

La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello “a mosaico” della società in house

di Giuseppe Piperata

(in corso di pubblicazione in “*le Regioni*”, 2009)

Sommario: 1. La società *in house*: una figura organizzativa della pubblica amministrazione in attesa di definizione. - 2. I requisiti della società *in house* nell'evoluzione giurisprudenziale. -3. L'intervento regolativo del legislatore nazionale e regionale in materia di società *in house*. - 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 29/2006 e le disposizioni regionali di “pubblicizzazione” delle società *in house*. - 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 439/2008 e la definizione del requisito della c.d. attività prevalente: un altro tassello si aggiunge al mosaico della società *in house*. - 6. Alcune considerazioni non definitive.

1. La società in house: una figura organizzativa della pubblica amministrazione in attesa di definizione.

Forse i giudici della Corte di giustizia delle Comunità europee non pensavano, quando decisero nel novembre 1999 il caso *Teckal*, che quella loro pronuncia avrebbe aperto un percorso derogatorio all'applicazione dei principi concorrenziali ai diversi mercati pubblici che molte amministrazioni nazionali e territoriali avrebbero provato ad imboccare, anche non avendo sempre tutti i requisiti necessari¹, e che gli stessi giudici e quelli nazionali sarebbero dovuti in più occasioni intervenire per presidiarne l'ingresso e specificarne più volte il tracciato.

Non è necessario chiamare in causa la frequente insofferenza delle amministrazioni pubbliche verso le forme concorrenziali imposte dai principi e dalle discipline dell'ordinamento comunitario per dare una spiegazione a tale fenomeno. Più semplicemente, basta prendere atto della formula estremamente indeterminata cui i giudici comunitari affidarono la deroga ricordata e la cui elasticità è stata sfruttata per giustificare i diversi tentativi delle pubbliche amministrazioni di sottrarsi alle gare: «la direttiva 93/36, non è applicabile ove l'ente locale eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e questo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente controllante». Ma, come si sa, l'analogia tra due situazioni di controllo e la rilevanza di una attività rispetto ad altre, se non accompagnate da criteri oggettivi in base ai quali valutarne la sussistenza, rischiano di trasformarsi in indicazioni generiche di orientamento, da verificare caso per caso, o se non peggio in formule vuote.

¹ E' un dato che emerge dal rapporto dedicato alle società partecipate da amministrazioni pubbliche, soprattutto locali da Unioncamere, *Le società partecipate dagli enti locali. Rapporto 2007*, Roma, Retecamere, 2008, nel quale si registra, negli anni presi in considerazione, un significativo aumento delle società controllate al 100%, riconducibile alla necessità di sfruttare il sistema degli affidamenti *in house*.

Per tali ragioni il legislatore, statale e regionale, ed il giudice, comunitario e nazionale, sono più volte intervenuti al fine di meglio specificare il concetto e la dinamica organizzativa indicata come «affidamento a società *in house*», in alcuni casi, sforzandosi di fornire una definizione in grado di identificare l'ambito di applicazione dell'istituto, in altri, limitandosi a precisare in via interpretativa l'aderenza di uno specifico carattere concreto al generico modello comunitario². La fattispecie, in pratica, è stata elaborata per approssimazioni successive: come in una costruzione a mosaico, dove vi è una cornice di riferimento e il disegno della figura è soltanto abbozzato, ogni attore che è intervenuto in tale processo ha aggiunto un tassello regolativo.

Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di dire la sua in materia con più sentenze. In particolare, con la più recente, la pronuncia 23 dicembre 2008, n. 439, si è soffermata, in particolare, su quella parte del mosaico dell'*in house* relativa al modo di intendere il requisito dell'attività prevalente; quest'ultima parte, tra l'altro, è stata sempre trascurata, come vedremo, a favore di una maggiore attenzione interpretativa dedicata agli aspetti relativi al controllo analogo e alla partecipazione al capitale della società.

Ma l'interesse per la sentenza della Corte costituzionale non si giustifica soltanto per lo spazio di analisi dato ad un aspetto del fenomeno dell'*in house* finora rimasto nell'ombra. Essa merita attenzione anche perché oltre a ricostruire il quadro completo dell'istituto in questione, così come definito nel contesto comunitario e nazionale, arriva a sanzionare un intervento legislativo della provincia autonoma di Bolzano, utilizzando come parametro di riferimento l'elaborazione dei principi comunitari in materia da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee.

Pertanto, nelle pagine che seguono si cercherà di dar conto non solo dei contenuti dell'ultimo pronunciamento del Giudice delle leggi in tema di società a totale partecipazione pubblica incaricate direttamente dello svolgimento di compiti pubblici, ma anche di ricordare altri orientamenti dallo stesso elaborati sempre a proposito di tali formule organizzative.

2. I requisiti della società *in house* nell'evoluzione giurisprudenziale.

Prima di affrontare nei dettagli il contenuto delle sentenze del Giudice delle leggi in materia, appare necessario spendere qualche energia al fine di richiamare l'origine ed i momenti essenziali dell'evoluzione che ha caratterizzato l'istituto in questione. In questo modo, si avrà la possibilità di notare come una formula inizialmente vaga ed elastica sia stata progressivamente riempita di contenuti e maggiormente precisata soprattutto attraverso l'intervento interpretativo dei giudici europei.

² In particolare, una rassegna delle pronunce dei giudici nazionali e comunitari in materia di *in house* è stata elaborata da C. BASEGGIO e M. CALGANILE, *Società in house providing. Rassegna ragionata di giurisprudenza*, in www.giustamm.it, 2008, e, in una prospettiva più giuscommercialistica, da R. OCCHIOLUPO, *Le società in house*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 525 ss.

La società *in house* ha un'origine comunitaria legata agli appalti. Infatti, la Comunicazione emanata nel 1998 dalla Commissione in materia utilizzava la locuzione di «appalto *in house*» per indicare gli appalti «aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata»³.

Successivamente, è stata la Corte di giustizia Ce – come anticipato – a specificare il concetto attraverso alcune pronunce con le quali è stata elaborata la nozione di «*in house providing*» a proposito del fenomeno dell'autoproduzione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione; nozione con la quale si indica una particolare forma di delegazione interorganica in presenza della quale eccezionalmente si ammette la deroga all'applicazione del principio e del metodo competitivo nei casi di affidamento di lavori, forniture o servizi da parte di un soggetto pubblico o di un organismo di diritto pubblico⁴. In altri termini, ad avviso del giudice comunitario, l'applicazione delle disposizioni sugli appalti pubblici richiede la presenza di un rapporto di alterità tra le parti del contratto affidato, situazione che non si verifica «nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano».

Inizialmente, il giudice comunitario ha indicato solo due condizioni, idonee a determinare tale situazione di delegazione interorganica: «il controllo analogo», che si ha quando l'ente esercita sul fornitore un potere di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; «il soggetto dedicato», che si ha quando il fornitore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano. Con altre pronunce successive, poi, lo stesso giudice ha integrato i requisiti applicativi dell'istituto, aggiungendo anche la condizione dell'appartenenza

³ Cfr. Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) 143, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 889 ss., con commento di G. PASQUINI, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa*.

⁴ Cfr., per richiamare le prime pronunce più significative, Corte di giustizia Ce, sentenza 9 settembre 1999, C-108/98, *Risan s.r.l.*, in *Fin. loc.*, 2001, 1069 ss., con commento di G. PIPERATA, *Le "omissioni" del giudice comunitario in tema di concessione di pubblici servizi*, ID., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1399 ss., commentata, insieme ad altre sentenze dello stesso tenore, da G. GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*. Più recentemente e negli stessi termini si è pronunciata la medesima Corte con la sentenza 14 novembre 2002, C-310/01, *Diddi*, in *Urb. appal.*, 2003, 1143 ss., con commento di S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Statd Halle*, e 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*, entrambe in *www.giustamm.it*; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133 ss., con nota di G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, e in *Giur. comm.*, 2006, II, 777 ss., con il commento di I. Demuro, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*; 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*, in *www.giustamm.it*; e 19 aprile 2007, C-295/05, *Tragsa*, in *Urb. appal.*, 2007, 1486 ss., con commento di R. CARANTA, *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l'in house?*.

pubblica dell'intero capitale sociale, non derogabile neanche in presenza di partecipazioni private sia pur minime e non compatibile, perfino, con previsioni statutarie di future ed eventuali privatizzazioni di parte del capitale sociale⁵.

E' stato anche specificato che, costituendo i requisiti dell'*in house providing* un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, essi vanno interpretati restrittivamente⁶. Inoltre, siccome la legittimità dell'affidamento diretto di un compito ad un soggetto esterno all'ente pubblico dipende sostanzialmente dal fatto che tra i due soggetti sussista uno strettissimo rapporto, quasi di tipo gerarchico, la società dovrebbe configurarsi come una specie di articolazione organizzativa con facilità riconducibile all'amministrazione pubblica di riferimento. In altri termini, come richiesto dalla giurisprudenza, si può ritenere legittimo l'affidamento *in house* ad una società esterna all'ente locale (ma da questo partecipata) solo se la società stessa «agisca come un vero e proprio organo dell'amministrazione "dal punto di vista sostantivo"»⁷.

A ciò si aggiunga, inoltre, che l'applicazione del nuovo modello societario ha determinato numerosi problemi interpretativi, che hanno riguardato principalmente l'individuazione con esattezza dei requisiti in presenza dei quali risulta legittimo procedere con un affidamento diretto di una attività ad un soggetto formalmente distinto dall'ente in una dinamica di delegazione interorganica. In particolare, è stato il «controllo analogo» il requisito sul quale si è concentrata con maggiore intensità l'attività interpretativa.

Sulla scorta delle prime pronunce del giudice comunitario in materia, è stata soprattutto la dottrina gius-amministrativistica ad impegnarsi da subito con l'obiettivo di dare un contenuto positivo al criterio del «controllo analogo» nella prospettiva di definire le caratteristiche dell'affidamento *in house* come istituto di carattere generale⁸. Altrettanto ha fatto anche il

⁵ Si cfr. Corte di giustizia Ce, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Statd Halle*, Id., 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*, cit., e Id. 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, cit.

⁶ Cfr. Corte di giustizia Ce, 6 aprile 2006, C-410/04, ANAV, in www.dirittodeiservizipubblici.it, ripresa anche da Cons. Stato, sez. II, par. 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustamm.it. Il parere, data l'importanza, è stato oggetto di numerosi commenti. Si richiamano M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corr. giur.*, 2007, 893 ss.; G.F. FERRARI, *Commento a Consiglio di Stato, sezione II, parere 18 aprile 2007, n. 456*, in www.giustamm.it, n. 8/2007; E. FRENI, *Il Consiglio di Stato salva le società miste ma non il mercato e la concorrenza*, in questa *Rivista*, 2007, 1119 ss.; M. GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urb. appal.*, 2007, 984 ss.; G. MARCHEGGIANI, *Alcune considerazioni in tema di società miste, in relazione ad un recente parere del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, n. 10/2007; A. PLAISANT, *In house providing e società miste: due rette parallele o convergenti? Nota a parere Consiglio di Stato, sezione II, parere 18 aprile 2007, n. 456*, in *IBIDEM*, n. 5/2007.

⁷ Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5781, in www.lexitalia.it.

⁸ Così, secondo alcuni (C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 495 ss.) il requisito in questione deve essere identificato con un rapporto di triplice dipendenza tra amministrazione aggiudicatrice e impresa affidataria: dipendenza formale, dipendenza economica e dipendenza amministrativa. Altri (D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003, 117 ss.), invece, hanno precisato che,

giudice amministrativo, il quale, a volte, si è limitato a dire che il «controllo analogo» si sostanzia in una «dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale del soggetto gestore rispetto all'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, la possibilità di un effettivo controllo dell'amministrazione sul gestore del servizio equiparabile a quello esercitabile sui propri organi»⁹; altre volte, invece, ha proprio definito tale requisito come «un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica»¹⁰.

Ma le indicazioni più puntuali e concrete al fine dell'individuazione dei margini di applicazione della deroga al principio di concorrenza rappresentata dall'*in house providing* sono venute dal giudice comunitario che tale deroga aveva introdotto. Infatti, la Corte di giustizia Ce è più volte intervenuta per specificare il significato del requisito del «controllo analogo», proprio sulla base di alcune controversie riguardanti l'affidamento di alcuni servizi pubblici locali a società partecipate da amministrazioni comunali. Si tratta, tra l'altro, delle pronunce che puntualmente la Corte costituzionale, dopo averle richiamate nei singoli contenuti, utilizza come parametro per decidere la questione di legittimità costituzionale della sentenza n. 439/2008.

Tra queste vanno necessariamente richiamate, per importanza, quantomeno quelle sentenze che hanno determinato il filone interpretativo in base al quale è da escludere la sussistenza del modello della società *in house* in presenza di compartecipazione da parte di soggetti privati al capitale sociale, in quanto «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi»¹¹. In tale prospettiva interpretativa, l'interesse di cui è portatore l'eventuale socio privato appare incompatibile con l'interesse pubblico che l'amministrazione aggiudicatrice, direttamente o tramite una sua articolazione, deve perseguire¹².

sulla base della distinzione tra «controllo strutturale» (consistente in un potere di influenzare l'organizzazione interna della società) e «controllo sull'attività» (consistente nel potere di sindacare l'attività posta in essere dall'affidatario alla luce di un paradigma legale di azione), il «controllo strutturale» è l'unico parametro per valutare la sussistenza di un «controllo adeguato». Altri ancora (P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Ec. dir. terz.*, 2003, 593 ss.), infine, hanno avanzato la tesi secondo la quale il requisito del «controllo analogo» può essere interpretato alla luce della nozione di «influenza dominante» così come formulata dalla recente direttiva 2000/52/Ce in materia di rapporti finanziari tra poteri pubblici e imprese pubbliche (tra l'altro già recepito con il d.lgs. 11 novembre 2003, n. 333).

⁹ Si cfr. Tar Toscana, sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in *dirittodeiservizipubblici.it*.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

¹¹ Si cfr. Corte di giustizia Ce, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Statd Halle*, e Id., 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*, cit.

¹² Per una critica a tale impostazione cfr. E. PICOZZA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *www.giustamm.it*, n. 1, 2005, e anche C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 346 ss.

Successivamente, i giudici comunitari hanno escluso la sussistenza di un modello *in house* quando alla totale partecipazione pubblica si accompagnino alcuni elementi dai quali risulti una limitazione dei poteri di controllo da parte dell'ente locale sul soggetto incaricato del servizio. In altri termini, fattori quali un oggetto sociale troppo ampio, la previsione come obbligatoria della privatizzazione formale della società, la potenziale operatività dell'impresa su tutto il territorio nazionale e anche all'estero e, soprattutto, il riconoscimento statutario di ampi poteri gestionali in capo all'organo esecutivo esercitabili autonomamente e senza necessità di autorizzazione preventiva da parte del soggetto pubblico di riferimento, sono tutti elementi che, secondo la Corte, se, da un lato, rafforzano la vocazione commerciale della società, dall'altro, rendono precario il controllo del comune sulla stessa, con la conseguenza di non poter considerare presente un rapporto di «controllo analogo» ai fini dell'applicazione del meccanismo dell'*in house providing*¹³.

Alla definizione per via giurisprudenziale dei caratteri dell'*in house* hanno contribuito anche i giudici nazionali. Significativo, in particolare, è stato lo sforzo da questi compiuto nella direzione di adeguare il modello della società *in house* alle dinamiche, alle caratteristiche e all'uso concreto che gli enti locali italiani fanno delle forme organizzative in veste societaria per lo svolgimento delle loro finalità istituzionali. Si ricordi, tra i tanti possibili esempi, che la società a partecipazione multicomunale si è sviluppata anche come formula molto frequente di collaborazione tra enti locali, alternativa agli strumenti collaborativi di diritto pubblico (consorzi, unioni e altre forme associative), realizzata al fine di svolgere in comune una o più attività di rilievo pubblicistico.

In tale prospettiva, al giudice amministrativo si deve una importante precisazione a proposito della possibilità di considerare soddisfatto il requisito del controllo analogo legittimante l'affidamento *in house* anche in presenza di una società il cui capitale risulti di proprietà di più amministrazioni pubbliche. Il giudice italiano, infatti, non ha avuto dubbi nel ritenere legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società partecipata da una pluralità di enti locali, valutando la previsione statutaria di alcuni meccanismi decisionali finalizzati a consentire a tali enti di esercitare congiuntamente un controllo sul soggetto incaricato come elemento idoneo ad assicurare la sussistenza del requisito del controllo analogo¹⁴. Non solo. Più recentemente, sempre nei casi di società pluripartecipate, si è arrivati persino a ritenere irrilevante la misura della partecipazione comunale talmente esigua da escludere *a priori* il controllo

¹³ Cfr. Corte di giustizia Ce, 13 ottobre 2005, C- 458/03, *Parking Brixen*, cit. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di *in house* era stata prevista dalla dottrina italiana: si v. M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 537 ss.

¹⁴ Cfr. Tar Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, in *Foro amm. - Tar*, 2005, 1937 ss., con nota di A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*. Già prima dei giudici amministrativi alcuni autori si erano espressi nei medesimi termini: si cfr. S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., 1151.

analogo, potendola compensare con la previsione statutaria di un obbligo per la società affidataria di svolgere la parte più rilevante della propria attività a favore della collettività degli enti locali soci ¹⁵.

A queste sentenze, altre sono seguite, sempre finalizzate ad aggiungere ulteriori momenti di regolazione interpretativa delle condizioni di legittima applicazione in ambito pubblicistico del modello della società *in house*. Altrettanto ha fatto il giudice comunitario; con la conseguenza di elaborare un elenco di indici identificativi da utilizzare per verificare la legittimità del ricorso all'affidamento *in house*, rappresentanti elementi strutturali o funzionali di una figura soggettiva, richiamati a volte in negativo, per escluderne la sussistenza, e a volte in positivo, per certificarne gli elementi fondanti. Volendo ricordare i principali, una società partecipata dal pubblico per poter essere incaricata direttamente della gestione di un compito non deve presentare alcuni caratteri, quali:

- i) la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione;
- ii) previsioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo dell'ente pubblico (ad esempio, la possibilità di ampliare l'oggetto sociale; la possibilità di estendere l'attività della società a tutta l'Italia e all'estero).

Viceversa, in positivo, la giurisprudenza ha richiesto tassativamente quali caratteri della società *in house*:

- i) premesso che i poteri attribuiti dal codice civile e dallo statuto agli enti pubblici in qualità di soci da soli non sono sufficienti a garantire una posizione di controllo analogo, un rapporto di dipendenza della società rispetto agli enti di riferimento rafforzato dalla previsione di specifici meccanismi di controllo e di poteri di intervento sulla società;
- ii) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale
- iii) le decisioni più importanti devono essere sottoposte ad un assenso preventivo dell'ente controllante, il quale deve anche essere puntualmente informato sulle vicende e le decisioni della società;
- iv) il controllo si estende ad una serie di aspetti, quali il bilancio, la qualità della amministrazione e dell'attività, sulle strategie e politiche aziendali, anche attraverso l'esercizio di poteri ispettivi, attribuiti all'ente in via statutaria;

¹⁵ Così Tar Lombardia, Milano, sez. III, 10 dicembre 2008, n. 575, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

- v) un contesto organizzativo dal quale emerga la possibilità per la società di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto di affidamento ¹⁶.

3. *L'intervento regolativo del legislatore nazionale e regionale in materia di società in house.*

L'elaborazione del giudice comunitario in materia di *in house providing* è stata ripresa dal legislatore italiano, nazionale e regionale, a proposito di alcune discipline riguardanti modelli organizzativi della pubblica amministrazione in veste societaria.

Ciò è avvenuto soprattutto nell'ambito del processo di definizione del quadro ordinamentale dei servizi pubblici locali da parte del legislatore statale. Infatti, per la prima volta la figura della società *in house* è stata prevista con una novella del 2003 al testo dell'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, il quale al comma 5 ha riconosciuto legittimo l'affidamento diretto di una attività di servizio locale «a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» ¹⁷.

Successivamente, la formula è stata ripresa, così come originariamente proposta, da altri testi legislativi statali di settore. Solo di recente, il legislatore ha iniziato a specificare alcuni aspetti della particolare figura societaria in questione e più in generale delle società a totale partecipazione pubblica, aggiungendo ulteriori elementi necessari e caratterizzanti il modello, sempre nella prospettiva di consentire l'affidamento diretto ad un soggetto esterno di una attività della pubblica amministrazione, che altrimenti avrebbe richiesto un procedimento concorrenziale di aggiudicazione.

Il riferimento è, in primo luogo, a quelle numerose disposizioni, soprattutto contenute nelle ultime leggi finanziarie, che, con riferimento alle società totalmente partecipate dagli enti locali (ma con esclusione di quelle quotate), hanno posto dei limiti al numero e ai compensi degli amministratori per esigenze di contenimento della spesa pubblica (ad es., l. 27 dicembre 2007, n. 296, art. 1, cc. 725 ss.) ¹⁸, o all'ambito di azione

¹⁶ Cfr. Tar Veneto, sez. I, 2 febbraio 2009, n. 236, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁷ Con riferimento alla società *in house* nel settore dei servizi pubblici locali sia consentito rinviare a G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI e M. DUGATO, Giappichelli, 2008, 291 ss., e all'ampia bibliografia ivi citata. Si v. anche il volume collettaneo a cura di M.P. CHITI, *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, BUP, 2008, in particolare lo scritto di G. F. FERRARI, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, 31 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, V ed., Milano, Giuffrè, 2008, spec. 315 ss.; R. URSI, *Le c.d. società in house*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, III, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 1649 ss.

¹⁸ Le disposizioni qui citate sono state oggetto di analisi in dottrina. Per una analisi completa si rinvia a G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it, n. 10/2007.

delle stesse al fine di evitare alterazioni della concorrenza e dei mercati in cui sono presenti anche operatori privati (art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223)¹⁹, o ancora hanno imposto l'adozione di criteri e modalità per l'assunzione di personale ed il conferimento degli incarichi sull'esempio di quanto avviene per tutte le pubbliche amministrazioni (d.l., 25 giugno 2005, n. 112, conv. con modif. in l. 6 agosto 2008, n. 133, art. 18).

Sempre con riferimento, poi, alle società *in house* utilizzate come modello di gestione dei servizi pubblici locali, recentemente alcune leggi hanno specificato ulteriormente le condizioni di applicabilità della figura organizzativa. Ad esempio, a proposito dell'affidamento diretto del servizio idrico integrato da parte dell'autorità d'ambito, la nuova disciplina ambientale ha ammesso il ricorso alla società *in house* solo in presenza di non meglio specificate «obiettive ragioni tecniche ed economiche» (cfr. art. 150, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152)²⁰.

Ma, in questa sede merita di essere segnalato soprattutto l'art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008, il quale, nel dettare l'ennesima riforma del settore dei servizi pubblici locali, introduce un innovativo passaggio procedurale nel percorso finalizzato a rendere operativa una società *in house*. Tale disposizione, infatti, implicitamente ricomprende le società in questione tra le forme gestionali del servizio derogatorie rispetto al modello ordinario dell'affidamento con gara ad impresa esterna all'ente²¹. Tuttavia, la possibilità per l'amministrazione locale di far operare tali società *in house providing* non è affidata ad un mero potere discrezionale della stessa, bensì è condizionata alla presenza di «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (comma 3).

¹⁹ L'art. 13 del c.d.decreto Bersani ha sollevato un ampio dibattito dottrinale e anche rappresentato il parametro per numerose controversie decise dal giudice amministrativo. Per una sintesi di quanto avvenuto, cfr. M. CAMELLI e M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMELLI e M. DUGATO, cit., 347 ss., e, da ultimo, D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, Cedam, 2008, 78 ss. Cfr. anche la sentenza della Corte costituzionale, 1° agosto 2008, n. 326, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 11 ss., con commento di R. URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, la quale ha ritenuto costituzionalmente legittima la disciplina contenuta nell'art. 13 del suddetto decreto.

²⁰ Per un commento all'articolo citato, può essere utile rinviare a A. DE MICHELE, *Sub art. 150*, in *Nuovo Codice dell'ambiente*, a cura di N. LUGARESI e S. BERTAZZO, Maggioli, Rimini, 2009, 557 ss. Interessante è anche la del. 1° aprile 2009, n. 24 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in www.dirittodeiservizipubblici.it, con la quale si è conclusa un'indagine conoscitiva a proposito del settore delle risorse idriche, nella quale si precisa che su 61 società affidatarie *in house* del servizio passate in rassegna solo 6 sono state ritenute realmente corrispondenti al modello legislativamente indicato.

²¹ Cfr. in tal senso i primi commenti della dottrina all'ultima riforma dei servizi pubblici locali: S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 – bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it, n. 10/2008, R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. appal.*, 2008, 1109 ss., M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1219 ss.

Non solo. Le condizioni legittimanti non possono essere semplicemente dichiarate dall'ente affidante, a supporto della scelta organizzativa derogatoria al regime ordinario e pro concorrenziale. Per espressa previsione legislativa, infatti, l'ente pubblico titolare del servizio e socio della società deve motivare e pubblicizzare l'affidamento *in house* e le ragioni che ne hanno determinato il ricorso, nonché, soprattutto, deve relazionare sulle sue scelte all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, al fine di ottenere un parere sugli aspetti di sua competenza (comma 4).

Anche se l'Autorità si è preoccupata di precisare che il parere in questione non è vincolante, ma l'ente deve soltanto tenere in debita considerazione quanto in esso contenuto, è evidente l'importanza che tale atto è destinato ad assumere nei processi di organizzazione dei servizi pubblici locali mediante formule di delegazione interorganica a figure societarie c.d. *in house* ²².

Ne consegue allora che, dopo la riforma di settore del 2008, quantomeno per l'organizzazione dei servizi pubblici locali, non basta più costituire una società *in house* secondo lo schema tradizionale elaborato in ambito comunitario per poi poterla "attivare", affidandole direttamente compiti pubblici compatibili con il suo oggetto sociale. Oggi, si richiede anche il rispetto di particolari condizioni sia per la costituzione sia per il funzionamento di una società secondo lo schema *in house*: per la costituzione, da un lato, il rispetto dei requisiti del capitale totalmente pubblico, del controllo analogo e dell'attività prevalente, come da sempre previsto; per l'operatività, dall'altro, la sussistenza di condizioni di peculiarità dei territori o di insufficienza del mercato che legittimano l'affidamento in deroga, "certificate" con un parere dall'Autorità garante.

Di fronte alle numerose norme adottate dal legislatore statale in materia di società *in house* e qui sinteticamente accennate, l'interprete è spinto a formulare due osservazioni.

Per un verso, non si può non evidenziare che le disposizioni richiamate hanno disciplinato la figura della società *in house* con riferimento specifico ai settori di servizio pubblico locale o a particolari campi di azione degli enti locali. Manca in altre parole, al di fuori di tale circoscritto contesto ordinamentale, una previsione generale che legittimi il ricorso delle pubbliche amministrazioni ad affidamenti di attività a società *in house* partecipate ogniqualvolta ciò risulti opportuno e conveniente. Ne è derivato che in giurisprudenza è stata messa in dubbio la possibilità di considerare la società *in house* come modello generale di organizzazione di compiti e attività di rilevanza pubblica, dovendosi ammettere la

²² Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, del. 16 ottobre 2008, *Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23-bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 relativo all'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, con la quale è stata illustrata la procedura e la modulistica da seguire per il rilascio del parere suddetto. Appare utile, inoltre, segnalare che già l'Autorità ha esercitato il potere riconosciuto dall'articolo in questione: cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, parr. 5 febbraio 2009, AS504, in *Boll.* n. 9/2009, 6 marzo 2009, AS514 e AS515, in *Boll.* n. 13/2009, 12 marzo 2009, AS518, in *Boll.* n. 15/2009.

possibilità per una pubblica amministrazione di ricorrere a tale figura solo in presenza di una precisa disposizione legislativa autorizzatrice in tal senso²³.

Per altro verso, poi, colpisce la progressiva “entificazione” della società in questione, intesa come processo di estensione al modello formalmente privatistico di organizzazione delle regole di funzionamento e azione tipiche delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici strumentali. Si tratta di un processo che, oltre che nel legislatore, trova nel giudice amministrativo e in quello contabile i principali fautori, i quali, come sottolineato in dottrina, spesso seguono percorsi interpretativi condizionati da una eccessiva enfasi data alle anomalie che la legislazione speciale introduce per tali figure societarie rispetto alla disciplina comune e dalla scarsa importanza riconosciuta al fatto che comunque si tratta di società che esercitano attività commerciali²⁴. In tale prospettiva, si preferisce prescindere dalla veste giuridica formale e privata della società, valorizzando, invece, la sostanza pubblica del soggetto, determinata dalla vicinanza e dalla strumentalità rispetto all’ente locale di riferimento e anche dalla tipologia e dal rilievo pubblicistico dei compiti affidati²⁵.

Anche il legislatore regionale è intervenuto in via regolativa al fine di aggiungere ulteriori elementi ordinamentali al modello organizzativo della società *in house*. L’occasione è stata data dalla necessità di riempire spazi ordinamentali riservati all’intervento legislativo regionale da specifiche previsioni delle fonti primarie statali o dall’applicazione dei criteri di riparto costituzionalmente garantiti.

Sulla scorta di quanto avvenuto a livello statale e con riferimento alle società prese in considerazione in quanto partecipate totalmente dalla Regione, diversi interventi si sono registrati a proposito della

²³ Cfr., ad esempio, le decisioni del Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in www.dirittodeiservizipubblici.it, e Id., 25 novembre 2008, n. 5781, in www.lexitalia.it, le quali hanno affermato che la natura eccezionale degli affidamenti *in house* non consente un’estensione analogica delle norme che, volta per volta, ne prevedono l’applicabilità con riferimento a specifiche attività anche ad altre situazioni, invece, non previste.

²⁴ L’orientamento di pubblicizzazione delle società *in house* è stato più volte criticato dalla dottrina: cfr., tra i tanti, F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 247 ss., G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 548 ss., Id., *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss., G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, 94 ss., M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell’ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, Giappichelli, 2004, L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. appal.*, 2006, 223 ss.

Per una difesa e conferma della teoria degli enti pubblici in forma societaria v. G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 685 ss., e G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. appal.*, 2004, 701 ss.

²⁵ Sulla difficoltà di individuare la natura ed il regime giuridico della società pubblica, tra i tanti, si rinvia a A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 889 ss.; G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell’ambito del diritto dell’amministrazione (della cosa) pubblica*, in *Scritti in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. II, Padova, Cedam, 2007, 415 ss.; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 ss.

specificazione dei procedimenti regionali finalizzati alla costituzione di nuove società o dei limiti alla composizione degli organi di governo e ai compensi spettanti agli amministratori delle medesime società²⁶.

In altri casi, alcune Regioni hanno legiferato in materia di gestione dei servizi pubblici locali e hanno ripreso il modello della società *in house*, sostanzialmente senza aggiungere altro alla definizione contenuta nelle fonti sopravvissute di disciplina statale di settore²⁷.

Più innovative, invece, sono state alcune Regioni ed alcune province speciali, le quali nel disciplinare l'*in house providing* nel settore dei servizi pubblici locali, non si sono limitate a riproporre la definizione che del modello societario del fenomeno è stata data dal legislatore statale, ma hanno preferito andare oltre, traendo sul piano della disciplina normativa alcune conclusioni dalla qualificazione in termini pubblicistici del soggetto o precisando alcune caratteristiche del modello organizzativo che nell'originaria previsione legislativa e giurisprudenziale erano rimaste sul vago.

Il riferimento è alla legge della Regione Abruzzo 3 agosto 2004, n. 23, che ha esteso alle società *in house* incaricate della gestione di servizi pubblici locali alcune dinamiche e regole tipiche delle amministrazioni pubbliche, ma anche alla legge della provincia di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12, che ha provato a precisare meglio alcuni requisiti legittimanti il ricorso al modello organizzativo delle società in questione.

Proprio su queste due leggi si è concentrata l'attenzione del Giudice costituzionale, il quale ha pronunciato due importanti sentenze di cui di seguito si darà conto.

4. La sentenza della Corte costituzionale n. 29/2006 e le disposizioni regionali di "pubblicizzazione" delle società *in house*.

Come anticipato, nel 2004 la Regione Abruzzo con la l. n. 23 ha dettato la disciplina regionale dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Essa segue di poco la sentenza, 27 luglio 2004, n. 272, con la quale la Corte costituzionale ha ripartito, alla luce del parametro contenuto nell'art. 117 Cost., la competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di servizi pubblici locali, attribuendo al primo una competenza esclusiva sulla definizione del regime generale e di principio dei servizi di rilevanza economica e alle seconde, invece, la disciplina di dettaglio con riferimento a questi ultimi servizi e la riserva della definizione del regime giuridico dei servizi privi di tale rilevanza²⁸.

²⁶ Si v., ad esempio, la l. della Regione Toscana 28 aprile 2008, n. 20, e la l. della Regione Emilia Romagna, 21 dicembre 2007, n. 26.

²⁷ Si v., ad esempio, l'art. 8 *ter*, comma 4, della l. della Regione Emilia Romagna, 6 settembre 1999, n. 25, nel testo novellato dalla l.r. 28 gennaio 2003, n. 1, che consente l'affidamento diretto di alcuni servizi «a società a prevalente capitale pubblico effettivamente controllate da comuni rientranti nell'ambito territoriale ottimale e che esercitano a favore dei medesimi la parte prevalente della propria attività. Resta ferma per dette società l'esclusione dalle gare per l'affidamento del Servizio».

Sotto il profilo gestionale, la legge della Regione Abruzzo n. 23/2004 non è stata particolarmente innovativa rispetto a quanto previsto, all'epoca, dalla legislazione statale e dalle altre leggi regionali aventi lo stesso oggetto. Viceversa, essa è stata segnalata come punto di novità per tutta la parte di tale disciplina che mirava a trarre alcune conseguenze dall'uso del modello di gestione del servizio tramite società *in house*, nel senso che l'art. 7, c. 4, l.r. n. 23/2004, faceva discendere da tale opzione organizzativa, ad esempio, il divieto di cedere le partecipazioni pubbliche nella società, il divieto per la società di partecipare direttamente o indirettamente tramite controllate alle gare per l'affidamento di altri servizi o il divieto di conferire incarichi a determinate persone o società per ragioni di incompatibilità, e, perfino, l'obbligo per tali società di avvalersi delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente.

Proprio tali previsioni, insieme ad altre della stessa fonte legislativa, sono state oggetto di contestazione dinanzi alla Corte costituzionale, la quale con la sentenza 29 del 2006²⁹, almeno per il profilo che qui interessa, ha in parte confermato la validità e in parte dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge citata.

Non ha superato il vaglio del Giudice delle leggi il divieto imposto dalla l.r. n. 23/2006 alle società *in house* di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore del servizio. Richiamando l'interpretazione seguita in occasione della precedente sentenza n. 272/2004, la Corte ha ritenuto illegittima la disposizione regionale per contrasto con l'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, in particolare nella parte in cui disciplina un diverso regime transitorio per i divieti di partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio delle società affidatarie dirette, e indirettamente, dunque, con il parametro costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, utilizzato per segnare il confine tra Stato e Regioni a proposito della disciplina della materia.

Di contro, però, gli stessi Giudici hanno ritenuto costituzionalmente corretti tutti gli altri divieti imposti dall'art. 7, l.r. n. 23/2006 alle società integralmente partecipate dagli enti affidatari diretti di servizio di rilevanza economica.

L'aspetto più interessante del percorso interpretativo seguito dal giudice costituzionale è la mancata rilevanza attribuita ai fini decisionali al "limite dell'ordinamento civile", basato sull'art. 117, comma , lett. l), Cost., nel senso che il divieto per le società *in house* di affidare incarichi a determinati soggetti e l'obbligo per le stesse di rispettare le procedure di

²⁸ La sentenza è stata riportata e commentata da G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 27 ss., da G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004, della Consulta*, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8, 2004, e da F. CASALOTTI, *Il riparto della potestà legislativa "alla prova" della disciplina dei servizi pubblici locali*, in questa *Rivista*, 2005, 262 ss.

²⁹ Cfr. Corte costituzionale, 1 febbraio 2006, n. 29, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, con nota di A. CAROSELLI. Si v. anche il commento di C. BUZZACCHI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza nel sindacato della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 2006, 797 ss.

evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente non sono stati visti come lesivi di quella sfera esclusiva di competenza legislativa statale a tutela della quale la Costituzione, anche nel testo riformato nel 2001, pone il limite suddetto.

La vicenda richiama con forza alla mente la questione - oggi, dopo la riforma del sistema costituzionale di riparto tra le fonti in seguito alla modifica del Titolo V della Costituzione, tornata di grande attualità - del ruolo dei legislatori regionali nella definizione delle regole di diritto privato³⁰. Tale questione ha avuto anche una specifica declinazione con riferimento alla possibilità di inquadrare la legge regionale tra le fonti del diritto privato delle società, indipendentemente dall'appartenenza pubblica del capitale. La dottrina, vigenti i precedenti canoni di riparto costituzionale, ha seguito con grande attenzione le reazioni dei Giudici delle leggi ai tentativi delle Regioni di intervenire nella regolamentazione di alcuni aspetti di società a partecipazione pubblica, dando conto, in particolare, dei pochi casi in cui è stato possibile non far scattare il limite del diritto privato in ragione di altri principi, come ad esempio quello di strumentalità tra la figura privata e l'ente pubblico di riferimento, utilizzati come eccezione all'applicabilità del limite stesso³¹.

L'attuale parametro costituzionale sembra ancora mantenere sostanzialmente chiusa la porta del diritto privato delle società al legislatore regionale, in quanto l'attuale riserva alla legislazione esclusiva statale della materia «ordinamento civile» corrisponde, in un'ottica continuista, alla riproposizione del vecchio limite del diritto privato³². Tuttavia, molti elementi interpretativi ed il ricorso ai principi della ragionevolezza e dell'uguaglianza portano a considerare le fonti del diritto delle società tra le aree del diritto privato di media resistenza al possibile intervento regolativo da parte del legislatore regionale³³. Sia pur con estrema cautela e tenendo ferma la riserva statale della definizione degli aspetti relativi alla struttura e alla governance delle società, si potrebbe ammettere un possibile intervento regolativo regionale in materia di

³⁰ Un nuovo inquadramento del problema finalizzato ad individuare le conseguenze dal cambiamento imposto al limite dell'ordinamento civile dopo la riforma costituzionale del 2001 si trova in due recenti lavori, ai quali si rimanda anche per la ricostruzione del dibattito dottrinale e della giurisprudenza costituzionale formati al riguardo: E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, Cedam, 2005, e A.M. BENEDETTI, *Il diritto delle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2008. Con particolare riferimento alla funzione del limite dell'ordinamento civile rispetto al sistema amministrativo, cfr. le considerazioni di A. POLICE, *Ordinamento civile e differenziazione amministrativa*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, Il Mulino, 2007, 439 ss.

³¹ Cfr. M. DUGATO, *Potestà legislativa regionale e disciplina civilistica delle società*, in *Dir. amm.*, 1995, 415 ss., e V. TONDI DELLA MURA, *Regioni e persone giuridiche private*, Padova, Cedam, 1995.

³² In questi termini: E. LAMARQUE, *Continuità e discontinuità fra limiti del diritto privato della potestà legislativa regionale e riserva allo Stato dell'ordinamento civile nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. CAMMELLI, cit., in part. 424 ss.

³³ E' la conclusione cui giunge A.M. BENEDETTI, *Il diritto delle Regioni*, cit., 221 ss., al quale si deve la scomposizione di alcune aree del diritto privato a seconda della resistenza all'ingresso di regole regionali - alta, media o bassa -.

rapporti tra gli enti pubblici soci e le società partecipate, anche se non in presenza di un rigido rapporto di strumentalità tra l'amministrazione regionale e la società stessa. Ma forse, come sottolineato da alcuni commentatori, si potrebbe anche ipotizzare un intervento regionale in materia di regime delle società, al fine di specificare quelle connotazioni pubblicistiche del soggetto e dei suoi rapporti con gli enti di riferimento, che, come nel caso dell'*in house*, giustificano l'attivazione di dinamiche operative che altrimenti sarebbero contrarie ai principi e alle regole di azione dei pubblici poteri e degli operatori economici ³⁴.

Ma non è questo l'appiglio interpretativo sviluppato dai Giudici della sentenza n. 29/2006 per non considerare i condizionamenti strutturali e funzionali voluti dal legislatore regionale abruzzese per le società *in house* operanti nei settori dei servizi pubblici locali erogati nel proprio territorio come un tentativo di invadere un campo di competenza legislativa costituzionalmente riservata allo Stato. Anzi, la Corte costituzionale nel caso in questione non ritiene proprio possibile considerare operante il limite della garanzia della materia «ordinamento civile» in capo al legislatore statale. In particolare, l'obbligo di adottare procedure pubblicistiche di selezione del personale delle società *in house* risulta ispirato, più che ad una esigenza di limitare la capacità delle persone giuridiche private, alla necessità «di dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici». In altri termini, la sostanza pubblicistica di soggetti formalmente privati ben può giustificare l'intervento del legislatore regionale finalizzato a dettarne il regime giuridico di riferimento, considerato che tale intervento è funzionale alla realizzazione dei principi di imparzialità e buon andamento delle amministrazioni pubbliche e non, invece, ispirato dall'esigenza di dettare lo statuto privatistico della persona giuridica.

Si tocca così il punto più alto del processo di equiparazione di figure organizzative di diritto privato con le amministrazioni pubbliche tradizionali quanto ad alcuni aspetti del regime giuridico valevole per la costituzione o il funzionamento delle stesse. Le sue origini, del resto, risalgono a molti anni addietro e possiamo dire che hanno accompagnato i vari fenomeni di privatizzazione che hanno interessato i pubblici poteri. La stessa Corte, poi, nella sentenza in commento non manca di sottolineare la sua coerenza interpretativa, richiamando una sua precedente pronuncia, la n. 466 del 1993, con la quale per le stesse Regioni aveva ritenuto legittima la scelta legislativa (questa volta operata a livello statale) di sottoporre al controllo della Corte dei conti gli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico.

Il passaggio è di grande importanza, poiché dimostra ancora una volta come sia il Giudice costituzionale ad assumere un ruolo regolativo di fronte ai fenomeni di costruzione in veste societaria di modelli di azione

³⁴ Cfr. quanto affermato da P. SANTINELLO, *Il modello societario nell'ordinamento regionale*, in *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. DOMENICHELLI, Padova, Cedam, 2008, 104 ss.

pubblica, rafforzando o specificando scelte legislativamente ancora accennate. In tale prospettiva, quindi, non meraviglia che l'obbligo inizialmente imposto dal legislatore regionale abruzzese alle società *in house* dei servizi pubblici locali, ritenuto dalla Corte costituzionalmente conforme, sia stato di recente generalizzato dal legislatore statale, come ricordato sopra, con l'art. 18, d.l. n.112/2008, a tutte le società partecipate in forma totalitaria dalle amministrazioni pubbliche locali.

5. La sentenza della Corte costituzionale n. 439/2008 e la definizione del requisito della c.d. attività prevalente: un altro tassello si aggiunge al mosaico della società in house.

La sentenza della Corte costituzionale più recente e qui in commento non si occupa di aspetti, se vogliamo, secondari del regime delle società *in house*, ma interviene a proposito di un elemento centrale della sua legittimazione, ossia di uno dei requisiti che, *ab origine*, rappresenta la condizione necessaria per il funzionamento del soggetto e la garanzia della legittimità dell'affidamento di un compito: il requisito della c.d. attività prevalente.

La vicenda ha origine dall'impugnazione da parte del Governo di alcuni articoli della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12, contenute alcune disposizioni in materia di servizi pubblici. In particolare, tale legge all'art. 3, comma 3, nel descrivere il fenomeno dell'affidamento *in house* di compiti pubblici ad una società costituita e partecipata dagli enti locali, specificava il requisito dell'attività prevalente, che necessariamente deve caratterizzare tale dinamica, affermando che «la rilevanza dell'attività (...) è considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate». Ad avviso del ricorrente, tale previsione appariva in contrasto con la definizione del requisito in questione elaborata dalla Corte di giustizia, in particolare, in occasione della sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, in C-340/04, con la quale è stato specificato che la prevalenza deve essere intesa non soltanto in termini quantitativi, ma anche qualitativi.

Impostata in questo modo la controversia, la Corte costituzionale ha dovuto superare due ostacoli prima di giungere alla decisione. Il primo ostacolo era rappresentato dal fatto che le Province autonome hanno competenza legislativa primaria in materia di «assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione». Ma il Giudice delle leggi ha fatto valere, al riguardo, la previsione dello statuto speciale che, comunque, sottopone l'attività legislativa provinciale al rispetto di alcuni vincoli, tra i quali quelli comunitari e l'osservanza del diritto internazionale.

Il secondo ostacolo, invece, riguardava il parametro utilizzato per il sindacato di legittimità. Infatti, il Governo contestava la costituzionalità della disposizione legislativa provinciale non rispetto ad un principio o un articolo del Testo fondamentale, né tantomeno rispetto al Trattato Ce, bensì rispetto ad un orientamento seguito dalla Corte di giustizia delle Ce. Ma anche in questo caso la Corte costituzionale ha gioco facile nel proseguire il suo percorso interpretativo, ricordando che, secondo un suo

orientamento consolidato, le pronunce rese dalla Corte di giustizia Ce in via dichiarativa con riferimento a disposizioni del Trattato «hanno la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate». Pertanto, trattandosi di sentenze del giudice comunitario aventi ad oggetto l'interpretazione delle disposizioni del Trattato Ce a tutela della concorrenza, sia pur con specifico riferimento all'affidamento diretto mediante c.d. delegazione interorganica o *in house*, esse ben possono essere equiparate, come valore, alle fonti di cui garantiscono l'interpretazione e l'applicazione.

L'orientamento giurisprudenziale inaugurato alla fine degli anni '80 dal Giudice delle leggi appare oggi rafforzato anche alla luce della previsione contenuta nell'art. 117, c. 1, Cost., il quale richiama espressamente i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, quali limiti all'esercizio del potere legislativo. Attraverso tale disposizione, si apre una "finestra" che consente al Giudice della costituzionalità di prendere a riferimento nel giudizio per il quale è stato adito, come norme interposte, anche manifestazioni del diritto di altri ordinamenti soprannazionali ed, eventualmente, di dialogare anche con altri giudici³⁵. Si tratta di una impostazione, è evidente, che presenta il pregio di favorire un'integrazione tra ordinamenti distinti, ma collegati, e rafforza una visione "monistica" dei rapporti tra l'ordinamento italiano e quello comunitario³⁶.

Se, però, si abbandona il piano generale della questione e si scende al caso concreto, si nota come nella vicenda in commento ad essere utilizzato come paradigma interposto di giudizio non sia tanto una norma o un principio del Trattato Ce ovvero una direttiva comunitaria, quanto un sottoprincipio del principio di tutela della concorrenza persino ricavato da una sentenza della Corte di giustizia Ce. Una norma interposta, quindi, molto «lontana e impalpabile», che se, da un lato, colpisce per la novità, dall'altro, preoccupa per la fragilità e l'instabilità, consapevoli che le interpretazioni su di una disposizione del Trattato Ce possono mutare con maggiore facilità di quella che serve per cambiare la disposizione stessa³⁷.

Entrando nel merito della sentenza del 2008 e concentrandoci sul profilo interpretativo che in questa sede si vuol fare oggetto di commento³⁸, bisogna sottolineare che essa colpisce l'interprete per almeno due profili: il totale accoglimento della configurazione comunitaria della dinamica dell'affidamento diretto di compiti pubblici *in house providing a*

³⁵ Sulle norme interposte e le occasioni di dialogo tra giudici di ordinamenti differenti, temi di frontiera, recentemente ha scritto S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, spec. 63 ss.

³⁶ E' questo un dato messo ben in evidenza da F. CINTIOLI, *Norma interposta, società in house e «identità» dell'ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte cost. n. 439 del 2008*, in *www.giustamm.it*, n. 1 del 2009.

³⁷ Esprime riserve in tal senso F. CINTIOLI, *Norma interposta, società in house e «identità» dell'ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte cost. n. 439 del 2008*, cit., 3 ss.

³⁸ La sentenza, come si è visto, si presta a diverse chiavi di lettura. Da ultimo, A. D'ATENA, *Sussidiarietà e affidamento "in house"*, in *Forum quad. cost.*, 2008, consapevolmente, ha preso spunto da tale sentenza per parlare del rapporto tra gli affidamenti diretti ed il principio di sussidiarietà, tema rilevante, ma non affrontato nella sentenza medesima.

società partecipate ed il contributo alla definizione specifica del requisito dell'attività prevalente con riferimento ai soggetti societari destinatari dell'affidamento in questione.

Del primo profilo si è già detto, ripercorrendo nelle pagine che precedono le tappe giurisprudenziali che hanno portato alla creazione della c.d. società *in house* da parte della Corte di giustizia Ce, le quali anche nella sentenza del nostro Giudice delle leggi qui analizzata sono puntualmente richiamate. Si tratta, per lo più, di pronunciamenti a proposito del requisito del controllo analogo, al quale è stato dato un significato condiviso dal legislatore e dai giudici nazionali e sui quali non sembra il caso dover ritornare.

Bisogna, invece, soffermarsi sul secondo profilo, quello più nuovo, affrontato dalla Corte costituzionale e riguardante le condizioni per poter ritenere prevalente l'attività e, quindi, la società vero e proprio "soggetto dedicato" agli enti pubblici che lo hanno costituito e lo controllano. Come ricordato, l'applicazione del modello *in house* ha determinato numerosi problemi interpretativi. Questi hanno riguardato principalmente l'individuazione con esattezza degli indici in presenza dei quali possa dirsi sussistere il controllo analogo. Viceversa, poco peso è stato dato all'altro requisito, cioè la necessità che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano, riducendo al minimo la possibilità per la stessa di operare come imprenditore nel mercato³⁹.

Sul punto, la dottrina italiana non ha aperto grandi dibattiti, arrivando ben presto a condividere l'interpretazione dell'espressione legislativa "parte più importante della propria attività" alla luce di un criterio puramente economico - quantitativo⁴⁰. A tal fine, è risultato particolarmente utile il criterio che il superato d.lg. 17 marzo 1995, n. 158 (art. 8), utilizzava con riferimento agli appalti nei c.d. settori esclusi per identificare alcuni casi di esenzione dall'obbligo di ricorso alla gara. In pratica, tale disposizione consentiva l'affidamento diretto di un appalto di pubblici di servizi ad una struttura controllata a condizione che "almeno l'ottanta per cento della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata". In tale prospettiva, il requisito in questione risultava individuabile facendo riferimento al fatturato dell'impresa incaricata, mentre, in alternativa, si proponeva anche il criterio dell'oggetto sociale, anche se poco affidabile considerato che

³⁹ Da ciò la definizione della società *in house* come impresa dimezzata da parte di R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.

⁴⁰ Cfr. P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, cit., 597 s.; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., 1151; G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI e M. DUGATO, cit., 318 ss.; C. TESSAROLO, *La gestione in house di pubblici servizi*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 2005.

tale parametro permetterebbe valutazioni vere in astratto, ma facilmente contestabili alla luce della concreta attività svolta dall'impresa⁴¹.

A sua volta, la giurisprudenza amministrativa non ha avuto molte occasioni di occuparsi del profilo in questione, essendo chiamata in causa prevalentemente per questioni attinenti alla sussistenza del controllo analogo. Nei pochi casi in cui si è pronunciata espressamente sul punto ha seguito strade interpretative diverse. In una prima sentenza, infatti, il giudice di primo grado ha accolto l'impostazione quantitativa seguita dalla dottrina, arrivando ad affermare che una cospicua attività esterna rappresentata da oltre il quaranta per cento del fatturato è tale da rendere non prevalente l'attività svolta dalla società a favore dell'ente controllante⁴². Successivamente, però, la rotta è stata riposizionata sull'orientamento seguito dal giudice comunitario, precisando che per verificare la sussistenza dell'attività prevalente, «più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo»⁴³.

La stessa interpretazione a proposito del significato da dare al requisito dell'attività prevalente si trova, oggi, anche condivisa dalla Corte costituzionale. Nella prospettiva dei giudici comunitari, che il nostro Giudice delle leggi utilizza come parametro interposto di giudizio, ai fini della individuazione del requisito dell'attività prevalente della società *in house*, al dato quantitativo si deve necessariamente accompagnare quello qualitativo. Non basta, quindi, calcolare quanto fatturato della società sia imputabile ad attività svolte per conto e nell'interesse degli enti pubblici soci, bensì è fondamentale «assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente».

Sulla base di queste premesse, la Corte costituzionale arriva a dichiarare l'illegittimità delle disposizioni legislative della Provincia di Bolzano, considerato che la disciplina in esse contenuta del requisito dell'attività prevalente a proposito di società *in house* era tarato solo su dati quantitativi ed escludeva qualsiasi valutazione su profili più spiccatamente legati al tipo di attività o ad altri aspetti qualitativi.

6. Alcune considerazioni non definitive.

La sentenza n. 439/2008 della Corte costituzionale va salutata positivamente. Essa ha il pregio di aggiungere un nuovo tassello al mosaico dell'*in house*, ancorando con forza l'esperienza al riguardo

⁴¹ Si cfr. D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 264 ss., e M. GALESÌ, *In house providing: verso una concreta definizione del «controllo analogo?»*, in *Urb. app.*, 2004, 936 s.

⁴² Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. II, 13 febbraio 2006, n. 198, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴³ Cfr. Cons. giust. amm. sic. 4 settembre 2007, n. 719, in www.giustizia-amministrativa.org.

seguita in Italia al modello predisposto dal giudice comunitario e impedendo oscillazioni interpretative da parte della giurisprudenza e della dottrina, pericolose per la stabilità dell'istituto.

La sentenza in commento non risolve, però, altri problemi dell'*in house*. E non poteva essere diversamente, considerato che si tratta di questioni che vanno oltre la singola vicenda sindacata.

Ma andiamo con ordine. Il primo problema sul quale è ancora necessario interrogarsi e trovare una soluzione è legato alla necessità di tradurre in concreto il rilievo dato all'elemento qualitativo nella individuazione di una prevalenza dell'attività della società *in house* svolta per i soci pubblici. Siamo di nuovo d'accordo, verrebbe da dire. Tuttavia, affidare la qualificazione della società *in house* ad una valutazione di elementi che qualitativamente devono apparire preponderanti significa dover abbandonare l'idea di poter trovare un parametro oggettivo di riferimento e dover giudicare caso per caso dopo aver acquisito tutti i dati qualitativi e non solo utili allo scopo. L'idea della denunciata difficoltà può essere resa in maniera immediata riportando l'argomentazione del giudice amministrativo italiano che ha fatto propria l'interpretazione qualitativa nella valutazione del requisito dell'attività prevalente nella società *in house*: «in altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. Che un'impresa creata per gestire lo *spin off* immobiliare di un grande ente locale come una Provincia, fornisca, saltuariamente, una sola volta nell'anno, e in quantità irrisoria rispetto al fatturato pubblico, un servizio di *global service* ad una grande impresa privata dello stesso territorio, particolarmente importante sotto il profilo sociale, potrebbe non violare il principio della prevalenza. Ma se la stessa operazione, negli stessi limiti quantitativi, cominciasse ad inserirsi in un piano aziendale di espansione, anche territoriale, ciò implicherebbe una rilevanza "qualitativa" della operazione in contrasto con il principio della prevalenza»⁴⁴.

Il secondo problema che qui merita di essere sinteticamente richiamato riguarda la fragilità del modello "a mosaico" della società *in house*, che anche la Corte costituzionale ha contribuito a completare. Come si sa, per come è fatto, basta poco per rompere un mosaico, così come è molto facile cambiarne qualche tessera. Lo stesso può accadere con riferimento alle società *in house*, soprattutto se si pensa che tale modello è stato costruito prevalentemente attraverso un'opera creatrice, a volte indiretta visto il rinvio costante all'esperienza comunitaria⁴⁵, dei giudici italiani. Anzi. Si tratta di un pericolo di cui sono visibili i primi avvertimenti.

Appare, infatti, opportuno, a chiusura di queste brevi note di commento, dar conto di alcuni mutamenti nell'orientamento

⁴⁴ Così Cons. giust. amm. sic. n. 719/2007, cit.

⁴⁵ Si prende in prestito l'espressione di S.M. CICCONE, *La creazione indiretta del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e società*, 2008, 561 ss., al quale si rinvia per approfondimenti sul fenomeno della «creazione indiretta del diritto» e sui meccanismi che lo regolano.

giurisprudenziale da sempre seguito a proposito di società *in house*, in primo luogo da parte di quei giudici che per primi lo avevano elaborato e specificato in tappe successive. Si deve segnalare, in particolare, che, recentemente, è stato messo in discussione l'iniziale orientamento restrittivo del giudice comunitario, finalizzato ad escludere la qualificazione di *in house* agli affidamenti destinati a soggetti non partecipati esclusivamente dalla pubblica amministrazione. Ha iniziato, in un primo momento, il giudice comunitario, estendendo la dinamica di «delegazione interorganica» anche a società in parte partecipate da privati, anche se assoggettate ad uno stretto controllo da parte degli enti pubblici soci⁴⁶. Il *revirement* dei Giudici di Lussemburgo non ha tardato a riflettersi su alcune pronunce del giudice amministrativo di primo grado in Italia, il quale ha precisato che «è legittimo un affidamento *in house* anche nel caso di una partecipazione esigua di un comune al capitale sociale di una società, purché dallo statuto emerga la previsione di strumenti idonei a consentire ai soci il controllo analogo sull'organismo indipendentemente dalla quota di capitale posseduta»⁴⁷.

Qualora tali isolate pronunce si trasformassero in un nuovo orientamento giurisprudenziale, le conseguenze che potrebbero determinarsi possono essere facilmente immaginate: società *in house* e società mista si avvicinerebbero fino a rendere difficile individuare alcuni criteri di distinzione; gli indici di identificazione del controllo analogo presumibilmente sarebbero altri; ecc. Ma, così facendo, forse si arriverà a costruire un altro mosaico di società *in house*, abbastanza diverso da quello fin qui analizzato.

⁴⁶ Cfr. Corte giustizia Ce, 19 aprile 2007, C-295/05, TRAGSA, e CGCE, 17 luglio 2008, C-371/05, ASI (Comune di Mantova), entrambe in www.dirittodeiservizipubblici.it. Segnala tale ripensamento, sottolineando l'incertezza che ne seguirà, M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. Impresa*, 2008, 1201 ss.

⁴⁷ Così Tar Lombardia, Milano, sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5759, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Ma seguono il vecchio orientamento, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591, e Cons. giust. amm. reg. sic., sez. giur., 9 febbraio 2009, n. 48, entrambe in www.dirittodeiservizipubblici.it.