

I Curatori e gli Autori

Marco Lacchini

Professore Ordinario di Economia Aziendale dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale – Prorettore delegato presso la UniNettuno di Roma

C. Alessio Mauro

Professore Straordinario di Diritto Pubblico dell'Economia presso la Università Internazionale Telematica UniNettuno – Avvocato in Roma

Sergio Santoro

Presidente della Sesta Sezione del Consiglio di Stato

Adolfo Teobaldo De Girolamo

Presidente di Sezione della Corte dei Conti

Ettore Figliolia

Avvocato dello Stato

Andrea Magnanelli

Avvocato Dirigente presso l'Avvocatura Capitolina

Marina Inches

Segretario Generale del Comune di Anzio – Avvocato

Federica Ricci

Professore Abilitato di seconda fascia in Economia Aziendale – Docente di International Financial Accounting presso l'Università Internazionale Telematica UniNettuno

Giulia Antonicelli

Dottore in giurisprudenza

Presentazione

di *Marco Lacchini*

SOMMARIO: 1. Il pendolo dell'economia tra Stato e Mercato. – 2. Dalla competizione alla cooperazione tra pubblico e privato. – 3. Per un paradigma di valorizzazione delle partecipate pubbliche.

1. *Il pendolo dell'economia tra Stato e Mercato*

Perché un nuovo libro sulle partecipate pubbliche? Perché una visione trasversale tra il diritto e l'economia?

La prima risposta vede come protagonisti tutti gli Autori, che si ringraziano in quanto, con la loro preziosa partecipazione scientifica, hanno reso possibile l'avvio di quell'ambiziosa visione dialogica e multidisciplinare che la tematica affrontata di per se stessa richiede.

Si tratta, in effetti, di un tema che ha incontrato per decenni interesse nella Dottrina sia giuridica che economica e che vanta una copiosissima bibliografia. A un livello certo superficiale può asserirsi che le recenti innovazioni normative giustificano una pubblicazione al riguardo; tuttavia, riteniamo che ragioni molto più profonde, che affondano le proprie radici nei mutamenti sociali ed economici del nostro Paese, giustifichino una riflessione estesa e speriamo non banale su questo argomento.

La tematica dell'intervento dello Stato nell'economia ha visto in Italia un mercato oscillare tra modelli quasi antitetici: con la ricostruzione post bellica e il c.d. Piano Marshall si è pensato che, per fondare le basi di uno sviluppo economico durevole, fosse indispensabile un sensibile apporto di risorse da parte dello Stato che è venuto di fatto a interessarsi sia di settori strategici e a rilevante valenza pubblica che, con il tempo e anche curiosamente, di settori specificamente privati.

Il boom economico del dopo guerra, protrattosi sino agli anni '60, è stato sostenuto per buona parte dalla immissione delle risorse pubbliche nel tessuto economico, attuato in buona misura per il tramite prima di Enti Pubblici Economici e poi di società partecipate pubbliche, sino alle grandi conglomerate quali IRI, ENI, ed EFIM; qualunque sia il giudizio che si vuol dare a tali esperienze, nel complesso, è indiscutibile l'apporto che almeno in una fase iniziale hanno prodotto, anche in termini di volano per l'iniziativa privata che a esse si è ricollegata.

Del resto, la portata di alcuni investimenti era tale da non poter essere realizzata, all'epoca, con pure risorse private e inoltre il finalismo che si intendeva conseguire trascendeva, almeno in radice, la mera logica del profitto che avrebbe motivato operatori privati nazionali, ove esistenti.

Ciò ha determinato una crescente invasività dello Stato nell'economia italiana che, agli inizi degli anni '80 poteva ritenersi largamente di matrice pubblica o comunque dipendente dal pubblico (per ragioni di appalti, di lavori o servizi, concessioni, autorizzazioni) con correlativo incrementarsi dello stock di debito pubblico.

Successivamente, però, il pendolo ha iniziato a virare in senso opposto; a cui hanno concorso senza dubbio molte cause ma, anzitutto, le esigenze di contenimento del deficit pubblico, divenute sempre più pressanti tanto più in ragione dell'ingresso dell'Italia nel contesto dell'Unione Europea, con assunzione di standard compatibili con il modello comunitario. Nel momento, infatti, in cui non si è potuto più risolvere il problema del deficit stampando moneta e creando inflazione, tutti i nodi dei precedenti decenni sono venuti al pettine rendendo necessari interventi di ristrutturazione e razionalizzazione.

Ne è nata la stagione delle privatizzazioni – qualunque sia il giudizio ultimo che se ne intenda dare – è indubbio che le stesse abbiano avuto una significativa incidenza sul tessuto economico e finanziario complessivamente inteso, che in tal modo ha modificato lo scenario prettamente pubblicistico a favore di quello privatistico, appunto.

In tale contesto non può sottacersi che i nobili ed originari intenti del legislatore non sempre hanno assicurato il soddisfacimento delle ambiziose finalità che pure lo avevano ispirato, tanto che ancor oggi si registrano, purtroppo, fenomeni di cronaca che rivelano l'insoddisfazione della collettività e, dunque, evidenziano l'esigenza di porre rimedio ad un sistema che non ha prodotto i risultati auspicati.

L'indebolimento del sistema economico ha, di fatto, raffigurato il presupposto per la massiccia campagna di acquisizioni da parte di campioni

stranieri, che hanno così accentuato la loro *leadership* globale, senza che lo stesso fenomeno si sia verificato dall'Italia verso l'estero, almeno non in egual misura, tanto da rendere legittima una riflessione e rimediazione generalizzata sul nostro impianto economico e finanziario e sulle importanti realtà societarie pubbliche.

Tornando al nostro tema, va detto che col nuovo millennio si è assistito a un progressivo spostamento verso la dimensione privatistica della economia, che, nel caso italiano, ha assunto anche le caratteristiche di mutamento dei centri direzionali di controllo; questo fenomeno appare, se possibile, ancora accentuato da ultimo con la crisi del sistema bancario che costituiva il necessario collante per gli investimenti ed è agevole presumere che in questo settore si registrerà presto l'aggregazione a vantaggio di colossi stranieri, come in effetti sta avvenendo.

Tanto premesso, occorre ricordare a noi stessi il consolidato fondamento della dottrina economico-aziendale, e cioè che le aziende, pubbliche o private, sono anzitutto aziende e quindi soggiacciono agli stessi principi ordinali, quali ad es. le note regole dell'efficienza, dell'equilibrio economico dell'esercizio e dell'adeguata potenza finanziaria, così come studiate e ormai consolidate.

Si dice l'ovvio ma un'azienda, non in quanto pubblica è legittimata ad essere in deficit o ad avere sprechi ed inefficienze; anzi, semmai, la caratteristica di presidio dell'interesse della collettività deve indurre ad un ancora più sana e prudente gestione.

Invero, l'unica possibile distinzione ragionevolmente fondata tra società pubbliche e private attiene al finalismo: l'impresa privata malgrado il grande dibattito sulla responsabilità sociale e sulla cointeressenza di tutti gli *stakeholders*, resta ancora saldamente ancorata alla teleologia della massimizzazione del profitto, mentre l'azienda pubblica, pur si ripete nel rispetto dei medesimi principi fondativi, può aprirsi ad un più ampio ventaglio finalistico, in primis la soddisfazione dei fruitori, in condizioni di efficienza.

La tutela dell'interesse collettivo rende quindi non solo opportuno ma necessario che alcuni settori che sono fondamentali per il corretto tessuto sociale rimangano nella mano pubblica, anche al fine di un rinnovato sforzo di costruzione della coscienza dell'interesse pubblico, anche a livello di *mainstream* culturale, anche attraverso lo strumento del partenariato pubblico-privato in un'ottica *de iure condendo* maggiormente virtuosa.

2. Dalla competizione alla cooperazione tra pubblico e privato

L'idea che i modelli privatistici e pubblicistici, lungi dall'essere escludenti, potessero conoscere invece una proficua interrelazione è certo risalente; anche in Italia si è assistito ormai storicamente alle modalità delle società miste e delle concessioni.

Sempre ragionando in termini di fatto, essendo ovviamente gli assunti di base assai diversi, si deve registrare che in tali società miste si è spesso verificata un'asimmetria tra l'interesse pubblico e quello privato non sempre rispondente alle aspettative del sistema tanto che i media hanno più volte segnalato eventi distorsivi del mercato che non occorre in questa sede menzionare.

In una rinnovata visione del diritto dell'economia i servizi ed i beni pubblici, quali ad es. luce, acqua, gas, igiene e decoro urbano, trasporto pubblico locale, servizi cimiteriali, attività varie al servizio dell'ente pubblico (multi-servizi, ecc.), cultura, potrebbero essere gestiti, a parità di efficienza, da una mano pubblica virtuosa, ma anche attraverso contratti di partenariato, pur tuttavia, con ricorso ad istituti giuridici ed economici maggiormente in grado di assicurare il soddisfacimento dell'interesse collettivo, tanto da far ritrovare allo Stato la propria connotazione aziendale ed imprenditoriale *latu senso* intesa. Ci rendiamo conto che si tratta di un'affermazione impegnativa ma riteniamo che il concetto sia ben evidente se si riesce a compiere lo sforzo culturale di superare la tradizionale visione, certo avvalorata dalla negativa pluridecennale esperienza italiana, per cui le competenze e le capacità di un'efficace ed efficiente gestione imprenditoriale sono esclusivo appannaggio di soggetti privati, in quanto motivati dalla logica del personale-aziendale profitto. Essendo del pari possibile interagire con i soggetti privati virtuosi in una nuova ottica collettivamente orientata, tale da valorizzare l'imprenditoria italiana di pregio e, ad un tempo, garantire, prima di ogni cosa, l'assolvimento della funzione pubblica del servizio ovvero del bene.

Certo tale sforzo sarebbe più agevole se ampliassimo il nostro orizzonte a paesi quali quelli scandinavi nei quali l'interesse pubblico (unica base durevole di un *welfare* sostenibile) costituisce un valore fondativo della società ed ogni cittadino è educato a considerare il bene pubblico alla stregua di cosa propria; in definitiva il tema è anzitutto di ordine etico ed educativo ed importa una differente strutturazione del finalismo degli individui, su basi in questo caso realmente cooperative.

Per tale ragione, non sappiamo se condivisa, abbiamo pensato di trattare nel testo la disciplina delle Società partecipate negli Ordinamenti francese, tedesco, inglese, nonché negli Ordinamenti cinese, australiano e statunitense.

In tale quadro d'insieme non può sottacersi che negli ultimi decenni concomitanti fattori hanno portato allo studio e alla normazione di nuove forme di collaborazione tra pubblico e privato; tra le modalità meglio regolate e applicate ricordiamo il *project financing* ed il partenariato pubblico-privato (PPP), su cui sono stati scritti pregevolissimi volumi da parte degli esperti del settore, che ancor oggi raffigurano un importante strumento di analisi e studio anche in un'ottica de iure condendo, che poi è quella su cui verte il nostro interesse, che prendendo le mosse dalla recentissima normativa, qui affrontata, si pone nella prospettiva di aprire un dibattito tecnico e scientifico nuovo affinché la soluzione finale sia frutto di condivisione valorizzando le diverse esperienze maturate dalle più importanti amministrazioni pubbliche dello Stato.

Prospettiva de iure condendo che non può non tener conto della circostanza secondo cui il minimo comun denominatore che costituisce la base trainante di ogni iniziativa economica è la capacità d'investimento, pubblico o privato nella economia unitamente – nelle ipotesi più nobili di partenariato pubblico-privato – la piena e proficua collaborazione tra diverse specificità, che rappresenta un valore aggiunto tanto più laddove il soggetto privato abbia maturato una particolare expertise in un determinato ambito (certamente alieno rispetto alla corrente operatività pubblica), e sia in grado di fornire un apporto distintivo e cooperativo.

Vi è stata, in certa letteratura, un'esaltazione di questo modello sulla base di argomentazioni che, in punto di principio, appaiono anche meritevoli di analisi: anzitutto l'idea che allo stato o all'ente pubblico debbano essere assegnati dei ruoli soprattutto di organizzazione, di regolazione e di controllo piuttosto che di attore diretto nell'economia e questo nel rispetto anche della tutela della concorrenza; poi la constatazione che il coinvolgimento del privato può apportare benefici in termini di *know-how*, di spartizione del rischio, inducendo una sussidiarietà orizzontale tra i poteri e sempre con lo scopo di realizzare un vantaggio finale per i cittadini, che sono i destinatari cioè i fruitori finali dell'opera o del servizio.

La materia, come noto, è stata oggetto di una compressiva risistemazione con il nuovo codice degli appalti introdotto con il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel quale viene individuato il partenariato pubblico-privato come *genus* contrattuale di cooperazione tra pubblico e privato, così definito: “*contratto*

a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità o del suo sfruttamento economico o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto da parte dell'operatore".

In tale *genus* l'art. 180 del codice fa rientrare poi una varietà di tipologie di contratto: la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi.

Non è questa la sede per affrontare in dettaglio i vari istituti e la loro normazione; tuttavia va dato atto che il nuovo codice certamente regola in modo attento e con l'attribuzione di poteri al soggetto pubblico il tema centrale della ripartizione del rischio e del profitto dell'opera-servizio tra i cooperanti.

Parimenti, il codice meglio statuisce altre tematiche molto rilevanti per quanto in questa sede interessa come le società *in house*, la pianificazione-programmazione finanziamento e monitoraggio delle infrastrutture prioritarie e gli affidamenti a contraente generale.

Ovviamente occorrerà del tempo e l'acquisizione di adeguate evidenze empiriche per valutare l'impatto che il nuovo codice degli appalti con la contenuta normazione avrà sul settore dei contratti pubblici e delle infrastrutture onde poter testare l'effettività dei nuovi modelli di PPP, *prima facie* sicuramente d'indubbio pregio; peraltro, va rimarcato che la nuova regolamentazione viene ad inerire in una situazione di mercato particolarmente depressa ed asfittica, nella quale le nuove iniziative infrastrutturali generalmente languono o scontano precedenti problematiche ed il settore delle imprese di costruzione attraversa una gravissima crisi, con ricadute occupazionali, per la quale non si intravedono significativi vettori di rilancio.

Lo stesso Codice interviene anche attraverso il potenziamento del ruolo dell'ANAC, la quale esprime un nuovo modo di intervento dello Stato nella economica in chiave correttiva e di controllo rispetto ai fenomeni distorsivi evidenziati nelle premesse.

Quanto, invece, alle modalità di attuazione concreta dei modelli sopra in-

dicati, va detto che la riuscita dei medesimi non potrà prescindere dalla sana e prudente gestione degli interventi complessivamente considerati, come ad es., la previa verifica della realizzazione dell'opera in tempi certi e predefiniti; il *testing* della qualità della stessa; la precipua rendicontazione del sistema dei costi che non eccedano, al di là di un ragionevole intervallo di confidenza, le previsioni contrattuali; la prevenzione ovvero la assenza di contenzioso inerente riserve, maggiori lavori, ecc.; nonché la comprovata redditività dell'opera negli anni in linea con i principi di remunerazione equa ed etica; e la ineludibile soddisfazione dei destinatari finali per la complessiva iniziativa.

A questo punto non possiamo esimerci, pur rischiando forse una certa impopolarità, di esternare alcune domande che, riflettendo su questi temi, ci sono tuttavia venute spontanee come quella afferente alla necessità di individuare il giusto "*punto di contatto*" tra l'interesse pubblico e quello privato e, dunque, la "*cointeressenza*" dei medesimi interessi: il tutto secondo principi di mercato ispirati alla sana e prudente gestione, alla valorizzazione del bene e del servizio pubblico in chiave di remuneratività etica ed equa, capace di creare risorse da reinvestire nella collettività e senza disconoscimento della pure meritevole esigenza di profitto del privato virtuoso che abbia preso parte alla iniziativa di partenariato pubblico-privato.

Ed in tale ottica, pertanto, ci si domanda: non sarebbe forse questa la stagione economica per avviare delle nuove grandi opere infrastrutturali e di *turnaround* del paese che concorrerebbero, con politiche keynesiane, a creare nuovo impulso all'economia e all'occupazione oltre a rendere più appetibile il nostro paese nella propria vocazione culturale e turistica? E se le stesse sono portatrici di un surplus o in termini di profitto economico in senso stretto o in termini di vantaggio per la collettività (come minore tariffa o canone sopportato dal cittadino utente) perché non potrebbe farsene carico in via prioritaria la mano pubblica, seppur con la partecipazione di privati virtuosi, appunto? E perché non partire con la valorizzazione del significativo patrimonio pubblico delle Città d'arte cui anettere la predetta finalità imprenditoriale attraverso la realizzazione ovvero riqualificazione di opere quali ad es. alberghi, ristoranti, *et similia* pubblici che creino reddito a vantaggio di tutti i cittadini, facendo tesoro dell'*expertise* maturata anche da altri paesi in tale ambito? Non è forse così che hanno operato i sistemi francesi ed olandesi relativamente alle infrastrutture portuali, mantenendole pubbliche e gestendole avvalendosi di cospicui capitali pubblici e privati, e senza rinunciare alla parte afferente alla connaturata remuneratività che tutte le aziende debbono presentare?

3. Per un paradigma di valorizzazione delle partecipate pubbliche

Vero è che l'esigenza è ancor più forte tenuto conto che nel nostro paese si registra, ormai da tempo, un desolante clima di recessione, stagnazione e diffusa rassegnazione e pessimismo.

Vero è, altresì, che per una più celere ripresa della economia e, dunque, della stessa parte privata sia centrale l'intervento dello Stato nella economia onde sostenere l'imprenditorialità privata, frustrata dal peso di un sistema burocratico, fiscale, sanzionatorio non proprio invogliante e competitivo.

Volgendo lo sguardo alla realtà a noi più vicine è evidente l'immenso patrimonio di natura pubblica che ci circonda, spesso sottoutilizzato rispetto alle sue effettive potenzialità, riconosciuteci universalmente.

Orbene, la tematica principale è rappresentata dalla necessità di valorizzare i beni pubblici come strumenti di creazione di reddito, cui il modello societario senz'altro è in grado di assolvere, sebbene nella nuova ottica di ricercare nello stesso patrimonio pubblico esistente la primaria risorsa cui attingere ed affinché il medesimo patrimonio pubblico acquisti vigore ed impulso e non sia più sinonimo di passività.

Circularmente quindi il discorso ritorna sull'efficiente gestione delle società partecipate pubbliche, secondo un paradigma che faccia perno sui seguenti assunti:

- *prius* l'interesse pubblico, che si declina nella indisponibilità del bene stesso e nell'approntamento di strumenti di tutela a garanzia di tale priorità;
- sussidiarietà di carattere orizzontale con il soggetto privato ma anche con le realtà del terzo settore che, per il loro carattere volontaristico ed etico particolarmente bene si prestano alla complementarità con l'interesse pubblico;
- integrazione cooperativa con il soggetto privato a condizione di suddivisione simmetrica del rischio e con principi di remuneratività equa ed etica dello stesso.

Provando a delineare questi temi, che certo richiederanno un più compiuto approfondimento anche nel dibattito che si spera possa generarsi con le pubbliche amministrazioni e gli operatori, la priorità, per così dire, primaziale dell'interesse pubblico presuppone anzitutto che la gestione del bene, ove realmente connessa agli interessi della collettività, permanga pubblica nella sua cointeressenza con il privato, con validi strumenti di programmazione,

rendicontazione e controllo in mano pubblica; nei casi invece in cui si possa procedere alla integrale esternalizzazione della gestione dell'attività correlata al bene pubblico, sarebbe auspicabile che vada sempre e comunque preservata la massimizzazione del valore con la previa opera di ristrutturazione e risanamento dei beni-società.

Questi principi, apparentemente banali, esigono ad esempio che lo stato o gli enti locali non possano procedere alla cessione di beni o di quote societarie, anche di minoranza, senza che si sia preventivamente avviata l'opera di massima valorizzazione, il che spesso richiede investimenti in termini economici e di cultura e risorse manageriali, circostanza che nel Testo Unico delle Partecipate è stata assicurata con lo strumento della c.d. razionalizzazione delle Società che si intendono mantenere e, dunque, non cedere ovvero dismettere.

L'esperienza mostra invece come la non sana gestione della cosa pubblica abbia mostrato in questi anni infiniti casi di beni/quote societarie imprudentemente ceduti senza affatto considerarne il valore insito: cui il soggetto privato ha attinto al fine di risollevarne le sorti ed in tanti casi effettivamente riuscendoci con creazione di concreti profitti, come delineato dalla dottrina economico-aziendale che, infatti, ben conosce la genesi e l'iter formativo della nozione di "*remunerazione*", da intendersi sempre come sommatoria di una componente per investimenti privi di rischio (*risk free rate*), di una componente atta a soddisfare il livello di rischio assunto dall'iniziativa imprenditoriale e di una componente idonea a bilanciare eventuali altre contingenze (ad esempio il rischio di illiquidità nel caso di azioni di società non quotate o rischi specifici).

La letteratura ed anche gli strumenti operativi per la concreta determinazione del rischio e più in generale della "*congrua remunerazione*" sono sterminati e consentono, come nel caso delle valutazioni di azienda e delle valutazioni dei progetti d'investimento, di addivenire alla stima puntuale della componente di profitto che è poi spesso utilizzato come tasso di attualizzazione per orientare la convenienza di una individuata iniziativa.

Il concetto di remunerazione equa ed etica dovrebbe costituire, per certi versi, una misura inferiore rispetto alla remunerazione congrua, ovviamente fissata in una misura bastevole da presentare un sufficiente stimolo all'iniziativa imprenditoriale (e comunque al di sopra di un mero *risk free rate*), in ciò controbilanciata dai vantaggi, anche reputazionali ed etici, connessi alla compartecipazione a vario titolo ad una progettualità con la mano pubblica.

In sostanza, un'impresa privata, nell'ambito della propria complessiva e diversificata attività, potrebbe venire a svolgere delle iniziative di puro mer-

cato per le quali è ipotizzabile una remunerazione congrua o più che congrua (ove sia in grado di sfruttare particolari vantaggi competitivi, legati ad esempio all'innovazione o alla forza del marchio) ed altre, d'intesa con il soggetto pubblico nelle quali invece la remunerazione si collocherebbe, ovviamente, si ripete, non in modo antieconomico, al di sotto, poiché corroborate anche da vantaggi reputazioni e di immagine rispetto alla collettività.

È chiaro che un tale modello è ancora più agevolmente ipotizzabile per enti ed aziende del terzo settore che, per definizione, non ricercano il profitto come finalismo principale e ben si prestano a vedere soddisfatti nell'interazione con il soggetto pubblico i bisogni istituzionali dei propri aderenti. Certamente una tale progettualità necessita di adeguati strumenti di programmazione e controllo: la lunga e spesso infausta storia delle grandi opere pubbliche in Italia è segnata anche nell'attualità dalla grande discrasia tra preventivi e consuntivi: l'allungamento, anche paradossale dei tempi, l'incremento esponenziale dei costi, il lievitare di un contenzioso del quale, anche per la strutturazione della giustizia, non si vede la fine; né di converso può dirsi che in assoluto manchino i controlli, che talora sono plurimi e forse anche eccessivi ma evidentemente non effettivi.

La scienza economico-aziendale può certamente fornire grandi contributi a riguardo anche tramite l'elaborazione di efficaci metodiche di controllo antecedente, concomitante e susseguente; tuttavia vi è l'impressione che, al di là dell'efficacia di un impianto sanzionatorio, le problematiche in parola necessitino prevalentemente di un cambiamento culturale e di una ridefinizione in senso virtuoso dei rapporti tra pubblico e privato.

L'analisi di Williamson pose pionieristicamente in luce l'importanza della componente "*fiducia*" (*trust*) nelle transazioni tra soggetti organizzativi e questo aspetto è assolutamente centrale per poter instaurare proficue relazioni cooperative: riteniamo che, non soltanto per manchevolezze della parte privata ma anche di quella pubblica (eccesso di burocrazia o ritardi di pagamenti dovuti che spesso sono stati esiziali ed hanno comportato il fallimento di imprese) questa fiducia fondante la relazione cooperativa sia venuta meno e debba essere ristabilita in un contesto di regole chiare, cioè con bassissimi livelli di incertezza e discrezionalità. D'altro canto anche i più recenti studi sul controllo, hanno evidenziato come la modalità più soddisfacente sia quella del "*controllo mediante condivisione di una cultura aziendale*", il che implica la creazione di un sostrato di valori, di linguaggi e di riti condivisi che assicurano la convergenza dei diversi operatori al finalismo comune e l'esclusione, come anti sociale, dei soggetti e dei comportamenti devianti.

In definitiva, e senza alcuna pretesa di esaustività, si lascia alla scienza economica e giuridica la valutazione circa la necessità, o meno, di porre le basi per una rinnovata visione dell'ordinamento giuridico, che oltre alla valorizzazione dell'esistente si spinga, come detto *de iure condendo*, verso la creazione di nuovi strumenti capaci ed idonei di superare i problemi che derivano dall'esperienza del passato e, dunque, per scongiurare fenomeni distorsivi globalmente considerati.

Premessa al decreto legislativo n. 175/2016

di *Adolfo Teobaldo De Girolamo*

Il tema delle società a partecipazione pubblica è di grande interesse sotto vari profili per la diffusione (preoccupante) del fenomeno nel nostro Paese e per il rilievo che le medesime hanno sulla finanza pubblica, sovente con effetti distorsivi sull'economia generale.

Numerosi sono stati nel corso degli ultimi anni gli interventi normativi che hanno tentato di ridefinire ruolo e funzioni delle Istituzioni partecipate, principalmente nel comparto delle amministrazioni locali, sia per aumentarne la trasparenza che per ridurre il numero, anche allo scopo di un contenimento della relativa spesa.

Con il D.Lgs. n. 175/2016, in attuazione della delega di cui alla legge 7 agosto 2015, n. 124, il Legislatore si è fatto carico di riordinare in maniera organica, in un unico testo normativo, la complessa normativa di riferimento, cercando di conciliare, non senza difficoltà, aspetti di matrice civilistica con altri prettamente amministrativi e regolando unitariamente le partecipazioni detenute dagli enti territoriali e dalle amministrazioni statali.

D'altro canto, la necessità di procedere ad una riorganizzazione dell'intero settore era stata sollecitata anche dagli organi comunitari e la Commissione europea, nel recente *Country report 2016*, SWD, 81 *final*, ha rimarcato l'importanza, per la ripresa economica del nostro Paese, delle nuove iniziative “*nell'ambito della riforma della pubblica amministrazione per rimediare alle cause all'origine dell'inefficienza delle imprese a partecipazione pubblica e dei servizi pubblici locali*”.

Il D.Lgs. n. 175 ha indubbi profili innovativi e rappresenta uno sforzo notevole nel processo di riorganizzazione e riordino del sistema delle società; ripropone sostanzialmente quanto già previsto con la legge finanziaria 2008, nel disporre il divieto per le pubbliche amministrazioni, direttamente o indirettamente, di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie

finalità istituzionali, nonché di acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società; è innovativo nella parte in cui prevede i casi in cui l'Ente debba, necessariamente, procedere ad una razionalizzazione delle proprie partecipazioni azionarie in società.

Dall'esame sistematico delle disposizioni del testo unico sono rinvenibili, come già rilevato, norme derogatorie del codice civile (applicabili nei soli confronti delle società in controllo pubblico non quotate) insieme a regole di comportamento che si sostanziano in vincoli e obblighi soltanto per l'amministrazione partecipante (in sede di costituzione di nuova società, di acquisto di nuove partecipazioni in società esistente, di valutazione del mantenimento delle partecipazioni in essere). Dal dettaglio, in chiave di semplificazione, degli adempimenti previsti all'art. 24, emerge chiaramente la obbligatorietà della ricognizione delle partecipazioni detenute (la legge usa l'avverbio "tutte" per indicare anche quelle di minima entità), con la conclusione che l'attività ricognitiva è sempre richiesta anche per attestare l'assenza di partecipazioni.

Diversamente, le scelte, all'esito della ricognizione, sono rimesse alla discrezionalità delle amministrazioni partecipanti, le quali sono tenute a motivare espressamente l'opzione effettuata (alienazione/razionalizzazione/fusione/mantenimento della partecipazione senza interventi).

Da un lato, quindi, v'è il passaggio ricognitivo obbligatorio, dall'altro l'autonomia degli enti nel valutare la necessità di porre in essere un provvedimento di riassetto, dando conto in motivazione del rispetto dei canoni normativi in relazione alla situazione concreta sottostante.

Realmente innovativo e di notevole potenziale efficacia è il fatto che l'obbligo di razionalizzazione, pur contemplato dalla normativa preesistente (legge n. 190/2014), diventa ora particolarmente stringente con la previsione di adeguate sanzioni in caso di inadempimento, unitamente ad un adeguato sistema di verifiche sugli esiti della ricognizione medesima sia di carattere straordinaria che ordinaria.

Ruolo di rilievo, anche se, in talune disposizioni, di non esplicita o compiuta definizione, è affidato alla Magistratura contabile (artt. 5, 12, 14, 20, 24 e 26).

Tra le attribuzioni significative ai fini del processo di razionalizzazione, emergono:

– l'art. 5, comma 3, che prevede l'invio alla Corte dei conti "a fini conoscitivi" (nel settore di competenza individuato dal comma 4) da parte delle

amministrazioni degli atti deliberativi di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta;

– l’art. 14, comma 5, che – nell’ambito delle misure in materia di “*Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica*” – prevede la comunicazione alla Corte dei conti del piano di risanamento, approvato dall’Autorità di regolazione di settore ove esistente; nonché la registrazione (ed il controllo di legittimità) da parte della Corte dei conti del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato per autorizzare gli interventi derogatori di cui al primo periodo del comma, finalizzati a salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l’ordine pubblico e la sanità;

– l’art. 20, in materia di “*Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche*”, che, ai commi 1, 2, 4, e 7, prevede che la Corte sia destinataria della comunicazione della inesistenza di partecipazioni; dei piani di riassetto e di riequilibrio adottati;

– l’art. 24, in materia di revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche, che dopo aver prescritto a ciascuna amministrazione pubblica di effettuare con provvedimento motivato la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute alla medesima data di entrata in vigore del decreto, con individuazione di quelle che devono essere alienate, prevede che le relative informazioni siano rese disponibili alla Sezione competente della Corte dei conti, cui è anche da inviare il provvedimento di ricognizione.

Per tutti gli adempimenti sono stabiliti dal legislatore puntuali termini di esecuzione, evidentemente per assicurare un’azione tempestiva che consenta anche alla Corte dei conti di espletare la propria funzione di controllo (ed è da presumere, dunque, anche di eventuale correzione) delle misure prescritte dal piano di razionalizzazione.

Al di là delle varie locuzioni usate dal legislatore, non sempre univoche e puntuali (... “*fini conoscitivi*”, “*comunicazioni degli esiti*”, ecc.) può senz’altro ritenersi che la nuova disciplina si inserisca coerentemente nel quadro delle attribuzioni della Corte in materia e che i vari adempimenti previsti nei confronti della Magistratura contabile – laddove non comportino nuove funzioni specifiche – siano finalizzati a consentire alla stessa l’esercizio delle funzioni già intestate dalla normativa di riferimento. Ci si riferisce in particolare ai controlli di gestione sanciti dalla legge n. 20/1994 e successive modifiche che chiama la Corte a verificare “*la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna ammini-*

strazione”; ovvero ad accertare “*anche in base all’esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell’azione amministrativa*”. E ciò senza trascurare i contenuti del controllo delineati dalla legge n. 131/2003 (art. 7, comma 7) secondo cui “*le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti verificano, nel rispetto della natura collaborativa del controllo sulla gestione, il perseguimento degli obiettivi posti dalle leggi statali o regionali di principio e di programma, secondo la rispettiva competenza, nonché la sana gestione finanziaria degli enti locali ed il funzionamento dei controlli interni e riferiscono sugli esiti delle verifiche esclusivamente ai consigli degli enti controllati. Resta ferma la potestà delle Regioni a statuto speciale, nell’esercizio della loro competenza, di adottare particolari discipline nel rispetto delle suddette finalità*”.

L’invarianza delle altre funzioni della Corte non considerate nel D.Lgs. n. 175 risulta chiaramente – anche per quanto riguarda le funzioni requirenti e giurisdizionali – dall’art. 12 dell’atto normativo in tema di “*Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*”, laddove vien fatta salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house* ed è devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

Nel percorso di attuazione della nuova disciplina, è, poi, intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016, che ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune delle disposizioni dell’art. 18 della legge delega n. 124/2015, nella parte in cui prevedono, in violazione delle competenze delle regioni, che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, della Conferenza unificata Stato-regioni.

Il Giudice delle leggi ha, comunque, precisato che “*Le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della L. n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l’effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione*”. Va, inoltre, considerato che le disposizioni oggetto della presente deliberazione riproducono, sostanzialmente, il contenuto dell’art. 1, co. 611 e 612, legge n. 190/2014; norme già scrutinate dalla Corte Costituziona-

le e ritenute legittime, in quanto non lesive dell'autonomia costituzionalmente garantita degli enti territoriali (sentenza 16 giugno 2016, n. 144).

Cionondimeno – e ne va dato atto favorevolmente – il Governo si è attivato tempestivamente per apprestare comunque soluzioni definitivamente correttive.

Allo stato risulta che il Consiglio dei Ministri, nella seduta del 17 febbraio 2017, ha approvato, in esame preliminare, un decreto legislativo contenente disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. n. 175/2016. Il nuovo atto in *progress* tra l'altro proroga il termine per la ricognizione, in funzione della revisione straordinaria, di tutte le partecipazioni possedute, in scadenza il 23 marzo 2017, al 30 giugno 2017, sì da dare alle amministrazioni il tempo di adeguarsi al decreto.

In tale quadro, suscettibile di effetti significativamente positivi per l'assetto delle partecipate pubbliche, ma che presenta molteplici punti problematici, non può che essere accolto con favore l'approfondito esame che gli Autori hanno condotto sulla materia, trattata sotto i profili socio-economico, aziendalistico e giuridico.

Introduzione a “il TU delle società a partecipazione pubblica”

di *Sergio Santoro*

Secondo uno studio della UIL del maggio del 2015 (Report UIL sulle società pubbliche e partecipate), nella categoria delle società a partecipazione pubblica sono state classificate più di 8 mila società ed enti pubblici partecipati, dei quali 423 società partecipate da amministrazioni centrali dello Stato ed, invece, addirittura 7.472 dalle amministrazioni locali; mentre 26.500 sono i consiglieri di amministrazione delle società pubbliche; 22 mila sono i componenti degli organi di controllo (collegi dei revisori e collegi sindacali); un numero complessivo di impiegati intorno alle 953.100 unità; 2,5 miliardi di euro il costo diretto ed indiretto dei Consigli di Amministrazione di cui 600 milioni di euro per gettoni e indennità dei consiglieri di amministrazione¹.

Si tratta di un fenomeno dunque di elevatissima portata sull'economia nazionale.

A ciò si aggiunga che, il numero dei comuni in Italia si è attestato nel corrente anno ad 8.000, e quindi mediamente ciascuno di essi detiene una società partecipata.

Il fenomeno delle società partecipate, com'è noto, inizia a livello statale con la politica autarchica negli anni '30, con la creazione di società controllate da un ente di gestione, il cui prototipo era l'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI), fondato nel 1933, poco dopo la creazione dell'Agip del 1926, per assicurare l'indipendenza energetica nazionale.

Il fenomeno delle partecipate degli enti locali è tuttavia molto più recente ed ha inizio con il progressivo tramonto del modello delle aziende

¹ http://www.uil.it/documents/societa_definitivo.pdf.

autonome o speciali o municipalizzate degli enti locali, consacrato nel Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali 18 agosto 2000, n. 267, il cui art. 112 stabilisce in via di principio che i comuni ed ogni altro ente territoriale gestiscono i servizi pubblici per fini sociali e per promuovere lo sviluppo locale dei territori nelle forme stabilite dal seguente art. 113 secondo un modello di privatizzazione formale e nel rispetto delle specifiche discipline comunitarie.

A questo fenomeno si è affiancato quello parallelo del trasferimento agli enti locali non soltanto delle funzioni e potestà amministrative in senso stretto, da esercitarsi con procedimenti amministrativi già di competenza di organi centrali e periferici dello Stato, ma anche compiti di gestire veri e propri servizi pubblici, talora in partnership con i privati.

La "*partnership pubblico-privato*" si è realizzata attraverso diversi modelli, quali autorizzazioni o concessioni ad imprese private ad esercitare pubblici servizi che in precedenza erano svolti da persone giuridiche pubbliche in via esclusiva; oppure attraverso l'acquisizione di quote di società private dall'ente pubblico o, viceversa, di quote di società pubbliche da parte del privato.

Il modello usato è stato in definitiva quello del Partenariato contrattuale fondato sul modello negoziale della cooperazione tra pubblico e privato, con regolazione di fonte eminentemente contrattuale. Ma si è anche eseguito il diverso modello del Partenariato istituzionalizzato, realizzato con la creazione di un nuovo soggetto, di natura privatistica, detenuto da entrambi i soggetti pubblico e privato, ma controllato, a seconda dei casi, dal primo o dal secondo, e ciò sulla base delle rispettive autonome scelte negoziali dei vari soggetti. In alcuni casi è la stessa legge che indica se deve essere il soggetto pubblico ovvero quello privato ad avere la maggioranza di controllo della persona giuridica designata a svolgere il servizio pubblico.

In questo quadro, estremamente complesso perché risultato di norme stratificatesi nel tempo, si pone un obiettivo fondamentale, di contenimento della spesa pubblica in relazione alla qualità dei servizi offerti, e del necessario controllo da parte di un organismo indipendente sull'attività del soggetto che in concreto ha il compito di svolgere il pubblico servizio. Va ricordato a tale proposito che il progressivo diffondersi delle partecipazioni societarie degli enti locali è, non per caso, coinciso con il fenomeno dell'arretramento e quasi totale estinzione dei controlli sugli atti di tali enti, dovuto all'entrata in vigore delle riforme Bassanini. L'effetto perverso dell'incrociarsi di questi due

fenomeni è stato quello che al complessivo fenomeno delle privatizzazioni non è corrisposto un miglioramento dell'efficienza dei nuovi soggetti cui è stato attribuito il compito di erogare di volta in volta determinati pubblici servizi.

Si prenda ad esempio il caso del trasporto pubblico locale, che attualmente è svolto prevalentemente in regime di concessione, e nei grandi comuni dà risultati spesso insufficienti.

Il problema in quel caso è ravvisabile in un eccesso di addetti al servizio, un'insufficienza di mezzi ed un insieme di risorse sostanzialmente sprecate, e quasi mai ottimizzate attraverso un opportuno *outsourcing*, che viceversa potrebbe realizzarsi avvalendosi delle imprese private di trasporto esistenti sul territorio, che essendo di proprietà interamente privata ottimizzano più di ogni altra società pubblica i fattori di produzione.

Se però al sistema delle concessioni ad un'impresa pubblica, direttamente derivante da quello, ormai quasi del tutto desueto, dell'azienda autonoma (ente-organo pubblico), si sostituisse quello delle autorizzazioni di imprese private di trasporto, preventivamente qualificate, poste in concorrenza tra di loro, sulla base di rigorosi capitolati o contratti di servizio, probabilmente il costo unitario del biglietto di trasporto potrebbe scendere, il servizio avrebbe maggiore continuità ed efficienza ed il cittadino ne trarrebbe maggiore soddisfazione.

I tributi locali, destinati a finanziare il sistema delle partecipate, sono l'altra faccia della medaglia dell'inefficienza diffusa nell'erogazione e realizzazione dei servizi pubblici.

Il fenomeno più perverso è quello della tassa sui rifiuti urbani: invece di considerare i rifiuti come materie prime, e dunque incentivarne la raccolta per ricavarne risorse con le quali diminuire l'onere per il cittadino di pagare il corrispondente tributo all'ente locale, si preferisce inasprirne la pressione ed il corrispondente gettito, preferendo costosi sistemi di smaltimento soltanto per arricchire un apparato decisamente inefficiente.

Gli strumenti amministrativi sono certamente idonei a migliorare l'efficienza dei pubblici servizi, ma debbono essere usati con finalità manageriali, evitando appesantimenti burocratici e separando nettamente i procedimenti amministrativi dalle scelte strategico-economiche, evitando che a quest'ultime possano applicarsi vincoli e condizionamenti ulteriori rispetto a quelli che normalmente gli azionisti esercitano sul *management* delle proprie società di diritto comune.

In queste scelte è necessario bandire ogni forma di condizionamento politico o, peggio ancora, partitico, considerando che, in effetti, l'indipendenza e l'imparzialità della pubblica amministrazione debbono trovare qui una diversa forma di espressione, da realizzarsi nell'esercizio dell'attività di impresa pubblica, anche e soprattutto se svolta in modelli di Partenariato.

Si pensi alla elementare constatazione che non vi è confronto tra la rigidità dei vincoli per l'assunzione di personale negli enti pubblici, e quindi anche locali e territoriali, con la facilità e talora le possibilità di abuso nella stessa operazione nelle società partecipate.

A ciò si aggiunga che l'attuale classe dirigente in servizio negli enti locali in genere non è mediamente idonea ai compiti che una moderna ed efficiente gestione, sia delle attività amministrative che di quelle di impresa, richiederebbe. Il motivo di questo *gap* culturale e professionale è molto semplice: la burocrazia comunale si è formata in un ambiente molto simile a quello statale, e non si adatta alla più moderna realtà d'impresa, che dovrebbe contraddistinguere il *management* pubblico nelle attività di erogazione di pubblici servizi. Probabilmente il fenomeno si attenuerà con il ricambio generazionale e con una maggiore attenzione alle funzioni di *internal auditing*, controllo, ispezione, vigilanza, *risk assessment*, *follow up* ed, in generale, di moderna ed efficiente *governance* delle Pubbliche Amministrazioni.

Giunge in questo quadro il “*Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*”, emanato con il D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, con l'imminente decreto correttivo su cui si è appena espresso il Consiglio di Stato con il parere n. 638/2017 del 14 marzo 2017 della Sezione Atti Normativi. Si tratta di un corpus normativo con lo scopo di riordinare le disposizioni frammentate degli ultimi 20 anni per dare al sistema delle partecipate un testo organico, a fini di inquadramento sistematico. Occorre premettere che il testo è frutto di una delega legislativa stabilita con la legge 7 agosto 2015, n. 124 con cui il Parlamento ha delegato al Governo il potere di adottare decreti legislativi di semplificazione delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche. È noto altresì che la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale, tra gli altri, dell'art. 18 del testo unico partecipate nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, prevedeva che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del parere reso in Conferenza unificata, anziché previa intesa, e ciò in violazione del principio di leale collaborazione.

Numerosi sono i principi ed i criteri direttivi fissati dalla legge delega.

L’obiettivo di tale legge è stato quello di oltrepassare la frammentazione normativa che regnava sulla materia precedentemente. Da evidenziare in particolare modo alcuni principi direttivi: (i) il coordinamento formale e sostanziale della normativa vigente con le modifiche necessarie a garantirne la coerenza logico giuridica e per aggiornare e semplificare il linguaggio normativo; (ii) l’aggiornamento delle procedure; (iii) il superamento delle antinomie in base ai principi dell’ordinamento e alle discipline regolatrici della materia; (iv) la finalità di garantire la chiarezza della disciplina e la semplificazione normativa coniugata con la promozione della concorrenza; (v) la distinzione tra le tipologie di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento e alle modalità dell’affidamento; (vi) la razionalizzazione e la riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, la limitazione della costituzione di società o il mantenimento di partecipazione societarie entro il perimetro di compiti istituzionali; (vii) la promozione della trasparenza con l’intelligibilità dei dati economico-patrimoniali.

In passato era maggioritaria l’errata impostazione secondo cui la disciplina che regolava la società “*pubblica*” dovesse essere un diritto di tipo speciale. Alcune sentenze del Consiglio di Stato si spingono ad attribuire alle società partecipate una connotazione pubblicistica, arrivando quindi ad una qualificazione giurisprudenziale della stessa società detenuta da un potere pubblico. Invece la normativa deve essere qualificata come “speciale” soltanto laddove una disposizione specifica introduca delle deroghe rispetto alla normativa generale (così intesa la disposizione del codice civile).

La valutazione data dal Consiglio di Stato, nel parere 21 aprile 2016, n. 968 della Commissione speciale sullo schema del “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”, era stata nel complesso favorevole rispetto alle problematiche derivate dal vecchio sistema normativo valutato in maniera negativa per la sua frammentarietà e per la mancanza di un profilo coerente. Ovviamente, la maggiore critica era incentrata sul numero eccessivo delle società partecipate e dei loro dipendenti, evidenziando casi di vera e propria patologia quali quello secondo cui alcune società hanno addirittura un numero di dipendenti inferiori ai membri del consiglio di amministrazione della società stessa. Del resto, l’attuale quadro normativo in materia è il risultato di una serie di interventi frammentari adottati in contesti storici diversi per perseguire finalità di volta in volta imposte da esigenze contingenti.

Inoltre, secondo la Corte dei Conti², gli organismi partecipati in perdita sono per un terzo a partecipazione pubblica totale mentre quelli misti a prevalenza privata rappresentano inspiegabilmente la categoria con le maggiori perdite. A livello finanziario i debiti prevalgono nettamente sui crediti per tutti gli organismi partecipati analizzati. I debiti delle società a partecipazione pubblica totale nei confronti degli enti controllanti sono nettamente maggiori rispetto ai crediti vantati verso gli stessi, con un rapporto pari al 100%.

Con il TU n. 175 cit. (art. 5) la costituzione di una nuova società a partecipazione pubblica o l'acquisto anche indiretto di partecipazioni, deve essere condizionato ad un onere motivazionale. L'ente locale deve quindi precisare le ragioni della scelta in modo analitico, imponendo che l'atto deliberativo venga motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (individuate in modo tassativo ai sensi dell'art. 4 TU). Si tratta dunque di un vero e proprio atto amministrativo impugnabile per motivi di legittimità dinanzi agli organi della giurisdizione amministrativa, oltretutto essere soggetto ai normali controlli successivi.

Oltre all'onere di motivazione aggravata, la delibera è condizionata ad un'ulteriore forma procedurale, secondo cui l'ente locale è obbligato a sottoporre la scelta ad una consultazione pubblica (art. 6, comma 2, TU).

L'atto deliberativo deve essere trasmesso alla Corte dei Conti. Tuttavia la Corte dei Conti non ha un potere interdittivo e l'invio è fatto soltanto a fini conoscitivi³. Infine, l'ente locale è obbligata a trasmettere l'atto deliberativo anche all'AGCM, che ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, può agire in giudizio contro gli atti amministrativi che comportino una distorsione della concorrenza.

In particolare, con riferimento alle finalità del Testo Unico, il comma 2 dell'art. 1 prevede che le norme sono indirizzate all'efficace gestione delle partecipazioni pubbliche e alla tutela della concorrenza, nonché alla riduzione della spesa pubblica. Ovviamente tale disposizione stabilisce le linee guida per l'interpretazione di tutte le disposizioni del Testo Unico. La descrizione di tali finalità rappresentano un vincolo per l'interprete che deve ap-

² http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_autonomie/2015/20150720_20150722_Del024_FRG_Organismi_Partecipati_Linkrelto.pdf.

³ Si tratta della più incredibile e criticata disposizione del testo unico, probabilmente incostituzionale, con riferimento agli artt. 100 e 103 della Costituzione, nella parte in cui è riservata e garantita alla Corte dei Conti la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica, e sulle responsabilità di chi ha la gestione del pubblico denaro.

plicarle secondo il significato proprio delle parole contenute nella disposizione. Vi è poi una norma di applicazione generale al terzo comma dell'art. 1 che prevede l'applicazione alle società a partecipazione pubblica delle disposizioni sulle società contenute nel codice civile e leggi speciali. L'interprete dovrà pertanto ritenere il Testo Unico come legge speciale derogatoria delle norme del codice civile ma che comunque va inquadrata nei principi generali rinvenienti dallo stesso codice. In realtà va osservato che il riferimento al codice civile viene espresso con il termine "*delle norme generali di diritto privato*" volendo fare riferimento anche alle norme che si riferiscono a rapporti privati.

Le norme speciali del Testo Unico non possono peraltro derogare alle disposizioni che riguardano le società a partecipazione pubblica di diritto singolare. Ovviamente tali previsioni fanno sorgere alcune problematiche relativamente alla normativa da applicare al caso concreto. Si può poi osservare che il Testo Unico privilegia criteri interpretativi indirizzati alla tutela e alla promozione della concorrenza e del mercato e la razionalizzazione e la riduzione della spesa pubblica. Tali criteri sono dei nuovi parametri ai quali l'interprete deve attenersi superando l'antica distinzione derivante dalla interpretazione e dalle differenti finalità delle norme di diritto pubblico e di diritto privato. Tali linee guida si rivelano attualmente con il nuovo Testo Unico le regole principali a cui attenersi per trovare un equilibrio tra le finalità di tutela dell'interesse generale e quelle dell'interesse privatistico. Nell'applicazione concreta sono poi sorte le maggiori difficoltà nell'inquadrare l'attività amministrativa nelle norme generali del diritto privato.

Ma la vera difficoltà, come riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 236/2008, si è avuta nel distinguere l'attività amministrativa in questa materia dall'attività d'impresa. Questa particolarità ha fatto sì che la giurisprudenza civile, contabile ed amministrativa riguardante la materia delle società partecipate degli enti locali si è occupata prevalentemente, più che di del merito delle questioni, della giurisdizione per individuare il giudice ordinario, amministrativo o speciale competente a conoscere di volta in volta delle questioni inerenti la gestione e l'organizzazione delle partecipate.

Inoltre, una rilevante serie di questioni inerenti l'attività delle partecipate ha riguardato la tutela della concorrenza, e le relative patologie, essendosi rilevato che nel tempo le pubbliche amministrazioni hanno sempre più spesso proceduto all'affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, talora in esclusiva (non considerando i principi di trasparenza e concorrenza tra imprese). E ciò per effetto che a livello politi-

co innumerevoli attività non riconducibili ad un servizio pubblico sono state qualificate come tali. Ad esempio, attività rivolte a promuovere lo sviluppo socio-economico dell'ente pubblico o tipiche attività istituzionali o strumentali dell'ente stesso sono state forzatamente definite servizio pubblico. La giurisprudenza è stata inavvertitamente complice di tale orientamento politico, avendo voluto considerare i servizi pubblici svolti dall'ente territoriale locale come attività in ogni caso dedite a scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionate da scelte di carattere meramente politico (Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369).

Per concludere, non può che osservarsi che la materia di quest'opera non possa essere racchiusa in un contenitore definito, sia a livello di raccolta di norme che di commento dottrinale e giurisprudenziale.

Si tratta a ben vedere, di materia in perenne trasformazione, segnata da una faticosa transizione dal modello delle aziende autonome pubbliche a quello societario, con una non sempre facile assimilazione dei più moderni criteri di *governance* e di gestione.

Non resta, dunque, che affidarsi al ricambio generazionale ed ad una progressiva assimilazione della nuova cultura di impresa pubblica che, del resto, in passato aveva sempre caratterizzato il sistema delle partecipazioni statali tradizionalmente inteso.

Capitolo I

La disciplina delle società partecipate: dalla legge delega n. 124/2015 al Testo Unico n. 175/2016

di Alessio Mauro e Giulia Antonicelli

Parte I

La legge delega n. 124/2015

SOMMARIO: 1. Premessa: la disciplina delle società partecipate e le modifiche legislative intervenute con la legge delega n. 124/2015. – 1.1. L'indicazione dei capitali della legge delega n. 124/2015. – 1.2. Le indicazioni della legge delega circa le società partecipate: definizioni ed ambito degli interventi di modifica. – 2. Analisi sistematica del testo.

1. Premessa: la disciplina delle società partecipate e le modifiche legislative intervenute con la legge delega n. 124/2015

1.1. L'indicazione dei capitali della legge delega n. 124/2015

Nel corso della presente trattazione verranno esaminate le novità introdotte nell'Ordinamento giuridico per effetto dell'approvazione del D.L.gs. n. 175/2016, emanato in attuazione della legge delega n. 124/2015, in merito alla disciplina delle società partecipate.

Prima d'entrare in *medias res* è opportuno svolgere un breve *focus* circa la natura e la *ratio* della legge delega oggetto della nostra indagine.

La legge delega n. 124/2015 s'ascrive nell'ambito di un significativo intervento del Governo avente la specifica finalità di riformare e riordinare la PA già annunciato dal Ministro per la pubblica amministrazione nel mese di maggio 2014, a chiusura di una consultazione pubblica.

Dopo aver vagliato i profili di problematicità dell'attuale configurazione degli istituti di pubblica amministrazione, il Governo ha ritenuto opportuno porre in essere atti legislativi innovativi, volti ad incidere su due binari differenti. Il primo gruppo di provvedimenti era preordinato ad intervenire nel breve termine, per effetto dell'applicazione di misure di emergenza; invero, *prima facie* era previsto un intervento da concludersi nell'immediato, avente ad oggetto le cosiddette misure di maggiore urgenza¹, le quali, infatti, venivano da subito alla luce con il D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in 114/2014. In un secondo momento, invece, si preannunciava l'emanazione di provvedimenti legislativi volti ad inserirsi nel lungo termine.

In seguito – più rilevante per i fini che qui maggiormente interessano – veniva promulgata la legge delega n. 124/2015, collegata alla manovra finanziaria ed approvata dal Senato il 30 aprile 2015. Il testo normativo in oggetto consta prevalentemente di deleghe legislative recanti provvedimenti da adottare – entro i dodici mesi successivi l'approvazione della legge – finalizzati ad un riordino e ad una razionalizzazione ad ampio respiro delle strutture della pubblica amministrazione.

La legge delega n. 124/2015 mira al perseguimento, come già accennato, di una molteplicità di obiettivi, inquadrabili in termini generali in operazioni di riorganizzazione, semplificazione e riordino generale del sistema delle pubbliche amministrazioni.

I propositi indicati nella legge delega sono perseguiti dal Governo mediante l'adozione di decreti attuativi *ad hoc*; più nello specifico, la legge delega si estrinseca in una molteplicità di fini – che verranno qui di seguito esaminati nel dettaglio – il cui perseguimento è devoluto ai futuri interventi governativi al fine di “*assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza*”². I propositi

¹ Camera dei Deputati, Servizio Studi, Documentazione per l'esame dei Progetti di Legge, Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche A.C. 3098-A Dossier n. 303/02 – Elementi per l'esame in Assemblea 13 luglio 2015.

² F. NARDUCCI-R. NARDUCCI, *Le società a partecipazione pubblica locale*, in *Guida normativa per l'amministrazione locale 2015*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015, p. 416.

di cui alla presente legge, dettati nella loro formulazione specifica ed afferenti diversi piani di interesse, sono qui di seguito riportati.

In primo luogo, la legge delega si propone di avviare un intervento di informatizzazione, incentrato sulla modifica ed integrazione del codice dell'amministrazione digitale³, volto a semplificare il reperimento dei dati, dei documenti e dei servizi di interesse dei cittadini e delle imprese. La legge delega mira, altresì, a perfezionare un'opera di semplificazione di diverse procedure; a tal precipuo fine, infatti, si ricollegano numerose disposizioni, tra cui si enucleano: (i) disciplina della conferenza di servizi, emendata al fine di semplificarne l'attività (a titolo di esempio, il governo nella legge delega ha sancito la ridefinizione e riduzione dei casi in cui la convocazione della conferenza è obbligatoria, la ridefinizione della modalità di partecipazione, anche telematica degli interessati, al fine di operare secondo i principi di economicità, efficienza e speditezza dell'azione amministrativa); (ii) l'introduzione di modifiche afferenti alla segnalazione certificata di inizio attività; (iii) l'introduzione di disposizioni innovative circa la procedura di silenzio-assenso delle pubbliche amministrazioni; (iv) la riorganizzazione, ai sensi dell'art. 8 del presente testo, dell'amministrazione dello Stato, mediante operazioni di riduzione degli uffici e del personale anche dirigenziale nonché mediante l'accorpamento o la soppressione degli organismi al fine di evitare sovrapposizioni o duplicazioni di strutture o funzioni; (v) il riordino delle funzioni e del finanziamento delle camere di commercio, industria e artigianato e agricoltore.

In via ulteriore, rispetto ai propositi di semplificazione sin qui enunciati, la riforma della pubblica amministrazione, operante per effetto della legge delega n. 124/2015, ha inteso operare anche nell'ambito della normativa concernente la trasparenza e la prevenzione alla corruzione. Si veda, ad esempio, nello specifico la disposizione di all'art. 7 della legge delega, che sancisce che il Governo è delegato ad adottare decreti legislativi attuativi recanti disposizioni integrative e correttive in materia di "*pubblicità, trasparenza, diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*"⁴.

³La disposizione qui in esame mira a una modifica e integrazione del CAD – Codice dell'Amministrazione Digitale – e si basa sull'idea di consentire ai cittadini e alle imprese interessati di prendere visione dei dati, dei documenti e dei servizi di loro interesse in modalità digitale; in attuazione di tale proposito, la nuova normativa consente ai cittadini medesimi di venire in possesso delle informazioni di proprio interesse mediante procedure e mezzi informatici, limitando pertanto l'accesso di questi ultimi alle strutture fisiche.

⁴Quanto indicato nel corpo del testo è l'art. 7 della legge delega n. 124/2015 che si pro-

1.2. Le indicazioni della legge delega circa le società partecipate: definizioni ed ambito degli interventi di modifica

La legge delega n. 124/2015 rivolge un'attenzione particolare all'istituto delle società partecipate⁵, la cui disciplina è contenuta nelle disposizioni di cui agli artt. 16 e 18, che introducono e sanciscono i principi generali della materia.

Ancor prima d'entrare nell'analisi specifica delle più importanti indicazioni contenute nella legge delega è opportuno fornire una prima definizione di tali istituti. Le società partecipate sono enti giuridici costituiti secondo le disposizioni ed il regime di diritto privato, salva l'adozione di alcuni profili di specialità, alla luce del fatto che: (i) esercitano e gestiscono attività di servizio pubblico; (ii) sono partecipate – in proporzione diversa, secondo le esigenze specifiche⁶ – dallo Stato, dagli enti locali, da enti pubblici.

Il legislatore fornisce una definizione di servizio pubblico all'art. 112, D.Lgs. n. 267/2000, comunemente conosciuto come TUEL, Testo Unico degli Enti Locali⁷, ove viene sancito che allorché un ente locale attui la gestione di un servizio pubblico, quest'ultimo deve avere come oggetto sociale la: “*produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”⁸.

pone l'obiettivo di incentivare le norme sulla trasparenza e sul contrasto della corruzione. Invero, tale disposizione – proponendo una modifica al D.Lgs. n. 33/2013 secondo i principi stabiliti dall'art. 1, comma 35, legge 6 novembre 2012, D.Lgs. n. 19 – si articola secondo i seguenti criteri direttivi: (i) ridefinizione e precisazione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi e delle misure in materia di trasparenza; (ii) previsioni di nuove misure organizzative, senza aumento di oneri a carico della spesa pubblica, anche ai fini della valutazione dei risultati.

⁵La normativa puntuale afferente al riordino e alla gestione delle società partecipate da pubbliche amministrazioni deve essere adottata dal Governo entro un termine di dodici mesi.

⁶Tale argomento sarà oggetto di riesame nel corso della trattazione. Infatti, come si vedrà in seguito, a titolo esemplificativo nella particolare categoria delle società *in house* è richiesta la partecipazione totalitaria rispettivamente dello Stato o dell'ente locale.

⁷D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali, a norma dell'art. 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265.

⁸Sebbene tale norma risulti, ad un primo sguardo, eccessivamente generica mira a conferire agli enti locali – i quali sono caratterizzati da una condizione di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria – la facoltà di decidere secondo le proprie specifiche esigenze quali attività conferire alla gestione di tali società. Per effetto di un'analisi interpretativa sulla norma anzidetta, di cui è stato fautore il Consiglio di Stato – nella nota sentenza emessa dalla V Sezione, n. 7345/2005 – il servizio pubblico è stato qualificato come volto

La disciplina delle società partecipate è stata oggetto di riordino e di un intervento normativo, che è stato perfezionato per effetto delle innovazioni introdotte dal D.Lgs. n. 175/2016, emanato in attuazione della legge delega n. 124/2015. Nel corso del presente paragrafo verrà fornita una prima riesamina – un quadro generale – dei propositi di cui al decreto legislativo in esame, che seguono l’emanazione della legge delega e solo nei paragrafi successivi, si procederà ad un’analisi sistematica del decreto.

In via preliminare, è opportuno premettere che la normativa qui in esame risponde ad una duplice esigenza, percepita a più riprese dal panorama italiano. Infatti, da un lato, le innovazioni da apportare alla disciplina delle società partecipate sono volte a superare le problematiche di natura formale, ossia rispondono ad esigenze di semplificazione, chiarificazione e riordino di una legislazione percepita dagli operatori del diritto come eterogenea e oltremodo complessa. D’altro lato, la legge delega incide sulla natura sostanziale e strutturale di tali istituti. A fini di maggior chiarezza, infatti, è da rilevare che il legislatore non opera una semplice riorganizzazione, ossia un riordino che si configuri come meramente compilativo della disciplina delle società partecipate, bensì travalica i confini del riordino formale ed apporta alcune modifiche che incidono sia sulle modalità mediante le quali le società partecipate vengono costituite e gestite, sia riguardo le finalità cui sono preordinate. Si anticipa, in quanto sarà più chiaro solo in conclusione di suddetta analisi, che il legislatore – per effetto di tale riforma – mirava a limitare, ove possibile, l’intervento dello Stato e degli enti locali nello svolgimento e nella gestione dei servizi pubblici, prediligendo, laddove possibile, l’apertura al mercato.

Volgendo lo sguardo all’analisi meramente formale della quaestio, si evince come – anche per espresso riconoscimento degli organi legislativi – la materia delle partecipazioni pubbliche fosse caratterizzata ante riforma da eterogeneità e da una complessità eccessiva, dovuta alla molteplicità delle fonti che incidono sulla materia. Da un punto di vista strettamente formale,

alla produzione di beni e servizi funzionali alla fruizione da parte dei cittadini, *uti singuli* o quale collettività. È opportuno specificare che la disciplina delle società partecipate dagli enti locali è contenuta principalmente in tre fonti normative. Nello specifico trattasi di: (i) Codice dei contratti, cui devono essere, altresì, applicati i principi di diritto comunitario; (ii) il testo del D.Lgs. n. 179/2012, convertito in legge n. 221/2012, circa l’affidamento per l’ambito territoriale dei servizi pubblici locali a rete; (iii) in merito alle forme di gestione, invece, si applicano le disposizioni contenute nel TUEL, ossia il testo unico degli enti locali, approvato con legge n. 267/2000. A tali fonti, si aggiungono le innovazioni introdotte per effetto del D.Lgs. n. 175/2016, emanato in attuazione della legge delega n. 124/2015.