

Legislatore, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, incerti strumenti, modesti risultati

di Marco Cammelli

(in corso di pubblicazione in "le Regioni", 2009)

1. La Corte è chiamata, con ricorso avanzato in via principale da una regione a statuto ordinario (Veneto), a valutare se le disposizioni di cui all'art.3, commi 27-32 della legge 244/2007, finanziaria 2008, dedicate alle società a partecipazione pubblica, siano in contrasto con gli artt. 117-118 Cost.

Tali disposizioni, "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato", dispongono in capo a tutte le amministrazioni pubbliche:

- il divieto di costituzione e/o partecipazione o mantenimento di partecipazione anche minoritaria per società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi, esclusi i servizi di interesse generale, non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali nonché l'obbligo, per le partecipazioni in essere e quelle nuove, di essere autorizzate dall'organo competente con specifica motivazione su questi profili. Per le società o partecipazioni vietate, è disposta la cessione a terzi entro 18 mesi ⁽¹⁾, con procedure di evidenza pubblica (commi 27-29);

- per le società ammesse, e più in generale per le partecipazioni a consorzi o altri organismi costituiti a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione, decentramento, al fine di evitare la moltiplicazione di personale e strutture si introduce l'obbligo di utilizzare le risorse (umane, finanziarie e strumentali) esistenti rideterminando la pianta organica dell'ente e aggiungendo specifici doveri di asseverazione e comunicazione in capo agli organi di controllo interno e ai sindaci (commi 30-32).

Come si vede, si tratta di interventi che si inscrivono a pieno titolo nella tormentata storia delle prescrizioni speciali dettate in ordine al regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: storia ormai così lunga e complessa ⁽²⁾ da risultare scarsamente intellegibile ⁽³⁾ e da richiedere interventi organici ormai sollecitati anche di recente da più parti ⁽⁴⁾.

Ma non è su questo che la Corte è chiamata a pronunciarsi. Ciò che le è richiesto è valutare se così provvedendo il legislatore statale, affermando di intervenire a tutela della concorrenza e del mercato, abbia violato il riparto di competenze tra stato e regioni fissato dal titolo V della Costituzione e se, in particolare, risulti vulnerata la riserva di organizzazione amministrativa stabilita in favore di queste ultime.

¹() Portati a 36 dall'art.71 comma 1 legge 69/2009.

²() Su cui, di recente, P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, M. Cammelli - M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008 e D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali: l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova 2008.

³() Su tali difficoltà, da ultimo, M.Chiti, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, relazione al convegno "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina", Luiss-Assonime, Roma 14 maggio 2009, (dattiloscritto); L.Torchia, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, relazione al convegno "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina", cit., ora in *Giornale di dr. amministrativo*, 7/2009, p.791 ss; A. Massera, *Le società pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8/2009, p.894; D. Casalini, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, Commento a CdS, sez. V, 1 gennaio 2009 n.101 e CdS, sez. VI, 16 gennaio 2009 n.215, in *Giornale di dr. amministrativo*, 9/2009, p.969 ss.

⁴() Tra le iniziative più recenti, quelle dell'Ocse (2007), del Cer e di Assonime (2008): riferimenti in L. Torchia, *La responsabilità*, cit., p. 791 note 3-5.

Vulnus che può aversi, come ben si sa, tanto per la radicale mancanza di titolo ad intervenire che per la lesione dei doveri di leale collaborazione, in caso di inevitabile interdipendenza delle competenze statali e regionali, o per lo sproporzionato e perciò irrazionale sacrificio delle prerogative regionali operato per far fronte a oggettive esigenze di carattere unitario.

Se questi sono i punti e gli interrogativi, le risposte della Corte non appaiono né complete né convincenti. Ma, forse, qualche ragione c'è.

2. Cominciamo dalla effettiva portata da riconoscere alle disposizioni in sé considerate. Il quadro, almeno per quanto riguarda le partecipazioni societarie di regioni ed enti locali (ben diverso è il discorso, e non solo per ragioni di competenza, per le società a partecipazione statale) non potrebbe emergere più problematico costituito com'è da disposizioni (commi 27-29) di cui non sono sicuri il *quid novi* e la stessa pratica operatività e da altre (commi 30-32) di sicura e stretta attinenza alla sfera organizzativa.

Cominciando dal primo gruppo, là dove si gioca per intero la tutela della concorrenza posta e rischio da società che, lucrando i vantaggi delle risorse pubbliche di cui dispongono o che presuppongono, possono operare in materia di beni e servizi *anche* sul libero mercato, è intanto da osservare che tale eventualità era già stata (giustamente) esclusa in radice dall'art.13 del c.d. decreto Bersani ⁽⁵⁾ e successive modificazioni sancendo il principio della "esclusività" del loro operato rispetto all'ente di riferimento e il divieto di prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati.

Proprio per queste ragioni, la lettura del comma 27 della legge 244/2007 è tutt'altro che agevole e, anche a non seguire le critiche più severe che pure sono state avanzate ⁽⁶⁾, assai meno scontata di quanto si è fatto.

Considerando infatti la struttura della disposizione e l'ampia portata del relativo divieto ⁽⁷⁾, a parte la ovvia esclusione riguardante i servizi di interesse generale, le letture possibili sono due, assai diverse ma entrambe decisamente problematiche.

Per la prima, si tratta di un intervento radicale ed inedito sulla capacità giuridica di diritto privato delle amministrazioni pubbliche di cui viene escluso in via stabile e generale un intero ambito di possibile iniziativa economica, quello della produzione a proprio fine esclusivo di beni e servizi, perché ritenuto *a priori* idoneo a ledere la concorrenza degli altri operatori. Si salvano, ma vanno accuratamente motivate, le ipotesi di attività "strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali" dell'ente. Dunque, una sorta di presunzione legislativa di utilizzazione abusiva, rispetto alle regole del mercato e della concorrenza, del modulo societario utilizzato a questi fini superabile solo se a tale soluzione non vi sia alcuna alternativa.

Per questi aspetti, certo, si afferma di operare per la tutela della concorrenza. Ma né legislatore né Corte spiegano con chiarezza a che cosa ci si sta riferendo, perché se per lesione della concorrenza ci si riferisce alla possibile e "indebita" (?) sottrazione al mercato della produzione di beni e servizi necessari alla amministrazione, è evidente che questa avverrebbe egualmente anche nel caso di "autoproduzione" diretta, e senza ricorrere a società, a fini esclusivamente interni: il che invece, ovviamente, resta lecito. Se

⁵() Art. 13, comma 1, decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

⁶() Secondo le quali si tratta di una norma "destinata ad operare...nello spazio consentito dall'incrocio tra funzione di norma-manifesto (peraltro non scevra di dubbi interpretativi e applicativi) e quella di strumento per la mappatura di un territorio non perfettamente conosciuto...": A. Massera, *Le società pubbliche*, cit. p.894;

⁷() "Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni pubbliche...non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali..."

invece si intende intervenire là dove la concorrenza è vulnerata dall'impresa pubblica che operi *anche* all'esterno collocando sul mercato prodotti che lucrano i privilegi di cui dispone la pubblica amministrazione, e da cui gli altri concorrenti sono ovviamente tagliati fuori, il problema dovrebbe considerarsi interamente risolto già dall'art.13 del c.d. decreto Bersani che lo esclude, e non si comprende che cosa ci sia da aggiungere.

A meno che, paradossalmente, non si sia colta l'occasione per un intervento molto più drastico e invasivo, che va al di là della forma societaria e che è volto ad escludere, in modo generale e permanente, un intero ambito di possibili iniziative dalle disponibilità della pubblica amministrazione. La quale, con ciò, si avvierebbe a diventare una sorta di soggetto "diversamente abile" sul piano stesso della capacità contrattuale evocando arcaiche, e (fino ad oggi) superate, preclusioni giurisprudenziali ⁽⁸⁾.

Ma una soluzione del genere appare altamente problematica anche in termini di pura legittimità costituzionale per almeno tre ragioni:

- perché né in sede comunitaria ⁽⁹⁾ né nell'ordinamento interno, che in materia ha optato per la forma "mista" degli artt. 41-42, è concepibile una pregiudiziale contraria alla produzione di beni e servizi riferibile all'impresa pubblica. E in ogni caso in materia di imprese pubbliche è il profilo dell'azione che conta non quello della natura del soggetto, purché sia rispettata la piena *par condicio* tra imprese, con il corollario della neutralità comunitaria in ordine alla natura pubblica o privata di queste ultime;

- perché è irrazionale e sproporzionato escludere a priori, in via generale e in forma stabile, l'intervento in materia della pubblica amministrazione per evitare che questa approfitti dei propri privilegi quando si tratta invece di vigilare e sanzionare, quando ciò avvenga, le singole trasgressioni;

- perché appare arduo, e ancor più apparirà in futuro se andrà in porto il processo avviato dalla legge 42/2009 (federalismo fiscale), escludere una amministrazione regionale e locale da iniziative economiche che in condizioni di parità con gli altri operatori, producendo utili o diminuendo costi, lecitamente diano benefici alla propria collettività riducendo, tra l'altro, il peso della imposizione fiscale.

Naturalmente tutto ciò richiede categorie concettuali (il rischio di impresa ammissibile per la mano pubblica) e strumenti professionali adeguati e, naturalmente, principi molto chiari in tema di responsabilità pubbliche. Che è cosa diversa dalle responsabilità *in forma pubblica*, come la responsabilità amministrativa, perché comprensivi anche del sistema di responsabilità definite dall'ordinamento societario in capo all'azionista e all'amministratore ⁽¹⁰⁾.

Tra l'altro, la limitazione della capacità di iniziativa economica della pubblica amministrazione ci porrebbe su un terreno del tutto nuovo rispetto al regime precedente rispetto al quale, come si ricorderà, la Corte nella nota sentenza 326/2008 aveva sottolineato che "non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza".

Poi c'è la lettura opposta, assai più riduttiva, secondo la quale la vera innovazione introdotta dall'art.3 comma 27 della legge 244/2007 si limita all'enunciazione di un forte disfavore legislativo per la società in mano pubblica anche per le ipotesi di operatività limitata alle funzioni strumentali del soggetto pubblico promotore o partecipante, data la restrizione della loro ammissibilità alla sola ipotesi di attività "*strettamente funzionali*" al perseguimento delle relative finalità istituzionali.

⁸⁾ A. Massera, *cit.* nota 18 a p.894.

⁹⁾ Sul punto, diffusamente, D.Casalini, *Oltre la tutela*, cit. p. 969 ss.

¹⁰⁾ Sul punto, pienamente condivisibili, le considerazioni di L.Torchia, *La responsabilità amministrativa*, cit.

Ciò che dunque riguarda non già il profilo della concorrenza e del mercato, alternativamente o escluso dalla strumentalità dei compiti e dalla esclusività rispetto all'ente di riferimento o potenzialmente sussistente - se ve ne sono le condizioni e i presupposti - anche in caso di ricorso ad altre formule compresa la gestione diretta, ma da una evidente e "mirata" preoccupazione riguardante l'utilizzazione del modulo societario e più in generale l'esternalizzazione di funzioni, come chiarito dai commi 30 seguenti immediatamente successivi.

Il che però, a onor del vero, ben poco ha a che fare con la concorrenza e molto (se non tutto) con le opzioni organizzative a disposizione della regione o dell'ente locale.

Sicché, per concludere sul punto, quale che sia l'interpretazione da dare alle disposizioni in parola e cioè che si tratti dell'ipotesi più ampia, come *deminutio* della libertà di iniziativa economica (artt.3, 40-41, 119 Cost.) o di quella più ristretta, come esclusione del modulo societario dalle opzioni organizzative (artt.117-118 Cost.), è certo che in entrambe si pongono dubbi di legittimità costituzionale di particolare rilievo.

3. Se questo è il cuore del problema, e quindi della questione sottoposta alla Corte, sono da annotare ulteriori e specifici profili che pongono ulteriori problemi anche operativi tutt'altro che irrilevanti.

In tema di società a partecipazione pubblica, ad esempio, si è salutata con favore anche in dottrina la scelta di portare il fuoco della valutazione e della qualificazione della fattispecie sull'oggetto sociale facendone il riferimento chiave dell'applicazione o meno del regime speciale predisposto.

Ma, come l'esperienza indica, non è affatto detto che sia l'elemento più solido perché o si accetta l'idea di società rigorosamente monofunzionali, il che non sempre è possibile e quasi mai auspicabile, oppure è inevitabile che le formulazioni utilizzate nell'atto costitutivo siano molto più ampie, e tali di conseguenza da comprendere anche le attività potenzialmente esercitabili, con l'ulteriore complicazione che qualcuna di queste potrebbe risultare "non strettamente necessaria" oggi, ma diventarlo domani.

Il che, se consideriamo la soluzione più aperta data all'analoga problematica postasi in sede comunitaria in ordine all'attualità dei requisiti dell'*in house providing* e in particolare all'interrogativo se la *possibilità* di partecipazione futura di soggetti privati fosse già di per sé impedimento o meno all'affidamento diretto da parte della amministrazione pubblica ⁽¹¹⁾, suggerirebbe di essere molto più cauti sull'effettiva tenuta del requisito della "stretta necessità" e sugli strumenti utilizzati per rilevarla.

Altri problemi poi si pongono anche in ordine alla correlazione con le "finalità istituzionali", perché in questo caso o si tratta semplicemente di un modo diverso, e un pò ellittico, di riferirsi alla "strumentalità" delle attività oppure si è scelta una formula che, alternativamente, o comprende tutto (si pensi alle finalità istituzionali del comune come definite dall'art.13 del d.lgs. 267/2000) o non aggiunge niente alla doverosa, e del tutto tradizionale, correlazione funzionale tra compiti del soggetto pubblico ed esercizio della relativa capacità giuridica di diritto privato.

Oltretutto, non sarebbe inutile chiedersi a quale titolarità ci si riferisca: insomma, "finalità istituzionali" di chi? La regione che, ad esempio, intendesse promuovere una società di supporto tecnico alla pianificazione territoriale degli enti locali o di altri enti pubblici, può farlo o no? La risposta è evidentemente tutt'altro che scontata, al punto che chi si trovava in queste condizioni ha ritenuto più prudente assicurarsi una esplicita ammissione in forma legislativa ⁽¹²⁾.

¹¹() Possibilità considerata non preclusiva dal giudice comunitario: da ultimo, Corte di giustizia europea, sentenza 10 settembre 2009 (causa C-573/07).

¹²() Con l'articolo 18 comma 4-octies del decreto legge 185/2008 convertito con modificazioni (tra le quali, quella qui segnalata) con legge 2/2009, si è pensato bene di precisare che la costituzione di società a partecipazione pubblica è sempre ammessa non solo per la produzione di servizi di interesse generale,

Veniamo infine ai commi da 30 a 32 del medesimo art.3 legge 244/2007, che certo sono del tutto diversi. L'obiettivo è un altro, quello cioè di evitare sprechi e ridondanze organizzative ogni volta che le pubbliche amministrazioni provvedono ad esternalizzare un compito. Finalità perseguita con minuziose disposizioni procedurali e sostanziali, e che riguarda ovviamente non solo la partecipazione a società ma anche consorzi e ogni altra soluzione strutturale ("altri organismi"). Qui l'interesse tutelato non è quello della concorrenza e del mercato, ma l'interesse al contenimento dei costi e della spesa pubblica specie nelle ipotesi, come quelle prese in esame, in cui più facilmente è vulnerabile. Da qui la stretta correlazione, realizzata incidendo sugli organici e imponendo l'utilizzazione del personale in precedenza impegnato sulle medesime funzioni, tra nuova articolazione operativa e precedenti apparati della amministrazione di riferimento.

Dunque, chiaro l'obiettivo e conseguente l'intervento. Il problema in questo caso non è intrinseco alle disposizioni, come prima si è visto, ma si gioca (quasi) per intero sul piano, ben diverso, della legittimazione statale a dettare disposizioni che entrano anche in dettaglio, e senza alcuna differenziazione, nella sfera organizzativa di regioni ed enti locali.

4. Fin qui i problemi, non trascurabili come si può vedere, delle disposizioni *in sé* considerate. Ma a questo punto si aggiungono fatalmente tutte le altre questioni legate alle tematiche più generali cui appartengono gli elementi fin qui considerati.

Il tema delle società a partecipazione pubblica è straordinariamente sofferto e certamente poco in grado di restituire alle norme fin qui considerate la chiarezza e la razionalità di cui per unanime riconoscimento gli interventi in materia sono quasi sempre carenti.

Intanto non si tratta di *un* tema, ma di un numero elevato di realtà molto diverse per origine, logiche, finalità, incidenza sulle dinamiche del mercato e rapporti con la pubblica amministrazione. Tra l'altro, basterebbe depurare il terreno dalle società a partecipazione pubblica generate dagli enti locali al solo fine di aggirare i rigori del patto di stabilità⁽¹³⁾ per ricondurre il discorso a dimensioni numeriche e qualitative più accettabili e gestibili.

E' proprio l'insistenza per un approccio indistinto a preconstituire paradossalmente, per la dottrina più recente⁽¹⁴⁾, una delle ragioni della situazione confusa in cui versiamo, poiché da un lato si è impedito di mettere a punto almeno sul piano concettuale (restando aperta la questione di chi poi dovesse porvi mano in concreto, se il legislatore o gli interessati in fase costitutiva o statutaria) regimi differenziati del modulo societario in funzione di macro-tipologie omogenee e dall'altro non si è riusciti ad approfondire, proprio grazie a queste distinzioni, ciò che invece ne rappresenta il fondamento comune.

Intendiamoci. Se è certo che passare da disposizioni onnicomprensive che si riferiscono alle società come un tutto indifferenziato costituisca un passo avanti è altrettanto probabile che affidarsi interamente, come ora tende a fare la dottrina, alla messa a punto di più tipologie all'interno delle quali ricomporre regimi giuridici omogenei costituisca più un punto di partenza che un punto di arrivo.

come appunto recitava il testo dell'art.3 comma 27 della legge 244/2007, ma anche per quelle attività"che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art.3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163".

¹³() Questione alla quale solo di recente il legislatore ha cominciato a dedicare attenzione: cfr. art.19 comma 1 del D.L. 1° luglio 2009 n.78 convertito con modificazioni con legge 3 agosto 2009 n.102. Da ultimo, l'art.15 comma 10 lettera a) del D.L. n.135 del 25 settembre 2009 dispone giustamente che i regolamenti governativi da emanare in materia entro il 31.12.2009 limitino alle sole società in house l'assoggettamento al patto di stabilità, con esclusione dunque delle società miste.

¹⁴() M.Chiti, *Carenze della disciplina*, cit. e L.Torchia, *La responsabilità*. cit. Più cauto A.Massera, *Le società*, cit., secondo cui "una risposta più meditata...può essere tentata solo sulla base di una adeguata consapevolezza del diritto e del fatto.." p.895. Esigenze di differenziazione peraltro sottolineate anche in passato: cfr. M. Cammelli - A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p.30 ss

Per molte ragioni: perché se queste ultime sono troppe si ricade nella frammentazione e se sono troppo poche nella intrinseca eterogeneità che le rende inutili; perché l'esperienza civilistica mostra per intero la difficoltà a farvi attendibile e utile ricorso; perché, come si è già sottolineato, fare leva nella qualificazione del tipo di società sulla sola ragione sociale è insufficiente; perché quando in sede giurisdizionale si è tentato un discorso sistemico, con l'adunanza generale del Consiglio di Stato o le sezioni unite della Corte di Cassazione, gli ostacoli sono risultati numerosi e spesso insormontabili. Perché, infine, se nel frattempo è fiorita una non trascurabile disciplina del modulo societario correlata al settore di attività, questo potrebbe indicare che non si può prescindere dall'*insieme* degli elementi in gioco comparto per comparto e dalla loro *miscelazione*. Ma così facendo si finirebbe per tornare, paradossalmente, alla soluzione di pochi criteri generali, inevitabilmente anche generici, dei quali la "stretta necessarietà", in fondo, non sarebbe che una anticipazione.

Il che certo non toglie che, sotto l'urgenza del provvedere e l'inevitabile pressione di corposi e spesso riconoscibili interessi, il legislatore (e non solo) ⁽¹⁵⁾ è intervenuto ripetutamente lasciando un terreno costellato, al netto delle norme manifesto e delle riforme auto-bloccanti ⁽¹⁶⁾, di disposizioni *una tantum*, norme speciali, deroghe, proroghe, esplicite autorizzazioni e altrettanti espliciti divieti, il tutto accompagnato da periodici tentativi di norme generali di riordino regolarmente rimaste senza esito. Inutilizzabili dunque le une per eccesso di specificità, le altre per astratta e artificiosa unità.

Tra queste e quelle la giurisprudenza, per un verso inevitabilmente condizionata dal dare giustizia nel singolo caso e dunque legata ad un angolo di osservazione più portato a cogliere le peculiarità del caso che le linee sistemiche della vicenda e per altro verso giustamente preoccupata di trovarsi esposta su temi troppo impegnativi e sensibili anche quando, deferendo la questione alle sedi più generali delle diverse giurisdizioni (sezioni unite, adunanza plenaria, ecc.), si è trovata nelle condizioni di farlo ⁽¹⁷⁾.

In questo contesto, una certa continuità è invece riscontrabile nell'indirizzo, proposto in modo via via più deciso dalla Corte dei conti e recentemente supportato (in modo indiretto) dalle stesse Sezioni unite civili della Corte di Cassazione che hanno dilatato oltre il pensabile i contenuti e l'ambito del rapporto di servizio ⁽¹⁸⁾, costituito dalla abnorme estensione della responsabilità amministrativa senza fondamenti positivi, senza interrogarsi sulle implicazioni che ne derivano sul corrispondente sistema di controlli e responsabilità nell'ordinamento societario, senza arrestarsi dinnanzi a spregiudicate e rischiose commistioni tra poteri sanzionatori a necessaria tipicità e atipiche figure di illecito (danno all'immagine, ecc.).

¹⁵() In materia si è espresso tutto l'arco possibile delle fonti del diritto, e di quelle di cognizione, circolari comprese: si veda quella inviata per precisare l'interpretazione più consigliabile di aspetti specifici (affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali) nei rapporti con le Regioni e gli Enti locali da parte del Ministro per le politiche comunitarie dell'epoca (v. in G.U. 13 novembre 2001, n.264).

¹⁶() E' il caso segnalato da M.Chiti, *Carenze della disciplina*, cit., p.3 della attuazione in via regolamentare della riforma dei servizi pubblici locali prevista dall'art.23-bis del D.L. 112/2008 convertito in legge 133/2008, per bloccare la quale è stato sufficiente evitare l'adozione del regolamento. Lo stesso art.23-bis è di nuovo ampiamente modificato dall'art.15 del D.L. 135 del 25 settembre 2009 che introduce importanti modifiche all'art.23-bis del c.d. decreto Bersani (legge 133/2008). Per una prima valutazione cfr. A. Vigneri, *I servizi pubblici locali dopo l'art.15 del D.L. 135/2009*, Astrid, http://www.astrid-online.it/Riforma-de2/Studi-e-ri/Vigneri_I-SPL-dopo-l-art-15-del-DL-N135_09-del-12_10_09.pdf.

¹⁷() V. l'Adunanza plenaria del CdS, decisione 1/2008, che ha optato per "una linea di grande cautela in cui l'unico punto fermo è risultato il vincolo comunitario" e cioè del "criterio della sostanziale parità di condizione delle imprese - tutte le imprese, tanto pubbliche che private - e della loro soggezione alle regole del mercato": cfr. M. Chiti, *Carenze della disciplina*, cit. p.4 e G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna della incertezza*, in *Giornale dr. amm.*, 11/2008, pp. 1126 ss.

¹⁸() Sezioni unite civili della Corte di Cassazione, ordinanza 3 luglio 2009 n.15599 in cui si dichiara la giurisdizione delle Corti dei conti per l'azione di responsabilità nei confronti di una società di capitali concessionaria di pubblici servizi.

Il problema c'è e le intenzioni sono encomiabili: ma, si ammetterà, non è questa la più virtuosa e convincente delle continuità augurabili.

Detto questo, c'è tuttavia da aggiungere che la Corte non si trovava certo del tutto priva di riferimenti in materia di ricorso da parte della pubblica amministrazione alla forma societaria.

Per quanto scontato, è bene richiamare il principio introdotto nel 2005 (art.1.1-bis legge 241/1990) secondo cui l'amministrazione quando non sia in questione l'esercizio dell'autorità agisce secondo le norme del diritto privato. Certo questo vale "salvo che la legge disponga diversamente" ma in generale, e in particolare dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro nel pubblico impiego, è arduo negare un favore per questo principio destinato ad esprimersi tanto per l'attività quanto per l'organizzazione, a maggior ragione quando ci si porta sul terreno della produzione di beni e servizi a fini strumentali. Il che dovrebbe connotare in modo peculiare la disposizione legislativa che, introducendo limiti, disponga diversamente. Con le implicazioni, non solo interpretative ma anche sotto il profilo del controllo di legittimità costituzionale, che si conoscono.

Ma soprattutto appare importante, come si è anticipato, il riferimento al regime introdotto dall'art.13 del c.d. decreto Bersani (decreto legge 223/2006 convertito in legge 248/2006) che, così come interpretato e razionalizzato dalla Corte (326/2008), sembrerebbe chiaro e solido. L'attività svolta dalla pubblica amministrazione in forma di diritto privato, e più precisamente con il modulo societario, va distinta in due aree che debbono restare ben separate: l'attività amministrativa di natura finale o strumentale, che in quanto tale poggia o comunque può godere dei privilegi della pubblica amministrazione; l'attività di impresa che, al di fuori del caso della gestione di servizi pubblici, va svolta invece in regime di concorrenza e di perfetta parità con le altre imprese, e senza alcuna peculiarità che possa pregiudicare quest'ultima.

Dunque i parametri non mancano, e al secondo in particolare fanno ampio riferimento i primi commentatori ⁽¹⁹⁾, che infatti collocano la presente decisione in naturale sequenza rispetto alla precedente del 2008 (n.326). Come del resto fa lo stesso giudice costituzionale nella sentenza qui commentata, che in motivazione vi opera un diffuso e diretto riferimento.

Il problema però è che si tratta di un allineamento apparente, perché se è vero che le motivazioni della Corte si pongono in una logica di continuità, lo stesso non può dirsi per le disposizioni legislative in giudizio che invece sono disomogenee e innovano significativamente, anche rispetto a quanto disposto in materia dal decreto Bersani.

Come si è ricordato, infatti, quest'ultimo aveva già risolto il problema della tutela della concorrenza con l'esclusiva, cioè imponendo alle società in mano pubblica di produrre beni e servizi solo per l'amministrazione di riferimento. La finanziaria 2008, invece, richiama la concorrenza ma dispone di altro: aggiunge cioè che queste attività non possono essere svolte con il modulo societario, salvo eccezioni, cioè la stretta (e problematica da decifrare) attinenza a finalità istituzionali.

L'unico modo per rimettere in gioco la tutela della concorrenza sarebbe quello di interpretare la disposizione nel senso che la produzione "interna" di beni e servizi strumentali all'amministrazione pubblica è sempre strettamente limitata, in qualunque forma (gestione diretta, ecc.) vi si ponga mano, ai soli casi in cui ciò sia inevitabile. Ma si tratterebbe, come si è già osservato, di una sorta di *fatwa* contro l'autoproduzione amministrativa di beni e servizi, a favore dell'*outsourcing* necessitato e contro modelli di economia curtense, che prima ancora di non avere base formale e sostanziale, non avrebbe senso alcuno. Una ipotesi, insomma, palesemente impraticabile.

Non resta allora che prendere atto che siamo all'interno della prima delle due categorie individuate dalla Corte, quella delle attività amministrative in forma privatistica e

¹⁹() M.Chiti, *Carenze della disciplina*, cit., pp. 7-8; L.Torchia, *La responsabilità amministrativa*, cit. pp. 797-8

che si è deciso di ritoccarne il regime, con un flebile richiamo alla concorrenza e un pesante intervento sulle opzioni organizzative, disincentivando o vietando uno specifico modulo peraltro già vincolato a porsi al servizio unicamente della amministrazione partecipante.

Bene: ma in questo modo, se si risolve un problema se ne apre un altro. Quanto infatti tutto ciò spetti al legislatore statale, quanto a quello regionale, e quanto alle normative (anche statutarie) degli enti locali è questione che si impone con tutta evidenza in funzione della ripartizione delle competenze in materia di organizzazione cui, nella prospettiva che si è detta, pacificamente appartenerebbero queste disposizioni. Perciò, malgrado il silenzio della Corte, la questione rimane aperta per intero.

5. I commi 30-32 dettano, come si è detto, una sorta di manuale contro lo spreco di risorse pubbliche nel caso di esternalizzazione di una funzione. Nell'intento, sacrosanto, di evitare che quest'ultima si traduca come spesso è avvenuto in un secco raddoppio di apparati e soprattutto di personale (quello che i compiti li esercitava prima, e che viene conservato, e quello che li esercita dal conferimento in poi, che si aggiunge al precedente), il legislatore tratteggia una sorta di sistema di vasi comunicanti tra il vecchio e il nuovo organismo con l'obbligo di trasferimento del personale già operante e la contestuale e proporzionale riduzione dell'organico originario.

Dunque anche in questo caso, ancor più direttamente del precedente, un intervento diretto in materia di organizzazione.

Una ragione in più, allora, per richiamare rapidamente gli elementi più rilevanti relativi a questo profilo.

La titolarità del potere organizzativo è da sempre, ma ancor più oggi, uno degli elementi chiave dell'autonomia riconosciuta a regioni e enti territoriali. Non si tratta solo del riparto della materia tra riserva al centro per l'organizzazione statale e degli enti pubblici (art.117.2. lettera g) e criterio residuale (comma 4) in favore della regione e dei sistemi locali, o di un corollario dell'autonomia politico-amministrativa ma del fatto che la piena autodeterminazione su questo terreno è il necessario presupposto per l'applicazione in concreto dei principi di sussidiarietà e di differenziazione.

L'una e l'altra, infatti, sono del tutto impraticabili senza la possibilità di articolare i propri apparati e i propri moduli organizzativi in funzione del contesto socio economico e dei soggetti che vi operano, del reticolo istituzionale sovra e sottostante, della morfologia del territorio ecc. In breve, del passaggio dalla astratta titolarità al concreto esercizio delle proprie funzioni.

A questo si aggiunga l'elemento, altrettanto cruciale, della responsabilizzazione degli amministratori pubblici per l'uso delle risorse loro affidate, determinante per il contenimento della spesa pubblica nonché premessa, e insieme necessaria implicazione, dell'uso responsabile dei poteri di prelievo fiscale.

Illuminante, e particolarmente significativo per la questione qui esaminata, è la formulazione di uno dei principi e criteri direttivi generali della delega legislativa di recente conferita al Governo in tema di federalismo fiscale, secondo cui va perseguita la "tendenziale corrispondenza tra autonomia impositiva e autonomia di gestione delle proprie risorse umane e strumentali da parte del settore pubblico", e in particolare la "previsione di strumenti che consentano autonomia ai diversi livelli di governo nella gestione della contrattazione collettiva" ⁽²⁰⁾.

Motivi formali e sostanziali, sistemici e specifici portano dunque tutti verso la stessa direzione: l'autonomia organizzativa dei sistemi locali è un attributo necessario non solo dell'autonomia in senso lato, ma della possibilità di questi ultimi di rispondere in modo

²⁰ art. 2, comma 2, lettera *ii* legge 5 maggio 2009 n.42 sul federalismo fiscale.

adeguato alle (diverse) domande di cui sono destinatari assumendosi le relative responsabilità politiche, fiscali e amministrative.

Ogni intervento che si muova in modo contrario, ancorché motivato dalle più condivisibili ragioni, non solo incontra ostacoli formali difficilmente superabili ma finisce per aggravare il problema iniziale sia per ragioni di scarsa operatività, perché essendo generale e indifferenziato non è in grado di articolarsi tanto quanto sarebbe necessario, finendo invece per generare una pleora di correzioni e deroghe, sia per la sostanziale deresponsabilizzazione degli amministratori locali ai quali, nell'incapacità di ottenere un risultato, si finisce per imporre un comportamento.

Il che è tanto vero che sulla scorta del nuovo art.119 Cost. la stessa Corte costituzionale (a cominciare dalla sentenza 16/2004), per evitare simili modalità di intervento in materia di tagli alla spesa pubblica, ha disposto che il legislatore si limiti a definire in capo alle regioni e agli enti locali il volume complessivo di riduzioni da effettuare, ferma restando la scelta di questi ultimi su come e dove allocarne in concreto l'applicazione .

6. Fin qui le considerazioni riguardanti più da vicino i due gruppi di questioni affrontate dal legislatore e sottoposte al vaglio del giudice costituzionale.

Restano, e naturalmente vi si aggiungono, i criteri che più in generale si impongono al giudizio della Corte, a partire dalla verifica della razionalità e della proporzionalità delle limitazioni apportate all'autonomia organizzativa regionale e locale per finalità di tutela della concorrenza e il corretto uso delle risorse.

Una verifica il cui esito, stante la generalità della previsione e l'uniformità degli adempimenti prescritti *Urbi et Orbi*, era da ritenere tutt'altro che scontato per molti motivi:

- per ragioni pratiche, perché non sempre l'esternalizzazione di funzioni può essere accompagnata dal contestuale trasferimento del personale precedentemente impegnato ed anzi in alcuni casi ⁽²¹⁾ è decisamente sconsigliabile;

- per ragioni di politica legislativa perché lo stesso legislatore in materia di servizi pubblici locali, dopo ripetuti interventi specifici operati nella finanziaria precedente e rivisti in quella successiva, ha finalmente cominciato a chiedersi se non si debba distinguere in base alle condizioni del contesto in cui si opera e se non sia meglio che tale valutazione, ovviamente motivata, venga operata non già dal centro e per tutti ma in sede locale, su dati specifici e caso per caso ⁽²²⁾;

- per ragioni concettuali, perché se c'è un punto su cui la dottrina è d'accordo in materia di società a partecipazione pubblica è la necessità di operare distinzioni (Mario Chiti parla di "non categoria", Luisa Torchia propone di seguire l'invito dei padri gesuiti al "*distingue frequenter*"), cioè l'esatto contrario di misure astratte, generalizzate e uniformi.

Ebbene, non si può fare a meno di riconoscere che la Corte, seguendo un iter argomentativo molto succinto, ha deliberatamente evitato di affrontare anche solo parzialmente il complesso di questioni che si sono accennate.

Le questioni sollevate dai commi 30-32 sono state escluse dal rilievo di inammissibilità in ragione della formulazione generica delle relative censure. Il che è certo possibile, anche se non è chiaro che altro andasse denunciato in ordine a disposizioni così

²¹ Un solo esempio: l'obiettivo di recuperare un livello accettabile della gestione del sito archeologico di Pompei e dei relativi servizi può essere perseguito in molti modi, ma è altamente improbabile che possa esserlo (ri)utilizzando il personale di custodia ivi operante. Che del problema, notoriamente, è parte significativa.

²²() "In deroga all'affidamento ordinario..., per 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, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria": art.113 Tuel d.lgs. 267/2000 così come riformulato dall'art.23-bis, comma 3, D.L. 112/2008 convertito con legge 133/2008.

specifiche, e in parte anche di natura cautelare, incidenti direttamente sulla organizzazione amministrativa delle regioni e degli enti locali al dichiarato fine di evitare ridondanze e garantire il contenimento della spesa pubblica.

Questi essendo, insieme, l'*oggetto* e la *ratio* della disposizione nonché l'*interesse tutelato*, e scontando la piena titolarità degli uni e dell'altro in capo alle regioni e agli enti locali, non è facile aggiungere altro alla carenza di legittimazione della disposizione statale in sé e per la irrazionalità della indifferenziata operatività, in termini di soggetti, di attività e di condizioni di contesto, che ne discendono in tutta evidenza.

Le cose non cambiano di molto in tema di società a partecipazione pubblica dei commi 27-29 per le quali la Corte si pronuncia in termini di infondatezza.

Riferito l'orientamento del legislatore che, come affermato nella relazione al disegno di legge, non ha nulla in termini di principio contro la creazione di enti e società ma intende semmai evitarne gli abusi, dimostrati dalla loro numerosità⁽²³⁾ e dal fatto di sottrarre l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza generando attentati alla concorrenza la Corte, richiamata la *summa divisio* della sentenza 326/2008 (attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa senza privilegi), ritiene le disposizioni in parola largamente ricomprese nell'ambito della tutela della concorrenza e pronuncia di conseguenza.

Restano così senza risposta tutti gli interrogativi illustrati in precedenza e riguardanti l'effettiva portata della norma e il *quid novi* della medesima in termini di tutela della concorrenza, rispetto al regime dettato dal decreto Bersani, l'intrinseca ragionevolezza degli elementi derogatori adottati dal legislatore (la correlazione con le finalità istituzionali e la "stretta necessarietà"), la motivazione della prevalenza del profilo di tutela della concorrenza rispetto a quello della autonomia organizzativa, la razionalità di una previsione uniforme e indifferenziata senza possibilità di articolarne l'applicazione in funzione dei livelli istituzionali, delle attività in gioco, delle condizioni del contesto in cui si opera.

Sicché, suona insieme curiosa e poco convincente l'esclusione di modalità irragionevoli utilizzate dal legislatore, operata al termine della motivazione, per il fatto che "il divieto stabilito dalle disposizioni censurate", come del resto il correlato obbligo di provvedere alla dismissione delle partecipazioni entro un determinato termine, "non hanno carattere di generalità, ma riguardano esclusivamente i casi nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento delle finalità istituzionali".

Perché, sempre lasciando da parte l'ambito dei servizi di interesse generale, o la nuova disciplina non aggiunge nulla alla consolidata necessità che l'uso dello strumento privatistico sia funzionalmente collegato alle finalità e agli interessi assegnati alle pubbliche amministrazioni o è giocoforza concludere che oggi, diversamente da ieri, queste ultime (tutte) possono costituire o partecipare a società di produzione di beni e servizi solo in ipotesi assai limitate (stretta necessarietà) e comunque sostanzialmente residuali rispetto ai restanti casi per i quali vale invece il divieto.

Ce n'è abbastanza, si vorrà concedere, per concludere per la generalità, oltre che la forte incidenza organizzativa, della nuova disciplina.

6. I problemi, dunque, non mancavano e non mancano. Ma con altrettanta sicurezza è lecito escludere che il Giudice costituzionale non ne fosse consapevole. Al contrario, è assai probabile che sia stata proprio la percezione della loro delicatezza e

²³() La straordinaria varietà di cifre che sono indicate in materia la dice lunga non solo sulla estensione del fenomeno, ma sull'evidente mancanza di criteri omogenei nel perimetrare la materia. Più utili, probabilmente, analisi mirate e soprattutto estese all'esame nel merito degli indicatori di dimensione e funzionamento. Cfr. ad es. il rapporto della Fondazione Civicum *Le società controllate dai maggiori comuni italiani: bilanci*, edizione 2008, a cura dell'Ufficio Studi di Mediobanca.

interdipendenza, in aggiunta alla complessità delle implicazioni che ne derivano, ad aver suggerito la massima cautela.

Il tema delle società a partecipazione pubblica è infatti il banco di prova di un passaggio cruciale del nostro sistema amministrativo in termini di modernizzazione, cooperazione pubblico-privato e (inevitabile) articolazione, ma proprio per questo è anche il punto su cui si scaricano tutte le tensioni e le contraddizioni in atto che cercano, e per il momento non trovano, il necessario punto di equilibrio.

Un equilibrio nel quale restano ancora senza risposta gli interrogativi fondamentali, in particolare quanto di "pubblico" vada riproposto nell'uso delle forme privatistiche da parte della pa senza superare il limite oltre il quale si ripropongono tutti gli elementi da cui (invano, evidentemente) si era cercato di prendere le distanze generando cerchi sempre più ampi di (sostanziale) espansione della pubblica amministrazione e quanto di "privato" e di impresa sia affidabile in mani pubbliche senza innescare alterazioni del mercato e della concorrenza con le altre imprese.

Tra l'uno e l'altro infinite altre questioni, alcune delle quali si sono qui richiamate. A cominciare da *chi* possa porvi mano. Il che, come si sa, dipende dal fatto di sapere come intervenire oltre ad avere titolo per farlo.

Il legislatore statale, da vent'anni a questa parte, ha detto tutto e il contrario di tutto oscillando continuamente (anzi, annualmente, dato il costante ricorso alle varie leggi finanziarie) tra interventi di modesta portata (ma di grande interesse per i vari attori in gioco) e tentativi di razionalizzazione sistematicamente arenati.

Ma, deve riconoscersi, ben poco aiuto ha ricevuto da ogni altra parte: dall'ordinamento comunitario, che proprio in questa materia, basti pensare all'*housing providing* ⁽²⁴⁾ o al tema della "doppia gara" per l'affidamento del servizio e per la scelta del socio privato ⁽²⁵⁾, ha mostrato evidenti incertezze e ancor più è destinato a mostrarne nel prossimo futuro, quando gli effetti della crisi finanziaria e le conseguenze dei massicci interventi pubblici posti in essere emergeranno in tutta la loro profondità; dalla dottrina, ancora alla ricerca (quando lo ha fatto) di un bandolo della matassa che evidentemente non c'è o meglio non è *unico*; dalla giurisprudenza e in particolare dalla Corte dei conti, che non ha trovato di meglio che semplicemente sovrapporre all'ordinario regime dei controlli e delle responsabilità dell'ordinamento societario quello speciale proprio della responsabilità amministrativa, con disinvolve ed ardite miscele di categorie concettuali e giuridiche assolutamente distinte (come l'atipicità, propria dell'illecito innestato nella natura sanzionatoria - dunque a presupposto tipico - della responsabilità amministrativa) ⁽²⁶⁾.

Con un risultato più che probabile: la (consueta) dissoluzione della responsabilità effettiva per quanto operato, dispersa tra rappresentanti delle amministrazioni pubbliche, che opporranno la distinzione dei soggetti in campo e dei loro compiti, e amministratori delle società, che avranno buon gioco ad enumerare i vincoli di ogni genere che hanno condizionato la proprie scelte ⁽²⁷⁾.

Se questo è vero, il minimo che si può dire è che siamo ancora molto lontani dalla soluzione dei problemi che si sono richiamati. Il che, probabilmente, ci aiuta a capire meglio le scelte dei giudici della Consulta.

²⁴() Su cui da ultimo v. G. Piperata, *La Corte Costituzionale, il legislatore regionale e il modello "a mosaico" della società in house*, in questo stesso numero della *Rivista* ;

²⁵() Un importante ripensamento della questione nella sentenza C-196/08 del 15 ottobre 2009 della CGCE III sez.

²⁶() L. Torchia, *la responsabilità*, cit., pp.795-6.

²⁷() Per queste ragioni sono pienamente da condividere, sul punto, i principi-guida di riordino del settore auspicati dal rapporto Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, vedilo in <http://www.assonime.it/>, e in particolare il fatto che l'azionista pubblico, nella sua veste di socio, debba avvalersi unicamente dei poteri riconosciuti all'azionista dal codice civile.

La Corte Costituzionale ha prudentemente atteso per lungo tempo che su questa materia si consolidassero alcuni punti fermi. Poi, con la sentenza 326/2008, si è mostrata disposta a dare il proprio contributo provvedendo ad indicare, con la divisione più volte ricordata tra attività amministrative in veste societaria e attività di impresa in mano pubblica, le premesse per regimi diversi tanto quanto lo sono le attività, gli interessi e le logiche che di volta in volta entrano in gioco.

Nei mesi successivi, ulteriori interventi legislativi intervenuti, pronunce come quelle delle Sezioni unite civili della Cassazione, e soprattutto la percezione delle infinite implicazioni che ne discendono sui versanti più diversi, a cominciare appunto dalla questione della competenza ad intervenire tra i vari livelli istituzionali, che per le attività amministrative in veste societaria non può non risentire della riserva di autonomia organizzativa in favore di regioni e sistemi locali, hanno probabilmente suggerito di non spingersi oltre e di attendere ancora.

Una decisione probabilmente saggia, perché non sempre chi ha il potere di verificare la legittimità di una disposizione legislativa ha anche quello di risolvere, o almeno non aggravare, i problemi che deriverebbero da una sentenza di accoglimento.

Ma i problemi appunto ci sono, e molto rilevanti. E la scelta, pur comprensibile, di non affrontarli in questa occasione significa semplicemente che restano aperti. Per intero, anche per il giudice e il giudizio che verrà.