

Il Consiglio di Stato prosegue l'esame dei decreti attuativi della c.d. Legge Madia: è l'ora del parere sul decreto di riordino delle società a partecipazione pubblica

[Cons. St., comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968](#)

1. La competente sezione consultiva di Palazzo Spada ha proseguito l'esame degli schemi di decreti legislativi attuativi della c.d. riforma Madia, l. n.124/2015, pubblicando il parere di cui in epigrafe, sul fondamentale tema della riforma delle società a partecipazione pubblica. Il parere dichiara di avere effetto condizionante in ordine a due segnalati rischi di eccesso di delega (in tema di estensione di un sistema sanzionatorio per le sole società partecipate dagli enti locali), nonché in tema di estensione ai «servizi di interesse economico generale» ed ai «servizi di interesse generale».

2. Preliminarmente, viene svolto un inquadramento della disciplina sottoposta ad esame, partendo dall'indicazione delle finalità perseguite e del contesto di riferimento.

Sotto il primo profilo, il parere evidenzia l'obiettivo di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica.

Sotto il secondo, il parere ricostruisce il complesso contesto europeo e costituzionale in cui si colloca l'intervento di riforma, al fine di proporre modifiche al testo conformi ai principi di concorrenza e alle regole che presiedono al riparto delle funzioni legislative tra Stato e Regioni.

Nella medesima ottica di inquadramento dell'intervento, vengono riassunti i modelli di società esistenti prima della riforma, distinguendosi società che si collocano in una prospettiva di regolazione prevalentemente privatistica e società che si collocano in una prospettiva di regolazione prevalentemente pubblicistica. Il primo modello generale ricomprende le società a partecipazione pubblica. Il secondo modello ricompre le società in house, le società strumentali e l'organismo di diritto pubblico in forma societaria

3. Il parere prosegue poi con l'esame della disciplina proposta.

3.1. Il parere evidenzia, in primo luogo, come lo schema di decreto abbia previsto, quale regola generale, l'applicazione delle norme del codice civile e delle "leggi speciali" ove non derogate dal decreto stesso. In proposito, viene suggerito sostituire l'espressione "leggi speciali", che potrebbe comportare dubbi in fase applicativa, con "norme generali di diritto privato" e "norme generali di diritto amministrativo", quale la legge n. 241 del 1990 e il Codice dei contratti pubblici.

3.2. Viene poi affrontato il tema delle esclusioni, proposte dallo schema in tre diverse forme: la prima, attuata mediante rinvio a disposizioni di legge o regolamento (comma 4, lettera a); la seconda, attuata mediante l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei

ministri (comma 6); la terza, attuata mediante l'elencazione delle singole società pubbliche sottratte al rispetto dell'art. 4 del testo unico.

Il parere ha proposto una serie di rilievi su ciascuna tipologia, in specie in ordine alla necessità di specificare la disciplina applicabile nonché di precisare i criteri, da inserire nel decreto, che devono guidare l'esercizio del potere del Presidente del Consiglio dei ministri, ritenendo, comunque, non possibile l'esclusione totale dall'applicazione dello schema di decreto. In proposito, come possibili criteri vengono proposti i seguenti: la virtuosità finanziaria, lo svolgimento di attività d'impresa per il perseguimento di rilevanti interessi pubblici, l'aver conseguito affidamenti in base a procedure competitive.

3.3. Viene quindi evidenziata la necessità di procedere ad una più precisa indicazione dei modelli societari.

In proposito, si propone la definizione, nell'ambito di un primo modello generale, di una distinzione più netta tra "società a controllo pubblico", "società a partecipazione pubblica", "società quotate", con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta.

Nell'ambito di un secondo modello generale dovrebbero confluire le "società strumentali" e le "società in house", con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità maggiore; con particolare riferimento al tema dell'in house per la previsione, imposta dal diritto europeo, di un assetto organizzativo che non risulta compatibile con quello predefinito dal codice civile.

3.4. In tema di finalità perseguite da tali soggetti, lo schema di decreto definisce il nuovo perimetro entro cui le società pubbliche possono operare, prevedendo un "vincolo di scopo", costituito dal perseguimento delle finalità istituzionali della pubblica amministrazione, ed un "vincolo di attività".

A tal fine il parere indica alcune fondamentali precisazioni da introdurre: indicare che le società a partecipazione pubblica possono svolgere, accanto alle attività di "servizio di interesse generale", anche attività di "servizio di interesse economico generale"; chiarire che continuano ad essere ammesse le società strumentali, al fine di evitare un possibile dubbio di costituzionalità in relazione alle "società strumentali regionali", la cui disciplina rientra nella competenza legislativa regionale in materia di organizzazione amministrativa; indicare se il "vincolo di attività" operi anche per l'attività che la società in house svolge non a favore delle amministrazioni; eliminare dal testo la possibilità per le amministrazioni di acquisire, per fini di investimento, partecipazioni in società tramite il conferimento di beni immobili, allo scopo di evitare l'elusione della nuova disciplina che vieta alle società a partecipazione pubblica, lo svolgimento di attività di impresa.

Le limitazioni introdotte rendono evidente, secondo il parere, che il complessivo disegno riformatore si prefigge lo scopo assicurare nuove forme di privatizzazione sostanziale con impulso positivo ai processi di liberalizzazione delle attività economiche.

3.5 Relativamente alla fase di costituzione delle società a partecipazione pubblica, la decisione della p.a. e l'esternazione delle relative ragioni devono essere contenuti in atti separati, essendone differente la natura e il conseguente regime

3.6 Il parere sottolinea la necessità di chiarire il principio di separazione tra attività protette da diritti speciali o esclusivi e altre attività; ciò al fine di limitare tale ambito soltanto alle fattispecie in cui il riconoscimento di tali diritti si risolva in un effettivo possibile vantaggio competitivo.

3.7. Il parere prosegue evidenziando alcuni profili di perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale di alcune previsioni: in tema di gestione delle partecipazioni pubbliche e di organizzazione interne, rispetto alle regole di riparto delle competenze che assegnano alla funzione legislativa delle Regioni la competenza in materia di organizzazione amministrativa riferita agli apparati delle Regioni; in tema di organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico, rispetto al principio di ragionevolezza della norma proposta che vieta a tutti i dipendenti pubblici di essere amministratori delle società in controllo pubblico, suggerendo di limitare il divieto soltanto ai "dipendenti delle amministrazioni titolari delle partecipazioni pubbliche".

3.8. In tema di responsabilità, il indica la necessità di definire con maggiore precisione il sistema di riparto di giurisdizione tra Corte dei Cassazione e Corte dei conti in materia di responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate.

In particolare, dovrebbe essere chiarito che, in relazione alle società a partecipazione pubblica, soltanto il danno "diretto" e non anche quello "indiretto" al patrimonio della amministrazione pubblica può giustificare l'attribuzione della giurisdizione della Corte dei conti. In relazione alle società in house il Consiglio di Stato ha rimesso al Governo la decisione in ordine all'opportunità di chiarire se per tale tipologia di società si giustifichi sempre la giurisdizione della Corte dei conti. Sempre in tema di in house, il parere rinvia all'esecutivo la decisione in ordine alla possibilità di introdurre per le società in house o strumentali, in ragione delle loro peculiarità relative all'assetto organizzativo, un sistema di gestione della crisi di impresa diverso dall'applicazione integrale delle disciplina del fallimento prevista per le altre società a partecipazione pubblica.

3.9. Di rilievo critico è il passaggio del parere in ordine alla mancanza di un sistema di controllo e monitoraggio in grado di assicurare una fase efficace di attuazione delle norme contenute nello schema di decreto. In particolare, occorre precisare ed individuare una struttura competente preposta specificamente allo svolgimento di questa importante attività, indicando altresì i poteri vincolanti che si dimostrino appropriati e forti rispetto alle finalità perseguite dalla riforma. L'esigenza di contemplare un modello di attuazione rispondente ai criteri che il Consiglio di Stato ha indicato è stata ritenuta meritevole di particolare attenzione anche dal Country report 26 febbraio 2016. SWD, 81, final.

3.10. Una serie di peculiari rilievi riguardano poi il sempre più delicato tema delle società in house.

In proposito, il parere elenca una serie di necessarie precisazione:

- la partecipazione dei privati deve essere “prescritta” da specifiche disposizioni di legge, che indichino le ragioni che giustificano la partecipazione di privati stessi nella compagine societaria:

- le modalità predeterminate attraverso le quali si svolge il controllo analogo potrebbero, per la mancanza di prescrizioni effettivamente cogenti, non assicurare una gestione da parte delle amministrazioni pubbliche rispondente al modello prefigurato dal legislatore europeo;

- l’attività dedicata a favore delle amministrazioni deve essere “oltre l’ottanta per cento” e non, come previsto dallo schema del decreto, di “almeno l’ottanta per cento”;

- l’attività extra moenia dovrebbe, da un lato, potersi svolgere senza necessità di dovere conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza, dall’altro, senza possibilità, ammessa dallo schema di decreto, di “sanatoria” qualora la stessa superi la soglia consentita.

3.11. Un rilievo a parte coinvolge la funzione di vigilanza. Al fine di potenziarne l’efficacia si propone di coinvolgere oltre la Corte dei Conti anche l’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Si propone altresì di limitare l’apparato sanzionatorio previsto per la mancata attuazione dei principi che sovrintendono a queste fasi alle società a partecipazione pubblica locale, in quanto la proposta generalizzazione delle sanzioni non ha copertura nella legge di delega.

3.12. Da ultimo, altri passaggi di rilievo critico coinvolgono la disciplina in tema di gestione del personale.

In primo luogo, secondo il parere occorre chiarire quale sia l’ambito applicativo delle regole pubbliche che devono essere rispettate nella selezione del personale, con particolare riferimento alla posizione delle società in house e delle società strumentali.

In secondo luogo, una serie di rilievi attengono alla fase transitoria del “personale eccedente” all’esito delle procedure di revisione delle società a partecipazione pubbliche esistenti, in specie a tutela del principio del concorso pubblico: da un lato, dovrebbe essere ridotto, il periodo temporale fissato dal decreto che obbliga le società a controllo pubblico ad attingere, per le nuove assunzioni, dal suddetto elenco; dall’altro lato sarebbe necessario ammettere l’avvio delle procedure concorsuali nei casi in cui sia indispensabile personale che abbia competenze specifiche senza necessità che esso abbia un profilo «infungibile».

Infine, il parere sottolinea come l’avvio delle procedure non dovrebbe essere sottoposto ad un vero e proprio atto di autorizzazione da parte della Presidenza del Consiglio o del Ministero dell’economia e delle finanze, dovendo essere demandato alle singole società con imposizione di un dovere di interloquire con le amministrazioni sopra indicate.