

Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica

Giuseppe Andrea Primerano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'onere di motivazione analitica in ordine ai vincoli di scopo. – 3. Oneri di motivazione analitica e principi di buona amministrazione. – 4. L'obbligo di consultazione pubblica imposto agli enti locali. – 5. Il controllo della Corte dei conti e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il processo di riforma indotto dall'art. 18 della l. 7 agosto 2015, n. 124, rinviene nella disciplina recata dall'art. 5 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (d'ora in avanti anche t.u.), sugli oneri di motivazione analitica, indicazioni essenziali a proposito del "diritto di esistere" delle società pubbliche, nell'ottica di un intervento dichiaratamente volto all'efficiente gestione delle partecipazioni detenute dallo Stato azionista, alla tutela e alla promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e alla riduzione della spesa pubblica¹. Ciò anche attraverso una migliore regolazione dei confini tra pubblico e privato, in base al principio di proporzionalità delle deroghe al diritto comune², e mediante la diminuzione complessiva del numero delle società partecipate.

¹ Art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016.

² Sul punto cfr. M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 96, il quale sottolinea che le deroghe al diritto comune, per essere giustificate, devono apparire necessarie e adeguate, «il che potrebbe condurre ad una maggiore valorizzazione della disciplina privatistica». In tale apparato concettuale merita ricordare che, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del t.u. «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». L'eterogeneità del panorama delle società a partecipazione pubblica attive al tempo dell'entrata in vigore della c.d. legge di riforma Madia costituisce un'evidenza che il testo unico sembra tenere in sufficiente considerazione. Come evidenziato da B.G. Mattarella, *Presentazione*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, XV, il d.lgs. n. 175/2016 è costruito intorno a una distinzione fondamentale, quella fra le società controllate dalle amministrazioni pubbliche e le società mera-

Con il potenziamento dell'*iter* argomentativo teso a illustrare la decisione delle amministrazioni di ricorrere al modello sociale si è voluto rimarcare il consolidamento della componente pubblicistica in relazione all'avvio (*rectius*: all'esistenza) della dinamica societaria, in conformità alle previsioni dell'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, sul divieto di costituzione o di permanenza dell'azionariato pubblico, riguardanti sia le società controllate da amministrazioni, sia le società meramente partecipate da esse.

Acquisito che l'opzione di un ente pubblico in ordine al modulo organizzativo da utilizzare rappresenta il risultato di una scelta³, il legislatore ha inteso scandire con maggiore dettaglio i momenti del procedimento indirizzato in tal senso. E lo ha fatto assegnando decisiva importanza al binomio diritto-economia, al precipuo scopo di stimolare un progressivo ridimensionamento dell'intervento pubblico diretto nel mercato⁴.

In tale prospettiva, il tema della razionalizzazione passa anche attraverso la valorizzazione delle disposizioni sugli oneri di motivazione analitica⁵, le quali

mente partecipate da esse: «da maggior parte delle disposizioni relative alle società si applicano solo alle prime, ma le disposizioni relative agli azionisti pubblici [ivi incluse quelle degli artt. 4 e 5] si applicano anche alle partecipazioni nelle seconde. Vi sono comunque, nella disciplina del Testo Unico, diverse gradazioni di pubblicità, come dimostrato dalle speciali disposizioni applicabili per un verso alle società *in house*, che sono soggette a una disciplina un po' più intensa e a maggiori deviazioni rispetto al diritto privato, e per un altro verso alle società miste, che sono soggette a una disciplina un po' meno intensa e a minori deviazioni». In relazione alla novella recata dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, per un inquadramento, cfr. H. Bonura, G. Fonderico, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 722 ss.; ivi G. Caia, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, 2017, 601 ss.; C. D'Aries, S. Gliniansky, T. Tessaro, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Rimini, 2016; V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Assago, 2016; M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 2016, 521 ss.; AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, voll. I-II, Giapeto, 2016; W. Giulietti, *Le partecipazioni pubbliche societarie tra razionale e reale alla luce del nuovo T.U. n. 175 del 2016 e del suo correttivo. Il caso delle partecipazioni universitarie*, in *www.giustamm.it*, 2017; A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di N. Longobardi, 2017, 189 ss.; B.G. Mattarella, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss.; AA.VV., *Il testo unico sulle società pubbliche*, diretto da G. Meo, A. Nuzzo, Bari, 2016; AA.VV., *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, a cura di M. Meschino, A. Lalli, Roma, 2016; A. Zito, *Il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica: per un primo inquadramento sistematico delle novità più rilevanti*, in *www.giustamm.it*, 2016.

³ In particolare, M. Nigro, *Lineamenti generali*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato - A. Barbera, vol. III, Bologna, 1994, 731 s., parla di privatizzazione «di secondo grado» per descrivere il fenomeno consistente nella creazione di soggetti privati quali possono, ad esempio, essere le società a partecipazione pubblica: circa la natura della scelta amministrativa indirizzata in tal senso – osserva l'Autore – «mi pare che non ci possa essere dubbio che si tratti di una scelta tipicamente "organizzativa": scegliere se usare il diritto privato o il diritto pubblico significa anzitutto stabilire "come organizzare" la propria azione. Da ciò consegue che la scelta appartiene al diritto pubblico ed è per ciò assoggettata alla disciplina dell'art. 97».

⁴ Cfr., in questo senso, M. Meschino, A. Lalli, *La nuova normativa sulle società partecipate e sui servizi pubblici locali di interesse economico generale: uno sguardo d'insieme*, in *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, cit., 15.

⁵ Come ricorda F.G. Scoca, *Il provvedimento*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 288 s., «l'esternazione dei motivi, consistente nella indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione, viene denominato motivazione». Sulla motivazione, per tutti, G. Ber-

chiamano in causa il concetto di “stretta indispensabilità” dell’opera di produzione di beni o servizi da parte di società a partecipazione pubblica per il perseguimento degli scopi istituzionali dell’ente.

Nel ripercorrere le principali tappe che hanno condotto alla loro emanazione, il presente contributo si propone di verificare potenzialità e limiti dell’attuale assetto di regole, le quali cristallizzano notevoli appesantimenti procedurali dovuti anche all’intervento di autorità esterne quali la Corte dei conti e l’Autorità garante della concorrenza e del mercato. L’indagine, inoltre, favorirà alcune riflessioni di ordine più generale in merito alla dimensione assegnata dal nuovo testo unico alle società partecipate nel quadro della costante riforma dell’amministrazione pubblica italiana.

2. *L’onere di motivazione analitica in ordine ai vincoli di scopo*

La scelta di orientare la riforma verso l’obiettivo della razionalizzazione, anzitutto normativa, è sintomatica della centralità attribuita dalla legislazione al settore delle società a partecipazione pubblica.

È significativo che nel parere del 21 aprile 2016, n. 968, reso sullo schema di testo unico, il Consiglio di Stato – premesso che la delega di cui all’art. 18 della l. n. 124/2015 risulta inserita «in una legge di più ampio respiro, dedicata ad una profonda riforma della pubblica amministrazione, di cui la qualità della regolazione costituisce un aspetto fondamentale per la competitività del Paese, per l’effettività dei diritti fondamentali dei cittadini, per l’efficienza delle pubbliche amministrazioni e per l’andamento dei conti pubblici» – abbia riconosciuto l’esigenza di ricondurre a sistema la legislazione vigente al fine di assicurare precisi punti di riferimento a tutela degli utenti, del mercato e degli operatori, sottolineando che l’efficacia e la certezza delle regole è strumentale a un miglior utilizzo delle risorse pubbliche, al punto tale da «costituire un’importante leva economica di sviluppo del Paese in un contesto di crisi finanziaria».

gonzini, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; G. Corso, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 774 ss.; M.S. Giannini, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 257 ss.; V. Mazzarelli, *Motivazione*, II) *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; Id., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 683 ss. Più di recente, cfr. gli approfondimenti svolti da F. Cardarelli, *Art. 3*, in AA.VV., *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 374 ss.; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, 2013, 43 ss. e 97 ss.; B. Marchetti, *Il principio di motivazione*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 521 ss.; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 202 ss.; S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, 177 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 269 ss.

In tale apparato concettuale, l'art. 5 del t.u. detta una specifica disciplina degli oneri motivazionali relativi alla delibera in cui si sostanzia la scelta di costituire società a partecipazione pubblica, ovvero di acquisire partecipazioni, anche indirette, in società esistenti, ad eccezione dei casi in cui la costituzione della società o l'acquisto della partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità ad espresse previsioni di legge.

La rubrica originaria dell'art. 5 recava la dizione «oneri di motivazione analitica e obblighi di dismissione», ma il riferimento a detti obblighi è stato espunto dal testo finale dell'articolo, poiché ritenuto incongruente col suo contenuto⁶.

La norma, che esplicitamente estende il proprio ambito di applicazione alle società a partecipazione mista, *ex art.* 17, ed è a sua volta richiamata dall'art. 18, comma 1, del t.u. relativo alla quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati, suddivide in vari momenti il procedimento finalizzato alla delibera di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni in società preesistenti.

Assume rilievo un provvedimento soggetto a precisi oneri di pubblicazione secondo quanto in generale disposto dall'art. 22, comma 1, lett. *d-bis*), del d.lgs. n. 33/2013⁷ e ulteriormente specificato dall'art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016⁸ che, nella sostanza, dovrà sempre rispondere ai vincoli di scopo (e di attività) fissati dall'art. 4 del t.u.⁹, a mente del quale «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» (comma 1).

Al fine di evidenziare l'autonomia del provvedimento in questione, nel richiamato parere sullo schema di testo unico, il Consiglio di Stato aveva segna-

⁶ Cfr., in particolare, le osservazioni della Commissione V Bilancio della Camera (condizione n. 11) e del Consiglio di Stato chiamato a esprimere parere sul testo unico, *sub art.* 5.

⁷ Introdotta dall'art. 21, comma 1, lett. a), n. 3, del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

⁸ V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 126, osserva che la previsione specifica di pubblicità di cui all'art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016 è assorbita dal disposto generale dell'art. 22, comma 1, lett. *d-bis*), del d.lgs. n. 33/2013. La medesima previsione, peraltro, non è riprodotta dall'art. 8 del t.u. in riferimento all'acquisto di partecipazioni in società già costituite: tale lacuna – rileva, ancora, l'Autore – è «ampiamente colmata proprio grazie all'art. 22, comma 1, lett. *d-bis*), D.Lgs. n. 33/2013» (127).

⁹ Tale norma delinea un elenco «quasi chiuso» – data l'apertura di cui al comma 9 – di attività ammissibili. Nello specifico, le attività individuate dall'art. 4, comma 2, del t.u. sono le seguenti: a) produzione di servizi di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione di reti e impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici); c) 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'art. 180 del predetto Codice; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla normativa europea e nazionale in materia di contratti pubblici; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

lato l'esigenza di chiarire «come la decisione dell'ente pubblico tesa a esternare le ragioni della costituzione di una società di capitali e la manifestazione di volontà diretta alla formale costituzione dell'ente siano contenuti in atti separati, essendone differente la natura e il conseguente regime di eventuale impugnabilità dinanzi a giurisdizioni diverse». Detta indicazione ha trovato successivo riscontro nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 175/2016, *sub* art. 5, dove viene precisato che l'atto deliberativo «ovviamente è diverso dall'atto costitutivo della società» e, analogamente, dal contratto di acquisto di partecipazioni in società già costituite.

La centralità del provvedimento oggetto di motivazione analitica, peraltro, trae significativa conferma nella circostanza per cui la relativa mancanza o invalidazione, riguardando una partecipazione essenziale per il conseguimento dell'oggetto sociale, può condurre all'applicazione dell'art. 2332 c.c.¹⁰.

Ciò posto, prima di esaminare i suddetti momenti disciplinati dall'art. 5 del t.u., è opportuno inquadrare la *ratio legis* per rendere maggiormente intelleggibili i successivi sviluppi.

È doveroso, allora, rimarcare che l'onere di motivazione analitica investe, in primo luogo, la necessità manifestata dalla p.a. di ricorrere alla forma societaria per il perseguimento di proprie finalità istituzionali. In tale prospettiva, l'art. 4 del t.u. si riferisce ad attività aventi tutte rilevanza pubblicistica: servizi pubblici, opere pubbliche, attività strumentali all'esercizio di funzioni amministrative, servizi di committenza, con esclusione, quindi, delle attività di impresa in quanto tali¹¹.

La logica normativa risiede nel presupposto divieto di istituire e/o conservare partecipazioni pubbliche in società di capitali, nella dichiarata visione di migliorare la tutela e la promozione della concorrenza. La società a partecipazione pubblica non va costituita o, se esiste, va restituita al mercato, ogniqualvolta la produzione di beni e servizi non si presenti strettamente necessaria per il perseguimento degli scopi istituzionali dell'ente¹².

Non serve ripercorrere tutte le tappe che hanno condotto all'emanazione del d.lgs. n. 175/2016 per comprendere quale fosse il clima di sfiducia in ordi-

¹⁰ Sul punto cfr. G. Piperata, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, cit., 26, il quale ricorda che l'atto deliberativo *de quo* è fondamentale «non solo nella fase di avvio della dinamica societaria, ma anche per effettuare scelte importanti durante la vita della società (come, ad esempio, le modifiche dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società; la trasformazione della società o il suo trasferimento all'estero; la revoca dello stato di liquidazione: art. 7, c. 7)». È opportuno rammentare che, nel caso di quotazione di azioni o di altri strumenti finanziari in mercati regolamentati, tale atto deliberativo prevede, inoltre, uno specifico programma avente ad oggetto il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata (art. 18, comma 1, del t.u.).

¹¹ Così B.G. Mattarella, *Presentazione*, cit., XIV.

¹² In questi termini si esprime A. Police, *Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa: quale dimensione finanziaria per le Società a partecipazione pubblica?*, Relazione tenuta nell'ambito del Corso Monografico SPISA 2017, 8.

ne all'impiego che le amministrazioni, soprattutto locali, hanno fatto del modello societario¹³, spesso utilizzato per eludere regole e controlli sull'uso di risorse pubbliche¹⁴. Per inquadrare il contesto nel quale si inserisce la legge delega n. 124/2015 e decifrare quale gravoso impatto sulla finanza pubblica ha determinato l'incremento esponenziale del numero di società partecipate, è sufficiente richiamare l'attenzione su alcuni passaggi del piano predisposto nell'agosto 2014 dall'allora commissario straordinario alla *spending review* che auspicava «una strategia di riordino con l'obiettivo di ridurre il numero delle partecipate [locali] “da 8.000 a 1.000” nel giro di un triennio, di favorirne l'aggregazione e lo sfruttamento di economie di scala e, anche per questa via, di migliorarne l'efficienza, con benefici per la finanza pubblica (i possibili risparmi a regime sono stimati in almeno 2-3 miliardi) e per la qualità dei servizi offerti».

Il principale scopo della legge di riforma Madia, dunque, è quello di razionalizzare un settore riguardato negli anni da molteplici, ma disordinati, interventi per lo più volti, senza un effettivo disegno di politica industriale, a perseguire obiettivi dettati da specifiche contingenze e, per tale via, favorire la progressiva riduzione delle società partecipate mediante il ridimensionamento dell'intervento pubblico nel mercato¹⁵.

¹³ L'idea alla base del processo di privatizzazione delle attività economiche della p.a. è quella secondo cui l'adozione di forme giuridiche privatistiche, e dunque il riconoscimento di una maggiore autonomia tecnico-operativa, è funzionale all'esigenza di implementare la gestione dei servizi pubblici in termini di economicità, efficacia ed efficienza. Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica, a seguito dei processi di privatizzazione, ha rappresentato oggetto di ampi studi, anche monografici: G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016; M.G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, Milano, 1998; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; C. Ibba, *Le società “legali”*, Torino, 1992; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; M.G. Roversi Monaco, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società: considerazioni critiche*, Torino, 2004; F. Santonastaso, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica: la governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012. Si segnalano, inoltre, i contributi raccolti in C. Brescia Morra, G. Meo, A. Nuzzo, *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, volume monografico della Rivista *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2/2015; M. Cammelli, M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; D. Di Russo, *Manuale delle Società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, Torino, 2015; M. Macchia, *Le società a partecipazione statale*, Rapporto Irpa n. 1/2015, Napoli, 2015; F. Guerrero, *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010; C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, *Le società “pubbliche”*, Torino, 2011.

¹⁴ Cfr. F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 62 ss.

¹⁵ Dagli anni novanta ad oggi l'unica costante sembra essere rappresentata dall'incremento del numero di società a partecipazione pubblica, attive soprattutto a livello locale: ciò è avvenuto anche mediante la trasformazione di aziende speciali, consorzi e istituzioni. Un notevole impulso alla trasformazione di aziende speciali e consorzi in s.p.a. si è avuto per effetto delle disposizioni dell'art. 17, commi da 51 a 58, della l. 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. Bassanini *bis*). Sullo “stato di salute” delle partecipate locali, con argomentazioni che consentono,

È quanto emerge dall'art. 18, comma 1, lett. b), ed m), n. 3, della l. n. 124/2015 e, più in generale, alla luce dell'affollato panorama di norme stratificate¹⁶ prima dell'emanazione del testo unico¹⁷, fra le quali, ai nostri fini, è doveroso menzionare l'art. 3, comma 28, della l. n. 244/2007, a mente del quale l'assunzione da parte di amministrazioni di nuove partecipazioni, ovvero il mantenimento delle partecipazioni già possedute, avrebbe dovuto essere autorizzato dall'organo competente «con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27». Una norma, quest'ultima, improntata alla medesima logica utilitaristica che conforma l'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, benché subordinasse l'azionariato pubblico alla mera circostanza che si trattasse di società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi «strettamente necessarie» per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, salva la possibilità per l'ente di costituire o, comunque, partecipare in società produttive di servizi di interesse generale¹⁸, presumendosi in tal caso lo scopo pubblico della partecipazione e la compatibilità con i principi di tutela della concorrenza e del mercato.

altresì, di riflettere sulla capacità giuridica societaria della pubblica amministrazione, in un sistema multilivello, si veda F. Fracchia, voce *Imprese pubbliche regionali e locali*, in *Enc. giur.*, Roma, 2009. In relazione all'esperienza delle società partecipate a livello locale, da ultimo, G. Astegiano, *Società pubbliche: insolvenza e responsabilità*, Assago, 2015; A. Vigneri, M. Sebastiani, *Società pubbliche e servizi locali*, Santarcangelo di Romagna, 2016; F. Verbaro, F. Massa Felsani, *Le società partecipate dagli enti locali tra tagli alle spese e processi di liberalizzazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016; A. Ziruolo, *Valore pubblico e società partecipate. Tendenze evolutive della performance*, Milano, 2016.

¹⁶ In particolare, a partire dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248). In relazione alla citata norma del c.d. decreto Bersani, cfr. D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali: l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008. Per una giurisprudenza utile a inquadrare la portata precettiva dell'art. 13 in questione, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, con nota di A. Di Leo, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 788 ss.

¹⁷ Per una ricognizione delle quali v. M. Bragaglia, *Art. 5*, in AA.VV., *Il testo unico sulle società pubbliche*, cit., 87 ss., che rileva come «l'azione del legislatore sia stata episodica, talvolta incoerente e spesso inefficace». Gli interventi legislativi hanno avuto ad oggetto, fra l'altro, la ridefinizione del numero dei membri degli organi sociali (in tale prospettiva è possibile ricordare l'art. 1, comma 729, della l. 27 dicembre 2006, n. 269, l'art. 6, comma 5, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con mod. dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, l'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con mod. dalla l. 7 agosto 2012, n. 135) e dei relativi compensi (art. 1, commi 725 ss., della l. n. 269/2006, art. 3, comma 32-bis, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 6, comma 6, del d.l. n. 78/2010, art. 23-bis, comma 5-bis, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con mod. dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, art. 4, comma 4, del d.l. n. 95/2012), il riferimento a parametri di qualità e prezzo forniti dalla Consip s.p.a. per l'acquisto di beni e servizi (art. 1, commi 465 e 734, della l. n. 269/2006, art. 3, commi 15 e 32-bis, della l. n. 244/2007), ecc. Da ultimo, i commi 611 e 612 dell'art. 1 della l. 23 dicembre 2014, n. 190, «al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato», hanno previsto un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute dalle amministrazioni ivi individuate (anche) in considerazione dei criteri e delle condizioni fissate dalle medesime norme (si ritornerà sul punto *infra* § 5).

¹⁸ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 175/2016, tale espressione fa riferimento alle «attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da

L'evoluzione conseguita all'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016, quindi, è percepibile sia sotto il profilo dell'estensione dell'ambito di applicazione del vincolo di scopo anche alle partecipazioni indirette, sia sotto il profilo dei vincoli di attività, delineando un approccio decisamente restrittivo in relazione alle partecipazioni pubbliche.

L'art. 3, comma 28, della l. n. 244/2007¹⁹ non individuava in termini generali quale fosse l'organo competente all'adozione della delibera di autorizzazione, né venivano contemplati specifici oneri motivazionali da rispettare, essendo le disposizioni plasmate sulla falsariga dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Le carenze rilevanti nel primo senso predetto sono state colmate per effetto dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016²⁰, ma ciò che qui importa maggiormente evidenziare sono le analogie fra il suddetto art. 3, comma 28, e l'art. 5 del t.u., le quali affiorano anche sotto un diverso, benché connesso, piano rispetto a quello poc'anzi considerato.

Infatti, la delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 3, comma 27, della l. n. 244/2007 avrebbe dovuto essere «trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti». Come si vedrà, in senso analogo si è orientato il legislatore delegato al riordino della disciplina in materia di partecipazioni pubbliche, nonostante il grado di dettaglio delle nuove disposizioni superiori di gran lunga il contenuto di quelle previgenti.

Ciò trae puntuale conferma sotto l'aspetto degli oneri di motivazione analitica cui si riferisce l'art. 5 del t.u., proiettati, innanzitutto, a chiarire l'esigenza dell'amministrazione di servirsi di una società per il perseguimento dei propri scopi istituzionali. Il potenziamento degli oneri motivazionali attinenti all'opzione socie-

garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale», a loro volta definiti dalla successiva lett. i) come quei «servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato». All'infuori dei casi di «errore manifesto» (cfr. Trib. primo grado, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *British United Provident Association Ltd e altri c. Commissione*), il diritto europeo riserva agli Stati membri ampia discrezionalità in ordine all'individuazione della tipologia di prestazioni da inserire nell'ambito dei S.I.E.G., ma impone il rispetto di precisi requisiti, nella fase del finanziamento, per assicurare proporzionalità fra entità degli obblighi e misura della compensazione: cfr. Corte giust., 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Almark*, e il c.d. pacchetto *Almunia* del 2011. In tema, fra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.; M.P. Chiti, *La pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, Id. (a cura di), Milano, 2013, 189 ss.; F. Cintioli, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. UE*, 2006, 453 ss.; R. Ferrara, *Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di Stato e principi dell'Unione europea in materia di concorrenza*, in *Dir. econ.*, 2013, 321 ss.; G. Hermes, *La disciplina europea dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Battini, G. Vesperini, Milano, 2006, 113 ss.; E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 211 ss. e 377 ss.; D. Sorace, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss.

¹⁹ Abrogato dall'art. 28, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 175/2016.

²⁰ La medesima griglia di regole riguarda ai sensi dell'art. 8, comma 1, del t.u. le operazioni, anche mediante sottoscrizione di aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, che comportano l'acquisto di partecipazioni in società esistenti.

taria – salvi i casi in cui la costituzione della società o l'acquisto della partecipazione avvenga in conformità ad espresse previsioni di legge, anche regionali – deve essere inquadrato in questa logica: affinché la partecipazione pubblica sia consentita, lo svolgimento di quella specifica attività, mediante quella determinata società, perché pure la scelta del modello societario è rilevante, deve apparire imprescindibile²¹; il che, come si capisce, non dovrebbe accadere troppo di frequente²².

A tale stregua, pare inevitabile che uno degli esiti del processo di riforma in atto sarà rappresentato dalla necessaria semplificazione dei modelli societari, giacché quanto si restituisce al mercato progressivamente esce dal novero delle società a partecipazione pubblica, quanto rimane nella sfera pubblica diviene sempre più riconducibile all'*in house* e, quindi, al modello dell'ente pubblico²³.

Solo in tale prospettiva, se si pone mente alla complessità manageriale che di regola governa le realtà societarie, possono comprendersi norme come l'art. 13, comma 1, secondo cui, nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dal diritto comune, ossia dall'art. 2409 c.c., ciascuna amministrazione socia, indipendentemente dall'entità della relativa partecipazione, è legittimata a denunciare gravi irregolarità al tribunale, ovvero l'art. 11, comma 2, sulla regola dell'amministratore unico nelle società a controllo pubblico.

Norme di questo tipo sono sintomatiche della prevalente vocazione "sociale" assegnata dal testo unico alle società pubbliche, a scapito della loro dimensione gestionale, finanziaria e di mercato. In tale prospettiva, le società a partecipazione pubblica divengono sempre più configurabili come società di scopo costituite o preservate al fine di ottenere un apporto privato per realizzare una certa operazione. Tutto ciò, in linea all'obiettivo di ridefinire la disciplina, le condizioni e i limiti per la costituzione di società, ovvero per l'assunzione e/o il mantenimento di partecipazioni in società esistenti entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, sembrerebbe a prima vista coerente allo scopo di razionalizzare e ridurre le partecipazioni pubbliche «secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità» ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. b), della l. n. 124/2015.

²¹ Sul punto cfr. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, con commenti di G. Bottino, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 1606 ss., L. Lombardi, *Società pubbliche e tutela della concorrenza*, in *Urb. app.*, 2009, 942 ss., che ha riconosciuto la legittimità costituzionale, fra l'altro, dell'art. 3, comma 27, della l. n. 244/2007.

²² In questi termini si esprime C. Ibba, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Studi in onore di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 358.

²³ In tal senso, si veda A. Police, *Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa*, cit., 20.

3. *Oneri di motivazione analitica e principi di buona amministrazione*

L'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto di partecipazioni in società esistenti, in secondo luogo, deve evidenziare le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, anche in riferimento alla possibilità di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. In ossequio al criterio di cui alla legge delega poco sopra richiamato, la motivazione deve riguardare la compatibilità di tale scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa²⁴, i quali rappresentano corollari ineludibili del principio di buon andamento – o buona amministrazione per riprendere la terminologia impiegata dall'art. 41 della Carta di Nizza – cristallizzato nell'art. 97, comma 2, Cost. e, in definitiva, di quanto costituisce l'ultima declinazione del principio di legalità: la c.d. legalità di risultato²⁵.

In passato, un certo indirizzo ha sostenuto l'applicabilità del principio di buon andamento con esclusivo riguardo all'organizzazione dei pubblici uffici²⁶. Che si tratti di un principio rilevante pure sul piano dell'azione²⁷ è ormai pacifico, giacché i summenzionati criteri di efficienza, efficacia ed economicità sono stati assunti dal legislatore alla stregua di canoni di condotta vincolanti l'amministrazione per il perseguimento di finalità determinate *ex lege*²⁸.

La versione originaria dell'art. 5, comma 1, prevedeva, altresì, oneri di motivazione analitica in ordine alla «possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate». Questo riferimento è stato espunto dall'art. 6, comma 1, lett. b), del d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, mentre, in fase di emanazione del testo

²⁴ Con specifico riguardo ai criteri di economicità, efficacia ed efficienza, da ultimo, v. A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 40 ss.

²⁵ Cfr., per tutti, M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, oltre alla raccolta di contributi in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti di convegno. Palermo, 27-28 febbraio 2003), a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004.

²⁶ Si veda, in particolare, M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 67 ss. Cfr., inoltre, G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 59 ss.

²⁷ In questo senso, si veda già E. Cannada Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 4 ss., cui *adde* P. Calandra, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. I, Milano, 1987, 157 ss.

²⁸ Cfr., in questo senso, A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, cit., 208. Sull'esigenza di rintracciare una specifica valenza funzionale del principio di buon andamento, in grado, per la sua portata, di coinvolgere sia i privati cittadini che le pubbliche amministrazioni, si veda R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 31 ss., il quale si sofferma sulla perdurante contrapposizione tra "forma" e "sostanza", ossia tra legalità in senso formale e legalità c.d. sostanziale, al fine di analizzare i principali istituti di semplificazione amministrativa di cui alla l. n. 241/1990, s.m.i., in una prospettiva tesa a dare adeguato risalto al concetto di "amministrazione di risultato" e al principio del giusto procedimento, «nel quale si coniugano e si presuppongono reciprocamente i valori e le regole "istituzionali" della legalità/legittimità e del buon andamento, quasi componendosi, in questo modo, l'antitesi tra *Forma e Sostanza*» (72-73).

unico, il Governo non aveva accolto la proposta della Conferenza unificata indirizzata in tal senso, reputando siffatta previsione un'opportuna precisazione concernente la struttura della norma in esame.

Sebbene tale espunzione sembri attenuare l'analiticità della motivazione²⁹, è possibile osservare che se il correttivo apportato dal d.lgs. n. 100/2017 ha inciso sulla forma, la sostanza dell'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 rimane intatta.

L'impressione è quella di trovarsi al cospetto di una norma la cui rubrica mira semplicemente ad attenuare l'imposizione di un pesante disincentivo alla costituzione di nuove società o al mantenimento di partecipazioni in società esistenti. Se ne trae conferma sia nell'esplicito riferimento ai richiamati principi di buona amministrazione, sia nelle ulteriori prove di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, che giungono a ricomprendere aspetti relativi alla gestione diretta o esternalizzata del servizio, sia nella necessaria compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina in materia di aiuti di Stato alle imprese, sia, conseguentemente, nel previsto intervento della Corte dei conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Occorre, dunque, che l'ente pubblico svolga un'accurata analisi tecnica dell'operazione dalla quale emerga la compatibilità della scelta di costituire una società, o di acquisire una partecipazione, con le declinazioni del principio di buon andamento, oggi rafforzato, nella prospettiva della sana gestione finanziaria, dall'introduzione dell'obbligo di equilibrio di bilancio per tutte le amministrazioni, ai sensi degli artt. 81, 97 e 119 Cost., come novellati dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1³⁰.

²⁹ E, secondo la Commissione speciale del Consiglio di Stato, 14 marzo 2017, n. 638, potenzialmente legittimare operazioni di acquisto presso terzi di partecipazioni che, pur essendo in astratto conformi a criteri economici, risultano discriminatorie nella misura in cui la p.a. potrebbe favorire un potenziale venditore al posto di un altro.

³⁰ Come è noto, la crisi dei debiti sovrani ha portato, nel marzo 2012, all'adozione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal compact*), entrato in vigore il 1° gennaio 2013, volto a rafforzare la disciplina di bilancio degli Stati firmatari. In tale contesto di crisi, è possibile inquadrare l'adozione da parte del Consiglio europeo, nel dicembre 2008, di un piano di rilancio economico, e la successiva istituzione di un meccanismo di stabilizzazione finanziaria che include due segmenti: il Meccanismo europeo di stabilità finanziaria, istituito con Reg. UE del Consiglio n. 407/2010, dell'11 maggio 2010, e il Fondo europeo di stabilità finanziaria, istituito in data 9 maggio 2010 (da quando è stato creato il Meccanismo europeo di stabilità, nell'ottobre 2012, il FESF non fornisce più assistenza finanziaria). A tali misure ha fatto seguito l'adozione di un pacchetto di cinque regolamenti (Reg. nn. 1173/2011, 1174/2014, 1175/2011, 1176/2011, 1177/2011) e una direttiva (Dir. 2011/85/UE), c.d. *Six Pack*, atti a incidere su regolamentazione e sorveglianza del bilancio dei singoli Stati, al fine di prevenire, ed eventualmente correggere, squilibri macroeconomici eccessivi. La direttiva del Consiglio 2011/85/UE, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri nazionali di bilancio degli Stati membri, fra l'altro, ha enucleato regole numeriche specifiche per Paese espresse sotto forma di indicatore sintetico dei risultati di bilancio (come il disavanzo pubblico, il fabbisogno, il debito o una delle relative componenti principali), dispositivi di monitoraggio e analisi deputati a rafforzare la trasparenza, meccanismi e regole di coordinamento delle relazioni fra amministrazioni pubbliche. L'Ita-

In tale prospettiva, la Corte dei conti ha chiarito che le delibere di assunzione o il mantenimento di partecipazioni, in ossequio al principio di legalità finanziaria che conforma l'azione amministrativa, devono tenere conto – e, conseguentemente, dare atto nelle motivazioni – della situazione economico-patrimoniale in cui versa la società³¹, anche per evitare l'accettazione di rischi concernenti attività meramente imprenditoriali e non rispondenti alle vocazioni istituzionali dell'ente³².

Sotto tale aspetto, si è già avuto modo di osservare che l'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016 ridefinisce in senso restrittivo l'approccio verso le partecipazioni pubbliche. Ed è altrettanto significativa l'evoluzione della giurisprudenza contabile concernente la contestazione agli amministratori locali del danno discendente dall'abuso del ricorso al modello societario³³ per l'assolvimento delle competenze proprie dell'ente di appartenenza³⁴.

La decisione di costituire una società, inevitabilmente, espone l'ente da un punto di vista economico-finanziario, potendo risultare notevoli i costi sul piano delle spese di costituzione, dei compensi degli organi e, più in generale, del funzionamento della società³⁵. Il discorso, ovviamente, non cambia con riferimento alla convenienza della scelta di continuare ad investire risorse in una compagine a mezzo di operazioni di capitalizzazione, spesso necessarie per fronteggiare continue perdite di esercizio.

Gli oneri di motivazione analitica relativi ai vincoli di scopo, quindi, si confondono con il percorso argomentativo rilevante sotto l'aspetto economico-finanziario, ma sono ad esso precedenti.

lia ha adempiuto agli obblighi imposti in sede europea con la l. cost. n. 1/2012 e con la successiva l. 24 dicembre 2012, n. 243. In relazione ai profili istituzionali del divieto di disavanzi eccessivi e del Patto di stabilità, v. G. della Cananea, *La disciplina giuridica delle finanze dell'Unione e delle finanze nazionali*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, cit., 314 ss.; G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017, 151 ss.; R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 469 ss.

³¹ Sul punto cfr. Corte conti, Lombardia 263/2011/PRSE, la quale ha precisato che l'andamento della società non deve essere strutturalmente in perdita, attesa l'incompatibilità fra ricorso allo strumento societario e risultati economici sistematicamente negativi. Secondo Corte conti, Campania 143/2015/PRSE, la scelta di assumere o mantenere partecipazioni presuppone una «prodromica valutazione di efficacia ed economicità, quali corollari del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.».

³² In tal senso v. Corte conti, Lombardia 79/2016/VSG.

³³ A titolo esemplificativo, v. Corte conti, sez. giurisd., Friuli Venezia Giulia, 18 marzo 2009, n. 98, che ha disposto la condanna di alcuni amministratori al risarcimento del danno derivante dalla perdita del capitale sociale in conseguenza del fallimento della società partecipata dall'ente comunale.

³⁴ Dal principio di insindacabilità nel merito (sul punto cfr. Cass. civ., sez. un., 2 marzo 2006, n. 4582) delle scelte politiche, in sede legislativa, e di quelle discrezionali, in sede amministrativa, non può farsi discendere un esonero totale dalla responsabilità amministrativo-contabile a fronte di atti adottati in violazione o elusione del mandato ricevuto. Sono, quindi, censurabili dinanzi alla Corte dei conti quei comportamenti idonei a determinare una dilapidazione di risorse pubbliche suscettibili di cagionare danni patrimonialmente valutabili.

³⁵ Cfr. M. Minerva, *Danno derivante dalla cattiva gestione delle società a partecipazione pubblica (ovvero per una società pubblica "sincera")*, in *Riv. C. conti*, 2008, II, 390 ss.

Ha, parimenti, carattere “successivo” l’*iter* motivazionale deputato ad illustrare la compatibilità dell’intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e in particolare, come già accennato, con la disciplina sugli aiuti di Stato alle imprese a norma dell’art. 5, comma 2, del t.u.

A questo riguardo merita sottolineare che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 106 e 345 TFUE, il diritto europeo non vieta la figura dell’impresa ad azionariato pubblico in quanto tale³⁶, bensì normative di privilegio idonee a impattare sui principi di concorrenza³⁷, che perseguono il fine di assicurare la «libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 26, par. 2, TFUE). A tale stregua è possibile intendere sia gli obblighi di trasparenza imposti nelle relazioni finanziarie fra Stati membri e proprie imprese³⁸, sia il divieto, salvo deroghe contemplate dai trattati, di aiuti di Stato *ex art.* 107, par. 1, TFUE, secondo cui «sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza»³⁹.

³⁶ Nel contesto giuridico europeo – dove è fatto divieto, non è superfluo rimarcarlo, agli Stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle disposizioni dei trattati, con particolare riguardo a quelle in tema di tutela della concorrenza e divieto di erogare aiuti di Stato – operano numerose imprese ad azionariato pubblico, anche prevalente, nel rispetto del principio di concorrenza. Tale circostanza è stata posta in adeguato risalto da Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, con nota di S. Spuntarelli, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle università*, in *Urb. app.*, 2011, 1461 ss., che ha sottolineato l’esigenza di non confondere la costituzione di una società *in house*, configurabile come modello organizzativo neutrale rientrante nell’autonomia dell’ente pubblico, funzionale al perseguimento dei fini istituzionali dell’ente medesimo, con la costituzione di una società attiva sul mercato in concorrenza con operatori privati.

³⁷ Sul punto cfr. M. D’Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 184. Come ricordato dal Consiglio di Stato nel parere n. 968 del 2016 reso sullo schema di t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, la c.d. normativa *antitrust* – il concetto di “*antitrust*” risale al XIX secolo e, precisamente, alla circostanza che lo statunitense John T. Rockefeller utilizzava lo strumento del *trust* per aggirare le disposizioni del diritto americano che precludevano alle società per azioni di essere azioniste in altre società – è finalizzata ad evitare distorsioni della concorrenza provocate direttamente dagli operatori economici, ovvero dagli Stati membri per effetto della concessione di aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese, alterino la parità di trattamento nel mercato interno. Ad essa si affiancano le previsioni concernenti la c.d. concorrenza nel mercato, ossia quelle misure di liberalizzazione proiettate a eliminare o, quanto meno, ridurre le barriere di accesso al mercato per assicurare, in un’ottica pro-concorrenziale, l’esercizio delle libertà fondamentali; donde, per un verso l’imposto divieto di monopoli o oligopoli legali, per altro verso il diritto degli Stati membri di derogare all’applicazione dei principi di libera concorrenza ove ciò possa ostacolare l’adempimento della *mission* affidata alle imprese, pubbliche o private, incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. Con l’espressione “concorrenza per il mercato” si suole, invece, fare riferimento al complesso di regole relative alla scelta del soggetto che può erogare quella determinata prestazione di servizi, oggi delineate dal codice dei contratti pubblici emanato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

³⁸ Cfr. Dir. 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006.

³⁹ Il tema degli aiuti di Stato ha progressivamente assunto una posizione centrale nel quadro della politica europea in materia di concorrenza. In particolare, gli artt. 107 ss. TFUE rappresentano il risultato di una raffinata opera di bilanciamento tra tutela e promozione della concorrenza, da un lato, e salvaguardia di interessi a carattere generale, dall’altro, in una prospettiva improntata alla valorizzazione della “dimensione socia-

Nello specifico, la dizione «sotto qualsiasi forma» consente di includere nella nozione di “aiuto” attribuzioni di vantaggi che non si risolvono in semplici sovvenzioni dirette, designando «interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un’impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti»⁴⁰. Il concetto di “impresa” tende a ricomprendere qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica consistente nell’offerta di beni e servizi su un mercato aperto alla concorrenza⁴¹, a prescindere dallo *status* giuridico del soggetto erogatore e dalle sue modalità di finanziamento⁴². Ciò in conformità all’art. 345

le” del mercato unico *ex art. 3, par. 3, TUE*. Su tale evoluzione, K. Bacon, *European Union Law of State Aid*, Oxford, 3rd ed., 2017; AA.VV., *European State Aid Law*, a cura di M. Heidenhain, München, 2010; L. Rubini, *The Definition of Subsidy and State Aid*, Oxford, 2009, là dove si rinvencono approfondimenti volti a evidenziare l’esigenza di armonizzare la politica degli aiuti di Stato con le decisioni dell’OMC, le quali hanno assunto una crescente importanza nei confronti dell’economia e del commercio mondiale; AA.VV., *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, a cura di C. Schepisi, Torino, 2011, in una prospettiva tesa a mettere in adeguato risalto il ruolo della Commissione europea e gli sviluppi in materia di *public e private enforcement* che non manca di evidenziare i profili di criticità legati all’insufficienza delle misure deterrenti per le ipotesi di infrazione degli Stati membri. Da ultimo v. lo studio, svolto su richiesta della Commissione sul Controllo dei bilanci del Parlamento europeo, di P. Nicolaides, *State Aid and EU funding: Are they compatible?*, in *www.astrid-online.it* (aprile 2018).

⁴⁰ Così già Corte giust., 23 febbraio 1961, causa C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. l’Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell’Acciaio*; più di recente v. Corte giust., 19 marzo 2013, cause riunite C-399/10 P e C-401/10 P, *Bouygues SA e Bouygues Télécom SA c. Commissione e altri*. In sostanza, la Corte di Giustizia, al fine di identificare erogazioni riconducibili alla nozione di “aiuto di Stato”, pone l’accento sull’effetto, anziché sulla forma, della misura attributiva di vantaggi economici: cfr. Corte giust., 29 aprile 1999, causa C-342/96, *Regno di Spagna c. Commissione*; Corte giust., 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione*; Corte giust., 27 marzo 1980, causa C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit italiana s.r.l.*; Corte giust., 22 marzo 1977, causa C-78/76, *Steinike & Weinling c. Repubblica federale di Germania*. Anche in tempi recenti, la Corte di Giustizia ha avuto modo di sottolineare che possono essere considerati aiuti di Stato tutti gli interventi che, sotto qualsiasi forma, favoriscono direttamente o indirettamente determinate imprese, configurando un vantaggio economico che l’impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni di mercato normali (cfr. Corte giust., 9 ottobre 2014, causa C-522/13, *Ministerio de Defensa e Navantia SA c. Concello de Ferrol*). Così, il beneficio può consistere anche in una rinuncia di introiti pubblici (Trib. Primo grado, 17 dicembre 2008, causa T-196/04, *Ryanair*), ovvero essere direttamente conseguito non dall’impresa, ma dai suoi clienti (Corte giust., 28 luglio 2011, causa C-403/10, *Mediaset*).

⁴¹ L’aiuto di Stato, cioè, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza: cfr. Corte giust., 21 dicembre 2016, causa C-524/14, *Commissione c. Hansstadt Lübeck*; Corte giust., 21 dicembre 2016, cause riunite C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group SA e altri*. Nello specifico, è necessario verificare che l’aiuto sia idoneo a incidere sugli scambi e falsare la concorrenza. Quando uno Stato membro concede un aiuto, infatti, l’attività dell’impresa può risultarne mantenuta o incrementata, con conseguente diminuzione delle opportunità per le imprese stabilite in altri Stati di introdursi nel mercato di tale Stato membro (Corte giust., 21 dicembre 2016, causa C-76/15, *Vervloet e altri c. Ministerraad*). In tale apparato concettuale, è bene ricordare che rappresentano servizi suscettibili di essere qualificati come “attività economiche” le prestazioni fornite normalmente dietro remunerazione, da intendersi come il corrispettivo economico della prestazione in questione (sul punto cfr. Corte giust., 11 settembre 2007, causa C-76/05, *Schwarz e Gootjes-Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach*).

⁴² Corte giust., 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell’Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze e altri*; Corte giust., 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, *AOK*

TFUE, in base al quale i Trattati lasciano impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri.

La disciplina europea sugli aiuti di Stato⁴³, pertanto, è riferibile sia alle imprese private che pubbliche⁴⁴, e il primo periodo dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016 costituisce una declinazione del principio di separazione fra attività di impresa e attività amministrativa, risultando finalizzato ad evitare che la compagine societaria possa sfruttare a scapito di altri operatori economici vantaggi che le derivino dall'essere partecipata da enti pubblici o, comunque, beneficiare di particolari agevolazioni⁴⁵.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha ricondotto le disposizioni sulle società partecipate da regioni ed enti locali alla materia «ordinamento civile» perché proiettate a definire il regime giuridico di soggetti formalmente privati, alla

Bundesverband e altri; Corte giust., 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Repubblica Italiana; Corte giust., 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser.

⁴³ Sulla nozione di "Stato", che consente di fare riferimento ad ausili concessi sia dal governo centrale, sia dagli enti territoriali o, comunque, designati e/o istituiti dagli Stati membri, Corte giust., 19 dicembre 2013, causa C-262/12, Association Vent De Colère! e altri; Corte giust., 16 dicembre 2010, causa C-482/99, Seydaland; Corte giust., 13 marzo 2001, causa C-379/98, Preussen Elektra AG c. Schlesweg AG; Corte giust., 7 giugno 1988, causa C-57/86, Repubblica ellenica c. Commissione; Corte giust., 14 ottobre 1987, causa C-248/84, Repubblica federale di Germania c. Commissione. Con riferimento all'imputabilità allo Stato di un aiuto adottato da un'impresa pubblica v. Corte giust., 16 maggio 2002, causa C-482/99, Repubblica francese c. Commissione ("Stardust Marine"), in base alla quale, per giungere ad affermare tale imputazione, possono essere considerati anche indizi quali «l'integrazione di tale impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi [...] un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta».

⁴⁴ In altri termini, come di recente affermato da Corte giust., 27 giugno 2017, causa C-74/16, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe, il carattere pubblico o privato dell'entità che esercita l'attività di cui trattasi non può influire sulla questione volta a stabilire se detta entità rivesta, o meno, la qualità di "impresa".

⁴⁵ F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. econ.*, 2017, 8, pone in evidenza che «eventuali finalità "pubblicistiche" (sociali, occupazionali, ecc.) alla base della partecipazione pubblica non possono in alcun modo fondare la legittimità della partecipazione "antilucrative" al capitale sotto il profilo degli aiuti di stato». D'altro canto, la «regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato» rappresentava una delle direttrici di cui alla legge delega n. 124/2015 (art. 18, comma 1, lett. l). Invero, già la disciplina delineata dall'art. 3, commi 27 e 28, della l. n. 244/2007, corroborata da alcune affermazioni della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost. n. 148 del 2009), si proponeva di «rafforzare la distinzione tra l'esercizio della attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione con effettivo carattere di strumentalità, configurandosi nei fatti quali mere modalità organizzative per l'esercizio di compiti tipici dell'Ente pubblico di riferimento) e l'esercizio della attività di impresa da parte degli enti pubblici, mirando altresì ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione» (Cons. St., ad. plen., n. 10 del 2011).

materia «tutela della concorrenza» onde evitare che soggetti muniti di privilegi istituzionali operino in mercati concorrenziali⁴⁶.

D'altro canto, è pur vero che la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime disposizioni statali che, imponendo a tutte le amministrazioni, comprese quelle regionali, di sciogliere o privatizzare società pubbliche strumentali, sottraevano loro la scelta relativa alle modalità di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi funzionali alle proprie finalità istituzionali, ledendone l'autonomia organizzativa⁴⁷.

Tale dato è stato richiamato anche in occasione del giudizio reso con la sentenza n. 251 del 2016, che, in riferimento alla denunciata violazione del principio di leale collaborazione, ha sancito l'incostituzionalità dell'art. 18 della l. n. 124/2015 nella parte in cui «prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata». Infatti, l'intervento organico in materia di partecipazioni delle amministrazioni riguarda sia profili pubblicistici concernenti parametri organizzativi di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi, riconducibili alla competenza regionale, sia profili privatistici inerenti alla forma societaria e ad aspetti connessi alla tutela del mercato, di competenza statale.

Da qui l'affermata concorrenza di competenze disciplinata mediante l'applicazione del principio di leale collaborazione. Si può solo osservare di sfuggita che tale *revirement* della Corte, la quale applica ad un provvedimento legislativo un principio tradizionalmente impiegato in sede amministrativa, è sdrammatizzato dal limitato impatto della pronuncia, che non incide direttamente sul d.lgs. n. 175/2016, bensì rimanda a un successivo correttivo, attuato, ai sensi dell'art. 16, comma 7, della l. n. 124/2015, per effetto dell'emanazione del d.lgs. n. 100/2017.

4. *L'obbligo di consultazione pubblica imposto agli enti locali*

Solo per gli enti locali, il secondo periodo dell'art. 5, comma 2, del t.u. (come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 100/2017) prescrive la sottoposizione dello schema dell'atto deliberativo di cui al primo comma «a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate». Si

⁴⁶ Così, fra le ultime, la nota sentenza della Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251. Ai fini di un inquadramento, cfr. G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 981 ss.; M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 705 ss.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229.

tratta di un passaggio procedurale obbligatorio imposto agli enti locali⁴⁸, comunque titolari del potere di regolamentare lo svolgimento della consultazione.

Simili previsioni non sono nuove nel panorama legislativo.

Una consultazione popolare per valutare la costituzione di partecipate rinvia un precedente già nella l. 29 marzo 1903, n. 103, la quale, a proposito delle municipalizzate, stabiliva all'art. 12 che «la deliberazione del consiglio comunale è sottoposta anche al voto degli elettori del comune, convocati con manifesto della giunta municipale da pubblicarsi almeno 15 giorni prima della convocazione. L'elettore vota pel sì o pel no sulla questione della assunzione diretta del servizio. Nel caso di risultato contrario alla deliberazione del consiglio comunale, la proposta di assunzione diretta del servizio non può essere ripresentata se non dopo tre anni, salvo che un quarto almeno degli elettori iscritti ne faccia richiesta nelle forme prescritte dal regolamento; ma anche in questo caso non dovrà esser trascorso meno di un anno dall'avvenuta votazione».

Un riferimento alla consultazione pubblica come strumento partecipativo a scelte di organizzazione amministrativa veniva, altresì, effettuato nel piano di razionalizzazione delle società partecipate redatto dal commissario straordinario alla *spending review* nel 2014. Si prevedeva infatti che, una volta acclarata l'effettiva rispondenza di una certa attività ai compiti istituzionali della p.a., si sarebbe dovuta valutare l'esigenza di costituire, a tale scopo, un'entità separata dall'amministrazione controllante e, in particolare, una società di diritto privato⁴⁹: si sarebbe, quindi, potuto richiedere un parere in proposito al M.E.F. o ad altra entità centrale, ovvero «procedere con una consultazione diretta della cittadinanza *on line*».

Anche in occasione del recente disegno di riorganizzazione amministrativa indotto dalla l. n. 124/2015, nel (decaduto) testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale si faceva riferimento a forme di consultazione telematica aventi ad oggetto «l'interesse pubblico generale che si intende soddisfare attraverso l'assunzione del servizio, le condizioni qualitative ed economiche da garantire, le modalità con le quali si intende perseguire l'interesse pubblico»⁵⁰.

Orbene, come evidenziato sia dal Consiglio di Stato che dalla Conferenza unificata, nei casi di costituzione o assunzione di partecipazioni societarie da parte degli enti locali, la sottoposizione dello schema deliberativo a forme di consultazione pubblica, inevitabilmente, determina un aggravamento procedimenta-

⁴⁸ Anche se non è agevole intendere le conseguenze di un suo eventuale mancato espletamento, come rileva pure G. Piperata, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma*, cit., 28.

⁴⁹ Specialmente trattandosi di partecipate strumentali e/o servizi privi di rilevanza economica, per i quali è diffusa la gestione diretta da parte dell'ente partecipante.

⁵⁰ Così l'art. 5, comma 3, del decaduto testo unico sui servizi pubblici locali, in base al quale la consultazione si sarebbe dovuta concludere con un documento attestante i risultati, in termini di partecipazione e di contenuto, della consultazione e l'indicazione delle ragioni dell'accoglimento, o meno, delle proposte.

le e – aspetto di non secondaria importanza nella logica di un testo unico – non garantisce uniformità d'azione. Per queste ragioni era apparso preferibile il ricorso all'emanazione di un decreto del Presidente della Giunta Regionale sulla falsariga dell'art. 4, comma 9, o di un d.P.C.M. adottato previa intesa in Conferenza unificata, analogamente a quanto stabilisce l'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016 per la definizione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli amministratori delle società in controllo pubblico.

In attesa di riscontri pratici in ordine alle iniziative che gli enti locali riteranno effettivamente di intraprendere, stante l'ampia gamma di opzioni percorribili, è possibile formulare le seguenti note.

In primo luogo, l'obbligo degli enti locali di sottoporre lo schema deliberativo in questione a forme di consultazione pubblica non potrà considerarsi adempiuto per effetto di una sua mera pubblicazione: il secondo periodo dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016, infatti, rimanda a una specifica attività non confondibile con gli obblighi delineati dall'art. 22, comma 1, lett. d-*bis*), del d.lgs. n. 33/2013. In secondo luogo, nonostante il legislatore abbia ommesso ogni riferimento al riguardo, occorre riconoscere che dall'atto deliberativo di cui all'art. 5, comma 1, del t.u. dovranno emergere estremi e risultati della consultazione svoltesi sul relativo schema ai sensi delle previsioni in analisi.

5. *Il controllo della Corte dei conti e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

Come già segnalato in premessa, le regole dettate dall'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 cristallizzano un aggravio del procedimento volto all'adozione dell'atto deliberativo di costituzione societaria, ovvero di acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società preesistenti pure per l'intervento di autorità esterne quali la Corte dei conti e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Diversamente da quanto previsto nello schema iniziale del testo unico, l'art. 5, comma 3, accogliendo sul punto le indicazioni della Conferenza unificata e della V Commissione Bilancio della Camera, stabilisce che la trasmissione di tale atto alla Corte dei conti avviene «a fini conoscitivi»⁵¹.

⁵¹ L'art. 5, comma 4, del t.u. – risultante dalle modifiche recate dall'art. 6, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 100/2017 – detta le seguenti regole di competenza, ai fini di quanto previsto dal comma 3: A) per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; B) per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; C) per gli atti degli enti assoggettati al controllo della Corte dei conti ai sensi della l. 21 marzo 1958, n. 259 (in relazione alla quale, *in primis*, cfr. V. Bachelet, *Il controllo della Corte dei Conti sugli Enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*, in *Giur. cost.*, 1958, 781 ss., cui *adde* G. Guarino, *Partecipazione dello Stato al capitale di enti pubblici*

Nello specifico, l'originaria formulazione dell'art. 5 disponeva che, prima dell'adozione dell'atto, l'amministrazione inviasse lo schema deliberativo alla Corte perché questa fosse nella condizione, entro il termine perentorio di trenta giorni, di formulare rilievi circa il rispetto dei parametri delineati dal primo comma e la coerenza dello schema con il piano di razionalizzazione delle partecipazioni eventualmente adottato. Nel medesimo termine sarebbe stato possibile richiedere, per una sola volta, chiarimenti all'amministrazione interessata, con conseguente interruzione dei trenta giorni. Veniva, infine, precisato che l'atto deliberativo avrebbe dovuto essere motivato in considerazione dei rilievi formulati dalla Corte dei conti.

Le criticità di simili previsioni affioravano almeno su un duplice piano.

Innanzitutto, creava problemi l'inquadramento del controllo svolto dalla Corte dei conti, chiamata a valutare uno «schema di atto deliberativo» prima della sua adozione⁵². Difficile, allora, parlare di controllo preventivo, il quale incide sull'esecuzione di un atto perfetto; problematico ascrivere l'intervento della Corte all'esercizio di funzioni consultive, giacché quest'ultima, in materia di contabilità pubblica, non rende pareri su casi concreti.

Inoltre, la valutazione richiesta sembrava idonea a superare le attribuzioni della Corte dei conti. Infatti, a dispetto della precisazione secondo cui l'atto deliberativo avrebbe dovuto essere motivato in ragione dei rilievi eventualmente formulati, era indubbio che tale attività divenisse parte integrante del procedimento finalizzato all'adozione dell'atto medesimo, con conseguente partecipazione della Corte al processo decisionale dell'ente fin dal momento di predisposizione dell'atto, assunzione di responsabilità amministrativa attiva e possibili conflitti interpretativi fra giudice amministrativo e contabile, in caso di impugnative degli atti dinanzi al primo giudice.

La Conferenza unificata, fra l'altro, reputava concreto il rischio che le Sezioni deputate al vaglio degli atti deliberativi potessero assumere «posizioni differenziate e tra loro discordanti, come peraltro già avvenuto sia rispetto alle deliberazioni ricognitive delle partecipazioni possedute, assunte dagli enti ai sensi dell'art. 1, c. 611 l. n. 190/2014, sia rispetto ai giudizi di parifica dei rendiconti regionali».

Alla luce di ciò, la versione definitiva dell'art. 5, comma 3, del t.u. stabilisce che il coinvolgimento della Corte dei conti avviene «a fini conoscitivi» sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 3, comma 28, della l. n. 244/2007 e

e controllo della Corte dei Conti, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 189 ss.), è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi.

⁵² Ad avviso di A. Di Nunzio, E. De Carlo, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, a cura di M. Meschino, A. Lalli, cit., 73, alla luce della riforma del Titolo V della Carta, che ha fatto venir meno i controlli preventivi di legittimità sugli atti delle Regioni e degli enti locali, si sarebbero potuti finanche profilare problemi di costituzionalità.

in linea all'art. 1, comma 612, della l. n. 190/2014. In tal modo, il suo ruolo è ricondotto nell'alveo di una funzione di controllo scevra dalle implicazioni politico-amministrative poc'anzi segnalate; tuttavia, non si prefigura un ridimensionamento dei compiti istituzionali che essa sarà chiamata a svolgere nel rinnovato impianto di regole.

La trasmissione «a fini conoscitivi» in argomento consente di superare le criticità sottese all'originaria formulazione dell'art. 5 del t.u. e, al contempo, è funzionale alla verifica di coerenza che la Corte dovrà compiere in ordine ai piani di razionalizzazione periodica e di revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche, ai sensi degli artt. 20 e 24 del d.lgs. n. 175/2016. Peraltro, ove le amministrazioni avessero già adottato, a norma dell'art. 1, commi 611 e 612, della l. n. 190/2014, i piani operativi di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni direttamente o indirettamente possedute, con relativo invio alla competente sezione regionale di controllo, le implicazioni connesse alla trasmissione dell'atto deliberativo di cui all'art. 5, comma 1, del t.u. sarebbero di immediata percezione.

L'Autorità, nel rispetto dell'autonomia dell'ente di adottare l'atto in questione, conosciuti i relativi contenuti in base alla previsione *de qua*, potrebbe estendere la propria indagine ad aspetti concernenti la necessità di ricorrere alla forma societaria per il perseguimento di scopi istituzionali, ovvero le ragioni, anche sotto il profilo della convenienza economica, che hanno indotto l'ente a propendere per tale scelta. Le valutazioni della Corte andrebbero, quindi, a riguardare proprio la compatibilità della decisione della p.a. di costituire una società, o di acquisire una partecipazione in una società costituita, alla luce delle declinazioni del principio di buona amministrazione, anche sotto il profilo della sana gestione finanziaria⁵³.

La versione finale dell'art. 5, comma 3, del t.u. assicura una “circolarità”⁵⁴ nei controlli successivi della Corte⁵⁵, senza sminuire i poteri alla stessa riservati dall'ordinamento. Il processo di ricognizione delle partecipazioni pubbliche societarie, dunque, diviene occasione per analizzare profili di legittimità relativi alle partecipazioni medesime.

⁵³ In relazione al principio della “sana gestione finanziaria” come declinazione della buona amministrazione, in prospettiva europea, cfr. G. della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2011, 44; *amplius v. Id.*, *La disciplina giuridica delle finanze dell'Unione e delle finanze nazionali*, cit., 289 ss.; G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 151.

⁵⁴ Così C. D'Aries, *Art. 5*, in C. D'Aries, S. Gliniansky, T. Tessaro, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, cit., 49.

⁵⁵ Il d.lgs. n. 175/2016 individua misure di intervento della Corte dei conti che assumono sempre la forma del generico controllo successivo: in sede di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni, in presenza di crisi d'impresa e di “soccorso finanziario”, in fase di adozione dei piani di revisione, periodica e straordinaria, delle partecipazioni.

Non si sottace che potrebbe ritenersi eccessiva l'idea che per assumere una scelta di politica economica o industriale, da parte dello Stato o di altro ente pubblico, essa debba essere motivata e sottoposta ad un simile controllo esterno svolto alla stregua di parametri di legittimità⁵⁶. Ad ogni modo, in linea ai propositi riformistici, l'auspicio⁵⁷ è che i margini di intervento della Corte dei conti, così come dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, siano sempre più limitati, se non altro in considerazione dei criteri restrittivi posti a presidio del ricorso delle amministrazioni al modello societario.

Ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016, l'amministrazione è difatti tenuta, ulteriormente, ad inviare all'AGCM l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisto della partecipazione, diretta o indiretta, in società già costituite con conseguente possibile esercizio del potere di impugnazione riconosciuto all'Autorità dall'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287⁵⁸, come noto, collegato alla natura del vizio che infrange regole di concorrenza⁵⁹.

L'attribuzione di questo potere all'*Antitrust* si colloca in un quadro di rinnovata attenzione rispetto ai processi di liberalizzazione. L'idea che la concorrenza sia la regola di funzionamento dei mercati che meglio contribuisce alla ricchezza delle nazioni e al benessere dei cittadini, del resto, è un risultato condiviso e fondamentale del pensiero economico, sin dalla teoria settecentesca della "mano invisibile".

⁵⁶ È quanto viene osservato da A. Police, *Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa*, cit., 12, il quale rileva che in questi casi non si pone un tema di legittimità o, meglio, un tema di legittimità, o meno, può porsi soltanto in relazione al carattere deviato di una scelta politica rispetto alle situazioni di fatto.

⁵⁷ Manifestato anche nella relazione tecnica di accompagnamento al d.lgs. n. 175/2016.

⁵⁸ Introdotto dall'art. 35 del d.l. n. 201/2011, c.d. decreto "Salva Italia", convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214/2011. Le questioni sottese alle disposizioni dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, sotto certi aspetti, ripropongono temi già posti dall'art. 3 del d.l. 8 marzo 1993, n. 54, che attribuiva al Procuratore Regionale presso la Corte dei conti il potere di ricorrere in via autonoma dinanzi al T.A.R. avverso atti e provvedimenti della p.a. in vista del buon andamento e dell'imparzialità della stessa, a tutela della legittimità dell'azione amministrativa. In relazione alla suddetta norma della legge italiana *antitrust*, cfr. F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Concorrenza e mercato*, diretta da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, Milano, 2013, 107 ss.; ivi M. Clarich, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. n. 287/1990*, 865 ss.; F. Goisis, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471 ss.; M. Libertini, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust* (art. 35, d.l. 201/2011), in www.federalismi.it (14 dicembre 2011); ivi M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990* (6 giugno 2012).

⁵⁹ Un'interpretazione funzionale allo spirito dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990 – secondo cui «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato...» – suggerisce di procedere ad un'interpretazione lata della disposizione, per cui dovrebbero essere impugnabili tutti gli atti che violano la disciplina *antitrust*, le normative di liberalizzazione, quelle sulle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, quelle attinenti alla competitività e allo sviluppo del mercato.

L'operato dell'Autorità, che fino a tempi recenti si è mossa prevalentemente in un'ottica di tutela *ex post* attraverso l'esercizio di poteri repressivi, è destinata così a incidere altrettanto efficacemente sui processi di promozione anticipata della concorrenza, che richiede di essere pienamente tutelata non soltanto sul piano delle relazioni tra soggetti imprenditori, ma anche dalle ingiustificate restrizioni dei mercati derivanti dall'esercizio del potere pubblico.

Anche questa volta, come nel caso di trasmissione della delibera a fini conoscitivi alla Corte dei conti, l'invio dovrebbe avvenire subito dopo l'adozione dell'atto.

Pur non potendosi escludere interventi dell'AGCM in relazione ai piani di revisione straordinaria e di razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, si può affermare con ragionevole certezza che i principali poteri di azione dell'Autorità – in una visione di tutela e promozione della concorrenza, cui rimanda già l'art. 1, comma 2, del t.u., in armonia col principio di neutralità concorrenziale – verranno esercitati a norma dell'art. 5, comma 3: ad esempio, qualora le delibere di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni in società costituite *travalichino* i vincoli di scopo e di attività fissati dall'art. 4 del t.u., ovvero laddove l'istituzione di una società *in house* avvenga senza il rispetto dei requisiti prescritti dalla normativa europea e nazionale. Anche sotto tale profilo emerge l'intento del legislatore di porre in stretta correlazione la scelta dell'amministrazione di ricorrere al modello societario con vincoli di natura giuridica ed economica tali da non inficiare regole pro-concorrenziali.

L'AGCM, quindi, ricevuta la trasmissione dell'atto deliberativo di cui all'art. 5, comma 1, ravvisando una lesione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emetterà un parere motivato con l'indicazione dei profili specifici concernenti le violazioni riscontrate. Ove l'amministrazione interessata non dovesse conformarsi a tale parere entro sessanta giorni, l'Autorità, nei successivi trenta giorni, sarebbe legittimata a presentare ricorso tramite l'Avvocatura dello Stato dinanzi al giudice amministrativo⁶⁰.

Non è revocabile in dubbio che il rapido incedere del processo di integrazione europea, entrato in una nuova fase dopo Lisbona, dove il valore concorrenza ha sempre avuto rilevanza primaria, abbia influito in maniera determinante sull'attribuzione all'AGCM di poteri i cui effetti sono destinati a ripercuotersi anche sulle funzioni degli organi di governo locale, destinati, al pari del potere centrale, a cedere qualcosa in nome dell'unità economica e giuridica sovranazionale.

La strategia di fondo, almeno sulla carta, è chiara. Se alla debolezza del mercato si ricollega quella dello Stato è necessario individuare, con le debite propor-

⁶⁰ L'eventuale giudizio si svolgerebbe secondo le regole di cui al Libro IV, titolo V, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, sul rito abbreviato.

zioni collegate ai circuiti di legittimazione democratica, un “soggetto terzo” in grado di contribuire in maniera effettiva alla promozione della concorrenza, delle privatizzazioni, delle liberalizzazioni, ossia dei principali rimedi capaci di sostenere la crescita economica.

6. Conclusioni

L'analisi condotta consente alcune brevi riflessioni conclusive, le quali incrociano le sfide che vedranno protagoniste le amministrazioni in fase di attuazione del processo di riforma indotto dall'art. 18 della l. n. 124/2015.

Come rilevato sin dalle battute introduttive, la legge Madia, nel dettare la disciplina di principio relativa al settore delle società a partecipazione pubblica, ha dovuto fronteggiare una realtà dai contorni alquanto eterogenei, riguardata negli anni da molteplici, ma disordinati, interventi proiettati, in una prima fase, principalmente a scongiurare potenziali effetti distorsivi della concorrenza connessi a particolari situazioni di privilegio di tali società, in una seconda fase, estesi alla possibilità della loro stessa costituzione e sopravvivenza.

In tale ottica, il presente contributo ha dato adeguato risalto alle previsioni dell'art. 3, commi 27 e 28, della l. n. 244/2007, le quali rappresentano gli antecedenti degli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 175/2016, giungendo a lambire il tema della revisione delle partecipazioni pubbliche. Anche le regole sanzionate dagli artt. 20 e 24 del t.u., infatti, dimostrano che il legislatore si prefigge un obiettivo che non si risolve nella mera riduzione del numero delle società partecipate, bensì intende ridisegnarne i confini di operatività, innanzitutto, attraverso una ridefinizione dei relativi vincoli di scopo e di attività strumentale a un progressivo arretramento dell'intervento pubblico nel mercato.

Tali vincoli, fra l'altro, abilitano disposizioni come quelle poste dall'art. 5, commi 1 e 2, del t.u., il mancato rispetto delle quali può condurre fino all'alienazione delle partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni alla data di entrata in vigore del t.u.⁶¹, e, più in generale, il coinvolgimento di autorità come la Corte dei conti, l'AGCM e la stessa ANAC, essendo le società a controllo pubblico tenute ad assicurare il massimo livello di trasparenza sull'uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti, ai sensi del d.lgs. n. 33/2013. Sarà inoltre interessante valutare, in tale contesto, l'attività della struttura di indi-

⁶¹ Art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016.

rizzo, monitoraggio e controllo sull'attuazione del t.u. istituita presso il M.E.F.⁶² a norma dell'art. 15 del t.u.⁶³.

Lungi dall'esprimere un giudizio sulla logica di fondo cui risulta improntata la riforma sulle società a partecipazione pubblica, è innegabile che il testo normativo recentemente varato pone stringenti limiti alla capacità giuridica di diritto societario delle amministrazioni.

Le società a partecipazione pubblica si configurano quali società di scopo costituite o preservate al fine di ottenere un apporto privato per realizzare operazioni di produzione di beni e servizi legate a finalità istituzionali dell'ente e l'obiettivo di diminuirne complessivamente il numero si attiverà verosimilmente attraverso una progressiva semplificazione dei modelli. Infatti, come osservato, quanto si restituisce al mercato esce dal novero delle società pubbliche, quanto rimane nella sfera pubblica diviene sempre più riconducibile all'*in house* e, quindi, al modello dell'ente pubblico.

Le stesse previsioni sugli oneri di motivazione analitica, a ben vedere, riflettono un atteggiamento particolarmente cauto, se non proprio di sfavore nella prospettiva di contenere la spesa pubblica, dimostrato dal legislatore nei confronti della costituzione societaria e del mantenimento di azioni o quote da parte delle amministrazioni in società commerciali con scopo di lucro⁶⁴, almeno fintanto che la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, non avvenga in conformità a specifiche disposizioni di legge.

Si tratta, in buona sostanza, di previsioni che confermano la prospettiva di un testo unico in cui, nonostante talune enunciazioni di principio cristallizzate fin dall'art. 1, comma 2, prevale la vocazione "sociale" delle società a partecipazione pubblica. Eppure il rafforzamento dell'efficienza gestionale delle società pubbliche, nell'attuale congiuntura economica, rappresenta un'importante leva di sviluppo e di contrasto della crisi finanziaria.

A tale riguardo, è appena il caso di segnalare che sarebbe riduttivo credere che il tema della razionalizzazione del complesso fenomeno in analisi possa risolversi nell'esigenza di eliminare costi di sottogoverno. Se così fosse, infatti, si giungerebbe all'inevitabile conclusione per cui le società a partecipazione pubblica,

⁶² Sembra ragionevole affermare che la collocazione di tale struttura si spiega in considerazione del fatto che i soggetti da controllare sono destinati a concorrere alla finanza pubblica.

⁶³ Struttura individuata nella Direzione VIII del Dipartimento del Tesoro con d.m. del 16 maggio 2017.

⁶⁴ Sul punto cfr. di recente F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale*, cit., 1, il quale osserva che «la principale ragione per cui è stata assolutamente prevalente, nel tempo, l'idea della appartenenza al diritto privato delle società in mano pubblica, è ed è sempre stata la scelta del codice civile di non derogare, per esse, alla causa lucrativa, di cui all'art. 2247 c.c.». Si è visto che la giurisprudenza europea ha ben chiara la distinzione fra «i ruoli dello Stato azionista dell'impresa, da un lato, e dello Stato agente quale potere pubblico, dall'altro» (Corte giust., 5 giugno 2012, causa C-124/10, Commissione c. Électricité de France). Per una giurisprudenza rilevante in ordine alla riconduzione delle società a partecipazione pubblica al regime ordinario civilistico, *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196; Cass. civ., sez. un., ord. 1 dicembre 2016, n. 24591.

anziché disciplinate, andrebbero molto più semplicemente soppresse. Piuttosto, le amministrazioni dovrebbero essere stimolate a gestire le proprie partecipazioni secondo una logica d'impresa.

Solo fra qualche tempo sarà possibile svolgere una valutazione in merito agli esiti della riforma e, quindi, misurare in concreto il grado di attuazione e i vantaggi del processo di razionalizzazione in atto.

Vi sono alcune certezze, e non è poco, specie ove si abbia riguardo all'indeterminatezza evolutiva che ha preceduto l'emanazione del d.lgs. n. 175/2016. Tuttavia, proprio tale indeterminatezza, che ha senz'altro inciso negativamente sull'efficienza gestionale delle società a partecipazione pubblica, in particolare in termini di rendiconto dell'investimento e di rendiconto del capitale proprio, consente di concludere che l'esito positivo di attuazione della riforma sarà strettamente correlato all'efficacia degli strumenti di reazione individuati dall'ordinamento per l'ipotesi di inosservanza degli obblighi imposti alle amministrazioni destinatarie del precetto⁶⁵.

⁶⁵ In tale prospettiva, un ruolo chiave non potrà che essere svolto dalla Corte dei conti e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica

La tutela del mercato e il rafforzamento dell'efficienza gestionale delle società pubbliche, nell'attuale congiuntura economica, rappresentano importanti leve di sviluppo e di contrasto della crisi. Nell'ottica della razionalizzazione del ricorso delle amministrazioni al modello societario, l'art. 5 del decreto legislativo n. 175/2016 disciplina il procedimento di costituzione di società a partecipazione pubblica o di acquisto, anche indiretto, di partecipazioni in società già costituite, introducendo specifici oneri di motivazione analitica. Il presente contributo si propone di verificare potenzialità e limiti del nuovo assetto di regole, le quali cristallizzano significativi appesantimenti dovuti anche all'intervento di autorità esterne come la Corte dei conti e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

The analytical motivation burdens in the consolidated law on public companies

Market protection and reinforcement of the managerial efficiency of public companies, in the current economic conjuncture, represent important levers of development and contrast of the crisis. With the aim to rationalize the recourse of administrations to the corporate model, article 5 of legislative decree n. 175/2016 disciplines the procedure to found public companies or purchase, also indirectly, public shares in companies already founded, introducing analytical motivation burdens. This paper points to verify potentialities and limits of the new system of rules that crystalize significant overloads caused also by the intervention of external authorities as the Court of Auditors and the Antitrust.