

16 NOVEMBRE 2018

Le società pubbliche tra competenza legislativa statale e regionale

di **Roberto Miccù**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

e **Giacomo Roma**

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma



Le società pubbliche tra competenza legislativa statale e regionale *

di Roberto Miccù

Professore ordinario di
Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

e Giacomo Roma

Dottorando in Diritto pubblico,
comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

Sommario: **1.** Stato, Regioni e società partecipate: una convivenza necessaria. **2.** La giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze in materia di società pubbliche: tutela della concorrenza, ordinamento civile, coordinamento della finanza pubblica e profili organizzativi. **2.1.** La costituzionalità dell'intervento statale in materia di società pubbliche sulla base della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile. **2.2.** L'evoluzione del coordinamento della finanza pubblica nella giurisprudenza costituzionale in materia di società partecipate. **3.** La sentenza 251/2016: sulle società partecipate, tanto rumore per nulla? **4.** L'accoglimento delle istanze del sistema delle autonomie nell'adozione del d.lgs. 175/2016. **5.** Le soluzioni prospettate dal Consiglio di Stato per uscire dall'*impasse* della sentenza 251/2016. **6.** Le modifiche contenute nel decreto correttivo: tra attuazione del principio di leale collaborazione e soluzioni di compromesso. **7.** Conclusioni.

Abstract [It]: La riforma delle società a partecipazione pubblica prevista dalla c.d. legge Madia ha fornito alla Corte costituzionale l'occasione per prendere nuovamente posizione sul riparto di competenze tra Stato e Regioni in questa materia. La sentenza n. 251 del 2016 ha rappresentato una profonda innovazione, le cui conseguenze vanno al di là di questo specifico ambito. Tuttavia, dall'analisi delle posizioni assunte dalle autonomie nella fase di elaborazione del decreto delegato e delle modifiche introdotte con il decreto correttivo, appare che la violazione del principio di leale collaborazione non fosse di proporzioni tali da motivare un così profondo cambiamento nella giurisprudenza costituzionale. Le soluzioni adottate vanno a minare l'organicità della riforma e sollevano ulteriori interrogativi quanto alla loro coerenza sistematica.

Abstract [En]: The reform of publicly-owned enterprises provided for by the so-called Madia reform has given the Constitutional Court the opportunity to take stand again on the allocation of legislative powers between the Central Government and the Regions on this subject. The ruling No. 251/2016 has deeply innovated the constitutional case law: its consequences are not limited to this specific field. However, if we analyze the position taken by the local bodies during the drafting of the legislative decree on publicly-owned enterprises and the amendments introduced by the amending decree, it seems that the prerogatives of the Regions were not infringed in a way that could justify a major change in the constitutional case law. The solutions adopted could undermine the coherence of the reform and raise further question on their consistency with the principles of the Italian law.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo, ancorché frutto di una riflessione comune, è da attribuirsi a Roberto Miccù quanto ai paragrafi 1 e 2.2 e a Giacomo Roma quanto ai paragrafi 2.1, 3, 4, 5 e 6. Il paragrafo 7 è stato redatto congiuntamente.

1. Stato, Regioni e società partecipate: una convivenza necessaria

Il fenomeno delle società partecipate interessa tutti i livelli di governo: Stato, Regioni, enti locali. Particolarmente significativo, tuttavia, è il ruolo delle amministrazioni territoriali: delle 9.465 società censite per il 2015, 8.922 sono a esse riconducibili¹.

È proprio il livello di coinvolgimento delle autonomie locali ad aver rappresentato un punto critico nella gestazione della c.d. riforma Madia per quanto riguarda le società partecipate. Come noto, le disposizioni della legge delega n. 124 del 7 agosto 2015 sono state oggetto di impugnazione di fronte alla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 251 del 25 novembre 2016, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale in quanto non prevedevano il ricorso all'intesa nella fase di adozione dei decreti legislativi, ma si limitavano a richiedere un parere della Conferenza unificata.

Intorno alla sentenza n. 251 del 2016 si snodano le riflessioni contenute nel presente contributo. Esse muovono dalla giurisprudenza costituzionale anteriore, nella quale erano stati definiti i confini delle competenze delle Regioni in quest'ambito. Vengono, infatti, in rilievo i criteri di riparto delle competenze in materia di organizzazione amministrativa dei vari livelli di governo: mentre alle Regioni è riconosciuta una competenza legislativa esclusiva per ciò che attiene alla loro organizzazione, quella degli enti locali delle Regioni a statuto ordinario è in capo allo Stato, che è anche – come ovvio – il solo legittimato a disciplinare la propria struttura organizzativa. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha individuato in alcune materie di competenza statale esclusiva o concorrente dei limiti all'intervento regionale – e, di converso, dei titoli di legittimazione alla normativa adottata dal legislatore statale. La tutela della concorrenza e l'ordinamento civile hanno condotto la Consulta a giudicare conformi alla Costituzione alcuni provvedimenti volti, in particolare, a limitare i privilegi di cui possono godere le società partecipate quando operano su mercati concorrenziali e a dettare regole che attengono alla loro natura privatistica, per quanto riguarda in particolare gli organi di *governance*. La materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica, invece, ha costituito inizialmente un argine alle riforme trasversali in tema di società pubbliche, impedendone l'applicazione alle società a partecipazione regionale. Tuttavia, nella giurisprudenza più recente, la Corte ha ammesso la costituzionalità di interventi statali tesi alla razionalizzazione delle società pubbliche, qualificando come principi fondamentali anche disposizioni contestate per il loro eccessivo dettaglio.

La portata innovatrice della sentenza 251/2016, che ha profondamente rivisto la giurisprudenza anteriore, facendo applicazione del principio di leale collaborazione anche al procedimento legislativo, appare ancor

¹ Ministero dell'economia e delle finanze, *Patrimonio della PA. Rapporto sulle partecipazioni pubbliche (dati anno 2015)*, novembre 2017.

più sorprendente in materia di società pubbliche. Per queste ultime, la Corte stessa aveva limitato, nelle sentenze degli ultimi anni, i margini di manovra delle Regioni, dando il via libera alla normativa statale tesa a governare un fenomeno la cui ampiezza era fortemente cresciuta nel tempo e rispetto al quale, da molte parti, si sentiva l'esigenza di intervenire in maniera drastica e decisa².

La sentenza n. 251 sembra essere arrivata come un fulmine a ciel sereno nel processo riformatore avviato con la legge 124/2015 nella parte relativa alle società partecipate. L'adozione del Testo unico nell'agosto del 2016 era stata, infatti, preceduta da una fase di confronto con le Regioni e gli enti locali, sfociata nel parere della Conferenza unificata sullo schema di decreto. Permanevano certamente delle resistenze da parte degli amministratori locali sulle norme tese a limitarne la libertà d'azione nella creazione di società o nell'acquisizione di partecipazioni o a razionalizzare il numero delle partecipazioni detenute. Tuttavia, l'impianto della riforma non era contestato e le modifiche proposte vertevano perlopiù su aspetti puntuali. A pochi mesi dall'adozione del decreto, la sentenza 251/2016 ha segnato una battuta d'arresto al processo di riforma, ritardando il primo tentativo di razionalizzazione del numero di società partecipate rappresentato dalla revisione straordinaria, le cui scadenze erano fissate per i mesi successivi. Si è aperta quindi un'ulteriore fase di concertazione con le Regioni e gli enti locali, il cui "potere contrattuale" era stavolta rafforzato dall'obbligo di addivenire a un'intesa per l'adozione di un decreto correttivo. L'intesa ha quindi condotto al decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100, che introduce alcune puntuali modifiche alla versione originaria del Testo unico.

Significativo in tutto questo processo è il ruolo del Consiglio di Stato, che è intervenuto a tre riprese: la prima, al momento della stesura del d.lgs. 175/2016³; la seconda, a seguito della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale, per fornire alcune indicazioni sulle modalità da seguire per darne corretta attuazione⁴; la terza, sul decreto correttivo 100/2017⁵. In tutte queste occasioni, il Consiglio di Stato non ha mancato di sottolineare i punti deboli del disegno riformatore nei suoi vari stadi, dando anche degli spunti per snodi che restano aperti e che neanche il decreto correttivo ha colto l'occasione di chiarire.

Parlamento, Governo, Corte costituzionale, Consiglio di Stato, Regioni, enti locali: la riforma delle società partecipate ha coinvolto praticamente tutti i poteri dello Stato. La sentenza 251/2016, con i suoi riflessi sistematici, ha inciso sull'assetto costituzionale e delle fonti del nostro ordinamento. È pertanto necessario soffermarsi, in un'analisi del Testo unico che non può prescindere dalla disamina delle singole

² Si pensi, fra tutte, alle indicazioni del Commissario per la revisione delle spesa istituito dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, che aveva segnalato la riduzione del numero delle società partecipate, in particolare a livello locale, come una delle priorità del processo di *spending review*.

³ Cons. St., comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968.

⁴ Cons. St., comm. spec. 17 gennaio 2017, n. 83.

⁵ Cons. st., comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638.

innovazioni apportate sul tema delle società partecipate, sulla collocazione della riforma nel contesto del riparto di competenze tra Stato e Regioni nel nostro ordinamento.

2. La giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze in materia di società pubbliche: tutela della concorrenza, ordinamento civile, coordinamento della finanza pubblica e profili organizzativi

Gli interventi in materia di società pubbliche si trovano al crocevia di diverse materie indicate all'articolo 117 della Costituzione, stante la natura ibrida di questo fenomeno, che si caratterizza allo stesso tempo per profili pubblicistici e privatistici.

In quanto emanazione delle pubbliche amministrazioni socie, la disciplina in materia di società partecipate segue il riparto di competenze dettato per l'organizzazione amministrativa degli enti ai diversi livelli di governo. Come ricordato dalla Corte costituzionale, *“non si può evidentemente negare la competenza del legislatore statale in tema di organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali (art. 117, secondo comma, lettera g, della Costituzione); per quanto riguarda gli enti locali presenti nelle Regioni ad autonomia ordinaria, viene in rilievo la competenza esclusiva prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione (ma già diverso è il problema nelle Regioni ad autonomia speciale, i cui statuti attribuiscono alle leggi regionali la competenza in tema di ordinamento degli enti locali). Per ciò che concerne, invece, i profili organizzativi delle Regioni e delle Province autonome, sembra evidente che il legislatore statale non dispone in materia di una propria competenza, la quale appartiene, invece, alle stesse Regioni e Province autonome”*⁶. Di riflesso, è sulle società a partecipazione regionale che l'intervento statale appare in linea di principio escluso, mentre per quelle riferibili agli enti locali il margine di manovra di quest'ultimo è ben più ampio.

Tuttavia, la Corte costituzionale, applicando i consueti criteri ermeneutici in sede di scrutinio degli interventi legislativi in materia di società pubbliche, regolarmente impugnati dalle Regioni per violazione del riparto di competenze, ha delineato una differente geometria della possibilità per il legislatore statale di intervenire sull'insieme delle società a partecipazione pubblica. Giudicati conformi alla Costituzione nei casi in cui era possibile invocare le materie di competenza statale esclusiva della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, tali interventi sono stati inizialmente censurati quando alla loro base era posta la competenza concorrente del coordinamento della finanza pubblica.

2.1. La costituzionalità dell'intervento statale in materia di società pubbliche sulla base della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile

⁶ Corte cost., 20 maggio 2008, n. 159.

Tra le competenze statali esclusive *ex art. 117, comma 2, Cost.*, per le società a partecipazione pubblica assumono particolare rilievo la tutela della concorrenza e l'ordinamento civile.

Il riferimento alla materia dell'ordinamento civile riflette la progressiva assimilazione, sancita dal legislatore e ribadita anche nel Testo unico, tra le partecipate e le società di diritto comune. La Corte costituzionale ha precisato che questa materia “*comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale; [...] non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; [...] comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato, nonché istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica (sentenze n. 159 e n. 51 del 2008, n. 438 e n. 401 del 2007 e n. 29 del 2006)*” (sentenza n. 326 del 2008)⁷. L'estensione della materia al di là degli istituti riferibili alle norme del codice civile, fino a ricomprendere la disciplina speciale, ha consentito alla Corte di considerare conformi alla Costituzione alcune disposizioni derogatorie in materia di società pubbliche introdotte dal legislatore statale⁸.

Più complesso, ma connesso alla loro natura privatistica, è il legame tra società a partecipazione pubblica e tutela della concorrenza. Infatti, le società pubbliche possono trovarsi a operare sui mercati, sottraendo spazio alle imprese private e godendo di eventuali benefici derivanti dalla natura pubblica della compagine sociale. Per comprendere le modalità con cui il fenomeno delle società pubbliche è stato ricondotto alla materia della tutela della concorrenza, è utile ricordare i contorni di quest'ultima, che la giurisprudenza ha delineato intorno alle dimensioni della “tutela in senso proprio” e della “promozione”. Per la Corte, tale espressione comprende, infatti, “*le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione*” e quelle “*di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche*”⁹. Gli interventi in materia di società pubbliche vanno ricondotti prevalentemente a questa seconda ipotesi, stante il carattere distorsivo che l'attività di talune società pubbliche può avere sui mercati di riferimento.

È ai profili di tutela della concorrenza che si è riferita la Consulta nelle sentenze n. 326 del 1° agosto 2008 relativa alle norme contenute nel c.d. decreto Bersani¹⁰, il cui articolo 13 prevedeva delle limitazioni alla libertà di azione delle società strumentali o incaricate dello svolgimento esternalizzato di funzioni

⁷ Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229.

⁸ Per la legittimità costituzionale delle disposizioni in materia di personale e limitazione del numero dei componenti del consiglio d'amministrazione *ex art. 4, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135*, si è espressa Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229 (v. *infra* par. 2.2).

⁹ Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 430; 14 marzo 2008, n. 63.

¹⁰ D.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248.

amministrative¹¹, e n. 148 dell'8 maggio 2009 relativa alle disposizioni della legge finanziaria 2008¹² che ponevano il divieto di costituire società per produzione di beni e servizi non strettamente necessarie alle finalità istituzionali degli enti di riferimento.

Invitata dalle Regioni ricorrenti a ricondurre tale disciplina nell'alveo (di natura residuale esclusiva) dell'organizzazione dei servizi regionali e dei rapporti tra le Regioni e le società attraverso le quali le Regioni stesse svolgono le loro funzioni, il giudice delle leggi ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale.

In particolare, nella sentenza n. 326 del 2008 la Corte ha analizzato l'oggetto e la finalità della disciplina, tesa a separare l'attività amministrativa in forma privatistica e l'attività d'impresa di enti pubblici *“per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione”*. Non si trattava, secondo la Corte, di una limitazione dell'attività di iniziativa economica degli enti territoriali, ma dell'obbligo di esercitarla *“distintamente dalle proprie funzioni amministrative”*, in un'ottica di tutela della concorrenza.

Quanto all'oggetto, la Corte ha escluso che la disciplina censurata rientrasse nella materia dell'organizzazione amministrativa (di competenza legislativa regionale) e l'ha ricondotta alla materia dell'ordinamento civile (di esclusiva competenza statale), poiché *“mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private”*¹³. A proposito della finalità, nell'interpretazione della Corte queste disposizioni *“hanno il dichiarato scopo di tutelare la concorrenza”*, poiché il loro obiettivo è quello di *“evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali”*. Con l'occasione, la Corte ha ricordato il perimetro della competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza: nella giurisprudenza della Corte, *“la titolarità della relativa potestà legislativa consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi; queste misure possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati; l'intervento statale può consistere nell'emanazione di una disciplina analitica, la quale può influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni; spetta alla Corte effettuare un rigoroso scrutinio*

¹¹ In particolare, si prevedeva che tali società potessero operare esclusivamente con gli enti costituenti e affidanti, non potessero svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, né in affidamento diretto né con gara, e che non potessero partecipare ad altre società o enti.

¹² L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, cc. 27-29.

¹³ La Corte ha altresì ricordato che *“la potestà legislativa dello Stato comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale; che essa non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; che essa comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato; che in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica (sentenze nn. 159 e 51 del 2008, nn. 438 e 401 del 2007 e n. 29 del 2006)”*.

delle relative norme statali, volto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente con i principi della concorrenza, e se esso sia proporzionato rispetto a questo fine (sentenze nn. 63 e 51 del 2008 e nn. 421, 401, 303 e 38 del 2007)".

In entrambi i casi, essendo le disposizioni censurate volte a limitare la proliferazione di società partecipate e lo svolgimento, da parte loro, di attività che in un'ottica di promozione della concorrenza devono essere lasciate al libero gioco del mercato, la Corte costituzionale ha considerato la competenza radicata in capo al legislatore statale. Inoltre, come affermato anche in precedenti pronunce, il legislatore statale aveva titolo a porre in essere una disciplina dettagliata¹⁴. L'applicazione del criterio della prevalenza, in virtù del quale è apparsa "palese" alla Corte "l'appartenenza a detta materia del nucleo essenziale della disciplina dalle stesse stabilita", ha conseguentemente condotto all'infondatezza della denuncia di violazione del principio di leale collaborazione¹⁵.

In questi casi, dunque, il ricorso alle competenze legislative esclusive in materia di ordinamento civile e tutela della concorrenza era stato sufficiente ad ammettere la legittimità costituzionale delle norme contestate e a respingere i ricorsi delle Regioni. Va ricordato che si trattava di disposizioni particolarmente prescrittive, la cui violazione era sanzionata, nel caso del decreto Bersani, con la nullità dei contratti conclusi in violazione delle stesse. Diversa sorte è toccata a provvedimenti finalizzati al contenimento della spesa pubblica, rispetto ai quali la natura concorrente del coordinamento della finanza pubblica ne ha inizialmente impedito l'estensione alle società di proprietà regionale.

2.2. L'evoluzione del coordinamento della finanza pubblica nella giurisprudenza costituzionale in materia di società partecipate

Più articolata è la giurisprudenza della Corte quando a essere invocato come parametro a fondamento dell'intervento statale in materia di società pubbliche è il coordinamento della finanza pubblica. Stante la natura concorrente di questa materia, il discrimine è rappresentato dal livello di dettaglio delle norme approvate dal legislatore statale, qualora esse siano destinate ad applicarsi alle società di proprietà regionale.

Sono state, pertanto, ritenute conformi al riparto di competenze *ex art. 117 Cost.* le disposizioni della legge finanziaria del 2007, qualificate dallo stesso legislatore come "*principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica, ai fini del rispetto dei parametri stabiliti dal patto di stabilità e crescita dell'Unione europea*"¹⁶, che rinviavano all'adozione di norme regionali volte alla diminuzione dei compensi degli amministratori, la soppressione di enti inutili e la fusione di società partecipate. La Corte costituzionale ha infatti ritenuto

¹⁴ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 320; 17 dicembre 2008, n. 411.

¹⁵ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148.

¹⁶ L. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, commi 721-722.

che era stato “rispettato il limite [...] che le disposizioni statali pongano solo criteri ed obiettivi cui dovranno attenersi le Regioni e gli enti locali nell'esercizio della propria autonomia finanziaria, senza invece imporre loro precetti specifici e puntuali”¹⁷.

Destino diverso è toccato ad altri interventi volti a razionalizzare il numero di società pubbliche esistenti nel nostro paese o a contenere i costi dei relativi organi amministrativi.

È stato pertanto censurato il rinvio a norme regionali con il quale si intendeva estendere anche alle società partecipate dalle Regioni le norme della legge finanziaria 2007¹⁸ in materia di compensi degli amministratori e composizione del consiglio di amministrazione. Si tratta di norme puntuali, in base alle quali per le società a totale o parziale partecipazione pubblica il compenso degli amministratori deve essere parametrato su quello del sindaco o del presidente della provincia, secondo percentuali fissate dalla legge stessa, e viene posto un tetto al numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione. La Corte costituzionale ha, in questo caso, ritenuto che “vincolando Regioni e Province autonome all'adozione di misure analitiche e di dettaglio”, il legislatore “ne ha compresso illegittimamente l'autonomia finanziaria, esorbitando dal compito di formulare i soli principi fondamentali della materia”¹⁹.

Da rilevare, tuttavia, il diverso giudizio della Corte costituzionale su simili disposizioni contenute nel c.d. decreto *spending review bis*²⁰, che prevede il numero massimo dei componenti dei consigli di amministrazione delle società partecipate (tre per le strumentali, da tre a cinque per le altre) e impone una riduzione del costo annuale per i compensi degli amministratori – che non deve superare l'ottanta per cento di quello sostenuto nel 2013. Per la Corte, “una volta, infatti, che la Regione abbia esercitato la sua autonomia organizzativa, operando la scelta fra i vari moduli organizzativi possibili per lo svolgimento dei servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali in favore dell'affidamento diretto a società pubbliche, essa ha anche accettato di rispettare lo speciale statuto che contraddistingue tali società, il quale, pur connotato da rilevanti profili di matrice pubblicistica, è comunque riconducibile, in termini generali, al modello societario privatistico che ha radice nel codice civile”²¹. Di conseguenza, i punti toccati dal decreto devono essere ricondotti alla materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva del legislatore statale.

Analoga evoluzione – verso una maggiore pervasività dell'intervento statale in materia – si registra nell'orientamento della Corte sulle norme tendenti alla razionalizzazione delle società partecipate. In senso negativo si era espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 229 del 23 luglio 2013 relativa al c.d. decreto *spending review bis*. Tale provvedimento disponeva lo scioglimento o l'alienazione delle società

¹⁷ Corte cost., 20 maggio 2008, n. 159.

¹⁸ L. 296/2006, art. 1, comma 730.

¹⁹ Corte cost., 20 maggio 2008, n. 159.

²⁰ D.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

²¹ Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229.

controllate dalle pubbliche amministrazioni che avessero conseguito, nel corso del 2011, un fatturato da prestazioni di servizi a favore delle stesse superiore al 90 per cento del totale, vietando nuovi affidamenti diretti o il rinnovo degli affidamenti in caso di mancato adeguamento²². Queste disposizioni sono state censurate sotto due profili: la violazione della competenza residuale in materia di organizzazione e funzionamento delle Regioni, da un lato, e della competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica, dall'altro.

Per quanto attiene al primo aspetto, la Corte costituzionale muove le mosse dalle citate sentenze n. 326 del 2008 e n. 148 del 2009 per evidenziare che, stante la diversa *ratio* delle norme la cui costituzionalità era contestata, le disposizioni oggetto di esame non potevano che essere censurate. Infatti, per la Corte, mentre il decreto Bersani e la legge finanziaria 2008 pongono dei vincoli coerenti con l'obiettivo, perseguito anche dal diritto dell'Unione, di tutelare la concorrenza, evitando che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, il decreto *spending review bis* andava a limitare la libertà organizzativa delle Regioni, colpendo proprio le società che avevano raggiunto l'obiettivo di separare le attività svolte in favore degli azionisti di riferimento dalle prestazioni rivolte al mercato – destinatarie della norma erano, infatti, proprio le società il cui fatturato era per la quasi totalità proveniente da prestazioni svolte in favore delle amministrazioni controllanti. Per la Corte, in tal modo veniva sottratta alle pubbliche amministrazioni “*la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, in quanto si esclude[va] la possibilità che, pur ricorrendo le condizioni prescritte dall'ordinamento dell'Unione europea, le medesime amministrazioni [continuassero] ad avvalersi di società in house*”, di cui si imponeva lo scioglimento o la privatizzazione. Le Regioni venivano quindi private della “*scelta di una delle possibili modalità di svolgimento dei servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali*”. In virtù della competenza legislativa residuale e primaria in materia di organizzazione, non era consentito al legislatore statale limitare tale scelta, dovendo invece consentire alle Regioni “*di continuare ad avvalersi di quelle società che, svolgendo esclusivamente 'attività amministrativa in forma privatistica' nei confronti delle pubbliche amministrazioni, sono in armonia sia con i vincoli 'costitutivi' imposti dall'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007, sia con i limiti di attività delineati dall'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006*”.

²² Faceva eccezione l'ipotesi secondo cui “*per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale di riferimento*” non fosse possibile per l'amministrazione controllante “*un efficace e utile ricorso al mercato*”. Nello svolgere tale verifica, l'amministrazione doveva raccogliere il parere vincolante dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La dismissione della società poteva altresì essere evitata nel caso di predisposizione di piani di razionalizzazione delle società in questione, sottoposti a parere vincolante del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi di cui all'articolo 2 del d.l. n. 52 del 2012 (comma 3-*sexies*).

Lo scrutinio della Corte non si è però limitato alla citata competenza legislativa residuale, ma si è esteso anche a quella concorrente del coordinamento della finanza pubblica, poiché la disciplina impugnata aveva anche la finalità del contenimento della spesa pubblica. La possibilità che disposizioni statali di principio in tema di coordinamento della finanza pubblica, ove costituzionalmente legittime, potessero incidere su una materia di competenza della Regione e delle Province autonome, come l'organizzazione e il funzionamento dell'amministrazione regionale e provinciale, era già stata ammessa nella giurisprudenza costituzionale²³. Tuttavia, la stessa giurisprudenza ha posto due limiti agli interventi legislativi statali in materia: *“a) di porre obiettivi di riequilibrio della medesima, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; b) di non prevedere in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi”*²⁴. Alle Regioni può essere imposto un *“limite globale, complessivo, al punto che ciascuna Regione deve ritenersi libera di darvi attuazione, nelle varie leggi di spesa, relativamente ai diversi comparti, in modo graduato e differenziato, purché il risultato complessivo sia pari a quello indicato nella legge statale”*²⁵. Spettava quindi alla Corte stabilire se le norme contenute nel decreto *spending review bis* rispettassero tali criteri o esorbitassero dai limiti posti alla potestà legislativa statale in materia. È a questa seconda soluzione che perviene la Consulta nella sentenza n. 229 del 2013: le disposizioni contestate delineano *“una disciplina puntuale e dettagliata che vincola totalmente anche le amministrazioni regionali, senza lasciare alcun margine di adeguamento, anche a Regioni e Province autonome, con conseguente lesione dell'autonomia organizzativa della Regione, nonché della competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica”*. Anche sotto questo profilo, pertanto, esse sono contrarie alla Costituzione nelle parti in cui si riferiscono pure alle Regioni ad autonomia ordinaria.

Diversa è la posizione assunta dalla Corte costituzionale nella successiva sentenza n. 144 del 16 giugno 2016. Oggetto di scrutinio erano le disposizioni della legge di stabilità 2015 che ponevano precisi criteri per la razionalizzazione delle società partecipate²⁶. In particolare, per tutte le amministrazioni era previsto l'obbligo di avviare un processo di razionalizzazione delle società e

²³ Corte cost., 20 maggio 2008, n. 159.

²⁴ Corte cost., 18 luglio 2008, n. 289.

²⁵ Corte cost., 30 luglio 2012, n. 211; 8 marzo 2013, n. 36.

²⁶ L. 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, commi 611-612.

partecipazioni possedute, al fine di ridurre il numero, erano posti i criteri da seguire nel processo di razionalizzazione²⁷ e precisato l'iter da rispettare²⁸.

Oltre alle materie di competenza statale esclusiva cui vengono ricondotti i vari criteri elencati dalla norma, la Corte esamina queste disposizioni alla luce della competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica, ritenendo che il coinvolgimento delle Regioni sia garantito dal carattere “aperto” della norma stessa. In particolare, per quanto riguarda i criteri posti dal legislatore statale nel loro insieme, il giudice delle leggi fa notare come non si tratti di un elenco esclusivo, ma suscettibile di essere completato dalle stesse Regioni in sede di attuazione del dettato legislativo. Parimenti, sullo specifico criterio del “contenimento dei costi di funzionamento”, la Corte sottolinea che gli strumenti individuati dal legislatore (riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, riduzione delle relative remunerazioni) non sono esclusivi, le Regioni ben potendo decidere di metterne in atto altri e ulteriori. In virtù dell’*“ampio margine di manovra”* lasciato all'autonomia regionale, la Corte giudica le norme in questione conformi alla Costituzione, assestando la sua giurisprudenza su una linea di apertura agli interventi statali in materia di società partecipate, in particolare per quelli volti alla loro razionalizzazione.

La giurisprudenza più recente della Corte costituzionale sembrava quindi lasciar intendere che anche la materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica potesse essere utilmente invocata per ammettere la legittimità costituzionale degli interventi statali – anche contenenti norme dettagliate – in quest'ambito. Tale presupposto appare del tutto smentito con la posizione assunta dalla Corte nella vicenda processuale che ha riguardato la c.d. riforma Madia.

3. La sentenza 251/2016: sulle società partecipate, tanto rumore per nulla?

²⁷ La norma fa in particolare riferimento ai seguenti criteri: a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni; d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni. Per un approfondimento, sia permesso di rinviare a G. ROMA, *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in questo numero speciale.

²⁸ Entro il 31 marzo 2015, doveva essere approvato un piano operativo di razionalizzazione, con l'indicazione delle modalità e dei tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Tale piano, corredato di un'apposita relazione tecnica, doveva essere trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato nel sito internet dell'amministrazione interessata. Dopo un anno, andava predisposta una relazione sui risultati conseguiti, sottoposta agli stessi obblighi di trasmissione e pubblicità.

Nel toccare vari aspetti relativi alla pubblica amministrazione italiana, la c.d. riforma Madia prevedeva anche un riordino complessivo in materia di società a partecipazione pubblica. Le disposizioni sul punto contenute nella legge delega (l. 7 agosto 2015, n. 124) sono state oggetto dell'ormai ben nota pronuncia n. 251 del 25 novembre 2016.

Facendo riferimento alla citata giurisprudenza, la Corte ha ricordato che, in quest'ambito, sono presenti profili riconducibili alla competenza esclusiva statale, già richiamati nella menzionata sentenza n. 326 del 2008 – e in particolare alle materie dell'ordinamento civile e della tutela della concorrenza – e altri attinenti a quella legislativa regionale residuale in materia di organizzazione amministrativa regionale (cfr. la citata sentenza n. 229 del 2013). Dalla compresenza di profili pubblicistici e privatistici la Corte fa derivare “*la ‘concorrenza’ di competenze statali e regionali, disciplinata mediante l’applicazione del principio di leale collaborazione*”. Per la Corte, “*ai principi e criteri direttivi il Governo deve dare attuazione solo dopo aver svolto idonee trattative con Regioni e enti locali nella sede della Conferenza unificata*”, che è considerata la sede “*più idonea a consentire l’integrazione dei diversi punti di vista e delle diverse esigenze degli enti territoriali coinvolti, tutte le volte in cui siano in discussione temi comuni a tutto il sistema delle autonomie, inclusi gli enti locali*”. La previsione del semplice parere, in luogo dell’intesa, per l’adozione del decreto legislativo di attuazione delle disposizioni della legge delega sulle società partecipate è quindi per la Corte costituzionalmente illegittima.

Le motivazioni di tale illegittimità vanno ricercate nelle considerazioni di carattere più generale che la Corte svolge a proposito di tutti gli articoli della legge 124/2015 oggetto del giudizio di costituzionalità, tesi a conferire deleghe legislative in materia di cittadinanza digitale, pubblico impiego, dirigenza pubblica, servizi pubblici locali. Muovendo dalla verifica dell’esistenza di una prevalente competenza statale, la Corte constata, anche facendo riferimento alla sua consolidata giurisprudenza (sentenza n. 278 del 2010), la presenza di una “*fitta trama di relazioni, nella quale ben difficilmente sarà possibile isolare un singolo interesse*”, quanto piuttosto interessi distinti “*che ben possono ripartirsi diversamente lungo l’asse delle competenze normative di Stato e Regioni*”. Tra prevalenza (delle competenze statali su quelle regionali) e concorrenza (tra competenze statali e regionali), la Corte predilige quest’ultima, che costituisce la base per l’applicazione del principio di leale collaborazione²⁹.

²⁹ Sul punto, v. F. COVINO, *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2018; A. POGGI, *Corte costituzionale e principio di “lealtà” nella collaborazione tra Stato e Regioni nell’esercizio delle funzioni*, in *Federalismi*, 2017; più in generale, sul principio di leale collaborazione, v., *ex multis*, R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2001, pp. 3 ss.; A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in E. BETTINELLI – F. RIGANO, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004; C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, 2007; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008; S. MANGIAMELI, *Lecture sul regionalismo italiano*, Torino, 2011, pp. 21 ss.

Innovatrici sono, però, le modalità con le quali la Corte ritiene che tale principio debba essere rispettato. In primo luogo, si giudica del tutto insoddisfacente il ricorso al parere (previsto nella legge delega), considerando necessaria la ricerca di un'intesa all'interno delle Conferenze Stato-Regioni o unificata. Per la Corte, tale strumento è l'unico idoneo qualora non siano coinvolti interessi esclusivamente e individualmente imputabili al singolo ente autonomo. Sorprendente, per ammissione stessa della Corte, è l'applicazione di tale giurisprudenza al caso di specie, ossia a quello di una legge delega approvata dal Parlamento³⁰. La Corte ammette di aver *“più volte affermato che il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo”* (cfr., *ex multis*, la sentenza n. 6 del 2004). Essa statuisce però, in tale occasione che *“là dove, tuttavia, il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all'intesa”*. Si viene, quindi, a creare un regime differenziato del procedimento legislativo delegato, nel quale il principio di leale collaborazione conduce fino all'imposizione di specifiche modalità di coinvolgimento del sistema delle Conferenze, rispetto al procedimento legislativo parlamentare, non soggetto a tale vincolo, con l'effetto di un *“grave disincentivo alla delega legislativa”* e *“un'impropria attribuzione di funzioni legislative ai presidenti delle regioni e perfino ai sindaci e ai presidenti delle province”*³¹.

Dalla decisione della Consulta deriva, quindi, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge delega sulle modalità di coinvolgimento delle Regioni e degli enti locali. Tuttavia, come precisato dalla Corte nella sentenza, essa non causa l'incostituzionalità derivata dei decreti legislativi adottati sulla base delle stesse³². Questi ultimi devono essere per la Corte oggetto di autonoma impugnativa e, *“nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”*.

³⁰ Sui recenti orientamenti della Corte costituzionale in merito alla delegazione legislativa, v. M. PIERONI – I. NORELLI, *I c.d. “limiti ulteriori” nel procedimento per l'emanazione dei decreti legislativi, con particolare riferimento al coinvolgimento degli organi di raccordo tra livelli territoriali nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2010; E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, 2011; G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano, 2016.

³¹ B. G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 2017, pp. 179 ss.; del decreto legislativo adottato previa intesa (imposta dalla concorrenza di competenze) come *“nuova species del genus decreto delegato”* parla G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in *Questione giustizia*, 23 gennaio 2017. V. anche R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 3, 2017; S. BARBARESCHI, *La Riforma Madia “a pezzi”: tra proceduralizzazione e interventi degli organi costituzionali. Il punto della questione*, in *Federalismi*, n. 20, 2017.

³² Sugli effetti della sentenza sul Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, e in particolare sulla sua validità a seguito della sentenza 251/2016, v. C. CALVIERI, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope... allo specchio*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2017, pp. 1 ss.

La sentenza della Corte costituzionale, pertanto, pur non inficiando direttamente il contenuto dei decreti legislativi adottati sulla base delle disposizioni della legge di delega dichiarate incostituzionali, richiedeva il ricorso a strumenti correttivi nel caso di deleghe già attuate, come nel caso delle società a partecipazione pubblica, per le quali il decreto legislativo n. 175 era intervenuto nell'agosto del 2016³³.

4. L'accoglimento delle istanze del sistema delle autonomie nell'adozione del d.lgs. 175/2016

Prima di passare all'esame delle conseguenze della sentenza 251/2016 sulla riforma delle società partecipate prevista dalla legge Madia, può essere utile ritornare sui termini del confronto avvenuto tra Governo, Regioni ed enti locali prima dell'adozione del d.lgs. 175/2016 e sfociato nel parere favorevole reso dalla Conferenza unificata il 14 aprile 2016³⁴.

Il caso della riforma delle società partecipate costituisce, infatti, un prisma interessante per analizzare la sentenza n. 251 del 2016. Trattandosi di una delega già attuata, infatti, è possibile valutare se, in concreto, le disposizioni della legge delega avessero condotto a una lesione di prerogative regionali. Quest'aspetto è tutt'altro che secondario, ma avrebbe anzi dovuto avere un'importanza particolare al momento di giudicare l'ammissibilità del ricorso: per giurisprudenza costante, i ricorsi delle Regioni contro le leggi delega sono considerati ammissibili solo se i principi e criteri direttivi impongono una lesione delle competenze regionali, e non se essi consentono un esercizio della delega conforme a Costituzione. Pertanto, in caso di lesione futura e incerta, il ricorso non avrebbe dovuto essere considerato ammissibile; in caso di lesione certa, la declaratoria d'incostituzionalità avrebbe dovuto ripercuotersi anche sul d.lgs. 175/2016, che invece la sentenza fa salvo³⁵.

In via preliminare, è possibile ricordare come gli enti esponenziali del sistema delle autonomie abbiano assunto, in sede di parere, una posizione tutt'altro che ostile rispetto all'intervento del Governo in materia.

³³ Giova ricordare che l'attuazione della legge 124/2015 aveva raggiunto stadi diversi per quanto attiene le varie materie interessate dalla sentenza n. 251. I decreti in materia di servizi pubblici locali e dirigenza pubblica erano stati approvati in via definitiva, ma non ancora promulgati: l'imminenza della scadenza del termine di delega ha impedito l'adozione di un qualsivoglia strumento correttivo, con conseguente impossibilità per il Governo di esercitare la stessa. Quelli sul pubblico impiego, per i quali la scadenza dei termini della delega era più lontana, sono stati adottati a seguito di intesa in Conferenza Stato-Regioni. Destino simile a quello del decreto in materia di società pubbliche è stato seguito da due decreti, già adottati al momento del deposito della sentenza, in materia di licenziamenti disciplinari nel pubblico impiego (d.lgs. 20 luglio 2017, n. 118, integrativo e correttivo del d. lgs. 20 giugno 2016, n. 116) e dirigenza sanitaria (d.lgs. 26 luglio 2017, n. 127, integrativo e correttivo del d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171).

³⁴ Conferenza unificata, parere sullo schema di decreto legislativo recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", repertorio atti n. 56/CU del 14 aprile 2016.

³⁵ J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2016, pp. 705 ss.

Per la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome³⁶, che ha definito “*improcrastinabile l’adozione di un quadro normativo in materia di società partecipate*”, la delega sul punto era “*uno dei punti qualificanti dell’attuazione dell’intera riforma*” e lo schema di decreto si muoveva “*nella condivisibile direzione, non più rinviabile, di una decisa semplificazione del frammentato e spesso incoerente quadro normativo attualmente vigente*”. Tanto l’Associazione nazionale comuni italiani (ANCI)³⁷ che l’Unione province italiane (UPI)³⁸ hanno espresso “*apprezzamento in merito alla tecnica legislativa adottata e all’elaborazione di un testo unico sulle società partecipate che costituisce un quadro di regole chiare, razionali, omogenee e stabili*”. L’ANCI, tuttavia, invitava il Parlamento a un’ulteriore riflessione sullo “*sfavore nei confronti della proprietà pubblica delle società che erogano servizi pubblici locali di interesse economico generale*” e sulla mancanza di “*meccanismi di incentivazione per le aggregazioni di quelle società pubbliche che invece rappresentano un’occasione di crescita e competitività per il Paese*”.

I rilievi sollevati dalle autonomie locali in sede di parere portavano principalmente sui seguenti punti: l’ambito d’applicazione del decreto, le finalità perseguibili mediante l’acquisizione e la gestione delle partecipazioni, i compiti assegnati alla Corte dei conti. Specifici rilievi riguardavano alcune tipologie di società, come le società finanziarie regionali e le società di committenza. L’unico elemento al quale era condizionato il carattere favorevole del parere era sui compiti della Corte dei conti, nei termini che saranno esaminati *infra*.

Per quanto riguarda l’ambito d’applicazione della riforma, l’ANCI e l’UPI avevano suggerito un approccio differenziato a seconda del grado di esposizione delle società pubbliche alla concorrenza. In particolare, l’ANCI suggeriva di sottrarre all’applicazione della riforma tutte le società affidatarie di un contratto a seguito di gara, mentre l’UPI proponeva come criterio di esclusione il fatto di operare in regime concorrenziale e aver conseguito utili negli ultimi tre esercizi. Questa impostazione ha il pregio di poter svolgere una funzione di incentivo a una gestione maggiormente efficiente. Tuttavia, appare condivisibile la scelta del legislatore delegato di mantenere un approccio unitario del fenomeno, ponendo dei limiti ad alcune distorsioni verificatesi nel passato, per quanto riguarda ad esempio le attività che le società partecipate possono svolgere o alcuni aspetti della loro *governance*.

³⁶ Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Allegato A al parere della Conferenza unificata sullo schema di decreto legislativo recante “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, cit.

³⁷ ANCI, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica e relativi emendamenti*, Allegato B al parere della Conferenza unificata sullo schema di decreto legislativo recante “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, cit.

³⁸ UPI, *Osservazioni ed emendamenti. Schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Allegato C al parere della Conferenza unificata sullo schema di decreto legislativo recante “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, cit.

In merito alle attività che possono essere svolte dalle società a partecipazione pubblica, lo schema di decreto ha fatto riferimento, fin dall'inizio, alla gestione dei servizi pubblici locali e all'autoproduzione di beni e servizi (c.d. società strumentali). Queste due categorie apparivano in grado di ricomprendere la quasi totalità delle attività a oggi svolte dalle società a partecipazione pubblica³⁹. Ciononostante, le autonomie locali hanno manifestato la necessità di iscrivere nel testo normativo alcune specifiche finalità, al fine di veder salvaguardate le società operanti in tali settori. In materia di servizi di interesse generale è stata accolta la richiesta di fare esplicito riferimento alla realizzazione e alla gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi (art. 4, comma 2, lett. a). È questo il caso, inoltre, delle società fieristiche, che hanno trovato riconoscimento sin nella prima versione dell'articolo 4, comma 7 del Testo unico. Non è stato, invece, dato seguito alla richiesta di menzionare esplicitamente lo “*svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di competenza degli enti pubblici*”, quale possibile compito affidato alle società strumentali. Tale specificazione dev'essere apparsa, da un lato, superflua, stante la possibilità di ricondurre quest'attività tra quelle ammesse dall'articolo 4 in virtù del riferimento all'autoproduzione di beni e servizi, dall'altra, suscettibile di interpretazione eccessivamente estensiva, in contrasto con lo spirito del Testo unico, che tende a un contenimento del fenomeno societario pubblico.

Alla più ampia questione delle attività che possono essere svolte dalle società partecipate sono riconducibili due aspetti specifici, sollevati in particolare dalle Regioni: quello delle società finanziarie regionali e quello delle società di committenza.

Su quest'ultimo aspetto, le Regioni hanno sollevato la questione della conciliazione tra il regime delle società *in house* e le regole che vigono per le centrali di committenza. Da un lato, infatti, la qualificazione di una società come organismo *in house* richiede il rispetto dei criteri della proprietà interamente pubblica, del controllo analogo e dello svolgimento dell'attività prevalente in favore delle amministrazioni soci; inoltre, il Testo unico restringe la possibilità di svolgere compiti in favore di soggetti non soci-controllanti nel limite del venti per cento del fatturato⁴⁰. Dall'altro, nel diritto europeo dei contratti pubblici si esprime un *favor* nei confronti delle centrali di committenza, escludendo gli appalti pubblici di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze dall'applicazione delle direttive in materia⁴¹. Il timore delle Regioni era, quindi, che, in assenza di una disciplina specifica, le stazioni appaltanti potessero ricorrere alle società pubbliche che svolgono attività di centralizzazione delle committenze solo

³⁹ Sia permesso di rinviare, in questo numero speciale, a G. ROMA, *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*.

⁴⁰ Art. 16, comma 3, d.lgs. 175/2016.

⁴¹ Art. 37, comma 4, direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

rispettando i requisiti dell'*in house*. Tale timore era, in particolare, legato all'incertezza dovuta al mancato recepimento delle direttive del 2014, poi operato dal nuovo codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50). L'articolo 37 del d.lgs. 50/2016 introduce una nuova disciplina delle centrali di committenza, demandando in particolare a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (non ancora adottato) l'individuazione dei criteri e della modalità della costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia. Il conferimento degli appalti per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze dovranno quindi inserirsi nel quadro regolatorio disegnato dal nuovo codice e dai suoi provvedimenti attuativi, che dovrebbero precisare a quali condizioni le stazioni appaltanti possono attribuirli a società a partecipazione pubblica rispetto alle quali i requisiti della relazione *in house* non sono soddisfatti⁴².

Ancor più delicata è la questione delle società finanziarie regionali (SFR)⁴³, rispetto alle quali le Regioni avevano fortemente manifestato l'esigenza di tenerle fuori dal campo d'applicazione del Testo unico. Esse sono caratterizzate, secondo quanto avanzato dalle stesse Regioni in sede di parere, da una forte specificità, poiché esse sono, allo stesso tempo, organizzate secondo lo schema dell'*in house providing* quando gestiscono fondi pubblici o concedono ed erogano finanziamenti agevolati per conto delle Regioni, mentre rientrano nel novero degli intermediari finanziari, disciplinati dal testo unico bancario, quando svolgono attività d'intermediazione finanziaria.

L'applicazione alle SFR di alcune disposizioni del Testo unico, quali quelle in materia di requisiti e compensi degli amministratori o le limitazioni alla costituzione di comitati consultivi, sarebbe stata problematica e in conflitto con altre fonti (ad esempio, la normativa emanata dalla Banca d'Italia). Erano state quindi prospettate due soluzioni: prevedere un'esclusione generale delle SFR, simile a quella relativa alle società quotate, oppure individuare singole esclusioni legislative per le stesse, attraverso il rinvio a un elenco allegato al Testo unico. È a questa seconda ipotesi che ha aderito il legislatore delegato, prevedendo però un'esclusione meno ampia di quella prospettata dalle Regioni. L'esclusione prevista dal Testo unico si limita, infatti, soltanto alle disposizioni in materia di finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, simmetricamente a quanto previsto per quelle riguardante altre singole società e decise con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

⁴² Altra richiesta delle Regioni era di menzionare, tra le attività che possono essere svolte dalle società incaricate di servizi di committenza, anche le attività di committenza ausiliarie; tale richiesta è stata recepita alla lettera e) dell'articolo 4, comma 2, d.lgs. 175/2016.

⁴³ Sulle SFR, si veda l'approfondito contributo di G. TULINO, *Le società finanziarie regionali nel contesto della riforma delle società partecipate pubbliche*, in questo numero speciale.

A essere oggetto della viva opposizione delle Regioni e degli enti locali erano anche le disposizioni che, nella versione del decreto sottoposta a parere, prevedevano un intervento della Corte dei conti nella fase di approvazione della delibera con cui un'amministrazione decide di acquisire una partecipazione o costituire una società e dell'atto di ricognizione propedeutico alla revisione straordinaria delle partecipazioni prevista dall'articolo 24⁴⁴. Riferendosi al primo di questi atti, ma con argomenti trasponibili anche al secondo, le Regioni ritenevano che fosse stata prevista “una procedura mutuata dalla disciplina del controllo di legittimità” (preventivo), nella quale però sarebbero venuti in rilievo anche i parametri di efficacia, efficienza e economicità – oggetto di valutazione da parte delle pubbliche amministrazioni per motivare adeguatamente gli atti deliberativi – che sono propri del controllo (successivo) sulla gestione. Veniva inoltre lamentata un'ingerenza della Corte dei conti nel processo decisionale dell'ente, andando fino a prospettare una vera e propria condivisione della responsabilità di amministrazione attiva. Sul primo punto, il Testo unico ha recepito, fin dalla sua versione iniziale, la richiesta delle autonomie, stante anche la sua natura condizionante rispetto al carattere favorevole del parere, prevedendo che l'atto deliberativo sia inviato alla Corte dei conti “a fini conoscitivi”⁴⁵. Per quanto riguarda la revisione straordinaria, è rimasta la previsione secondo la quale il provvedimento di ricognizione deve essere inviato alla sezione della Corte dei conti competente perché verifichi il puntuale adempimento degli obblighi di cui all'articolo 24.

Anche su altri punti le osservazioni formulate in sede di parere sono state accolte sin dalla prima approvazione del Testo unico. È questo il caso della ricomprensione delle società consortili tra i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3)⁴⁶, della mancata individuazione del presidente della Regione come soggetto deputato all'adozione dell'atto deliberativo di partecipazione alla costituzione di una società (art. 7) o alla gestione delle partecipazioni (art. 9)⁴⁷

⁴⁴ L'ANCI e l'UPI avanzavano anche la proposta di abolire l'obbligo di trasmettere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato l'atto deliberativo sull'acquisizione della partecipazione o costituzione della società.

⁴⁵ Si tratta di una soluzione ancor più favorevole all'autonomia degli enti locali rispetto a quella prospettata, ad esempio, dall'ANCI. L'Associazione dei comuni aveva richiesto l'abrogazione del comma che si riferisce alla Corte dei conti, ma, in subordine, aveva prospettato la possibilità che la Corte dei conti esprimesse dei rilievi non vincolanti in ordine all'aderenza dell'atto deliberativo rispetto all'articolo 4 del Testo unico. Sarebbe spettato all'ente territoriale accogliere gli eventuali rilievi, riapprovando l'atto, ovvero motivarne il non accoglimento. Si sarebbe, quindi, trattato di una procedimentalizzazione dell'intervento della Corte dei conti nel processo decisionale dell'ente, direzione verso la quale il legislatore delegato non è andato, prevedendo un semplice invio a fini conoscitivi.

⁴⁶ Non è stata invece accolta, ma sul punto non è intervenuto neanche il decreto correttivo, la richiesta delle Regioni di non estendere l'obbligo di dotarsi di un organo di controllo a tutte le società a responsabilità limitata di piccole dimensioni, laddove l'articolo 2477 c.c. lo esclude per quelle di piccole dimensioni (art. 3, comma 2 t.u.).

⁴⁷ Il Testo unico fa ora rispettivamente riferimento a un “provvedimento del competente organo della regione” (art. 7, comma 1, lett. b) t.u.) e all'esercizio dei diritti del socio “secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni (art. 9, comma 2 t.u.).

Non sono stati, invece, accolti i rilievi espressi in sede di parere dalle Regioni e dagli enti locali su altri punti rilevanti, che riemergeranno in sede di adozione del decreto correttivo.

In particolare, in materia di governo societario, le Regioni, l'ANCI e l'UPI sollevavano due critiche principali. La prima atteneva alla discussa imposizione dell'amministratore unico come organo amministrativo "di *default*" delle società a partecipazione pubblica. Tale scelta era contestata, in particolare, per le società partecipate da una pluralità di soggetti pubblici, rispetto alle quali la presenza degli stessi all'interno del consiglio di amministrazione costituisce un requisito essenziale del c.d. controllo congiunto in caso di relazione *in house*⁴⁸. In secondo luogo, era richiesto un maggiore coinvolgimento – nella forma dell'intesa in Conferenza unificata – al momento dell'adozione della normativa secondaria in materia di numero dei componenti dell'organo amministrativo e definizione degli indicatori per la determinazione dei loro compensi.

In materia di affidamenti *in house*, dalle Regioni e dell'ANCI veniva la richiesta di eliminare alcune restrizioni introdotte dalla riforma. In particolare, per quanto riguarda il requisito dell'attività prevalente, il Testo unico fissa all'ottanta per cento del fatturato la quota che deve essere destinata alle amministrazioni pubbliche partecipanti. La versione iniziale dell'articolo 16, comma 3 del Testo unico aggiungeva che la produzione ulteriore dovesse essere consentita "solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società". Le Regioni avevano chiesto di eliminare questo ulteriore requisito, non previsto dalla normativa dell'Unione europea, che non consideravano "funzionale al conseguimento di un livello più elevato di efficienza concorrenziale", ma non erano state accontentate dal legislatore delegato.

Punto di sicuro interesse per gli enti locali era rappresentato dalle disposizioni in materia di razionalizzazione. Dall'ANCI erano venute alcune richieste emendative tendenti a rendere meno cogenti le indicazioni contenute nel decreto. In primo luogo, era proposto di abbassare (da un milione a cinquecentomila euro) la soglia di fatturato al di sotto della quale l'amministrazione è obbligata a dismettere la partecipazione; inoltre, tale criterio sarebbe stato applicabile alle sole società strumentali e sarebbe stato escluso per le "società partecipate da comuni i cui territori risultano situati in aree territoriali interne nonché da comuni classificati montani o parzialmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT)". In secondo luogo, si proponeva una cadenza biennale, e non annuale, per l'adozione dei piani di razionalizzazione. Infine, veniva eliminata la sanzione, compresa tra cinquemila e

⁴⁸ Corte di giustizia delle Comunità europee, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07; dir. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, art. 12.

cinquecentomila euro, in caso di mancata adozione del piano di razionalizzazione e della relativa relazione di attuazione⁴⁹.

Strettamente collegate agli obblighi di razionalizzazione sono anche le disposizioni in materia di accantonamento delle perdite nel bilancio dell'ente locale socio ai fini del ripiano, che ANCI e UPI chiedevano di stralciare. In virtù dell'articolo 21 del Testo unico, infatti, nel caso in cui società partecipate presentino un risultato di esercizio negativo, le pubbliche amministrazioni devono accantonare nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Questa norma, originariamente introdotta nel nostro ordinamento dalla legge di stabilità 2014⁵⁰, costituisce un vincolo stringente per gli enti locali, che vedono così limitato il loro margine di manovra sul piano finanziario: il suo carattere incentivante, a favore di una sana gestione delle partecipazioni pubbliche, ha però condotto il legislatore delegato a mantenerla anche nel Testo unico.

Può essere considerato sufficiente il mancato accoglimento di queste richieste per far ritenere la lesione degli interessi regionali tale da richiedere la declaratoria d'incostituzionalità della legge delega? Un esame in concreto avrebbe forse potuto condurre la Corte costituzionale a una conclusione diversa da quella raggiunta nella sentenza n. 251 del 2016. Stante il contenuto di questa pronuncia, però, è spettato al legislatore delegato, sotto la guida del Consiglio di Stato, apportare le necessarie soluzioni correttive.

5. Le soluzioni prospettate dal Consiglio di Stato per uscire dall'*impasse* della sentenza 251/2016

Per guidare il legislatore delegato nell'attuazione della sentenza della Corte costituzionale, è intervenuto il Consiglio di Stato che, sollecitato dal Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione, ha reso un parere in merito⁵¹. Dopo aver escluso la necessità di intervenire sulla legge delega, il Consiglio di Stato individua nel decreto correttivo, adottato a seguito d'intesa in seno alla Conferenza (unificata, per quel che attiene alla delega in materia di società partecipate), lo strumento per conformarsi a quanto statuito dalla Corte costituzionale. Il Consiglio di Stato rileva nella sentenza della Corte una "riserva di

⁴⁹ Sulla disciplina transitoria relativa al personale, le Regioni concordavano sull'impianto generale della norma, che prevede la stesura di elenchi di personale eccedente da cui le società partecipate sono obbligate ad attingere per le nuove assunzioni, ma proponevano (così come l'UPI) la previa conclusione di accordi fra gli enti territoriali interessati per la ricollocazione in ambito regionale, dettagliandone le modalità. L'ANCI chiedeva invece un termine più lungo (dodici mesi, in luogo di sei) per la ricognizione del personale in eccesso. Il legislatore delegato non ha ritenuto di accogliere tali proposte, adottando una modalità accentrata a livello regionale per risolvere la questione degli esuberanti derivanti dalla razionalizzazione delle società partecipate.

⁵⁰ L. 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1, commi 550 ss.

⁵¹ Cons. St., comm. spec. 17 gennaio 2017, n. 83. Per un approfondito esame del parere, v. G. D'AMICO, *Il seguito della sent. n. 251/2016 della Corte costituzionale fra "suggerimenti", "correzioni" e nuove impugnative*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2017, pp. 287 ss.

giudizio” e un “invito”: “riserva di giudizio” sulla legittimità costituzionale dei decreti delegati, rispetto a un’effettiva invasione delle competenze regionali, e invito ad adottare soluzioni correttive, che il Consiglio di Stato individua nello strumento del decreto correttivo previsto dalla stessa legge delega.

L’intesa, secondo il Consiglio di Stato, doveva riguardare il decreto nel suo complesso. Tale indicazione si fonda su due ordini di motivi: da un lato, avendo la declaratoria d’incostituzionalità colpito la legge delega, non sarebbe stato possibile, secondo il Consiglio di Stato, *“identificare con certezza le disposizioni attuative suscettibili di essere coinvolte in un eventuale futuro giudizio di costituzionalità”*; dall’altro, il motivo per cui la Corte ha giudicato necessario il raggiungimento dell’intesa, ossia l’inestricabile intreccio di materie e competenze interessato, avrebbe reso impossibile isolare all’interno del decreto le disposizioni da sottoporre alla Conferenza ai fini del raggiungimento dell’intesa. Consapevole dei rischi legati a un coinvolgimento delle Regioni in un complessivo riesame del decreto originario, tuttavia, il Consiglio di Stato escludeva che l’intesa dovesse estendersi alle parti *“che disciplinano chiaramente aspetti di competenza esclusiva dello Stato”*. Il confine appare, tuttavia, labile: da un lato, tanto il giudice costituzionale che quello amministrativo insistono sul carattere *“inestricabile”* della connessione di funzioni, dall’altro il Consiglio di Stato immagina un intervento “chirurgico” dell’intesa sul decreto correttivo, che non vada a estendersi a profili di esclusiva competenza statale. Come si vedrà nel prosieguo, tale distinzione si è rivelata difficile da invertere e ha condotto a una negoziazione minimale su alcuni punti di interesse regionale.

Il raggiungimento dell’intesa, tuttavia, non è privo di ostacoli, anche se nella sentenza n. 251 la Corte costituzionale ha ammesso che fosse sufficiente addivenire a una c.d. intesa debole *ex art. 3* del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Essa si differenzia dalla c.d. intesa forte per il fatto che il suo mancato raggiungimento non impedisce l’adozione dell’atto. Tuttavia, la conclusione del procedimento non può avvenire se non a seguito della reiterazione delle trattative o dell’utilizzo di specifici strumenti di mediazione. La giurisprudenza costituzionale ha interpretato il dettato normativo dell’articolo 3 del d. lgs. 281/1997, che autorizza il Consiglio dei Ministri a provvedere con deliberazione motivata quando l’intesa non è raggiunta entro trenta giorni dalla prima seduta della Conferenza, precisando che il semplice trascorrere del tempo non consente allo Stato di procedere qualora i tentativi di raggiungimento dell’intesa non siano stati effettivi, ma al tempo stesso ricordando che *“la reiterazione delle trattative, al fine di raggiungere un esito consensuale [...], non comporta in alcun modo che lo Stato abdichi al suo ruolo di decisore, nell’ipotesi in cui le strategie concertative abbiano esito negativo e non conducano a un accordo”*.

Per quanto riguarda l’efficacia temporale dell’intesa, il Consiglio di Stato si è pronunciato per l’ammissibilità, oltre che per l’opportunità, dell’efficacia retroattiva della stessa. In particolare, la commissione speciale ha fatto riferimento a una risalente pronuncia delle Sezioni unite della Corte di

Cassazione, secondo la quale “sarebbe un non senso che la legge delegata corregga una disposizione che si palesa illegittima, lasciandola in vigore per le situazioni perfezionate anteriormente ma ancora non esaurite e consentendo per queste il ricorso alla Corte Costituzionale, che essa si propone di prevenire e di evitare nell’interesse generale alla stabilità e certezza della normativa in settori di particolare e delicata rilevanza sociale”⁵². Coerentemente con tale impostazione, ha quindi ritenuto che l’intesa potesse avere efficacia retroattiva, invitando il Governo e le autonomie a considerare, in sede di Conferenza, altresì una disciplina della fase temporale intermedia tra l’adozione dei due decreti, anche per evitare future contestazioni in nome della violazione del principio di leale collaborazione su aspetti che, in realtà, rientrano nella competenza esclusiva statale o regionale.

6. Le modifiche contenute nel decreto correttivo: tra attuazione del principio di leale collaborazione e soluzioni di compromesso

Seguendo le indicazioni del Consiglio di Stato, il Governo ha quindi intrapreso la strada dell’adozione del decreto correttivo, facendolo precedere dall’intesa in sede di Conferenza unificata. Le disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 175/2016 sono contenute nel decreto legislativo 100/2017. Tale decreto contiene alcune disposizioni che sono manifestamente la trasposizione delle richieste avanzate dalle Regioni e dagli enti locali al fine di concedere l’intesa sul provvedimento. Sono altresì presenti delle norme introdotte dal legislatore delegato per correggere alcune criticità emerse nel primo periodo di applicazione del Testo unico; inoltre, come sottolineato dal Consiglio di Stato in sede di parere sul d.lgs. 100/2017⁵³, il legislatore del decreto correttivo ha omesso di intervenire su alcuni punti che sarebbero stati meritevoli di attenzione. Nel prosieguo saranno analizzate solo le evoluzioni, attuali o potenziali, che attengono al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, rinviando agli altri contributi del numero speciale eventuali precisazioni sulle modifiche apportate (o non apportate) dal d.lgs. 100/2017.

Da un punto di vista formale, il d.lgs. 100/2017, recependo in tal senso esplicite indicazioni del citato parere della commissione speciale del Consiglio di Stato, dà atto espressamente, nelle “premesse”, della sentenza della Corte e dello svolgimento del procedimento di leale collaborazione⁵⁴ e emenda le “premesse” del decreto originario con un nuovo “visto” che menziona l’intesa raggiunta⁵⁵.

⁵² Cass., sez. un., 7 febbraio 1989, n. 733.

⁵³ Cons. st., comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638.

⁵⁴ Per il Consiglio di Stato, “la necessità dell’indicazione nel preambolo è conseguenza del fatto che il vizio ha natura procedimentale e pertanto attiene a un elemento “esterno” all’atto, che si realizza dinamicamente prima che l’atto stesso venga posto in essere”.

⁵⁵ Art. 2 del d.lgs. 100/2017. Per il Consiglio di Stato, “la modifica espressa delle ‘premesse’ consentirebbe [...] di definire quell’intesa sul ‘decreto nel suo complesso’ di cui si è detto”.

Sempre seguendo le indicazioni del Consiglio di Stato, il decreto correttivo contiene due norme di chiusura: la prima, in realtà contenuta nel primo articolo del d.lgs. 100/2017, che lascia inalterate le disposizioni del d.lgs. 175/2016 non modificate dal decreto correttivo; la seconda, che fa salvi gli effetti intercorsi tra l'entrata in vigore del decreto originario e quella del suo correttivo⁵⁶.

Per quanto riguarda il contenuto del decreto correttivo, il legislatore delegato è intervenuto su alcuni specifici punti in maniera significativa, ma la portata dell'intervento sembra complessivamente molto limitata se confrontata con l'ampiezza delle innovazioni contenute nella sentenza 251/2016 rispetto alla giurisprudenza costituzionale anteriore.

Certamente nel senso di un maggior coinvolgimento delle Regioni e degli enti locali vanno quelle modifiche al Testo unico che prevedono forme di concertazione nell'adozione di alcuni atti di normativa secondaria. È pertanto stata prevista l'intesa in Conferenza unificata sul decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che dovrà stabilire i requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia degli amministratori delle società pubbliche e sul decreto del Ministro dell'economia e delle finanze con il quale saranno individuate le fasce per la determinazione dei loro compensi⁵⁷.

Uno dei nodi affrontati dal decreto correttivo riguarda poi le esclusioni dall'applicazione del Testo unico riguardanti società partecipate specificamente individuate.

In particolare, la possibilità di esclusione riguarda la delimitazione delle attività svolte dalle società a partecipazione pubblica, nell'ambito di quelle ammesse dall'articolo 4 del Testo unico. Il primo periodo dell'articolo 4, comma 8, rimasto invariato rispetto alla versione originaria del d.lgs. 175/2016, attribuiva tale potere in capo al Presidente del Consiglio dei ministri. Esso prevede che *“con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolare la quotazione ai sensi dell'articolo 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente*

⁵⁶ In particolare, il decreto correttivo postpone al 1° ottobre 2017 l'obbligo di inviare alle sezioni della Corte dei conti competenti e alla struttura di monitoraggio del Ministero dell'economia e delle finanze il provvedimento di ricognizione delle partecipazioni detenute dalle singole amministrazioni e la relativa sanzione prevista in caso di mancata adozione dello stesso, ossia il divieto di esercizio dei diritti sociali e la liquidazione della stessa.

⁵⁷ Sempre in materia di *governance*, è stato eliminato il rinvio a un d.p.c.m. per la definizione dei criteri in base ai quali l'assemblea della società può adottare un modello di amministrazione collegiale in luogo dell'amministratore unico. Anche l'adozione di questo d.p.c.m., se mantenuta, avrebbe probabilmente dovuto dar luogo a forme di intesa in sede di Conferenza. Il legislatore del decreto correttivo ha, invece, inserito direttamente nel Testo unico un riferimento alle *“specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa”* e alle *“esigenze di contenimento dei costi”* che possono motivare la delibera dell'assemblea in tal senso, eliminando così ogni rinvio alla normativa secondaria e al conseguente bisogno di garantire il rispetto del principio di leale collaborazione nell'adozione della stessa. Su questi aspetti, v. il contributo di C. INGENITO, *La corporate governance delle società pubbliche*, in questo numero speciale.

articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti”.

Nello schema di decreto sottoposto al parere della Conferenza unificata prima dell'adozione del d.lgs. 175/2016, l'esclusione non si riferiva solo ai settori di attività, ma alla disciplina speciale nel suo complesso. Già in sede di parere, le Regioni e gli enti locali avevano chiesto che fosse prevista l'intesa nella stessa Conferenza unificata, quando fossero state interessate società partecipate da enti territoriali. Nel restringere la possibilità di esclusione alle sole disposizioni sull'attività svolta, il legislatore delegato non ha però ritenuto di accogliere questa richiesta al momento di adottare il d.lgs. 175/2016. La norma aveva suscitato forti perplessità da parte del Consiglio di Stato che, in sede di parere⁵⁸, aveva espresso riserve in ordine alla compatibilità del potere amministrativo generale di esclusione attribuito al Presidente del Consiglio con il principio di legalità, rappresentando la necessità di inserire criteri normativi tali da fungere da idoneo parametro di riferimento nell'esercizio del predetto potere⁵⁹.

Una previsione simile a quella inizialmente suggerita da Regioni ed enti locali, ma di portata ancor più ampia, ha fatto ingresso nel Testo unico con il decreto correttivo: sulle partecipazioni regionali, ai presidenti delle Regioni e Province autonome sono, infatti, riconosciuti poteri analoghi a quelli che può esercitare il Presidente del Consiglio. Rispetto a questi ultimi, più ampio è il novero dei controlli: oltre che alle Camere, il provvedimento deve essere trasmesso alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti e alla struttura di monitoraggio del Ministero dell'economia e delle finanze.

La commissione speciale del Consiglio di Stato ha espresso il suo parere negativo su questa disposizione, evidenziando il carattere anomalo della possibilità riconosciuta in capo a un'autorità regionale di derogare, con proprio provvedimento, a una disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile. Per il Consiglio di Stato, *“tale possibilità provoca un vulnus nell'omogeneità e nell'uniformità dell'applicazione del diritto privato che non trova alcun fondamento, non soltanto nella legge delega, ma neppure nei principi generali dell'ordinamento”*. Quanto alla *ratio* della disposizione, il Consiglio di Stato si è ricollegato alla citata giurisprudenza costituzionale – e, in particolare, alla sentenza n. 229 del 2013 – per ricordare che non è sufficiente la presenza di partecipazioni regionali per riconoscere competenze alle Regioni in materia di società pubbliche, ma tali competenze vanno limitate al caso delle società strumentali, per le quali viene in rilievo l'autonomia regionale in materia di organizzazione. Peraltro, neanche per queste ultime il Consiglio di Stato ammette una disciplina derogatoria come quella oggi contenuta nel Testo unico, ma prospetta

⁵⁸ Cons. St., comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968.

⁵⁹ Cons. st., comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638.

comunque la ricerca di un'intesa con l'autorità statale⁶⁰. I rilievi del Supremo Collegio appaiono del tutto fondati, e fortemente anomalo sembra il meccanismo previsto dal Testo unico a seguito del correttivo. Per quanto riguarda gli oneri di motivazione analitica della costituzione di una società o dell'acquisto di una partecipazione da parte di una pubblica amministrazione pubblica, il decreto correttivo ha ridotto i parametri rispetto ai quali va valutata la legittimità dell'intervento. Nell'iniziale versione del Testo unico, si faceva riferimento all'obbligo di motivare l'atto deliberativo, oltre che rispetto alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali, alla convenienza economica e alla sostenibilità finanziaria, ai principi di efficienza, efficacia ed economicità, anche con riferimento alla "possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato". Tale formulazione aveva suscitato l'unanime opposizione delle Regioni, dell'ANCI e dell'UPI. Già in sede di parere, infatti, le Regioni avevano sottolineato il difficile coordinamento con la disciplina contabile-finanziaria, stante l'obbligo di evidenziare nella medesima motivazione le ragioni e le finalità della scelta dello strumento finanziario anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria. Tali richieste, non accolte nel Testo unico originario, sono state recepite con il decreto correttivo: infatti, non è ora più menzionata la "possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate", mentre è rimasto il riferimento – a dire il vero un po' tronco e di difficile comprensione letterale – alla gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato⁶¹. Il criterio della possibile destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate era dettato dalla condivisibile esigenza di evidenziare come le società partecipate siano talvolta fonte di sprechi e inefficienze, a scapito di altre funzioni essenziali delle amministrazioni partecipanti. In tal senso si è espresso in sede di parere il Consiglio di Stato, che nella sua giurisprudenza ha più volte sottolineato l'esigenza di un'analisi comparativa tra i costi sostenuti per l'acquisizione di partecipazioni o la creazione di società – in particolare quando esse costituiscono un'emanazione dell'amministrazione stessa, come nel modello *in house*⁶². A favore della soppressione di quest'inciso, tuttavia, sembrano essere andati, oltre alla necessità di soddisfare talune richieste del sistema delle autonomie al fine del raggiungimento dell'intesa, anche la non facile definizione di questo criterio e il rischio di sovrapposizione con altri principi più tradizionali del

⁶⁰ Cons. st., comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638.

⁶¹ Il primo periodo del comma 1 dell'articolo 5 del Testo unico è ora così formulato: "A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato".

⁶² Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

diritto amministrativo, quali quello dell'efficacia e dell'economicità, che si concretizzano anche nel miglior uso possibile delle risorse a disposizione.

In materia di *in house providing*, il decreto correttivo recepisce le osservazioni delle Regioni e degli enti locali tendenti ad allentare i vincoli relativi al criterio dell'attività prevalente. L'attenzione si è concentrata, in particolare, sulla produzione ulteriore rispetto all'ottanta per cento del fatturato, soglia minima per il rispetto di tale criterio posto dalla giurisprudenza e dalle direttive europee in materia di appalti pubblici. Recependo in parte anche un'indicazione fornita dal Consiglio di Stato in sede di parere, il legislatore del decreto correttivo ha espunto l'obbligo per gli statuti di precisare che la produzione ulteriore sia consentita solo a condizione che essa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. È stato inserito un nuovo comma (il 3-bis dell'articolo 16), che riprende in sostanza il contenuto del periodo soppresso, ma con un'importante precisazione: tale produzione ulteriore, infatti, può essere rivolta “*anche a finalità diverse*”. Quest'innovazione consente l'allineamento, auspicato anche dal Consiglio di Stato in sede di parere, della definizione di *in house* contenuta nel Testo unico con quella del codice dei contratti pubblici e, in maniera più generale, con il diritto di derivazione europea. Il mantenuto riferimento alle economie di scala e ai recuperi di efficienza consente di conservare l'utile finalità originaria della norma che, pur lasciando alle società *in house* e alle amministrazioni controllanti un margine di manovra per lo svolgimento di attività sul mercato, l'inserisce nel quadro di una gestione efficiente della società stessa.

Punto nodale della concertazione tra Stato, Regioni ed enti locali è rappresentato dai piani di razionalizzazione periodica e dalla revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche. Già al momento dell'adozione del d.lgs. 175/2016, come visto, molte delle osservazioni provenienti dal sistema delle autonomie tendevano ad allentare i vincoli posti dal legislatore statale. Il decreto correttivo, intervenendo sul criterio del fatturato, sembra aver adottato una soluzione di compromesso tra lo spirito della riforma, tendente alla razionalizzazione del numero di società pubbliche, e le pressioni locali, inclini a un approccio più graduale.

Nel testo originario, il d.lgs. cit. prevedeva l'obbligo di inserire nel piano di razionalizzazione le partecipazioni in società che, nel triennio precedente, hanno conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro. Già in sede di parere su questa prima versione, l'ANCI, ad esempio, aveva richiesto di inserire una deroga per le società con bilanci in attivo che operano in territori svantaggiati (piccoli comuni, fallimenti di mercato). Il decreto correttivo non si è spinto fino a una soluzione così radicale, ma è intervenuto in due direzioni: da un lato, ha posticipato al 2020 la piena applicazione della riforma, stabilendo che il primo triennio rilevante è quello 2017-2019; dall'altro, ha dimezzato questa soglia per il

primo periodo di applicazione della riforma, prevedendo che nelle more si applica la soglia di fatturato medio non superiore a cinquecentomila euro per il triennio precedente l'entrata in vigore del decreto correttivo.

L'intervento del decreto correttivo sui criteri della razionalizzazione va letto alla luce della giurisprudenza costituzionale relativa a analoghi provvedimenti adottati in passato. In particolare, con la citata sentenza n. 144 del 16 giugno 2016, la Corte aveva ormai ammesso che il legislatore potesse porre dei criteri ad alto contenuto prescrittivo per la razionalizzazione delle partecipazioni detenute anche dalle Regioni e dagli enti locali. È vero che la norma scrutinata in questa sentenza non fissava soglie quantitative come invece avviene nel Testo unico, ma appare plausibile che esse possano costituire un'ulteriore declinazione della possibilità per il legislatore statale di intervenire in favore del contenimento della spesa pubblica e superare un eventuale scrutinio di costituzionalità. In tal senso va anche letta la scelta operata dal legislatore del decreto correttivo, e avallata dalle Regioni e dagli enti locali in sede di intesa, di mantenere tali criteri quantitativi, non configurabili come una violazione del principio di leale collaborazione. L'accordo tra Stato e autonomie sembra essersi piuttosto attestato su un compromesso che consentisse di rinviare la razionalizzazione delle società di minori dimensioni: al fine di favorire le aggregazioni – diranno gli uni – o di promuovere una proroga del termine ora fissato dal Testo unico – ribatteranno gli altri.

Altro aspetto critico, anche da un punto di vista sistematico, riguarda il regime sanzionatorio, di cui il decreto correttivo ha limitato l'applicabilità ai soli enti locali: questa scelta, oltre che in contrasto con quanto richiesto proprio da ANCI e UPI nel parere sulla versione iniziale del Testo unico, appare altamente distorsiva, poiché a un obbligo che grava in egual modo su tutte le pubbliche amministrazioni, dovrebbe corrispondere uno schema di incentivi al suo rispetto, di cui la sanzione prevista dal Testo unico è parte essenziale, ugualmente applicabile a tutte le amministrazioni.

7. Conclusioni

La questione del riparto di competenze tra Stato e Regioni ha costituito un elemento cruciale nella riforma delle società partecipate avviata con la legge 124/2015 e ha rischiato di comprometterne l'effettiva operatività.

Lo Stato, le Regioni e gli Enti locali hanno avuto due fasi di confronto, che si è svolto nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e ha beneficiato delle indicazioni del Consiglio di Stato. Il risultato di

questo processo non ha reso l'impianto normativo del Testo unico migliore né più rispettoso delle prerogative costituzionali del sistema delle autonomie. Ciò è reso evidente dall'analisi dei punti sui quali il decreto correttivo è intervenuto, sulla spinta delle istanze di queste ultime. Dal confronto dei termini dell'intesa sul correttivo con le posizioni espresse inizialmente da Regioni ed Enti locali in sede di parere, non accolte al momento dell'adozione della versione iniziale del Testo unico, emerge che il decreto correttivo è stato l'occasione per cedere ad alcune delle loro richieste, senza che in esse si sostanzialmente il perseguimento di una leale collaborazione tra i vari livelli di governo.

Appare condivisibile l'opinione della dottrina che ha sostenuto che, in materia di società a partecipazione pubblica, fosse *“evidentissima”* la prevalenza delle materie di potestà legislativa statale⁶³ e ha ricordato che la potestà legislativa residuale è radicata solo per le società strumentali, espressione dell'autonomia organizzativa delle Regioni. Sarebbe, quindi, stato corretto *“interpretare le previsioni della legge delega in senso conforme alla Costituzione”*, ossia *“nel senso di non consentire l'esclusione della scelta degli enti territoriali di ricorrere a società strumentali”*. Questa era, peraltro, la scelta già adottata dal legislatore delegato, che, tra le attività consentite alle società a partecipazione pubblica, annovera proprio la *“autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti”*. Da qui, la mancata lesione effettiva delle competenze regionali, che non avrebbe dovuto portare alla censura delle disposizioni della legge delega relative alle società pubbliche.

Se si guarda alla parte della c.d. riforma Madia che riguarda le società partecipate, la portata dirompente della sentenza 251/2016 appare, quindi, sproporzionata rispetto all'esigenza di assicurare il rispetto delle prerogative regionali, e persino rispetto alle istanze delle autonomie locali stesse. Sembra prudente, in quest'ambito, iscriversi nel solco della precedente giurisprudenza costituzionale, che aveva riconosciuto ampi margini d'intervento al legislatore statale: stante la realtà del complesso universo delle società pubbliche a livello locale, un intervento unitario risulta preferibile, per assicurare il rispetto dei principi di efficienza e buon andamento che presidono all'insieme dell'azione amministrativa e che il ricorso ad alcune gestioni in forma societaria ha talvolta ignorato.

⁶³ J. MARSHALL, *op. cit.*