze, ma dovrebbe essere demandato alle singole società con imposizione di un dovere di interloquire con le amministrazioni sopra indicate.

22. *Osservazioni sull'art. 27, comma 3 (Altre disposizioni finanziarie).*

Tale norma reca la disciplina transitoria, stabilendo il termine del 31 dicembre 2016 per l'adeguamento degli statuti alle disposizioni del decreto.

22.1. Il comma 2 dispone che *«in via di prima applicazione, salve le deliberazioni adottate ai sensi dell'articolo 1, comma 6, l'art. 4 del presente decreto non è applicabile alle società elencate nell'allegato A, nonché alle altre società che gestiscono fondi europei per conto dello Stato»* l'art. 4 del decreto (che pone i limiti alla costituzione delle società) *«non è applicabile alle società elencate nell'allegato A, nonché alle società che gestiscono fondi europei per conto dello Stato»*.

Il Collegio rileva quanto segue.

- l'espressione «*in via di prima applicazione*» è eccessivamente generica e indefinita, sarebbe opportuno indicare un preciso periodo temporale di non eccessiva estensione;
- non sono chiare le ragioni della deroga, per le società elencate nell'Allegato A, che dovrebbe risultare dal testo mediante una valorizzazione della natura delle società e soprattutto dell'attività che esse svolgono;
- sarebbe opportuno un maggiore livello di specificità in relazione alla individuazione delle società che gestiscono fondi europei, per evitare che, attraverso questo espediente, possano continuare ad esistere società non più rispondenti al nuovo modello prefigurato dallo schema di decreto;
- deve essere chiarito che per le società in questione non trovi applicazione esclusivamente il “vincolo di attività” e non anche il “vincolo di scopo”, per le medesime ragioni esposte in relazione al potere che il comma 6 dell'art. 4 attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri.

Nella norma in esame, come già esposto, sarebbe opportuno che trovino collocazione anche le altre due forme di esclusione dall'ambito applicativo del decreto previste dall'art. 4.

P.Q.M.

Nei termini esposti è il parere favorevole con osservazioni della Commissione Speciale che assumono portata condizionante per quanto rilevato *sub* 4.1, 17.3, 20.2.

GLI ESTENSORI

Francesco Bellomo, Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO

Gianfranco Vastarella