

Le società pubbliche nel panorama municipale al tempo della Terza Repubblica

Autore: Salvatore Faraci

In: Diritto amministrativo, Focus

SOMMARIO: 1. I profili storico-evolutivi delle società municipalizzate. - 2. Il momento costitutivo e le regole organizzative delle società pubbliche alla luce del D. Lgs. 175/2016. - 3. Il rapporto tra società pubbliche e i pubblici poteri. - 4. I controlli. - 5. Le società partecipate come strumento di governo locale: la scelta del socio e la nomina dei componenti nei C.d.A. - 5.1. Il regime della responsabilità dei componenti degli organi amministrativi. - 5.2. Forme e strumenti di accountability per consigli comunali e giunte. - 6. La soggezione all'evidenza pubblica e alla normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi. - 6.1. Il reclutamento del personale nelle società pubbliche. - 6.2. Trasparenza ed accesso ai documenti amministrativi. - 7. Conclusioni

Volume consigliato

1.

I profili storico evolutivi delle società municipalizzate.

Il fenomeno del capitalismo municipale nel panorama italiano ha rappresentato una evidente promozione di un ruolo autonomo degli attori pubblici locali.

A livello storico, è possibile affermare che il percorso evolutivo è stato ispirato dalle dottrine socialiste e cattoliche che intendevano favorire l'emancipazione delle classi meno abbienti. Precisamente, per mezzo della legge elettorale n. 999 del 24 settembre 1882 venne estesa la rappresentanza politica a favore di nuove classi sociali, alle cui esigenze occorreva dare una risposta^[1].

Parallelamente, le sempre più frequenti migrazioni sociali verso i centri urbani hanno favorito l'affermarsi del movimento municipalista, in ragione del fatto che socialisti, cattolici e liberali avvertivano l'esigenza di superare il pregresso sistema monopolistico privato a favore di un regime di libera concorrenza^[2].

Si imponeva dunque la necessità di conciliare le esigenze di profitto dell'imprenditore privato con l'interesse collettivo della fruizione dei servizi di pubblica utilità. Ciò ha comportato la c.d. "municipalizzazione"^[3].

Il panorama storico ricostruito ha visto l'allora ministro Giolitti presentare il primo disegno di legge in materia di servizi pubblici locali al fine di fornire una risposta efficace alla crescente intensificazione della vita urbana, legata non solo al progressivo ingrandimento della città, ma anche alla moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorreva dare riscontro con mezzi sociali.

Pertanto, i principali obiettivi della prima legge^[4] varata in Italia furono: l'eliminazione degli effetti negativi legati all'erogazione di servizi pubblici in regime monopolistico da parte del concessionario privato; la gestione diretta dei servizi pubblici mediante le aziende speciali prive di personalità giuridica^[5]; il controllo di gestione^[6].

Del resto, tale fenomeno ha assunto progressivamente dimensioni globali.

Segnatamente, in tutta Europa, verso la fine del XX secolo in Europa e negli Stati Uniti, la crisi dello stato moderno ha ripensato le forme strategiche dell'intervento pubblico nell'economia, con significativi cambiamenti sia nell'organizzazione dei servizi sia nella loro gestione operativa^[7]. In Italia, con il passaggio alla regolazione locale, si sono definite nuove funzioni per gli enti locali, non più gestori diretti, ma controllori e dirigenti delle attività svolte in regime di concessione da terzi.

Il capitalismo municipale in Italia, nonostante le complicazioni dei circuiti di responsabilità, ha visto proliferare partecipate nei più diversi campi di attività.

Attraverso le privatizzazioni avviate negli anni '90^[8], si è inoltre ridefinito il ruolo della politica, in quanto le partecipate rappresentano un fenomeno di stampo politico non solo in termini di clientele o di gettito per i bilanci comunali, ma prevalentemente per le opportunità e le prospettive sociali che aprono le scelte fatte intorno al loro sviluppo.

Fu con Legge n. 142/1990^[9] che è si registro il vero cambio di rotta nell'ambito dei servizi pubblici locali e

il ruolo dello Stato nell'economia ha assunto le vesti del regolatore dei processi economici attraverso interventi volti da un lato, ad un risparmio di spesa pubblica e, dall'altro, ad una maggior efficienza nell'erogazione delle public utilities secondo le dinamiche dell'economia di mercato.

Le forme di gestione previste dalla legge sull'ordinamento degli enti locali erano le seguenti^[10]:

- gestione in economia: quando le caratteristiche del servizio permettevano la sua erogazione mediante il semplice ausilio degli uffici amministrativi;
- concessione a terzi: nel caso in cui l'erogazione del servizio richiedesse attrezzature, professionalità o risorse economiche che l'ente non era in grado di garantire;
- azienda speciale;
- istituzione: per l'erogazione di servizi sociali che non fossero a rilevanza imprenditoriale;
- società per azioni a prevalente capitale pubblico: nel caso in cui per l'erogazione del servizio fosse necessaria la presenza anche di un soggetto privato.

Tuttavia, la vera novità era rappresentata dalla forma della società per azioni, per la quale il legislatore ha previsto le seguenti limitazioni^[11]:

- necessaria prevalenza del capitale pubblico, anche da parte di più enti pubblici;
- necessaria compresenza di più soggetti;
- svolgimento di attività tese perseguire i fini istituzionali dell'ente.

Gli interventi degli anni 2000, e in particolare il decreto legislativo n. 267/2000 (TUEL: Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali), hanno definitivamente affermato che i Comuni e le Province godono di "autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica" (art. 3)^[12]. Le forme di gestione previste dall'art. 22 della l. n. 142/90 sono state trasfuse negli artt. 112 e 113 TUEL.

Successivamente, la Finanziaria per il 2002 ha avviato un processo di liberalizzazione e privatizzazione del settore delle public utilities apportando una modifica dell'art. 113 e introducendo l'art. 113 bis^[13].

Con il decreto Bersani (d.l. n. 223/2006)^[14], il legislatore ha cominciato ad introdurre dei freni all'azione delle società strumentali limitandone l'operatività all'esercizio delle attività svolte in via esclusiva nei confronti degli enti costituenti o partecipanti^[15], nel precipuo fine di scongiurare distorsioni del gioco della concorrenza e del mercato^[16].

Un'ulteriore limitazione è stata successivamente introdotta dall'art. 3, comma 27, della l. n. 244/2007^[17] ha introdotto un'ulteriore limitazione prevedendo la legittimità delle sole società produttrici di beni e servizi "strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali"; l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, invece, ha limitato la costituzione e la detenzione di partecipazioni utilizzando il criterio dell'estensione demografica^[18]; infine, con l'art. 4, comma 1, del d.l. n. 95/2012 il legislatore ha introdotto il criterio del fatturato, imponendo alternativamente lo scioglimento delle società ovvero l'alienazione delle partecipazioni, entro una certa data, in caso di fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% (per l'anno 2011).

Ai sensi dell'art. 13, comma 1, le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività:

- dovevano operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non potevano svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara;
- non potevano partecipare ad altre società o enti per evitare che potessero svolgere attività non consentite, ma soprattutto evitare "l'alterazione o la distorsione della concorrenza e del mercato e la violazione del principio di parità degli operatori";
- dovevano avere un oggetto sociale esclusivo, da non intendersi come divieto di costituzione di multiutilities^[19], in quanto ciò avrebbe contrastato con i principi di efficienza, efficacia ed economicità poiché avrebbe spinto un singolo soggetto pubblico alla costituzione di una pluralità di società caratterizzate dallo svolgimento di una sola attività economica.

A tale principio facevano eccezione le società strumentali costituite al fine di svolgere attività tese al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente locale.

Tale evoluzione prosegue con la Finanziaria per il 2008, con cui il legislatore ha ulteriormente limitato la costituzione di società a partecipazione pubblica in relazione alla "mission" istituzionale dell'amministrazione pubblica^[20] onde «**evitare forme di abuso che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica**», con la puntualizzazione che «la creazione di enti e società per lo svolgimento

di compiti di rilevanza pubblica è e rimane uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività»^[21].

Cionondimeno, i plurimi interventi operati dal legislatore in ottica di razionalizzazione non hanno dato i risultati sperati. Per tale ragione, sono stati introdotti degli incentivi fiscali^[22], nonché l'esclusione dai vincoli del Patto di stabilità interno delle spese in conto capitale effettuate dagli Enti locali con i proventi derivanti dalla dismissione delle stesse società partecipate^[23].

Con la Legge di Stabilità 2015^[24] sono stati definiti i criteri per l'**attuazione del processo di razionalizzazione** da attuarsi secondo uno specifico piano contenente una descrizione sintetica del contesto di riferimento, degli obiettivi, dei risultati attesi, delle scelte relative a cessione, dismissione o liquidazione, delle tempistiche, che prevedesse:

- l'avvio del processo di razionalizzazione (1 gennaio 2015);
- la definizione e approvazione di un piano operativo corredato di relazione tecnica, indicante le modalità, i tempi di attuazione e l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire (31 marzo 2015);
- la contestuale pubblicazione del piano operativo sul sito internet dell'amministrazione precedente e trasmissione alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei Conti che valuterà la coerenza del piano stesso con le finalità richieste dalla legge (31 marzo 2015);
- il conseguimento della riduzione delle partecipazioni possedute (31 dicembre 2015);
- la predisposizione, da parte degli organi di vertice di ciascuna delle amministrazioni interessate, di una relazione sui risultati conseguiti e contestuale pubblicazione sul sito internet dell'amministrazione e invio alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei Conti (31 marzo 2016).

L'ultima tappa, ad oggi, nell'evoluzione della municipalizzazione si registra con il TU partecipate^[25].

2.

Il momento costitutivo e le regole organizzative delle società pubbliche alla luce del D. Lgs. 175/2016.

Con il **d. lgs. n. 175, del 19 agosto 2016**, il Legislatore ha ridefinito la disciplina delle società a partecipazione pubblica esercitando la summenzionata delega che il Parlamento gli aveva conferito al fine di **«assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza» mediante la «razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità» e la «ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche»** (art. 18, l. n. 124/2015). Prima di procedere con l'analisi del momento costitutivo della società pubblica, pare opportuno riassumere il contenuto del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, come modificato dal decreto correttivo del 16 giugno 2017, n. 100. Le disposizioni sono classificabili in quattro categorie:

1. quelle relative all'oggetto e all'ambito di applicazione del testo unico (art. 1), alla formulazione delle definizioni (art. 2), all'individuazione delle società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3);
2. quelle che fissano le condizioni e i limiti delle partecipazioni pubbliche, le regole relative alla costituzione delle società o all'assunzione o al mantenimento di partecipazioni pubbliche, nonché all'alienazione delle stesse (artt. 4-10);
- quelle sull'amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica: governance (art. 11), responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi amministrativi e di controllo (art. 12), attivazione del controllo giudiziario (art. 13), prevenzione della crisi d'impresa (art. 14), controllo e monitoraggio da parte del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 15);
1. quelle che incentivano l'economicità e l'efficienza attraverso le procedure di razionalizzazione periodica e straordinaria (artt. 20 e 24), che disciplinano i rapporti finanziari tra partecipate ed enti locali (art. 21).

Per quanto concerne dunque l'ambito soggettivo di applicazione, 'art. 1, comma 1 stabilisce che il decreto si applica alla "costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta"^[26].

L'art. 4 costituisce uno dei pilastri su cui si fonda la riforma delle società a partecipazione pubblica, tesa al conseguimento di una maggiore efficienza e ad un alleggerimento della loro incidenza sulle finanze pubbliche, ponendo dei freni alla capacità delle amministrazioni pubbliche di costituire una società o di acquisire delle partecipazioni^[27]. A norma dell'art. 4, comma 1, "le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità Istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società". **Si tratta, a ben vedere, del c.d. vincolo di scopo**, ovvero di una disposizione che ricalca l'art. 3, comma 27, della Finanziaria per il 2008^[28].

Unitamente al vincolo di scopo, il legislatore ha menzionato espressamente il vincolo di attività. Sicché l'art. 4, comma 2 individua tassativamente le attività il cui svolgimento giustifica la partecipazione pubblica: produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2; autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016.

L'art. 7 del Testo unico disciplina **l'atto deliberativo**, da un punto di vista sia formale che sostanziale.

Sotto quest'ultimo aspetto, in ragione dell'ente pubblico socio, la forma dell'atto deliberativo consiste nel decreto del Presidente del Consiglio, in caso di partecipazioni statali, nella deliberazione dell'organo regionale competente, in caso di partecipazioni regionali, nella deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni da parte dei comuni. Gli **obblighi motivazionali** sono quelli previsti dall'art. 5, co. 1.

L'art. 7 è ripreso dall'art. 8 che disciplina l'acquisto di partecipazioni, mentre l'art. 9 individua, sotto il profilo della titolarità attiva, **i soggetti legittimati ad esercitare i diritti di socio**: il Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale, per quanto riguarda le partecipazioni statali; il soggetto individuato dalla singola Regione, nel rispetto del riparto di competenze, a norma della clausola residuale di cui all'art. 117 Cost, per quanto concerne le partecipazioni regionali; il Sindaco o il presidente (o un delegato), per le partecipazioni di enti locali.

Per quanto concerne **l'alienazione delle partecipazioni**, l'art. 10 dispone che la forma e le modalità sono le stesse dell'art. 7, co. 1, e, inoltre, deve avvenire in ossequio ai principi di pubblicità, trasparenza e

non discriminazione.

L'art. 11 definisce puntualmente i **requisiti degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico e introduce il principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo**. Stabilisce inoltre che il modello di governance da preferire deve essere quello dell'amministratore unico; la scelta di un diverso modello di governance richiede l'invio della delibera alla Corte dei conti. Il d.lgs. in parola, in linea con diversi altri interventi recenti, interviene anche sui compensi relativi alle prestazioni dei componenti degli organi sociali e dei dipendenti che devono essere parametrati alla fascia di appartenenza della società, entro un limite massimo di 240.000 euro annui.

Il **controllo giudiziario sull'amministrazione** di società a controllo pubblico è disciplinato dall'art. 13, prevedendo la possibilità in capo al socio pubblico di denunciare le gravi irregolarità riscontrate, anche in caso di società a responsabilità limitata. L'art. 14 prevede riconosce esplicitamente l'**assoggettabilità al fallimento e al concordato preventivo** da parte delle società a partecipazione pubblica. In caso di indicatori di crisi aziendali, è possibile, peraltro, adottare un piano di risanamento, purché conduca, entro tre anni, all'equilibrio finanziario.

Un approfondimento particolare meritano le società in house nell'attuale sistema normativo. Sulla base delle indicazioni contenute nella legge delega, segnatamente la necessità di classificare le società per tipi, il testo unico ha previsto una specifica disciplina delle c.d. **società in house**^[29].

Come osservato, l'in house costituisce una tipologia societaria di derivazione giurisprudenziale i cui requisiti necessari per la sua configurazione sono stati individuati dalla Corte di giustizia europea:

- nella **partecipazione interamente pubblica**;
- nel **controllo analogo**;
- nella **prevalenza dell'attività a favore dell'amministrazione controllante**^[30].

La **direttiva 2014/24/UE** ha, parzialmente, modificato i tratti essenziali dell'in house prevedendo la possibilità di ricorrere a "forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata", aggiungendo, inoltre, il limite superiore all'80% per quanto concerne l'entità dell'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione pubblica controllante. Il testo unico interviene anche sul concetto di "prevalenza di attività", in ossequio alle direttive europee, ma in contrasto con la giurisprudenza maggioritaria che ritiene non sufficiente circoscrivere la definizione della prevalenza esclusivamente agli aspetti quantitativi, come il fatturato, in quanto essa andrebbe valutata anche sulla base di aspetti qualitativi^[31].

Precisamente, il **testo unico stabilisce che gli statuti delle società in house debbano prevedere che “oltre l’ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall’ente pubblico o dagli enti pubblici soci”**. In aggiunta a quanto previsto dalle direttive, il testo unico consente la possibilità di svolgere attività extra moenia purché si possano conseguire economia di scala o altri recuperi di efficienza^[32].

Con riferimento al controllo analogo, come chiarito dalla Corte di Giustizia, esso viene meno nel momento in cui l’organo amministrativo detiene “ampi poteri di gestione”^[33]. **Affinché vi sia controllo analogo è necessario che l’ente pubblico controllante possa esercitare “poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale”**. Il controllo analogo , tuttavia, non va sovrapposto al concetto di direzione e coordinamento, in quanto costituisce un **quid pluris rispetto ad esso**. Riprendendo le parole della Corte di Cassazione, il controllo consiste in “un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell’ente con modalità e con un’intensità non riconducibili ai diritti e alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale”^[34].

L’articolo 17 si occupa della disciplina delle società a partecipazione mista pubblico-privata, costituite, ai sensi dell’art. 4, comma 2, lettera c) per la realizzazione e la gestione di un’opera ovvero per l’organizzazione e la gestione di un servizio d’interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato, selezionato mediante procedure di evidenza pubblica a norma dell’articolo 5 del d.lgs. 50/2016 e che detenga una partecipazione pari ad almeno il 30 per cento.

Il **partenariato pubblico-privato (cd. PPP)** costituisce, pertanto, una possibile modalità di organizzazione e gestione di un servizio d’interesse generale ed implica la gara a doppio oggetto. Del resto, negli ultimi anni si è sempre più diffuso il ricorso a formule collaborative tra pubblico e privato, in cui il settore dei servizi pubblici si colloca tra Stato e mercato. Tale scelta è divenuta dominante in tutti quei casi in cui si è avvertita l’esigenza di garantire determinati standard di efficacia, efficienza ed economicità, soprattutto laddove la domanda di infrastrutture e le limitate risorse economiche hanno spinto l’amministrazione a percorrere nuove vie per realizzare lavori di pubblica utilità. Pertanto, il ricorso al finanziamento dei privati ha consentito la diffusione del PPP, con una amministrazione dirigista.

Alla formula partenariato pubblico privato si ascrivono due tipologie di collaborazione: contrattuale^[35] e istituzionale. Il primo basato su legami convenzionali, il secondo, invece, rappresentato dalle società miste.

Il classico esempio di partenariato contrattuale è il modulo concessorio, attraverso cui si instaura un rapporto diretto tra il soggetto privato erogatore e l’utente finale, con l’amministrazione che controlla. Si tratta di un rapporto a rilevanza trilaterale. Segnatamente, la pubblica amministrazione definisce gli obblighi a carico del concessionario, il quale eroga il servizio, secondo le regole organizzative che ritiene

più opportune, a favore degli utenti, i quali pagano un corrispettivo. Il rischio d'impresa^[36] è posto a carico del concessionario^[37].

Secondo la definizione fornita dall'art. 180, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il **contratto di partenariato** è **"il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato** in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".

Il modello è caratterizzato anche dal tipo di retribuzione del co-contraente, consistente in compensi riscossi presso gli utenti del servizio, se necessario completata da sovvenzioni versate dall'autorità pubblica" (par. 22) (Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni - 2004).

Infine l'art. 19 attiene alla gestione del personale e stabilisce che i rapporti di lavoro del personale delle società a controllo pubblico sono disciplinati ai sensi delle disposizioni normative applicabili al settore privato, mentre il reclutamento richiede il rispetto del principio di cui all'art. 35, co. 3, del TUPI^[38] sull'accesso alle pubbliche amministrazioni. Si tratta, quindi, di due regimi giuridici diversi: l'uno di stampo privatistico per il contratto di lavoro e pubblicistico per il reclutamento.

Ciò chiarito in ordine alle regole organizzative delle società pubbliche, è opportuno analizzare il momento costitutivo delle stesse.

Allorquando la stazione appaltante decida di avvalersi dell'affidamento diretto in house avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato, l'art. 192, co. 2, d. lgs. 50/2016 le impone un onere di motivazione che non è richiesto per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi. Tale motivazione si deve suddividere in due parti: la prima deve esplicitare le ragioni del mancato ricorso al mercato; la seconda deve rendere noti i benefici che la collettività conseguirà in virtù della forma di gestione prescelta^[39].

Sul punto occorre rilevare che l'art. 192, co. 2, giacché esso colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione inter-organica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento.

Più nello specifico, è utile evidenziare che, in tema di acquisizione dei servizi di interesse degli organismi pubblici, si fronteggiano due principi generali la cui contestuale applicazione può comportare antinomie: da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come

meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza che vincoli di particolare modalità gestionale derivanti dall'ordinamento dell'UE o da quello nazionale (ad es.: regime di affidamento con gara) rispetto a un'altra (ad es.: regime di internalizzazione ed autoproduzione); dall'altro, il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni.

Da ultimo, **si osserva come il principio pro-concorrenziale abbia una valenza sussidiaria rispetto al principio di autodeterminazione e la relativa libertà nella scelta del modello gestionale**^[40]. Emerge che, da parte dell'ordinamento dell'UE gli affidamenti in house (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorte di prius logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse.

3.

Il rapporto tra società pubbliche e i pubblici poteri.

L'analisi dei rapporti finanziari tra enti locali e società a partecipazione pubblica postula un avvertimento metodologico risalente agli albori del '900.

Difatti, nel tempo, il ricorso ai moduli societari è stato spesso visto come un escamotage per aggirare i vincoli di finanza pubblica^[41], in particolare, del patto di stabilità interno^[42], di assunzione del personale dipendente, e non per dare concretezza all'aziendalizzazione^[43] dei servizi pubblici.

Sul punto, in riferimento alla società pubbliche, nella Relazione al Codice Civile si legge che lo Stato «si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici»^[44]; già allora, quindi, lo strumento societario era considerato il più adeguato per la gestione imprenditoriale dei servizi pubblici. Si è provato allora ad ovviare all'uso improprio, improvido e miope delle società a partecipazione pubblica, definite «insincere» e «farisaiche»^[45] estendendo anche ad esse tutti quei vincoli che già riguardavano l'amministrazione pubblica, in generale, e dando attuazione ai principi costituzionali e, primo tra tutti al principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Così come avviene per ogni ente pubblico, anche per le figure soggettive in argomento sussistono determinati rapporti con l'ente territoriale di riferimento, in particolare lo Stato, connaturati alla propria natura giuridica di stampo pubblicistico.

E', tuttavia, doveroso distinguere, fra di esse, in primo luogo gli enti pubblici a struttura di società per azioni la cui precipua destinazione funzionale consiste nell'esercizio di un'attività d'impresa in senso proprio. Tuttavia, con riferimento a questa categoria tipologica è da rilevare che, diversamente da quanto avveniva per gli enti pubblici economici, tali rapporti non si risolvono più nei poteri di direzione e di vigilanza, tradizionalmente riconosciuti agli enti territoriali di riferimento. Essi sono sostituiti, infatti, dalla circostanza per cui l'organo dell'ente territoriale di riferimento - per lo più, un Ministro - è incorporato nella stessa compagine societaria, nella veste di azionista unico o di maggioranza.

I rapporti tra organi politici e organi tecnico-gestionali che figurano all'interno degli enti pubblici a struttura di società per azioni appartenenti alla categoria de qua rappresenta l'aspetto più delicato di questa formula organizzativa.

Va pertanto evidenziato che **questi rapporti di rilievo pubblicistico sono soggetti alla integrale disciplina prevista dalle disposizioni del codice civile che fissa, da un lato, le competenze dell'assemblea e, dall'altro, degli organi di gestione delle società per azioni**^[46].

Detti poteri pubblicistici, esterni alla compagine societaria, sono volti a dirigere in via "funzionalizzata" la politica societaria verso l'interesse pubblico che le società in questione devono perseguire, in ossequio alle proprie fonti istitutive. Per altro verso, come è stato correttamente osservato, essi incontrano un duplice limite: a) da un lato, devono avere carattere necessariamente generale, non potendosi tradurre in direttive dal contenuto eccessivamente puntuale e specifico; b) dall'altro lato - e soprattutto - non possono mirare ad obiettivi incompatibili col carattere spiccatamente economico- imprenditoriale della gestione, che è pur sempre imposto a queste figure soggettive dalle singole fonti istitutive^[47].

Giova altresì sottolineare che **questi poteri pubblicistici esterni alla compagine societaria non si rivelano in grado, di per sé, di alterare i normali meccanismi di funzionamento della struttura di società per azioni**, giacché non sono esercitabili direttamente nei confronti delle figure soggettive in esame in sé considerate, **bensì soltanto nei confronti del soggetto pubblico azionista unico o di maggioranza**. In quanto tali, **essi sono idonei a svolgere un condizionamento solo sulla "volontà" di quest'ultimo, mantenendo inalterati i suoi rapporti con gli organi sociali di gestione dell'impresa**. Tali rapporti, dunque, rimangono interamente assoggettati alla disciplina delle disposizioni del codice civile, le quali escludono in radice, nella formulazione introdotta dalla riforma del diritto societario qualunque potere di direzione dell'azionista nei confronti degli organi di gestione dell'impresa.

Da tale quadro emerge, in definitiva, un assetto relazionale per cui tra gli organi di gestione dell'impresa e i soggetti pubblici esterni alla compagine societaria, titolari, come osservato, di poteri di direzione nei soli confronti del soggetto pubblico azionista unico o di maggioranza, non intercorre alcun rapporto giuridicamente qualificato, né di diritto privato, né di diritto pubblico.

In ciò si distinguono le figure soggettive in parola dagli enti pubblici economici, sotto il profilo dei rapporti di diritto pubblico con l'ente territoriale di riferimento.

Diversamente è da dirsi con riferimento agli enti pubblici strutturati nella forma di società per azioni, la cui destinazione funzionale principale si rinviene nell'esercizio di una impresa in senso improprio, specie con riferimento a quelli la cui destinazione funzionale principale non integra la gestione di un'impresa, neppure in senso improprio. In tali ulteriori ipotesi soggettive, infatti, nelle singole fonti istitutive figura sovente una disposizione che, ancorché attraverso l'uso di diverse formulazioni terminologiche, prevede uno o più poteri pubblicistici di ingerenza "diretta" nell'attività dell'ente societario, *rectius* nell'attività dei suoi organi di gestione, attribuendoli o ad un soggetto pubblico esterno alla compagine societaria, ovvero allo stesso Ministro azionista unico o di maggioranza, ma, in questo secondo caso, non nella sua qualità di socio, ma in qualità di pubblico potere^[48].

Pare dunque opportuno considerare che, probabilmente, lo stesso legislatore istituyente di tali queste figure giuridiche soggettive, nello schema della società per azioni, debba aver avvertito una certa inadeguatezza strutturale di detta figura giuridica (per come è concepita alla stregua della mera disciplina privatistica e che ha riguardo esclusivamente agli aspetti patrimoniali) in ragione della destinazione funzionale principale, più o meno estranea all'esercizio di un'impresa in senso proprio.

4.

I controlli.

Da sempre, un ruolo di assoluta preminenza attiene alla tematica dei controlli dei controlli^[49], trasformatosi ed evolutosi di pari passo con l'evoluzione del concetto di amministrazione pubblica, nonché attraverso il processo di integrazione europea mediante l'imposizione dei vincoli di bilancio che condizionano ed influenzano scelte e modalità d'impiego delle risorse finanziarie, ridimensionando il ruolo dei singoli Stati membri nell'economia.

A livello definitorio, il **controllo consiste nella "verificazione di regolarità di una funzione propria o aliena"**^[50], **al fine di verificare il conseguimento di una finalità pubblica cui deve mirare l'azione amministrativa**^[51] **e, in caso di difformità, "riportare alla regola ciò che alla regola non è conforme"**^[52].

Con il **decreto legge n. 174, nel 2012** è stata operata la riforma al sistema dei controlli, al fine di garantirne un maggiore rafforzamento.

Del resto, l'importanza dei controlli è stata sostenuta anche dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti^[53].

Attraverso la riforma del 2012 si è inteso operare un rafforzamento dei **controlli interni**, pur mantenendo inalterata la loro precipua funzione collaborativa. In particolare, rispetto alla disciplina previgente, è previsto un **coinvolgimento diretto delle figure organizzative di maggior rilievo in termini di responsabilità presenti negli enti, quali il segretario comunale, il direttore generale e i responsabili dei servizi, al fine di incrementare la vicinanza tra l'attività gestionale e il monitoraggio della stessa in virtù di specifici parametri valutativi.**

Sotto il profilo dei compiti, i singoli enti locali devono individuare gli strategie, strumenti e metodologie opportuni al fine di delineare il proprio sistema del controllo interno e, di conseguenza, garantire la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa (147, co. 1).

Sul punto, è opportuno definire gli obiettivi del sistema del controllo interno che, a norma dell'art. 147, co. 2, deve essere diretto a:

1. verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi correttivi, il rapporto tra obiettivi e azioni realizzate, nonché tra risorse impiegate e risultati;
2. valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, dei programmi e degli altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra i risultati conseguiti e gli obiettivi predefiniti;
3. garantire il costante controllo degli equilibri finanziari della gestione di competenza, della gestione dei residui e della gestione di cassa, anche ai fini della realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica determinati dal patto di stabilità interno, mediante l'attività di coordinamento e di vigilanza da parte del responsabile del servizio finanziario, nonché l'attività di controllo da parte dei responsabili dei servizi;
4. verificare, attraverso l'affidamento e il controllo dello stato di attuazione di indirizzi e obiettivi gestionali, anche in riferimento all'articolo 170, comma 6, la redazione del bilancio consolidato nel rispetto di quanto previsto dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni, l'efficacia, l'efficienza e l'economicità degli organismi gestionali esterni dell'ente;
5. garantire il controllo della qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti esterni e interni dell'

All'organizzazione dei controlli interni devono partecipare: il segretario dell'ente, il direttore generale, laddove previsto, i responsabili dei servizi e le unità di controllo, se istituite (art. 147, co. 4)^[54].

A livello classificatorio, i controlli si suddividono in: controlli di regolarità amministrativa e contabile (art. 147 bis TUEL), di gestione (art. 147, co.2, lett. a, Tuel); strategico (art. 147-ter Tuel)^[55].

Per ciò che riguarda l'argomento che qui ci occupa, è inoltre previsto anche il sistema di controlli sulle partecipate^[56], introdotto con la riforma del 2012.

Nel deliberato intento di evitare usi impropri dello strumento societario, negli ultimi anni, il legislatore ha tentato di rendere sempre più marcati **i controlli svolti dalla Corte dei Conti sulle amministrazioni che ricorrono allo strumento delle società partecipate**. L'art. 1, comma 4 e l'art. 3, comma 1, lett. d) del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174 recante "Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012", ha attribuito alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti il compito di verificare che i rendiconti delle Regioni e degli enti locali considerino anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività regionale e locale e di servizi strumentali alla Regione e all'ente. Il decreto-legge in parola, inoltre, apportando modifiche al D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 recante "Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali" ha inserito l'art. 147-quater che introduce un sistema di controlli sulle società partecipate non quotate oggetto di definizione dallo stesso ente locale, nell'ambito della propria autonomia organizzativa. **Detti controlli sono dunque esercitati dagli organi propri dell'ente locale che ne assumono la responsabilità, mediante la definizione di obiettivi gestionali, il monitoraggio periodico dell'andamento della società e l'analisi degli eventuali scostamenti, al fine di adottare le più opportune azioni correttive.**

L'art. 148, comma 1, TUEL, come sostituito dal citato decreto-legge, attribuisce inoltre alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti il compito di verificare la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio di bilancio di ciascun ente locale.

Parimenti, è di preminente rilievo la successiva previsione di cui all'art. 1, commi 611 e ss., della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015)^[57] che ha promosso l'avvio di un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente ed indirettamente detenute da Regioni, Province autonome di Trento e Bolzano, Enti locali, Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, Università, Istituti di istruzione universitaria pubblici, Autorità portuali con conseguente approvazione di un piano operativo di razionalizzazione sulla base dei seguenti criteri:

1. a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;

- b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- 2. c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;
- 3. d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;
- 4. e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni^[58].

Tali piani, corredati da un'apposita relazione tecnica devono indicare modalità, tempi di attuazione, nonché l'esposizione dettagliata e analitica dei risparmi da conseguire e devono essere trasmessi alle competenti Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti unitamente ad una relazione sui risultati conseguiti^[59].

In aggiunta a ciò, il piano deve necessariamente contenere l'indicazione della compatibilità con i fini istituzionali dell'ente della singola partecipazione.

Va, a tal scopo, individuato l'esatto oggetto sociale della società partecipata al fine di valutare la natura dei servizi offerti rispetto ai compiti dell'ente, il quale deve indicare i motivi per i quali il servizio deve essere esternalizzato e risulti essere conveniente economicamente il mantenimento dell'esternalizzazione in quanto il mantenimento di una partecipazione societaria si giustifica fino a quando la società partecipata fornisce una corrispondente utilità alla collettività amministrata in quanto, in caso contrario, considerato che il capitale investito non può rimanere inutilmente immobilizzato, è necessario che le risorse investite siano disinvestite e indirizzate per impieghi più proficui. Per tali ragioni, la predisposizione di un compiuto piano di razionalizzazione costituisce un atto doveroso da parte dei vertici degli enti pubblici detentori di partecipazioni societarie, di tal ché si può configurare una responsabilità erariale a carico degli amministratori che, omettono di verificare l'esatta rispondenza della partecipazione alle finalità dell'ente o non effettuano tempestivamente le dismissioni, violando i principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa.

Da quanto sin qui evidenziato risulta che, in ragione delle dimensioni dell'ente, della natura e della quota di partecipazione azionaria, le attività di controllo postulano un'opportuna integrazione nell'ambito dei controlli interni che ciascun ente locale deve attivare, in ottica della definizione di un sistema di controllo di tipo manageriale, fondato sulle attività di programmazione e di controllo, in termini unitari e sistemici^[60].

Si registra dunque l'opportunità, ancorché non prevista da alcuna norma speciale, che i comuni organizzino al loro interno un **"ufficio partecipate" investito di compiti propedeutici allo svolgimento delle attività di indirizzo e di controllo sulle stesse**, le cui competenze di verifica siano indicate con chiarezza, in relazione alla specificità delle partecipazioni possedute (in house o meno, di controllo o totalitarie) e che l'esito dei controlli risulti da specifici atti, accessibili, in modo da consentire l'emergere degli elementi necessari per un esercizio coerente dei diritti di socio dell'ente locale.

Tale funzione legittima lo stesso ufficio, in caso di cattivo andamento dell'organismo societario, a rilevare la responsabilità amministrativa attinente alla mancata osservanza delle valutazioni tecniche emerse in sede di controllo.

Giova altresì soffermarsi sui **controlli sull'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta**.

Come osservato, l'art. 5 del D.lgs. n. 175/2016, rubricato "Oneri di motivazione analitica", prevede, al terzo comma, che **l'atto deliberativo per la costituzione di una società o di una nuova partecipazione diretta o indiretta, sia inviato alla Corte dei conti^[61] "a fini conoscitivi"^[62]**.

Nonostante la formulazione originaria delineasse un procedimento simile alla funzione di controllo preventivo di legittimità esercitata dalla Corte dei conti, lo stesso non poteva ammettersi per un duplice ordine di ragioni^[63].

Da un lato, infatti, **tale controllo, per sua natura, opera quando l'atto è già perfezionato**; dall'altro, un simile controllo sugli elementi richiesti per la costituzione della società (quali la convenienza economica o l'essenzialità della società per il perseguimento dei fini istituzionali) comporterebbe una ingerenza da parte della Corte dei conti che legittimerebbe il sindacato su profili di merito, in spregio al principio della separazione dei poteri e, dunque, alla funzione attribuita alla Corte stessa.

Per tali ragioni, nell'attuale assetto normativo, l'amministrazione ha l'obbligo di trasmettere alla Corte dei conti non già lo schema di atto deliberativo, bensì l'atto deliberativo già perfezionato.

Cionondimeno, **nel caso in cui la valutazione della magistratura contabile avesse esito negativo, le pubbliche amministrazioni interessate possono definire autonomamente la scelta gestionale più adeguata per l'ente pubblico, con la relativa assunzione di responsabilità**.

Per altro verso, come si è avuto modo di osservare, gli enti locali devono definire preliminarmente gli obiettivi gestionali qualitativi e quantitativi a cui devono mirare le proprie società partecipate e devono organizzare un sistema informativo che sia strutturato in modo tale da rilevare i rapporti finanziari tra le partecipate e l'ente locale, la situazione contabile, gestionale e organizzativa delle società stesse, i contratti di servizio, la qualità dei servizi e il rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

In materia di controlli interni, giova precisare che il testo unico ha inciso al fine di contribuire ad un suo rafforzamento prevedendo alcuni strumenti dalla norma definiti di governo (art. 6, co. , D.lgs. n. 175/2016) ma che in realtà sono dei veri e propri strumenti attinenti al sistema dei controlli interni.

Si tratta, in particolare di: regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale; un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione; codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società; nonché di programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea.

Con riferimento all'**ufficio di controllo interno deve specificarsi che è esso chiamato a cooperare con l'organo statutario di controllo, ossia con il collegio sindacale**, rispondendo tempestivamente alle sue richieste. Tuttavia, ciò non può tradursi in una contrazione delle funzioni attribuite al collegio sindacale dall'art. 2403 c.c., ragion per cui è necessario un coordinamento tra l'art. 2403 c.c. e l'art. 6, co. 3, lett. b).

Inoltre, **il controllo del collegio sindacale non deve risolvere in un controllo di mera legalità formale, ovvero di rispetto da parte degli organi sociali della legge e dello statuto, ma deve penetrare oltre, cioè sino a valutare il rispetto del principio di corretta amministrazione**. Cionondimeno, la presenza dell'ufficio di controllo interno non può spingere il collegio sino al punto da ingerirsi sulle decisioni discrezionali relative alla convenienza ed opportunità delle operazioni effettuate dalla società.

Nel sistema dei controlli va altresì annoverato, sebbene con diversa funzione, il controllo operato dalla Corte dei Conti ex art. 12 della l. n. 259 del 1958 (Partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria), la cui operatività nei confronti delle figure soggettive derivate dal processo di trasformazione degli enti pubblici economici di cui al d.l. n. 333 del 1992 è stata affermata dalla Corte Costituzionale con la celebre sentenza n. 466 del 1993^[64].

Successivamente a tale pronuncia, quasi tutte le fonti istitutive degli attuali enti pubblici a struttura di società per azioni prevedono espressamente questa forma di controllo^[65].

Giova in questa sede puntualizzare che, in primis, il controllo ex art. 12 della l. n. 259 del 1958, si caratterizza in ragione del fatto che il suo ambito di applicazione soggettivo è limitato ai soli enti espressamente definiti dalla legge come «pubblici», con conseguente esclusione di qualunque altra

tipologia di figura soggettiva.

Tale controllo si differenzia, dunque, da quello previsto dall'art. 2, della l. n. 259 del 1958 che si riferisce, sotto il profilo soggettivo di applicazione, agli «enti» - non ulteriormente qualificati - che periodicamente ricevono dalla pubblica amministrazione contributi da oltre un biennio ovvero, ancora, quelli cui è continuativamente attribuito un potere impositivo: questi «enti» possono essere sia pubblici che privati, anzi, nella maggior parte dei casi sono privati^[66].

Tale delicata funzione di questo controllo, ancorché di importanza decisiva in uno stato democratico come il nostro, consiste unicamente in una attività di referto al Parlamento in ordine alla gestione economico-finanziaria degli enti assoggettati al controllo medesimo.

5.

Le società partecipate come strumento di governo locale: la scelta del socio e la nomina dei componenti nei C.d.A.

Il contratto di società ha, per sua natura, forma associativa. Ne deriva che la decisione dell'ente pubblico di costituire il modello organizzativo di diritto privato presuppone l'individuazione, a monte, di soci con i quali costituire, nel rispetto della disciplina codicistica, l'organismo societario.

La scelta del partner ha, perciò, un rilievo di assoluta pregnanza nell'attuale ordinamento delle società partecipazione pubblica locale. In quanto tale, deve trattarsi di una selezione che garantisca l'attuazione del principio di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione finanziaria.

Al fine di garantire l'effettiva parità di trattamento tra gli aspiranti soci, il diritto comunitario e il diritto interno hanno imposto limitazioni all'esercizio del potere decisionale della pubblica amministrazione^[67].

Invero, nella scelta del partner pubblico, non è dato ravvisare quel principio di concorrenza che regola l'attività delle imprese private. Logica conseguenza è che le necessità di tutela della parità di condizioni che presiedono alla selezione di tali soggetti non sembrano venire in considerazione nella scelta di partner interamente pubblici.

Con riferimento ai requisiti soggettivi, ed in particolare ai requisiti di eleggibilità, l'**articolo 11, comma 1, TUSP** prescrive che «**Salvi gli ulteriori requisiti previsti dallo statuto, i componenti degli**

organi amministrativi e di controllo di società a controllo pubblico devono possedere i requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 12 del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, e dall'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135».

Dall'analisi della citata disposizione emerge che la norma non si applica a tutte le società a partecipazioni pubblica, ma solamente alle «società a controllo pubblico» le quali, ai sensi dell'art. 2, lett. m) dello stesso Testo Unico, sono definite come «società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)»^[68].

Inoltre, la norma specifica che tali requisiti riguardano i «componenti degli organi amministrativi e di controllo», prescindendo dalla tipologia di società e dal sistema di controllo adottato.

Pare, dunque, che il riferimento alle società "a controllo pubblico"^[69] operato dal Tusp rimandi non solo alla situazione in cui il socio pubblico debba necessariamente disporre di una quota di capitale pari a più del cinquanta per cento, ma anche ai casi in cui si sia in presenza di una società nella quale lo stesso socio pubblico abbia la possibilità di disporre di «voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria».

Il Testo Unico detta, al comma 2 dell'articolo 11, la regola generale secondo cui nelle società a controllo pubblico l'organo amministrativo è costituito da un amministratore unico.

A ben vedere emerge un favor legislativo per l'utilizzo del modello monocratico, relegando le eccezioni - previste al comma 3 - a «specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa» che l'assemblea della società dovrebbe necessariamente riscontrare e porre alla base della scelta di adozione dell'organo collegiale (ad ogni modo composto da tre o cinque membri), ovvero per i sistemi dualistico o monistico, con il limite numerico agli organi sociali non superiore a cinque.

Inoltre, il comma 5 vieta alle s.r.l. a controllo pubblico di adottare un sistema di amministrazione a carattere disgiuntivo o congiuntivo, mentre i commi 9 e 13 contengono misure sulla distribuzione delle funzioni all'interno degli organi collegiali.

Si coglie, pertanto, come **gli amministratori di società pubbliche siano soggetti non solo agli speciali requisiti sopracitati ed alle particolari cause di ineleggibilità e di decadenza** contenute in altre disposizioni dello stesso Testo Unico, ma anche alla disciplina generale in materia di ineleggibilità e decadenza e di **eventuali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza previsti dalla legislazione speciale** in relazione alle caratteristiche dell'oggetto sociale ovvero alla quotazione in un mercato regolamentato^[70].

In terzo luogo, viene mantenuta la vigenza di due disposizioni, ossia **l'art. 12 del d. lgs. n. 39 del 2013^[71], che reca la disciplina generale sulle cause di inconferibilità ed incompatibilità, e l'art. 5, comma 9, d.l. n. 95 del 2012¹⁸⁰ che contiene ulteriori cause di inconferibilità^[72].**

Invero, la disciplina in materia di società pubbliche ha trovato sin dal principio una delle proprie fonti in alcune disposizioni del Codice Civile aventi ad oggetto la nomina "diretta" alle cariche sociali sia nelle società per azioni che nelle società cooperative.

Nel testo dell'art. 2449 c.c. si è delineata una differente disciplina a seconda che vengano in rilievo le società che non fanno ricorso al capitale di rischio ovvero quelle che, invece, siano quotate.

Ai sensi del primo comma dell'articolo citato, si prevede che nelle società per azioni con partecipazione dello Stato o di enti pubblici che non facciano ricorso al capitale di rischio, lo statuto possa loro conferire la facoltà di nomina di un numero di amministratori (di sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza) in misura proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.

Per le società che fanno ricorso al capitale di rischio, il nuovo art. 2449 c.c. afferma che ad esse si applicano le disposizioni di cui al comma 6, art. 2346 c.c., secondo cui la società può emettere strumenti finanziari, forniti di diritti patrimoniali, o anche di diritti amministrativi, in conseguenza dell'apporto dei soci ovvero di soggetti terzi anche di opera o di servizi^[73].

Con riferimento, invece, all'ambito oggettivo, l'aspetto peculiare risiede nella titolarità in capo all'ente pubblico del potere speciale di nomina diretta di uno o più amministratori, che si differenzia dal meccanismo ordinario di nomina disciplinato dall'art. 2368, co. 1, che attribuisce alla fonte statutaria il potere di prevedere una normativa particolare sul punto.

Ciò chiarito, una delle questioni di maggior rilievo che emergono all'interno della tematica sulla scelta del socio pubblico è rappresentata dalla **natura giuridica dell'atto di nomina (e di revoca)** del medesimo, dalla quale scaturiscono rilevanti conseguenze in termini di individuazione della competenza giurisdizionale sulle controversie in materia.

Un primo indirizzo giurisprudenziale^[74] ha ritenuto che gli atti di nomina e revoca del socio pubblico vadano qualificati come atti amministrativi, in considerazione della natura del soggetto (pubblico) da cui deriva l'atto, con conseguente sindacabilità da parte del giudice amministrativo^[75].

Altro orientamento ha invece messo in discussione la questione per cui la nomina vada considerata quale esercizio di un potere autoritativo^[76], affermando che nei casi di nomina e revoca di amministratori ovvero dei sindaci, il soggetto pubblico agisce nella veste di socio della S.p.A. e non di autorità, esercitando un potere che, in assenza della speciale legittimazione apprestata

dallo statuto o dalla legge, sarebbe comunque spettato all'assemblea dei soci, secondo l'ordinaria disciplina delle società per azioni. **Da qui, la conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario**^[77].

Ne deriva che l'atto così perfezionato diverrebbe soggetto alla disciplina generale di diritto comune degli atti di nomina e revoca di amministratori e sindaci delle società per azioni, soprattutto per quel che riguarda il regime della comunicazione, accettazione e pubblicità della nomina.

Per tal motivo, **l'atto di nomina (e di revoca) pubblica «sul piano dell'imputazione giuridica, è sempre e direttamente riconducibile alla società medesima**: con la differenza che quest'ultima, nel caso in esame, non vi procede secondo le vie ordinarie, ma per il tramite di un soggetto diverso, in capo al quale viene «deviata» la titolarità di quelle funzioni, **per cui tra l'organo di nomina e la società s'instaurerebbe un rapporto contrattuale fondato su un «contratto di preposizione organica» al quale sarebbe possibile applicare, in via analogica, la disciplina privatistica del mandato**^[78].

5.1. Il regime della responsabilità dei componenti degli organi amministrativi.

Tutti i membri degli organi di amministrazione e di controllo inseriti nella struttura degli enti pubblici organizzati nella forma di società per azioni sono chiamati a soggiacere al regime di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei conti per i danni cagionati all'ente di appartenenza nell'esercizio delle proprie funzioni. Tale responsabilità non è stata, in giurisprudenza, oggetto di simbiotiche vedute nel tempo^[79].

In particolare, la **giurisprudenza tradizionale della Cassazione si è orientata nel senso di escludere tale responsabilità in capo agli amministratori degli enti pubblici economici**, nonché delle società private in mano pubblica.

Questa giurisprudenza, con aspre critiche da parte della dottrina, prendeva le mosse dall'assunto per cui gli amministratori di enti pubblici, in quanto disciplinati unicamente dalle norme di diritto privato sotto il profilo dell'attività e dei rapporti di lavoro, dovessero essere equiparati, anche sotto il profilo della responsabilità per danni cagionati nei confronti dell'ente di appartenenza, agli amministratori delle società private, con l'impossibilità, peraltro, dell'applicazione di un meccanismo sostanzialmente analogo all'azione di responsabilità prevista dal codice civile contro gli amministratori delle società di capitali^[80].

Cionondimeno, **essa suscita diverse perplessità. Si evidenzia, infatti, che nelle società per azioni private, i soci privati sono portatori di un interesse ad attivare un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che abbiano cagionato un danno alle società stesse, in ragione del fatto che esso si ripercuote nella richiesta di risarcimento avanzata davanti al giudice ordinario.**

Tale interesse, inoltre, alla stregua di ogni interesse privato avente carattere patrimoniale, è disponibile da parte dei soggetti titolari del medesimo, potendo i soci, o alcuni di essi, rinunciare all'azione.

La stessa dinamica non si ravvisa, invece, negli enti pubblici a struttura di società per azioni e neppure negli enti pubblici economici. In essi, infatti, il socio pubblico unico o di maggioranza non possiede un interesse paragonabile a quello che hanno i soci di una qualsiasi società privata ad agire nei confronti degli amministratori dell'ente.

Ciò si spiega in considerazione del fatto che il danno prodotto all'ente dagli amministratori non si riverbera negativamente su di un interesse personale di carattere patrimoniale della persona fisica che riveste la carica di socio pubblico della società.

Tale interesse, infatti, non sussiste in quanto in capo al socio pubblico si configura il solo, indisponibile, interesse pubblico^[81].

Da ciò emerge che, negli enti pubblici a struttura di società per azioni, l'ordinaria azione di responsabilità contro gli amministratori proposta innanzi al giudice ordinario è inadeguata a garantire gli interessi degli enti in caso di danni cagionati dagli amministratori agli enti medesimi.

Il soggetto legittimato ad attivarla, infatti, non ha un interesse personale di carattere patrimoniale che lo spinga in questo senso^[82].

Muovendo da tali premesse, rivestendo tale azione il carattere della doverosità, può concludersi nel senso di sostenere l'operatività della responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori degli enti pubblici a struttura di società per azioni.

Del resto, la legge n. 20 del 1994, art. 1, co. 4, nel fissarne l'ambito soggettivo di applicazione, fa riferimento agli «amministratori e dipendenti pubblici»: categoria all'interno della quale possono essere senza dubbio ricompresi anche i soggetti in questione^[83].

Sul versante della natura giuridica, questa responsabilità è oggi ricondotta dalla dottrina più recente ed autorevole al paradigma della responsabilità aquiliana extracontrattuale, con le dovute differenze ravvisabili:

- nell'elemento psicologico dell'autore del danno, limitato, come è noto, al dolo e alla colpa grave;
- sotto il profilo processuale: per soddisfare alle imprescindibili esigenze di garanzia appena sopra rilevate, che si ravvisano, del resto, in tutte le organizzazioni pubbliche, l'azione deve essere obbligatoriamente promossa dal pubblico ministero^[84].

L'orientamento osservato risulta oggi confermato da un duplice ordine di ragioni: da un lato, dal nuovo

assetto normativo in materia di rapporti tra responsabilità penale e responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici; dall'altro, dall'evoluzione giurisprudenziale della Cassazione.

La questione relativa al riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile^[85] si era posta, inizialmente, con riferimento agli amministratori e ai dipendenti degli enti pubblici economici, per i quali la Corte di Cassazione ha osservato, in un primo momento, come il discrimen tra le due giurisdizioni si fondi sulla distinzione tra atti inerenti l'esercizio di attività di impresa, svolte in regime di diritto privato, assoggettati alla giurisdizione ordinaria, e atti riconducibili all'esercizio di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero a funzioni pubbliche svolte in sostituzione di soggetti statali o di enti pubblici non economici, assoggettati alla giurisdizione della Corte dei conti^[86].

Sotto questo ultimo aspetto, successivamente, **le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, superando un orientamento fino ad allora granitico, hanno riconosciuto la giurisdizione speciale della Corte dei Conti in materia di danni cagionati dagli amministratori di enti pubblici economici agli enti di appartenenza**^[87].

A sostegno di tale pronuncia vi è la considerazione per cui la ratio dell'operatività di tale regime di responsabilità è la medesima sia negli enti pubblici economici che negli enti pubblici a struttura di società per azioni, per tal motivo non si comprende per quale ragione non dovrebbe ricorrere anche in questi ultimi.

A rigore, con la successiva sentenza a **SS. UU. 26 febbraio 2004, n. 3899, le Sezioni Unite**^[88] **intervengono ancora contro la mala amministrazione, assoggettando alla giurisdizione contabile di responsabilità anche gli amministratori di s.p.a. partecipate con capitale della p.a.**^[89].

A livello normativo, invece, gli artt. 3 e 7 della l. n. 97 del 2001 nel prevedere che, in caso di condanna penale definitiva di dipendenti pubblici per i delitti ivi indicati, l'amministrazione di appartenenza deve farne denuncia alla Procura della Repubblica presso la competente sezione regionale della Corte dei conti, affinché venga attuato l'eventuale procedimento di responsabilità erariale, si riferiscono espressamente anche ai dipendenti di società partecipate prevalentemente da un soggetto pubblico.

Tra queste ultime, a rigore, dovrebbero ricomprendersi anche gli enti pubblici a struttura di società per azioni^[90].

Successivamente, a **partire dal 2009, le Sezioni Unite**^[91] **iniziano ad operare una distinzione tra società partecipate "generiche" e società "in house" con ovvie ripercussioni sul piano del riparto giurisdizionale**^[92].

Nell'iter motivatorio si coglie che, le società partecipate pubbliche richiedono lo svolgimento di un'indagine che muova dalla disciplina civilistica. In particolare, deve distinguersi tra danni arrecati alla

società e al suo patrimonio e danni arrecati direttamente ai soci o ai terzi.

Nella prima ipotesi, trattandosi di danno cagionato direttamente al patrimonio della società ed indirettamente al soggetto pubblico sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per insussistenza del rapporto di servizio tra ente pubblico partecipante e amministratore danneggiante, poiché i conferimenti di capitale, ancorché provenienti da ente pubblico, si confondono nel capitale sociale privato, impedendo la ravvisabilità di una alterità soggettiva.

Tuttavia, come osservato puntualmente dalla Suprema Corte nella sua massima composizione, ciò non indica automaticamente che il danno erariale non possa mai configurarsi in capo ad altri soggetti^[93].

Appare opportuno evidenziare che, tuttavia, negli enti pubblici a struttura di società per azioni, il socio pubblico unico o di maggioranza non ha un interesse sostanziale a promuovere un'azione di responsabilità contro gli amministratori dell'ente che sia minimamente paragonabile a quello che hanno i soci di una qualsiasi società privata. Se a ciò si aggiunge la circostanza per cui, almeno per la maggior parte dei casi, sussiste un rapporto di "simpatia politica" tra socio pubblico e amministratore dell'ente pubblico a struttura di società per azioni, si giunge ad una conclusione obbligata.

E' altrettanto vero però, che il socio pubblico che non esercita nei termini l'azione di responsabilità sociale ai sensi dell'art. 2393 del codice civile, facendola prescrivere, può essere soggetto a responsabilità amministrativo-contabile^[94].

Nella seconda ipotesi, invece, ove il danno venga cagionato in via diretta ed immediata al socio pubblico, si radica la giurisdizione contabile della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori della società partecipata. La ratio di siffatto riparto si rinviene nella considerazione per cui viene a configurarsi un danno erariale diretto all'ente pubblico. Ipotesi emblematica di quanto sopra si rinviene nelle ipotesi di danno all'immagine o di colpevole trascuranza dei diritti dei soci da parte del rappresentante dell'ente partecipante.

Alla luce di quanto esposto, la giurisdizione speciale della Corte dei conti si configura non solo in tutte quelle controversie instaurate nei confronti degli amministratori della società partecipata per l'evenienza che le condotte illecite di questi abbiano danneggiato direttamente il patrimonio del socio pubblico, bensì, anche nei confronti del rappresentante dell'ente pubblico partecipante che abbia consapevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione.

All'opposto, con riferimento alle società in house, in base agli orientamenti formati in seno alle Sezioni Unite, sussiste la giurisdizione contabile su tutte le controversie di danno erariale in cui possono incorrere sia gli amministratori che i dipendenti.

La giurisprudenza della Corte dei Conti ha seguito tale impostazione affermando che si tratta di "danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel

soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale^[95]. Conformemente, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha affermato che la conformazione delle società in house esclude di ritenere sussistente un'alterità patrimoniale tra società partecipata e amministrazione pubblica, rappresentando la società una longa manus dell'amministrazione stessa^[96].

Segnatamente, dal momento che la società in house non costituisce un'entità esterna rispetto all'ente pubblico socio, che ne dispone come di una propria articolazione strumentale ed interna, non può considerarsi terza rispetto all'amministrazione controllante. Logica conseguenza è che il danno eventualmente arrecato al patrimonio della società partecipata da atti illegittimi e di mala gesto degli amministratori, incide su un patrimonio che, ancorché separato, è mediatamente riconducibile all'ente pubblico socio. Per tal via, si configurare un danno erariale idoneo in quanto tale a radicare la competenza giurisdizionale della Corte dei conti sulla relativa azione di responsabilità.

5.

2. Forme e strumenti di accountability per consigli comunali e giunte.

La trasformazione delle municipalizzate in attori ibridi ha profondamente riscritto il rapporto tra queste e le autorità pubbliche. Del resto, l'introduzione delle forme di regolazione ha parcellizzato le funzioni dell'autorità pubblica complicando i rapporti di accountability tra gli attori^[97].

La descrizione del modo in cui si è verificato il cambiamento nel rapporto con le autorità pubbliche chiede la presa in considerazione di diverse dimensioni di analisi, descrivendo dapprima gli strumenti di indirizzo e controllo di consigli comunali e giunte nei principali comuni azionisti, così da ricostruire le nuove forme dell'accountability dentro e fuori le assemblee rappresentative.

Secondariamente, occorre ricostruire le scelte dei sindaci in merito alle nomine dei consiglieri di amministrazione nel C.d.A.

Le nomine sono infatti uno strumento privilegiato di controllo dell'organizzazione da parte dell'attore pubblico^[98] e possono, altresì, rappresentare un modo per attribuire all'azienda diverse risorse con cui poter controllare e far fronte alle incertezze ambientali.

Le dinamiche attraverso cui si perviene alla nomina dei consiglieri manifestano il modo in cui gli azionisti interpretano il proprio ruolo.

Ad esempio, la prevalenza di profili politici può esprimere sia un rapporto in cui l'influenza degli attori pubblici è forte, sia l'autonomia aziendale nel perseguimento di strategie di mercato che a sua volta può esser condizionata da esigenze di carriera dei politici.

In tale contesto, rivestono un ruolo decisivo le risorse finanziarie locali, in quanto, da un lato, descrivono le entrate dei bilanci comunali; dall'altro, i dividendi dalla destinazione degli utili emessi dalle multiutility che possono confluire nelle casse comunali^[99].

Se i consigli comunali non sono direttamente coinvolti in meccanismi decisionali quali l'approvazione del bilancio^[100], la proposta annuale di dividendi, la presentazione dei piani pluriennali di sviluppo industriale^[101] e la nomina degli amministratori in C.d.A.^[102], essi sono invece coinvolti, attraverso norme diverse in base ai rispettivi regolamenti comunali su questioni non meno rilevanti^[103].

Del resto, la quotazione in borsa impone alle società una serie di obblighi di pubblicità e rendicontazione che non fanno capo alle società non quotate e che, in quanto tali, favoriscono l'ispezione diffusa da parte dei vari attori del mercato azionario.

I consigli ed esecutivi dei comuni, come noto, esercitano la propria influenza sull'indirizzo programmatico e sul controllo delle principali multiutility quotate. A tal fine, si sono dotati, da un lato, di strutture ad hoc, come le commissioni consiliari dedicate al tema delle società partecipate e/o le Agenzie dipendenti dalle risorse dei consigli comunali; dall'altro, di settori organizzativi a supporto della giunta specializzati nella produzione di indirizzi formali sulla governance delle società partecipate.

Un elemento fondamentale dell'accountability è sicuramente la responsabilità. Tale termine deriva dal latino respònsus, participio passato del verbo respòndere, "rispondere" cioè, in un significato filosofico generale, impegnarsi a rispondere, a qualcuno o a se stessi, delle proprie azioni e delle conseguenze che ne derivano.

La responsabilità consiste, pertanto, nel garantire efficacia ed efficienza nella fornitura di servizi pubblici locali, con particolare riferimento ai servizi che ricadono sulle categorie più fragili.

L'organizzazione del Comune, infatti, non conosce solo il Sindaco, che è organo di indirizzo politico avente mandato quinquennale, bensì anche la Giunta comunale^[104] e il Consiglio comunale^[105].

Al segretario comunale, che svolge mansioni di assistenza giuridico-amministrativa e dipende dal Sindaco, si aggiunge l'**Organismo Indipendente di Valutazione (OIV)** che, nominato dal sindaco, ha compiti e doveri di monitoraggio dell'intero sistema di valutazione e trasparenza del Comune, nonché di certificazione della valutazione annuale delle performance di ogni struttura amministrativa.

Gli Organi di vertice amministrativo^[106] hanno carattere amministrativo e devono supportare gli altri organi di indirizzo politico nella definizione della pianificazione strategica del Comune. **Dirigenti e Responsabili di funzione sono infine gli attori principali per una corretta gestione di tutto il ciclo della performance, la cui responsabilità consiste nel definire, per mezzo della validazione**

dell'OIV, gli obiettivi di periodo, misurare le performance delle proprie aree di competenza e indicare gli obiettivi raggiungere.

In tal senso, lo Statuto comunale gioca un ruolo fondamentale nel sistema della responsabilizzazione: esso stabilisce, da un lato, le norme organizzative fondamentali; dall'altro, le forme di partecipazione popolare e di accesso dei cittadini alle informazioni e ai procedimenti amministrativi.

Lo strumento focale della responsabilità risiede nel bilancio.

All'interno del bilancio si distinguono:

- una fase di programmazione (comprensiva del Bilancio di previsione annuale);
- una di rendicontazione (di cui fa parte il bilancio consuntivo).

Per altro verso, le riforme operate nella Pubblica Amministrazione^[107] hanno fornito importanti strumenti nelle mani della collettività interessata ad aumentare il livello di responsabilità e gli standard di trasparenza nelle Amministrazioni pubbliche.

Sono stati infatti introdotti due nuovi strumenti in fase di programmazione e un nuovo strumento in fase di rendicontazione:

- **il piano della performance** (che illustra il rapporto tra il programma del Sindaco e i servizi offerti alla cittadinanza) e il **programma triennale della trasparenza per garantire a tutti l'accesso alle informazioni;**
- **la relazione sulla performance, che, approvata dall'OIV, comunica ai cittadini ciò che è stato fatto in relazione agli obiettivi fissati dal piano della performance.**^[108]

Ai fini della responsabilità comunale occorre quindi: definire una mappa dei servizi; elaborare per ciascun servizio degli indicatori che tengano conto di accessibilità, tempestività, trasparenza, efficacia; definire gli standard di qualità (ovvero prendersi degli impegni) per ciascuno degli indicatori.

In tale contesto si inserisce la **Carta dei servizi**, introdotta in Italia nel 1994^[109]. Essa costituisce un ulteriore strumento a tutela del cittadino; quest'ultimo può infatti monitorare efficienza ed efficacia di ogni servizio, sporgere reclami e ottenere rimborsi, intervenire sulla determinazione degli standard di qualità, attraverso un documento (il Sistema di misurazione e valutazione) redatto dall'OIV, approvato

dalla Giunta e pubblicato sul sito web del Comune, e che certifica i criteri per misurare la performance dell'organizzazione.

Dunque, la Carta dei Servizi è il documento con il quale ogni ente erogatore di servizi assume una serie di impegni nei confronti della propria utenza riguardo i propri servizi, le modalità di erogazione degli stessi, gli standard di qualità e informa l'utente sulle modalità di tutela previste.

Sotto il profilo contenutistico, **nella Carta dei Servizi l'ente dichiara quali servizi intende erogare, le modalità e gli standard di qualità che intende garantire e si impegna a rispettare determinati standard qualitativi e quantitativi, con lo scopo di monitorare e migliorare la qualità del servizio offerto.**

Di seguito alcuni dei principi fondamentali dettati dalla Direttiva^[110] e che sono alla base dell'erogazione dei servizi:

- il principio dell'uguaglianza, per cui tutti gli utenti hanno gli stessi diritti;
- la garanzia della parità di trattamento sia fra le diverse aree geografiche, sia fra le diverse categorie o fasce di utenti;
- il principio di continuità per cui i servizi devono essere erogati in maniera continua e regolare, e ove sia consentito dalla legislazione, gli utenti hanno diritto di scegliere l'ente erogatore;
- il principio di non discriminazione, in base al quale gli utenti devono essere trattati con obiettività, giustizia ed imparzialità;
- il diritto alla partecipazione del cittadino, che deve essere sempre garantito, come deve essere garantita l'efficienza e l'efficacia dell'ente erogatore.

Da quanto esposto emerge che la Carta dei Servizi non è un semplice guida ma è un documento che stabilisce un "patto", un "accordo" fra soggetto erogatore del servizio pubblico e utente basato su:

- indicazione e definizione degli standard e della qualità del servizio;
- semplificazione delle procedure anche tramite l'informatizzazione;
- costruzione degli elementi che strutturano il pacchetto dei servizi;
- promozione del servizio e informazione del servizio verifica del rispetto degli standard del servizio;

- predisposizione di procedure di ascolto e customer satisfaction, di semplice comprensione e di facile utilizzazione;
- in caso di disservizio, il diritto alla tutela esercitabile mediante lo strumento del reclamo e dell'eventuale ricorso all'istituto del Difensore Civico;
- coinvolgimento e partecipazione del cittadino-utente alla definizione del progetto.

La società partecipata può, quindi, essere considerata uno strumento per la gestione operativa dei servizi, orientata al perseguimento di efficienza, efficacia ed economicità della performance, nel rispetto della missione pubblica.

Studi economici hanno messo in luce le debolezze della regolazione locale e le ambiguità delle riforme, che hanno impatti poco decifrabili sulla performance^[111].

In particolare, questi studi hanno evidenziato i problemi legati alla scarsa autonomia rispetto alla politica, foriera di conflitti, sovrapposizione di funzioni e aumento dei costi regolativi. Finirebbero dunque con il prevalere le rendite di prossimità e la presenza di costi impropri, particolarmente pesanti nel caso di osmosi tra personale politico e tecnico, che non causa necessariamente il rischio della cattura per le agenzie di regolazione locale^[112].

Tenendo conto delle ambiguità evidenziate, la scienza dell'amministrazione e la scienza politica hanno mostrato che la creazione di società come strumento di governo, spesso motivata dalla necessità di riduzione del debito pubblico, in realtà accomuni forze politiche di destra e di sinistra, anche per le interessanti opportunità che apre per i governi, sia a livello nazionale che a livello locale.^[113]

Le società da strumento di policy diventano, dunque, l'occasione per la politica di prendere decisioni in luoghi meno aperti al pubblico, al riparo dallo scrutinio delle assemblee elettive^[114].

Inoltre, le società partecipate rappresenterebbero anche un modo per attivare pratiche di patronage a livello locale, grazie alla possibilità per gli esecutivi degli enti proprietari di nominare negli organi di governo delle società - come assemblee degli azionisti e consigli di amministrazione (CDA) - personale politico o di altro tipo^[115].

Pertanto, anche in Italia le partecipate sono state uno degli strumenti preferiti dagli enti locali, nei settori più diversi - dai servizi pubblici allo sviluppo economico, dalla formazione professionale alle attività culturali - e con l'apporto, in vero minoritario, di capitali privati. La loro diffusione ha rappresentato di fatto un modo per ridisegnare i confini dei territori e delle politiche.

6.

La soggezione all'evidenza pubblica e alla normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Il problema della individuazione degli enti assoggettati alla disciplina pubblicistica in materia di appalti **(D.lgs. 50/2016)** trova soluzione nella previsione dei requisiti che consentono di qualificare un soggetto come organismo di diritto pubblico (per gli appalti nei settori ordinari) e impresa pubblica (per gli appalti nei settori speciali).

Sotto questo aspetto, gli enti pubblici a struttura di società per azioni dovrebbero comportarsi, nell'attività di gestione dell'impresa, alla stregua dei soggetti privati imprenditori, al pari degli enti pubblici economici^[116], in ragione dell'interesse pubblico che giustifica la loro istituzione.

Pertanto, rispetto alla stipula di contratti attivi, aventi ad oggetto i beni o i servizi da esse prodotti nell'attività di impresa, la soggezione alle procedure ad evidenza pubblica non è controversa, specie in considerazione del fatto che nella maggior parte dei casi si tratta di contratti di utenza di un servizio pubblico.

Diversamente è da dirsi **con riguardo ai contratti passivi, giacché, talvolta, le figure in esame possiedono anche, in forza della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, la qualità giuridica di organismo di diritto pubblico.**^[117]

In dette ipotesi, gli enti pubblici aventi la struttura di società per azioni volti alla gestione di un'impresa sono tenuti all'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente nei contratti di appalto di lavoro, servizi e forniture il cui importo sia pari o superiore alla così detta soglia comunitaria.

Sul punto si pone, da un lato, il problema di stabilire quando le figure soggettive in esame possiedono la qualità di organismo di diritto pubblico; dall'altro, quello di capire se il riconoscimento di questa qualità giuridica implichi conseguenze ulteriori.

Sotto il primo quesito, poiché gli enti societari hanno tutti personalità giuridica e sono tutti partecipati almeno in via maggioritaria da un soggetto pubblico, è necessario il requisito della specifica istituzione per il soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale^[118].

Ciò chiarito, è opinione diffusa che da quanto emerso non derivino altre conseguenze giuridiche, neppure mediante un procedimento di estensione analogica, che non siano quelle illustrate. Ciò significa che, per

quanto concerne i contratti di appalto di opere, servizi o forniture il cui importo sia inferiore alla soglia comunitaria e per quanto concerne i contratti passivi, di qualunque importo, diversi da queste tipologie di appalti, non si pone alcun problema di soggezione delle società pubbliche imprese alle procedure ad evidenza pubblica, in quanto trattasi di figure soggettive che, ancorché aventi natura giuridica pubblica, sono funzionalmente destinate ad esercitare imprese in senso proprio.

A conclusioni diverse si giunge con riferimento agli enti pubblici a struttura di società per azioni la cui destinazione funzionale principale consista nell'esercizio di un'impresa in senso "improprio". Per via della destinazione funzionale principale e, dunque, dell'assenza del fine di lucro strettamente inteso, queste figure soggettive possiedono la qualità di organismo di diritto pubblico.

Attraverso un'attività di estensione analogica dei principi del diritto europeo, tali soggetti sono da considerarsi alla stregua di affidatari in house di compiti e servizi prestati, in via principale, ad altre amministrazioni pubbliche.

Essi, dunque, potrebbero essere di pertinenza delle stesse amministrazioni pubbliche ma tuttavia, caratterizzati dal requisito della economicità e della gestione, tali da poter essere esercitate con metodo imprenditoriale. **Da qui la conseguenza, in quanto affidatarie in house, di essere considerate alla stregua di organismi di diritto pubblico "amministrazioni aggiudicatrici".**

Infine, con riferimento agli enti pubblici a struttura di società per azioni aventi destinazione funzionale principale diversa dall'esercizio di un'impresa (anche in senso improprio) questi non possono svolgere le loro funzioni istituzionali nel rispetto del principio di imparzialità, che è, come noto, imprescindibile a garantire una parità di condizioni in capo agli aspiranti contraenti^[119].

La disciplina giuridica di tali figure comporta che dovrebbero essere assoggettate alla normativa ed ai principi nazionali sull'evidenza pubblica al pari di qualunque altro ente pubblico, e perciò non solo con riferimento ai contratti di appalti di lavori, servizi o forniture di importo superiore alla soglia comunitaria ma, anche, rispetto ad ogni altro tipo contratto, attivo o passivo, di qualsivoglia importo esclusi i contratti di economato.

6.1. Il reclutamento del personale nelle società pubbliche

A tal proposito, la **soggezione di tali enti all'evidenza pubblica coinvolge anche la selezione del personale da impiegare alle proprie dipendenze**^[120].

Il problema della disciplina applicabile al reclutamento del personale nelle società che esercitano funzioni pubbliche e gestione di servizi pubblici locali, è diretta conseguenza della privatizzazione della pubblica amministrazione.

Apparentemente infatti, se le procedure di assunzione sono chiare per la pubblica amministrazione, stessa cosa non può concludersi per le società pubbliche, cioè per quegli enti la cui natura giuridica è formalmente ancorata alle disposizioni del diritto civile.

Da qui l'interrogativo che per diversi decenni è stato oggetto di dibattito tra dottrina e giurisprudenza: gli enti pubblici a struttura di società per azioni debbano assumere i propri dipendenti mediante procedure di pubblico concorso?

Secondo quanto previsto dall'**art. 97, comma 3, cost. "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge"**.

Tale principio è stato ripreso dalla **Corte costituzionale secondo cui "il concorso pubblico - quale meccanismo imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito - costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni. Esso è posto a presidio delle esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa. Le eccezioni a tale regola consentite dall'art. 97 cost., purché disposte con legge, debbono rispondere a "peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico". Altrimenti la deroga si risolverebbe in un privilegio a favore di categorie più o meno ampie di persone. Perché sia assicurata la generalità della regola del concorso pubblico disposta dall'art. 97 cost., l'area delle eccezioni va pertanto delimitata in modo rigoroso"**^[121].

Importante è, pertanto, chiarire cosa si intenda per pubbliche amministrazioni. Poiché il concetto di amministrazione è tutt'altro che rigido, occorre stabilire se tali modelli societari possano assumere mediante una chiamata diretta o se siano vincolati a rispettare le procedure ad evidenza pubblica e i concorsi pubblici per l'assunzione dei propri dipendenti.

L'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 e non solo^[122], nella definizione di pubblica amministrazione, rimanda anche a tutti gli enti pubblici non economici, affermando così che un ente pubblico è quello che, al di là della definizione normativa, possa comunque essere ritenuto tale, nel senso che le definizioni non vincolano l'interprete, il quale dovrà determinare la natura dell'ente indipendentemente dalla sua denominazione, per cui la stessa qualificazione esplicita è irrilevante se in contrasto con l'effettiva natura^[123].

Negli ultimi anni la giurisprudenza ha consolidato il concetto di impresa pubblica elaborato a livello comunitario, il cui elemento caratterizzante è l'influenza dei pubblici poteri, prescindendo dalla natura formale.

Si è infatti, sottolineato che una società a totale capitale pubblico è privata esclusivamente per la forma giuridica assunta, ma sul piano sostanziale continua ad essere sotto l'influenza pubblica e pertanto assimilabile ad un ente pubblico^[124].

Di conseguenza, anche agli enti partecipati si impone l'applicazione di meccanismi di carattere concorsuale per la selezione del personale obiettivamente più capace, che prescindano da presunte scelte di autonomia privata degli organi di gestione dei medesimi. In perfetta linea, in questi casi, con quanto al

riguardo dispone l'art. 97 Cost^[125].

L'intervento del legislatore ha contribuito a dare certezza a tale considerazione. Infatti con con il **Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in legge n. 133 del 2008) all'art. 18 recita che "a decorrere dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto - legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001.**

2. **Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.**

3 Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate nei mercati regolamentati".

Dal 21 ottobre 2008 quindi, anche le società interamente pubbliche dovranno sottostare alle norme pubblicistiche sul reclutamento del personale così come previste dall'art. 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001^[126].

La disciplina in materia determina i criteri di selezione del personale, prevedendo un'adeguata pubblicità della selezione mediante pubblicazione sulla gazzetta ufficiale e nel sito web istituzionale, al fine di garantire una piena trasparenza amministrativa così come previsto dal D. Lgs. 33/2013 e dal D. Lgs. 97/2016^[127].

6.2. Trasparenza ed accesso ai documenti amministrativi

La trasparenza amministrativa^[128] è uno dei principi generali dell'attività e dell'organizzazione della pubblica amministrazione, la quale deve garantire "la visibilità, la conoscibilità e la comprensibilità delle modalità operative e degli assetti strutturali con cui opera nell'assolvimento dei suoi compiti di cura concreta dell'interesse pubblico"

Trasparenza dell'azione amministrativa significa, pertanto, che i cittadini, o meglio gli amministrati, devono essere messi in grado di controllare la regolarità dell'azione della pubblica amministrazione, e in tal senso appare sempre attuale la ormai celebre espressione, frequentemente utilizzata, di "casa di vetro" applicata all'amministrazione^[129].

Tale espressione indica proprio l'esigenza di una maggiore apertura dell'amministrazione verso la società in generale e gli amministrati in particolare.

La legge 241/1990, ha individuato nel diritto di accesso ai documenti, il metodo per raggiungere una maggiore trasparenza, delineandolo quale “strumento di tutela individuale di situazioni soggettive e non come strumento di controllo sociale dell’operato della pubblica amministrazione”^[130].

Per quanto concerne la normativa generale in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi, contenuta nel titolo V della l. n. 241 del 1990, essa è completamente riscritta, come è noto, già dagli artt. 15, 16, 17 e 18 della l. n. 15 del 2005.

Peraltro, il **Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”, c.d. Decreto trasparenza, ha introdotto il c.d. accesso civico^[131]**, che può essere considerato come un mezzo di controllo sociale delle decisioni assunte dalle istituzioni che hanno i soggetti privati per sollecitare gli enti pubblici alla pubblicazione di informazioni dati o documenti che avevano l’obbligo di rendere noti^[132]; mentre, da ultimo, il **Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 “Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza”** evidenziato ulteriormente l’importanza assunta dall’istituto del diritto di accesso ai documenti amministrativi nell’ambito degli enti pubblici^[133].

La problematica sull’ambito di applicazione della normativa in materia, si ricollega alla più generale tematica relativa della soggezione a tale disciplina dei gestori di servizi pubblici.

Tale problema si è posto fin dall’entrata in vigore della l. 241/90 che, nella sua originaria formulazione, faceva riferimento, nel definire il documento accessibile, ad ogni rappresentazione di atti “concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica privatistica della loro disciplina sostanziale”. È noto come il fondamento giuridico del diritto di accesso ai documenti amministrativi venisse (come, del resto, viene tutt’ora) ravvisato in diversi principi di rilievo costituzionale: dal diritto inviolabile di libera manifestazione del pensiero al principio di imparzialità dell’attività amministrativa^[134].

A fronte di un orientamento restrittivo che riteneva applicabile la disciplina in materia di accesso solo agli atti che fossero espressione di potestà pubblicistica, vi era un orientamento estensivo che, valorizzando il richiamo all’attività amministrativa, comprensiva tanto di attività autoritativa che paritetica, considerava applicabile a tutti gli atti dei concessionari la disciplina in materia di accesso.^[135]

In particolare, con riguardo all’attività del gestore di un servizio pubblico si era affermata la necessità di distinguere un’area di attività certamente governata dei principi di trasparenza imparzialità, ed un’altra attività residuale, in cui occorre un accertamento caso per caso.

Nella prima categoria vanno annoverate le ipotesi in cui una norma interna o comunitaria imponga l’attivazione di procedimenti per la formazione delle proprie determinazioni, ovvero si tratti di atti attinenti alle scelte organizzative adottate in sede di gestione del servizio.

Con riferimento all'attività residuale, invece, occorre verificare volta per volta se prevalga l'interesse pubblico su quello imprenditoriale, in relazione ai criteri del grado di strumentalità dell'attività rispetto alla gestione del servizio, al regime sostanziale delle attività, e allo svolgimento dell'attività in base a regole improntate ai principi di trasparenza, buona fede e correttezza.^[136]

Per effetto delle novità introdotte dalla novella 15/2005, è stato modificato significativamente sia l'ambito soggettivo che l'ambito oggettivo di applicazione della normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Sotto il primo profilo, ai sensi dell'**art. 22, co. 1, lett. e)**, si intende per **«pubblica amministrazione»**, **tenuta a garantire il diritto di accesso, «tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario»^[137].**

Sotto il secondo profilo, invece, il nuovo art. 22, co. 1, lett. d), stabilisce che per **«documento amministrativo»** deve intendersi **«ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale»^[138].**

Cionondimeno, se da un lato, tale intervento normativo supera la nozione di amministrazione in senso soggettivo, dall'altro, non risolve il problema dell'ambito applicativo della disciplina in materia di accesso, che pertanto ha reso necessario un nuovo recente intervento da parte dell'**Adunanza Plenaria^[139].**

In tale pronuncia, i giudici amministrativi hanno sottolineato che la disciplina in materia di accesso è ispirata ai medesimi principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza che sono alla base della normativa di derivazione comunitaria in materia di appalti pubblici e rispetto ad essa, si pone perciò come necessario corollario applicativo.

Dunque, la definizione dell'ambito applicativo della disciplina in materia accesso si sposta sull'individuazione di quali attività delle possano considerarsi strumentali e connesse alla gestione del servizio pubblico.

Pertanto, volendo sintetizzare il concetto, il diritto di accesso opera senza dubbio quando la società è partecipata totalmente o in maggioranza da parte di enti pubblici. Fuori da questa situazione, va accertata l'attività svolta, indipendentemente dalla partecipazione pubblica al capitale della società: se si tratta di un servizio pubblico, ovvero di attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, il diritto di accesso compete in generale a tutta l'attività svolta con riferimento ai "documenti amministrativi", ossia quegli atti che originano da attività procedimentalizzate destinate a concludersi con l'adozione di un vero e proprio provvedimento amministrativo, come nel caso, ad esempio, di quelle attività poste in essere da un soggetto privato tenuto ad adottare procedimenti concorsuali per

l'assunzione di dipendenti da adibire allo svolgimento di un servizio pubblico.

7.

Conclusioni

Il capitalismo locale è storicamente figlio di un'attività dei comuni, che per storia e competenze sono i protagonisti di questo comparto.

I comuni, se da un lato devono affrontare emergenze sociali, di mobilità ed altri servizi pubblici ai quali devono trovare una dare una risposta, dall'altro hanno sviluppato l'esigenza di fornire un servizio sotto forma di impresa i cui costi possono essere sostenuti sfruttando le dinamiche di un'economia di scala. Se la richiesta di servizi, inoltre, proviene dalla cittadinanza stessa, quest'ultima è in grado di generare anche risorse finanziarie, sia in forma di trasferimenti dal centro, sia nel generare l'autonomia nella capacità di ottenere un gettito a livello municipale.

Le società partecipate dei comuni in Italia sono un fatto consolidato e proprio questa espansione ha dato avvio alla seguente riflessione di policy. La creazione di aziende di scopo o strumentali, non raramente vanno ben al di là delle reali necessità. Sono, piuttosto, il riflesso di una tendenza ampiamente diffusa che guarda le aziende a partecipazione comunale come un passpartout^[140] piuttosto che una legittima risposta ad una sollecitazione sociale di beni e servizi.

La genesi delle società partecipate e il corollario normativo dell'origine del fenomeno risale senza dubbio alla legge Giolitti del 1903, che crea l'istituto dell'azienda municipalizzata quale strumento per l'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni. Il framework normativo che si è delineato ha creato l'habitat ideale per la nascita e la proliferazione di un numero di società partecipate certamente sovradimensionate rispetto ai fini.

Dagli anni '90, l'impegno statale nella erogazione dei servizi pubblici è, tuttavia, diminuito in ragione dell'affermarsi delle politiche di privatizzazione che sembrano permettere un aumento dell'efficienza nel settore dei servizi, grazie alla valorizzazione del ruolo allocativo dei mercati e alla concorrenza.

Come osservato, con l'avvento della privatizzazione sono nate e si sono sviluppate le società partecipate e, soprattutto, sono cresciute le partecipazioni degli enti locali, che hanno visto in tale strumento una efficiente modalità di gestione dei servizi di pubblica utilità.

Nello scenario politico degli ultimi anni si è assistito ad un frequente alternarsi di scelte e di idee, talune

indirizzate verso la maggiore privatizzazione possibile, altre protese a rendere le partecipate sempre più soggette alla responsabilità dell'Ente proprietario. Tale dicotomia ha condotto **il Legislatore verso un costante ripensamento delle normative in materia, per ragioni di coordinamento, chiarezza, unitarietà e linearità nel sistema.**

Ciò a portato, **a livello europeo, ad un riconoscimento circa la massima libertà di scelta in capo alle amministrazioni sulle modalità di esecuzione di un lavoro o di prestazione di un servizio**, fermo restando l'obbligo di rispetto dei principi generali sanciti dal Trattato: l'amministrazione potrà, decidere di affidarsi a soggetti terzi seguendo le procedure di evidenza pubblica, oppure procedere in proprio, non dovendo dare applicazione alla disciplina prevista in materia di appalti.

A livello legislativo, progressi in tal senso si sono compiuti grazie all'introduzione del nuovo "Codice degli appalti pubblici", il quale sembra aver raggiunto un "delicato" equilibrio tra il principio di libera organizzazione delle pubbliche amministrazioni ed il principio di tutela della concorrenza, reso possibile da un intreccio normativo, che come già accennato recepisce le Direttive europee del 2014, permettendo la legittimità del modello di gestione in house in presenza di particolari requisiti inerenti, sia le modalità di svolgimento, sia in merito alla trasparenza ed al controllo da parte di ANAC.

Ma è con l'**entrata in vigore del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175** che si è posto fine all'annoso ed intenso dibattito sulle conseguenze connesse alle criticità economico-finanziarie delle società partecipate, sopeno il problema dell'applicabilità degli istituti previsti dalla legge fallimentare e all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi e trovando, grazie anche all'intervento della giurisprudenza, soluzioni ragionate a questioni particolarmente dibattute.

Con riferimento alle società in house, il legislatore, prendendo atto della loro sostanziale differenza strutturale rispetto ai moduli ordinari previsti dal diritto commerciale, ha introdotto l'osservanza specifica della disciplina di settore con riferimento tanto al momento costitutivo, che organizzativo.

Anche con riferimento ai controlli, come abbiamo avuto modo di osservare, la Corte dei Conti accompagna gli organismi di controllo nel nuovo iter di razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni in diversi momenti.

In tale contesto, come osservato, rivestono altresì un ruolo decisivo le risorse finanziarie locali per lo stretto collegamento che mostrano con le entrate dei bilanci comunali, nonché con i dividendi degli utili emessi dalle multiutility.

Alla stregua della disamina effettuata, **è possibile affermare, quindi, che la P.A. è lasciata libera nella scelta e nel modo del perseguimento del fine pubblico e collettivo.**

Essa può occuparsi in via diretta o mediata della erogazione dei servizi pubblici, oppure può decidere di

traslare la pubblica funzione in capo al privato attraverso il modello concessorio; ma ciò che comunque la P.A. dovrà imprescindibilmente perseguire è che le attività di erogazione del servizio pubblico, indipendentemente dal modulo organizzativo prescelto, siano condotte correttamente, seguendo il diktat dell'Unione Europea^[141]: **le public utilities devono essere garantite dallo Stato, in rispetto della Costituzione e dei diritti essenziali in essa contenuti, con la maggior efficienza ed economicità gestionale possibili, assicurando l'erogazione e l'accessibilità ai servizi.**

Allo stato attuale delle cose, pertanto, si può dunque essere d'accordo sulla presenza di una situazione di coerenza normativa italiana, rispetto alle disposizioni dettate dalle Direttive europee del 2014, grazie, in parte, ai decreti correttivi che si sono succeduti. Tuttavia, data la complessità di tale modello gestione, così come in parte è stato affrontato in questo scritto, non è da escludere l'iniziativa di ulteriori interventi nel prossimo futuro che possano rendere più o meno vantaggioso il ricorso a tale istituto, per comprendere se si possa parlare di un sistema soddisfacente o meno.

Volume consigliato

Note

^[1] SPAGNOLLI G., Municipalizzazione e progresso sociale, in Corr. amm., 1963, p. 433.

^[2] Si ricorda che fino ad allora, i Comuni concedevano indiscriminatamente ai privati la gestione dei servizi pubblici, non potendo sostenere con le finanze comunali gli investimenti necessari.

^[3] Definita dai giuristi come «una produzione diretta i cui costi sono sopportati dalla municipalità, e che ha per scopo di ottenere prodotti ad un prezzo unitario minore di quello che si potrebbe avere se si ricorresse a privati produttori».

^[4] Legge 29 Marzo 1903, n. 103, in G.U. del 3 aprile 1903 (Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni), successivamente abrogata dall'art. 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla L. 6 agosto 2008, n. 133

^[5] Enti pubblici economici che svolgono attività di rilevanza commerciale per il conseguimento delle finalità istituzionali dell'ente locale. Sul punto, GIANNINI M.S., Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende, in Riv. amm., 1953, pp. 621 ss.

^[6] CAVALLO PERIN R., Art. 114, Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali, Padova, 2009, p. 212, «da una parte invero i comuni, preoccupati dei crescenti oneri finanziari e al tempo stesso naturali tutori degli interessi dei cittadini, insistevano e lottavano per conseguire riduzioni di prezzi ed

agevolatezze che i concessionari erano restii ad accordare, e dall'altra si notava sempre più larghezza nei profitti che codesti servizi assicuravano agli esercenti, soprattutto alle imprese concessionarie della illuminazione a gas e di acquedotti, più recentemente agli esercenti di omnibus e tranvie».

^[7] Le riforme della pubblica amministrazione ispirate anche alla dottrina del New Public Management (NPM) hanno introdotto logiche e strumenti tipici del mondo privato nelle organizzazioni pubbliche, per migliorarne efficienza ed efficacia.

^[8] L'avvio dei processi di privatizzazione si è avuto col decreto legge n. 133/1992 recante «Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica», convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359/1992, con cui alcuni enti pubblici economici sono stati trasformati in società (tra questi, Ferrovie dello Stato e Poste).

^[9] Per la prima volta viene colmato un vuoto normativo prevedendo la possibilità per gli enti locali di detenere partecipazioni societarie.

^[10] Art. 22, l. 142/90.

^[11] Tale disciplina presentava due limiti: in primis, non consentiva la sottoscrizione della quota di maggioranza del capitale, in secundis, si palesava l'inadeguatezza dello strumento della società per azioni per la gestione di quei servizi di modeste dimensioni. In seguito, con l'art. 12, l. 398/1992 è stata inserita tra le modalità di gestione anche la partecipazione pubblica minoritaria; mentre, l'art. 117, co. 58, della legge n. 127/1997 ha introdotto anche le società a responsabilità limitata tra le modalità di gestione.

^[12] Art. 3, d.lgs. 267/2000.

^[13] Il primo volto a disciplinare i servizi a rilevanza industriale, il secondo i servizi privi di rilevanza industriale.

^[14] art. 13 del d.l. n. 223/2006.

^[15] Per approfondimenti, si vedano: GUZZO G., Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale, Giuffrè, Milano, 2009; CHITI M.P., Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino, in Giorn. dir. amm., n. 2009, n. 10, p. 1115; MENSI M., Le società strumentali: alcune riflessioni sull'art. 13 della legge Bersani, in FRANCHINI C., TEDESCHINI F., Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale, Giappichelli, Torino, 2009.

^[16] L'art. 13 stabiliva che "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni

e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.

^[17] Legge Finanziaria 2008.

^[18] La Corte costituzionale, con la sentenza n. 148/2009 ha stabilito che tale disposizione «presenta i caratteri di una sanzione nei confronti degli enti le cui società partecipate non presentino bilanci in utile negli ultimi tre esercizi o abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio o, ancora, abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio, per effetto delle quali il Comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. In particolare, sugli enti "non virtuosi" (nel senso prima precisato) incombe l'obbligo di mettere in liquidazione le società già costituite al momento dell'entrata in vigore del d.l. n. 78 del 2010, obbligo che non sussiste per gli enti le cui società siano "virtuose" (sempre nel senso già precisato). Il divieto di costituire nuove società opera invece nei confronti di tutti gli enti (senza distinzione tra "virtuosi" e non) con popolazione inferiore a 30.000 abitanti. Tale divieto risponde all'esigenza di evitare eccessivi indebitamenti da parte di enti le cui piccole dimensioni non consentono un ritorno economico in grado di compensare le eventuali perdite subite. È chiaro quindi l'intento di assicurare un contenimento della spesa.

^[19] Parere n. 456/2007 del Consiglio di Stato.

^[20] L'art. 3, commi da 27 a 29, della legge n. 244 del 2007 prevede che, "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni [...] non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte" delle amministrazioni nell'ambito delle proprie competenze (c. 27); inoltre, delinea le modalità per l'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento di quelle già possedute, in caso di sussistenza dei presupposti del comma precedente (c. 28) e della dismissione delle partecipazioni detenute in contrasto a quanto disposto dal comma 27 (c. 29).

^[21] Relazione governativa al disegno di legge.

^[22] Art. 1, comma 568 bis, l. n. 147/2013.

^[23] Art. 3-bis, comma 4-bis, d.l. n. 138/2011, inserito dall'art. 1, comma 609, lett. d) l. n. 190/2014.

^[24] Art. 1, commi 609 ss., legge n. 190/2014.

^[25] D. lgs. n. 175, del 19 agosto 2016.

^[26] L'analisi di tale disposizione va circoscritta a cosa debba intendersi per pubblica amministrazione. Si tratta delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, nonché i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali.

^[27] Per tal via si dà concreta attuazione all'art. 18, comma 1, lett. b) della legge delega n. 124/2015 con cui il Parlamento aveva chiesto al Governo di adottare un testo che razionalizzasse le partecipazioni societarie «secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità» e ne limitasse l'operatività «entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti»

^[28] L'art. 3, comma 27 della Finanziaria per il 2008 recita "Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza."

^[29] Per un approfondimento, si veda GRECO G., Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 2000, p. 1461; MAZZAMUTO M., Brevi note su normativa comunitaria e in house providing, in *Rivista di Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 537 ss.

^[30] Sentenza Teckal, Corte di Giustizia CE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C- 107/98. Tra le sentenze più recenti, v. Corte di Giust. UE, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13.

^[31] Si veda il caso Carbotermo, Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C-340/04.

^[32] La produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economia di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società". Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha proposto l'eliminazione di tale disposizione

^[33] Sul punto si veda il caso Parking Brixen, Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, C- 458/03, punto

67-68, in cui la previsione statutaria della «facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale» riservata agli amministratori escluderebbe la presenza del controllo cd. analogo.

^[34] Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283.

^[35] Il termine PPP di tipo puramente contrattuale riguarda un partenariato basato esclusivamente sui legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazione, nei quali uno o più compiti più o meno ampi - tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al partner privato (par. 21). In questo contesto, uno dei modelli più conosciuti, spesso denominato "modello concessorio", è caratterizzato dal legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale: il partner privato fornisce un servizio al pubblico, "in luogo", ma sotto il controllo, del partner pubblico.

^[36] Usando la terminologia della direttiva 2014/23/UE, si tratta di un rischio operativo, inteso come il rischio economico legato al recupero degli investimenti fatti.

^[37] La giurisprudenza amministrativa distingue la concessione dall'appalto sulla base dei c.d. indici rilevatori (CdS, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863).

^[38] Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali; e-bis) facoltà, per ciascuna amministrazione, di limitare nel bando il numero degli eventuali idonei in misura non superiore al venti per cento dei posti messi a concorso, con arrotondamento all'unità superiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 400, comma 15, del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e dal decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59; e-ter) possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento, il possesso del titolo di dottore di ricerca, che deve comunque essere valutato, ove pertinente, tra i titoli rilevanti ai fini del concorso.

^[39] L'eccezionalità di questo duplice onere motivatorio muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento in house, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto qualora sia

dimostrato il “fallimento del mercato” rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a “gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

^[40] Infatti, la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di outsourcing (modelli che appaiono collocati dall’ordinamento dell’UE su un piano di equiordinazione) e, solo ove si sia optato per il secondo di tali modelli, incomberà sull’amministrazione l’obbligo di operare nel pieno rispetto dell’ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

^[41] FARNETI G., *Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 11/2012, p. 788.

^[42] Il legislatore ha iniziato a porre delle limitazioni solo a partire dal 2009, estendendo le disposizioni relative all’incremento della spesa per il personale anche alle società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo titolari di affidamenti di servizi avvenuti con affidamento diretto (art. 19, c. 1, d.l. n. 78/2009); le società sono considerate ai fini del rispetto del patto di stabilità interno e sono tenute ad osservare le procedure ad evidenza pubblica per l’acquisto di servizi e per l’assunzione di personale (art. 23-bis. d.l. n. 112/2008).

^[43] «La tendenza a delegare a società proprie la produzione di servizi pubblici (societarizzazione) può essere intesa come una ricerca di aziendalizzazione, una conformazione più nota, e già sperimentata soprattutto in sanità, di decentramento di compiti relativi ai servizi pubblici. A sua volta, l’aziendalizzazione sembra essere intesa come veicolo importante di: a) managerialità e b) imprenditorialità (entrepreneurship)», così GAVANA G., OSCULATI F., ZATTI A., *Il capitalismo municipale e l’esternalizzazioni fredde*, in *“Amministrare”*, nn. 1-2, 2017, pp. 26 ss.

^[44] Relazione al Codice Civile, n. 998.

^[45] IRTI N., *L’ordine giuridico del mercato*, Ed. Laterza, Roma, 2004, p. 113.

^[46] Giova tuttavia precisare che, con riguardo ad Enel s.p.a., Eni s.p.a e Ferrovie dello Stato s.p.a. continua ad applicarsi il disposto di cui all’art. 15, co. 3, del medesimo d.l. n. 333 del 1992, ai sensi del quale, il Ministro dell’economia e delle finanze esercita i diritti dell’azionista secondo le direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri, d’intesa con il Ministro da lui delegato e con il Ministro per le attività produttive.

^[47] Cfr. RENNA M., *Le Società in mano pubblica*, Ed. Giappichelli, Torino, 2000, p.199;

^[48] Le disposizioni cui si fa riferimento nel testo, che molto spesso prevedono poteri di ingerenza e perciò

ben più penetranti della sola direzione.

^[49] Sul tema del controllo, ex multis, CARINGELLA F., *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2018, pag. 207; FRACCHIA F., *La Corte dei conti e la tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2008, p. 669 ss.; S. SIRAGUSA, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici sovvenzionati dallo Stato*, in *Foro Amministrativo-CdS*, 2008, p. 648 ss.; SAMBUCCI L., *Studi sui controlli amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2005; D'AURIA G., *I controlli*, in CASSESE S., *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 481 e ss.; CORPACI A., *Il controllo della Corte dei conti sulla gestione delle pubbliche amministrazioni nella ricostruzione della Corte costituzionale: un tributo al valore simbolico di una riforma*, in *Giurisprudenza Costituzionale.*, 1995, 1, 325; GALLINARO S., *Teorie del controllo*, Franco Angeli, Milano, 1990.

^[50] SALVEMINI S., *Il potere amministrativo degli enti locali*, Ed. Maggioli, 2014, p. 215.

^[51] SCIASCIA M., *Diritto delle gestioni pubbliche. Istituzioni di contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 498 ss.

^[52] GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 329.

^[53] Sul punto, la Corte dei Conti ha affermato che “i controlli devono costituire una base di riferimento per scelte funzionali alla realizzazione di processi di razionalizzazione della gestione ed innescare un radicale mutamento dei comportamenti amministrativi, da conformare ai criteri della tracciabilità e della responsabilità. Gli sforzi per l’ottimizzazione della gestione devono essere concentrati sulla definizione di obiettivi e dei processi che assicurino un percorso in grado di coniugare la regolarità dell’azione intesa come rispetto del complesso delle regole finanziarie e procedurali, con l’efficacia e l’efficienza della gestione. Il complesso di queste linee di azione, che solo un sistema funzionale di controlli interni può supportare, deve condurre verso l’economicità della gestione con la riduzione dei costi di erogazione dei servizi, senza ridurne tendenzialmente la qualità e l’estensione”.

^[54] CAROSI A., *Il metodo e il procedimento nel controllo sulla gestione*, in www.amcorteconti.it, 2014.

^[55] CIANA M., *Il controllo referente della Corte dei conti sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015.

^[56] BASSI G., *Il sottosistema dei controlli sulle società partecipate. Questioni di interpretazione e criticità applicative sul nuovo art. 147 quater Tuel*, in *Comuni d’Italia*, 2012, n. 6, p. 30 ss; CIVETTA E., *Legge di stabilità 2014, Guida all’applicazione negli enti locali*, Ed. Maggioli, Rimini, 2014.

^[57] Il processo di razionalizzazione di cui all’art. 1, commi 611 e 612, della legge 190/2014 è stato oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale per presunta violazione di alcune norme della Carta

Costituzionale afferenti al rapporto tra Stato e Regioni, in particolare riguardo al mancato coinvolgimento delle Regioni e al mancato rispetto del principio di coordinamento della finanza pubblica nella previsione della soppressione delle società con prevalenza di amministratori sui dipendenti. Tuttavia, tali norme hanno superato positivamente il vaglio della Corte Costituzionale, che con sentenza n. 144 del 17 maggio 2016, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità Costituzionale, affermando che l'obiettivo perseguito dai richiamati commi va ricondotto a finalità di razionalizzazione e contenimento della spesa attraverso modalità e assetti di coordinamento della finanza pubblica. I singoli criteri elencati nella norma, a giudizio della Corte, sono parametri che si innestano in ambiti di competenza esclusiva dello Stato (quali la tutela della concorrenza e il risparmio di spesa attraverso anche la riduzione dei costi di funzionamento degli organi sociali e delle remunerazioni dei componenti) che impongono un rapporto di stretta collaborazione con le Regioni, alle quali spettano ampi margini di manovra e di opzioni al fine di conseguire una significativa riduzione del piano delle società partecipate. Il carattere dettagliato delle disposizioni esaminate non è in contrasto con il principio di coordinamento della finanza pubblica delineato dall'art. 117, comma 3 della Costituzione, né lede l'ambito delle competenze residuali delle Regioni, in quanto non limita le facoltà di scelta e organizzazione spettante ad esse, visto che i criteri direttivi statali sono indirizzati a conseguire il comune obiettivo della riduzione di spesa nell'ambito delle partecipazioni societarie.

^[58] Così art. 1, comma 611, legge 23 dicembre 2014, n. 190, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (legge di stabilità 2015).

^[59] La legge di stabilità 2015 fissava al 31 marzo 2015 il termine per l'approvazione dei piani operativi e al 31 marzo 2016 il termine per l'invio della relazione sui risultati conseguiti.

^[60] Questa nuova concezione unitaria si posiziona verso l'abbandono definitivo della cultura burocratico-adempimentale, suggerendo ai singoli enti, attività e strumenti per realizzare la migliore combinazione fra risorse impiegate e risultati ottenuti, e allo stesso tempo, segna i nuovi confini della legalità, atteso che il buon andamento di cui all'art. 97 Cost. deve essere realizzato attraverso comportamenti coerenti e conformi rispetto alla normativa di riferimento.

^[61] Questa forma di controllo, ove abbia ad oggetto la gestione economico-finanziaria di enti la cui destinazione funzionale principale consiste nell'esercizio di un'impresa in senso proprio, deve assumere come parametro non già la mera legalità contabile della gestione, ma criteri prettamente aziendalistici come l'efficienza e l'economicità della gestione.

^[62] La locuzione "a fini conoscitivi" deve interpretarsi nel senso che la funzione di controllo esercitata dalla Corte dei conti in tale ambito non ha natura di controllo preventivo con finalità interdittive dell'efficacia dell'atto di costituzione.

^[63] Lo schema di decreto legislativo approvato con deliberazione del Consiglio dei ministri il 20 luglio

2016, prevedeva: “Prima dell’adozione, l’amministrazione che costituisce la società o acquista la partecipazione diretta o indiretta invia lo schema di atto deliberativo alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi del comma 4. La Corte dei conti può formulare rilievi sul rispetto delle disposizioni di cui al comma 1 nonché sulla coerenza con il piano di razionalizzazione previsto dall’art. 20, ove adottato, entro il termine perentorio di 30 giorni dalla ricezione dell’atto deliberativo la Sezione può chiedere, per una sola volta, chiarimenti all’amministrazione pubblica interessata, con conseguente interruzione del suddetto termine. L’atto deliberativo deve essere motivato con specifico riferimento ai rilievi formulati dalla Corte dei conti”. Il controllo così configurato è stato oggetto di aspre critiche da parte della Conferenza delle Regioni e dall’ANCI, in ragione della possibile sovrapposizione tra tale controllo e le funzioni dei consigli e delle giunte comunali. In particolare la Conferenza ha osservato che “le valutazioni della competente Sezione della Corte dei conti si inserirebbero nell’iter del procedimento amministrativo e ne diverrebbero parte essenziale. “In questo modo la Corte” parteciperebbe “al processo decisionale dell’Ente sin dal momento in cui viene predisposto l’atto e ciò ne snatura il ruolo di controllo collaborativo e sulla sana e corretta gestione degli enti”.

^[64] GAROFOLI R, FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2010, Roma, p. 1063;

^[65] Si veda, ad esempio, l’art. 8, co. 10, del d.l. n. 138 del 2002, con riferimento a Coni Servizi s.p.a.

^[66] Sul punto GAROFOLI R., *La privatizzazione degli enti dell’economia*, Giuffrè, Milano, p. 354 ss., al quale si deve una delle più approfondite analisi della sentenza della Corte Costituzionale richiamata nel testo.

^[67] Difatti, il mancato assoggettamento dell’organismo societario alla gara pubblica finalizzata all’assunzione del servizio in concessione lascia aperto il problema dell’individuazione di un momento di confronto concorrenziale della partnership esistente sul mercato.

^[68] Tale norma dunque si aggancia, per un verso, a quanto previsto dal medesimo art. 2, lett. a) che, nel definire le amministrazioni pubbliche, fa riferimento alle «amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali». Per altro verso, essa dev’essere letta alla luce di quanto stabilito alla successiva lett. b), che definisce il controllo, in primo luogo, come «la situazione descritta all’articolo 2359 del codice civile», intendendosi con tale locuzione entrambi i casi di controllo di diritto e controllo interno di fatto (art. 2359, c.1, nn.1 e 2, c.c.).

^[69] Sulla nozione di controllo, ex multis, DI SABATO F., *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2015; CAMPOBASSO G.F., *Diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2016; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, CEDAM, Padova, 2016, p. 33 ss.; GUIZZI G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 331 ss.

^[70] La disciplina dei requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di gestione del risparmio, di gestione accentrata di strumenti finanziari, di gestione dei mercati regolamentati ovvero per alcuni componenti degli organi amministrativi delle società quotate, è contenuta in appositi decreti ministeriali. Si citano, a titolo esemplificativo, il decreto ministeriale Mef del 18 marzo 1998, n. 161 «Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali delle banche e delle cause di sospensione», nonché i due decreti del Mef, sentita la Consob, del 1998, n. 471 («Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali delle società di gestione di mercati regolamentati e di gestione accentrata di strumenti finanziari nonché i requisiti di onorabilità dei soci e individuazione della soglia rilevante») e 468 («Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di professionalità e di onorabilità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso SIM, società di gestione del risparmio e SICAV»).

^[71] Decreto legislativo n. 39/2013, «Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190», in G.U. n. 92 del 19 aprile 2013.

^[72] L'articolo 5 contiene una specifica ipotesi di inconfiribilità «di incarichi di studio e di consulenza (...) dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni (...) e degli enti e società da esse controllati (...)», a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza, «ad eccezione dei componenti delle giunte degli enti territoriali e dei componenti o titolari degli organi elettivi degli enti di cui all'articolo 2, comma 2- bis, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125». La norma prosegue specificando che tale divieto viene meno, tuttavia, se l'assegnazione di tali incarichi avviene a titolo gratuito ma, per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, è stabilito che, ferma restando la gratuità, la durata degli stessi non potrà essere superiore ad un anno, essendo inoltre preclusa alcuna possibilità di proroga o rinnovo in ciascuna amministrazione.

^[73] Il riformulato testo dell'articolo 2449 c.c. prevede altresì la fissazione di un tetto massimo ai seggi che possono essere riservati alla nomina pubblica, tramite la previsione di un principio di proporzionalità tra la quota di partecipazione al capitale sociale detenuta dal socio pubblico ed il numero degli amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, da questo nominabili.

^[74] In questo senso cfr. AMBROSINI S., Nota a sentenza Consiglio di Stato 18 maggio 2001. Nomina pubblica delle cariche sociali e nullità della delibera assembleare per carenza di potere, in *Giur. it.*, Milano 2002, p. 123 e ss. Nella citata sentenza, il giudice milanese aveva affermato che «la nomina e la revoca di amministratori e sindaci riservate dalla legge o dall'atto costitutivo allo Stato o ad un ente pubblico sono atti amministrativi e, come tali, non possono essere sindacati dall'autorità giudiziaria ordinaria ma solo valutati e conosciuti per gli effetti civilisti che producono».

^[75] ANTONIOLI M., Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile, Giuffrè, Milano, 2008, p. 265 e ss., specifica che, in tale ottica, l'atto di nomina darebbe vita ad un duplice rapporto di carattere privatistico, tra società ed amministratore, e pubblicistico, intercorrente quest'ultimo tra l'ente e l'amministratore nominato. Alla luce di tale ricostruzione l'ente pubblico, nell'esercizio della propria potestà pubblica, ben potrebbe impartire indirizzi vincolanti all'amministratore, sul quale graverebbe il conseguente onere di esecuzione degli stessi potendosi configurare, in caso contrario, la sanzione della revoca, in quanto ascritta in via esclusiva al socio pubblico nominante.

^[76] Tesi supportata da alcune pronunce giurisprudenziali, secondo cui il perseguimento dell'interesse pubblico, in realtà, non sarebbe sufficiente a far propendere per la natura provvedimentoale dell'atto, «essendo ormai stata compiutamente teorizzata dalla dottrina, accanto alla attività amministrativa di tipo tradizionale, che si svolge nelle forme del diritto pubblico, una attività che si svolge mediante istituti e forme elaborate dal diritto privato e che è pur sempre rivolta alla cura di interessi della collettività»

^[77] Una svolta decisiva ai fini della qualificazione privatistica dell'atto di nomina e di revoca dell'amministratore si avrà a partire dalla sentenza della Cassazione, Sez. Unite, 15 aprile 2005, n. 7799, ampiamente richiamata dalla successiva sentenza della Cassazione, Sez. Unite, 23 gennaio 2015, n. 1237.

^[78] DONATIVI V., Società a partecipazione pubblica, Ipsoa, Milano 2016, p. 583 ss., afferma che da tale qualificazione è possibile ricavare alcune conseguenze pratiche: innanzitutto, con riferimento al regime della comunicazione degli atti di nomina e di revoca, vige un dovere di comunicazione - che, come si vedrà più avanti, attualmente risulta essere espressamente sancito all'art. 9, comma 7, TUSP - da parte dell'ente pubblico, non solo al soggetto nominato, ma anche alla società interessata. In secondo luogo, l'accettazione eventualmente espressa dal soggetto nominato dev'essere indirizzata esclusivamente alla società, e non all'ente pubblico nominante, ai fini del perfezionamento del rapporto contrattuale. Per di più, il dies a quo per il calcolo dei trenta giorni per effettuare l'iscrizione nel registro delle imprese decorre dal giorno della comunicazione all'amministratore (e al consigliere di sorveglianza) dell'avvenuta nomina essendo, invece, del tutto irrilevante la comunicazione alla società. In materia, infatti, si applicano le disposizioni di cui agli artt. 2383, comma 4, e 2409-undecies, comma 1, c.c., il primo dei quali stabilisce che «Entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente», mentre il secondo, rubricato «Norme applicabili» estende, in quanto compatibile, tale disciplina anche al consiglio di gestione. Altro aspetto riguarda la disciplina della pubblicità legale sopra menzionata che, in questo caso, aggiunge alla tradizionale iscrizione della nomina anche il simultaneo deposito (consegna) del relativo atto amministrativo di nomina. Infine, il contratto avente ad oggetto la disciplina del complesso delle situazioni giuridiche attive e passive dell'amministratore neo-nominato, nonché la quantificazione del compenso per lo svolgimento dell'incarico, vede come controparte la società e non l'ente pubblico nominante.

^[79] Cfr TORCHIA L., La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, in www.astrid-online.it, 2008.; ANTONIOLI M., Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile, Milano, Giuffrè, 2008; TESAURO P., La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica a seguito della recente Corte di Cassazione, in www.giustamm.it, 2010.

^[80] Per tutte, Cass., SS. UU., 2 marzo 1982, n. 1282, in *Foro It.*, 1982, I, p. 1596 ss., ove si legge: “La giurisdizione della Corte dei conti, a norma dell’art. 103, secondo co., della Costituzione, sull’azione di responsabilità a carico di amministratori, funzionari e impiegati dello Stato e degli enti pubblici in generale, per atti connessi al rapporto di servizio o impiego e produttivi di un danno, sussiste, con riferimento agli enti pubblici economici, limitatamente agli atti che esorbitino dall’esercizio imprenditoriale proprio degli enti medesimi e si ricolleghino a poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero a funzioni pubbliche svolte in sostituzione di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici”. Su questa giurisprudenza cfr. ANDREANI A., Saggio sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici, in *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 2016, p. 16 ss. Certo è che, con riferimento agli enti pubblici economici, la non operatività del regime della responsabilità amministrativa comportava una situazione alquanto paradossale. Gli amministratori di questi enti, infatti, essendo collocati al vertice dei medesimi, avrebbero dovuto procedere, in caso di danni da essi stessi cagionati agli enti di appartenenza, ad autodenunciarsi, per vedere risarcito il danno.

^[81] ZIRUOLO A., *Valore pubblico e società partecipate, tendenze evolutive della performance*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 233.

^[82] GORI E., POZZOLI S., *Il sistema dei controlli negli enti locali: attori e modalità operative*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 155.

^[83] Ad una conclusione simile a quella di cui al testo, seppur mediante argomentazioni parzialmente diverse e con riferimento agli enti pubblici economici, giunge anche, isolatissimo in dottrina, D’ARIES C., PADOVANI M., *Il nuovo sistema dei controlli interni: dall’obbligo normativo ad un’impostazione manageriale della gestione della P.A.*, IPSOA, Milano, 2014, p. 123. In senso contrario, tra i molti, cfr. invece PIZZA P., *La responsabilità amministrativa e gli amministratori di società per azioni partecipate da enti pubblici*, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv.*, 2000, II, 123 ss.

^[84] Per una chiara ricostruzione dell’istituto della responsabilità amministrativa si veda CIMINI S., *La responsabilità amministrativa e contabile - Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 43, ed in particolare, sulla riconduzione della responsabilità amministrativa alla responsabilità civile.

^[85] Sul punto si veda IBBA C., *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giur. Comm.*, 2012, n. 5, p. 641.

^[86] Vd. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2 marzo 1982, n. 1282; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21 ottobre 1983, n. 6178; 11 febbraio 2002, n. 1945; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 febbraio 2003, n. 2605.

^[87] Cass., SS. UU., ordinanza 6 novembre-22 dicembre 2003, n. 19667, in Guida al Diritto, 2004, IV, 40 ss. Le argomentazioni recate in questa pronuncia appaiono assai condivisibili. La Suprema Corte prende in esame il generale processo di privatizzazione formale del diritto amministrativo che caratterizza il nostro ordinamento dall'ultimo decennio del secolo scorso, rilevando come, allo stato attuale, la cura in concreto dell'interesse pubblico viene realizzata sempre più spesso non soltanto mediante l'utilizzo di strumenti operativi di tipo privatistico o paraprivatistico (contratti, convenzioni, accordi ex art. 11, l. n. 241 del 1990), ma anche attraverso moduli organizzatori mutuati dal diritto privato, in particolare attraverso il modello societario o, a livello locale, attraverso il modello consortile di cui all'art. 31, co. 1, d.lgs. n. 267 del 2000. Tutto ciò, rileva la Suprema Corte, non può comportare una diminuzione delle garanzie, tanto è vero che «il processo di privatizzazione dell'amministrazione pubblica, del quale si è detto, non ha comportato una corrispondente riduzione della sfera di competenza giurisdizionale della Corte dei conti; al contrario, è stata attuata, dalle leggi degli anni Novanta, una espansione di tale sfera». In relazione alle considerazioni svolte nel testo, merita di essere riportato un altro passaggio particolarmente significativo della pronuncia in esame: «La devoluzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla responsabilità amministrativa extracontrattuale degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici appare particolarmente significativa perché, per i relativi giudizi, non si pongono quei problemi di conflitti di interesse e di condizionamenti che ricorrono invece riguardo alla responsabilità contrattuale degli stessi soggetti: per la quale questa Corte Suprema (sentenza 9780/98) manifestò il timore che la "finora timida attività giudiziaria dell'ente danneggiato nei confronti dei pretesi responsabili" (amministratori o dipendenti dello stesso ente) potesse risolversi in un sostanziale esonero da responsabilità, rimettendo peraltro al legislatore la soluzione del problema».

^[88] Cfr. D'AURIA G., Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa, in Giorn. Dir. amm., 2006, n. 9, p. 969.

^[89] La Cassazione, in un caso che riguardava una società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, incaricata della gestione di taluni servizi pubblici locali, ha affermato che «sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di una società per azioni il cui capitale è detenuto in misura assolutamente maggioritaria dalla pubblica amministrazione», sulla base, fondamentalmente, per cui «deve essere riconosciuto il rapporto di servizio, necessario per l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti, ogni qual volta si instauri una relazione non organica, ma funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività ai fini pubblici di quest'ultimo, a nulla rilevando, in contrario, la natura privatistica dell'ente affidatario». Su questi aspetti cfr. BARRAZI G., La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società pubbliche tra tutela dell'interesse pubblico e uniformità di normazione, in Contr. St. Ent. Pubbl., 2004, p. 521 ss. e NICOLETTI G., L'evoluzione della giurisdizione della Corte dei conti: dalla contabilità alla finanza pubblica, in www.lexitalia.it, 2005.

^[90] Sul punto cfr., per tutti, VENTURINI L., Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti pubblici ed enti a prevalente partecipazione pubblica, in Atti del seminario di studio della legge 27 marzo 2001, n. 97, su www.amcorteconti.it.

^[91] Sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 19 dicembre 2009, n. 26806.

^[92] Con tale pronuncia, riferita alla vicenda Enel Power S.p.A., le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, hanno dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti limitatamente ai soli danni attinenti alla società, con esclusione della domanda attinente al risarcimento del danno all'immagine subita dal Ministero dell'economia e delle finanze.

^[93] "La circostanza che l'ente pubblico partecipante possa tuttavia risentire del danno inferto al patrimonio della società partecipata, quando esso sia tale da incidere sul valore o sulla redditività della partecipazione, può eventualmente legittimare un'azione di responsabilità della procura contabile nei confronti di chi, essendo incaricato di gestire tale partecipazione, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine di indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi perpetrati". Così, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 12 ottobre 2011, n. 20941.

^[94] In tal senso, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 22 luglio 2004, n. 13702, pronunciandosi su un regolamento successivo di giurisdizione e affermando la giurisdizione contabile, ha stabilito che gli ex sindaci del comune di Tivoli, in presenza di atti dannosi di cattiva gestione della Acque Albule S.p.A., società con capitale interamente pubblico locale, avrebbero dovuto proporre l'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. nei confronti degli amministratori della società ritenuti responsabili di tali atti. La Corte di Cassazione ha sottolineato che tale decisione "non riguarda l'utilizzo di poteri discrezionali da parte dei sindaci, bensì, l'omesso esercizio di qualsiasi elementare forma di tutela del patrimonio comunale, che avrebbe dovuto esprimersi principalmente nella proposizione dell'azione di responsabilità degli amministratori della società. Tale omessa attività, non rientra, pertanto, nel contesto delle attività discrezionali dell'amministrazione, rimesse a valutazioni di merito, ma consiste in una violazione di precisi obblighi di tutela del patrimonio comunale conseguenti al prescelto modulo organizzativo dell'attività (spa a capitale interamente pubblico)".

^[95] Corte dei Conti, Sezione Terza appello, 9 aprile 2010, n. 26.

^[96] Sentenza delle Sezioni Unite, 25 novembre 2013, n. 26283.

^[97] GALANTI, M.T., Sindaci e manager nel capitalismo municipale, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 89.

^[98] ZIRUOLO A., Valore pubblico e società partecipate, tendenze evolutive della performance, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 160.

^[99] LEONCI M.C., GALLI D., GENTILE D., Le società partecipate dopo il correttivo 2017, Dike, Roma, 2017, p. 197.

^[100] L'approvazione del bilancio è di competenza esclusiva dell'assemblea degli azionisti.

^[101] La proposta annuale di dividendi e la presentazione dei piani pluriennali di sviluppo industriale devono essere approvate in consiglio di amministrazione.

^[102] La nomina degli amministratori in CDA è oggetto di formalizzazione da parte del sindaco.

^[103] Si pensi ad operazioni di ulteriore privatizzazione e modifiche statutarie, che spesso vengono affrontate senza la necessaria partecipazione da parte dei consiglieri e, soprattutto, in assenza di un supporto tecnico sulla performance delle aziende.

^[104] Organo collegiale che collabora con il Sindaco nel governo del Comune e opera attraverso deliberazioni collegiali, composto dal Sindaco e da un numero di Assessori stabilito dallo statuto comunale.

^[105] L'assemblea pubblica rappresentativa di ogni Comune, composta dal Sindaco e da un numero variabile di consiglieri.

^[106] Come il Direttore Generale o il Comitato di Direzione.

^[107] In particolare, il D.lgs, n. 150/2009.

^[108] Nel Piano della performance vanno inseriti gli standard di erogazione dei servizi pubblici, a partire dai quali i cittadini possono effettuare il monitoraggio.

^[109] Direttiva del presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994 "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici".

^[110] Direttiva del presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994, con D.L. n.163 del 12 maggio 1995, convertito nella Legge n. 273 dell'11 luglio u.s.

^[111] FIAMMANO F., L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività, in *Il nuovo diritto delle società*, 16, 2011, p. 165.

^[112] LACCHINI M. - MAURO A., La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico- privato, Giappichelli, Torino, 2017, p. 254.

^[113] SCIASCIA M., *Diritto delle gestioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 233.

^[114] VIGNOLI F., Spunti critici e ricostruttivi in tema di Testo Unico delle società a partecipazione pubblica in “La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”, 2017, p. 9-14.

^[115] ROSSI G., L’incerto regime delle imprese pubbliche, Giappichelli, Torino, 2010, p. 201.

^[116] Sugli enti pubblici economici, cfr. GIANNINI M. S., Diritto Amministrativo, Giuffrè, Milano, 2000, p. 346 ss.

^[117] La nozione di organismo di diritto pubblico emerge con la direttiva 89/4400/CE che è stata riprodotta dalle successive direttive 2014/23-24-25/UE e nell’ordinamento interno dall’art. 3, comma 1, lett.d), d.lgs. 50/2016. Esso è definito come qualsiasi soggetto anche in forma societaria che possieda i requisiti congiunti del dato teleologico, della personalità giuridica e della influenza dominante.

Deve dunque accertarsi che tali enti siano preposti al soddisfacimento di interessi di carattere generale e che abbiano carattere non commerciale o industriale.

^[118] Un bisogno di interesse generale può avere carattere industriale o commerciale. Tale diversità non risiede in caratteristiche ontologiche diverse dei vari bisogni, quanto, piuttosto, nel trattamento giuridico che essi ricevono: si tratta di stabilire se la soddisfazione dei medesimi è rimessa o meno dall’ordinamento giuridico al mercato.

^[119] Sul punto, vd. D. SORACE, Diritto delle amministrazioni pubbliche, Bologna, 2000, p.153, in cui si legge che i principi ispiratori dell’evidenza pubblica nell’ordinamento comunitario e nell’ordinamento interno, seppur convergenti, sono diversi: il primo è il principio di concorrenza; il secondo quello dell’imparzialità amministrativa.

^[120] E’ ormai pacifico, l’obbligo di selezioni concorsuali ad evidenza pubblica per l’assunzione del personale da parte delle società pubbliche da disciplinarsi, da parte delle società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali e delle altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, con propri autonomi provvedimenti. Nel primo caso, dovranno rispettare i principi generali previsti dal decreto legislativo 20 marzo 2001, n. 165 previsti al comma 3 dell’art. 35, e nel secondo caso i principi di derivazione comunitaria, di trasparenza, imparzialità e pubblicità: art. 18, comma 1 e 2 del decreto legislativo 25 giugno 2008, n. 112.

^[121] Corte Cost., sent. n. 363 del 9 novembre 2006; Cfr. Corte cost., sent. n. 81 del 2006; Corte cost. Sent. n. 205 del 2006.

^[122] Art. 1-bis, legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005; legge n. 121/2008; Direttiva CE 2004/18 del 31/03/2004, recepita dal Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006.

[123] TREBASTONI D., Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007, p. 675.

[124] Cfr. Corte Cost., sent. n. 466 del 28 dicembre 1993, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995 n. 498 in tema della configurabilità di enti pubblici a struttura societaria. Contra Cassazione Sezioni Unite, 25 novembre 2013, n. 26283; Corte di Cassazione, Seconda Sezione Civile, 14 marzo 2016, n. 4938: più di recente, infatti, le società in house, sulla falsariga di un'interpretazione più recente della giurisprudenza e della dottrina, costituirebbero, in realtà, "dei moduli organizzativi della pubblica amministrazione da cui promana, ma dal punto di vista formale e sostanziale sono un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo".

[125] TESSAROLO C., Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica, in www.dirittodeiservizipubblicilocali.it, 2011, n. 2, p. 234.

[126] Importante è richiamare il principio dell'art. 35 del D.Lgs. 165 del 2001 che così dispone: "Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali". Per approfondimenti si veda PIPERATA G., A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, fasc. 3-4, p. 641

[127] DE MICHELE A., I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali, in *Istituzione del federalismo/Quaderni*, 2011, n.2, p. 145.

[128] SPASIANO M.R., Trasparenza e qualità dell'amministrazione, in *Studi in onore di Spagnuolo Vigorita*, Napoli, n. 3/2007, p. 1435, intesa quale condizione di reale conoscibilità di atti e di comportamenti della pubblica amministrazione (da parte di soggetti esterni), in una alle relative ragioni ispiratrici ed alle finalità perseguite.

[129] SIMONATI A., L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza, Collana «Quaderni Dipartimento Scienze Giuridiche», Trento, Università degli Studi di Roma Tre Ed., 2002, pag. 17-18. L'Autrice sottolinea l'esistenza di un concetto di trasparenza verticale correlata a una "concezione gerarchica della pubblica

amministrazione in cui i cittadini devono essere lasciati all'oscuro dalle scelte effettuate da chi è depositario del potere" accanto a quello di trasparenza orizzontale riguardante invece "i rapporti fra le pubbliche amministrazioni e i cittadini sempre meno ritenuti sudditi in posizione di subordinazione"

^[130] CARAMAZZA I. F. - MANGIA M. G., La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, in Trattato di diritto amministrativo, vol. XLI, Le Autorità Amministrative Indipendenti, Cedam, 2010, p. 928

^[131] Sul punto si veda GALETTA D. U., Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n.33/2013, in www.federalismi.it, n. 5/2016, p. 17.

^[132] In tal senso VILLAMENA S., "Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili", in www.federalismi.it, n. 23/2016, p. 15.

^[133] In tal senso MILAZZO S., "Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D. Lgs. 25 Maggio 2016, n. 97", in www.ildirittoamministrativo.it, 2016, p. 12.

^[134] Per tutti, GAROFOLI R., CARINGELLA F., SEMPREVIVA M. T., Accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali, Giuffrè, Milano, 2016.

^[135] Tale ultimo orientamento è stato accolto anche dall'Ad. Plenaria 22 aprile 1999 n. 4 e 5 che ha affermato la rilevanza ai fini dell'applicabilità dell'articolo 22 del regime giuridico cui risulta assoggettata l'attività rilevando la funzionalizzazione dell'attività al perseguimento dell'interesse pubblico del suo conseguente assoggettamento ai principi di imparzialità e buon andamento.

^[136] La giurisprudenza successiva, con riferimento all'ente poste italiane, procedendo da una nozione di pubblica amministrazione e qualificando tale ente come pubblico per il forte collegamento strutturale con l'amministrazione di appartenenza, ha ritenuto che la valutazione la strumentalità dovesse avere carattere meno pregnante, venendo in rilievo un ente proteso alla realizzazione di un interesse pubblico (CdS 1303/2002; CdS 5569/2007).

^[137] Qui, come si vede bene, l'ambito soggettivo di applicazione della nuova normativa viene differenziato a seconda che si tratti di figure soggettive pubbliche o private: nel primo caso, non vi sono limitazioni di sorta; nel secondo caso, invece, il diritto di accesso è limitato all'«attività di pubblico interesse» posta in essere dalle figure soggettive private. Dovrebbe dedursene, con riferimento a tutti gli enti pubblici a struttura di società per azioni, la loro ricomprensione nel primo dei due ambiti soggettivi di applicazione.

^[138] Sembra, dunque, anche per quanto concerne l'ambito oggettivo di applicazione della normativa in

materia di diritto di accesso, che esso, attualmente, debba estendersi a qualunque documento, a qualunque titolo detenuto, di qualunque ente pubblico a struttura di società per azioni, senza distinzioni di sorta.

^[139] Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 28 giugno 2016, n.16. Secondo i Giudici di Palazzo Spada, in tema di soggezione alla disciplina pubblicistica del diritto di accesso, dal punto di vista soggettivo, “la disposizione dell’art. 1, comma 1 ter della legge n. 15/2005, si presta ad essere applicata ai soggetti formalmente e sostanzialmente privati; ai soggetti per i quali la legge opera una riqualificazione in senso pubblicistico in relazione a determinate attività (ad esempio attraverso l’inquadramento degli stessi come “organismi di diritto pubblico” ai sensi dell’art. 3, comma 26, D. Lgs. n. 163/2006); ai soggetti formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici, ovvero ai soggetti per i quali la giurisprudenza, sulla scorta della promiscuità societaria, non si esime dall’operare una vera e propria riqualificazione tout court in senso pubblicistico”.

^[140] VIVARELLI M.G., Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2011, fasc. 1, p. 114.

^[141] In particolare, la direttiva 2014/24/UE e la direttiva 2014/23/UE.

<https://www.diritto.it/le-societa-pubbliche-nel-panorama-municipale-al-tempo-della-terza-repubblica/>