



LA DISCIPLINA DELLE PARTECIPAZIONI PUBBLICHE DI CUI AL T.U. N. 175 DEL 2016: ASPETTI DI NOVITÀ, DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ E PROBLEMI INTERPRETATIVI SUL CONCETTO DI “STRETTA NECESSITÀ” E SULLE IPOTESI DI DEROGA AL DIRITTO COMUNE*

di Sergio Pignataro **

Sommario: 1. Premessa. - 2.1. I servizi di interesse generale (SIG) e i servizi di interesse economico generale (SIEG) nel diritto europeo. - 2.2. Il parallelismo sul fronte interno, alla luce del t.u. n. 175 del 2016, tra SIEG e SIG e servizi pubblici locali a rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di rilevanza economica. - 2.3 Le forme gestionali previste per l'espletamento dei SIG e dei SIEG e il problema del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. - 3. Il fenomeno dell'espansione delle partecipazioni pubbliche in organismi societari e le misure legislative volte al loro drastico ridimensionamento. - 4.1. I capisaldi della riforma attuata con il t.u. n. 175 del 2016: in particolare il requisito della stretta necessità per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. - 4.2. Le ipotesi derogatorie previste dai commi 9 e 9-bis dell'art. 4. - 5. Conclusioni

1. Premessa

Il presente saggio si prefigge l'approfondimento di alcuni aspetti del decreto legislativo n. 175 del 19 agosto 2016 (testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), modificato ed integrato dal decreto legislativo n. 100 del 16 giugno 2017 (decreto correttivo), il cui campo di applicazione investe

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico e cultura dell'economia presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

tutte le pubbliche amministrazioni. Ed invero, già tale circostanza pone, *ex se*, interrogativi di compatibilità con la Carta fondamentale, alla luce del Titolo V, Parte II, Cost., novellato nel 2001, che ha incrementato considerevolmente l'autonomia normativa e amministrativa delle Regioni e degli enti locali.

La riforma legislativa in parola, varata in attuazione dell'art. 18 della legge delega n. 124 del 7 agosto 2015 per semplificare, razionalizzare e rendere la disciplina applicabile più chiara e coerente, nonché sollecitata dagli organi europei al fine di riordinare il settore dei servizi pubblici, regola in maniera unitaria e organica un complesso di aspetti attinenti alle partecipazioni pubbliche.

L'articolato legislativo, nella sua interezza, investe plurimi aspetti problematici che non potranno essere analizzati a tutto campo in questo contributo. Al suo interno saranno privilegiati alcuni dei profili sottesi alle disposizioni che aprono il testo normativo, segnatamente gli artt. 2-5, che verranno approfonditi alla luce dell'impianto costituzionale e dei criteri che ispirano le scelte legislative.

Il contributo parte dalla disamina delle nozioni di "servizi di interesse generale" (SIG) e di "servizi di interesse economico generale" (SIEG) generate dall'ordinamento europeo. Tali concetti appaiono essere trasposti, quasi simmetricamente, nell'ordinamento interno, dal t.u. n. 175.

Una particolare attenzione viene riservata ai servizi pubblici svolti dagli enti locali; che costituiscono la porzione più significativa e consistente delle partecipazioni pubbliche. A riguardo continua ad essere importante individuare il *discrimen* tra servizi "a rilevanza economica" e servizi "privi di rilevanza economica"; concetti che non vengono soppressi, ma si aggiungono e convivono con quelli di SIEG e di SIG.

Sui servizi pubblici locali si è succeduta un'infinità di interventi legislativi stratificati e disorganici o non ben ponderati. Alcune disposizioni sono contenute nel decreto legislativo n. 267 del 18 agosto 2000 (testo unico sull'ordinamento degli enti locali, più volte modificato ed integrato), agli artt. 112 e seguenti; altre sono sparse in varie fonti statali, oltre che regionali.

In ogni caso, l'espansione delle partecipazioni societarie a tutti i livelli istituzionali ha determinato l'impiego di ingenti capitali pubblici non sempre riscontrati dalla utilità delle prestazioni fornite e dalla maggior efficienza, efficacia ed economicità delle gestioni.

Di qui una radicale inversione legislativa nell'ultimo decennio, volta a rendere minimale ed eccezionale la possibilità di investimenti pubblici nell'ambito in questione, limitandoli laddove la partecipazione sia strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali degli enti che la deliberano. E sul concetto

di stretta necessità si addensano questioni interpretative e applicative di una certa complessità che meritano la massima attenzione.

Alle disposizioni che muovono nella direzione indicata (fondamentalmente l'art. 4, commi 1 e 2, t.u. n. 175) sono, poi, previste delle deroghe (rispettivamente) dall'art. 4 commi 9 e 9-*bis*, che presentano più di un profilo di dubbia compatibilità con la Carta costituzionale.

Altre incongruenze del d. lgs. n. 175 appaiono connesse alle forme gestionali (società di capitali), prescritte contestualmente per l'esplicazione sia dei SIEG che dei SIG e alla previsione di una disciplina statale univoca in cui ricadrebbero anche i SIG (diversi da SIEG) svolti a livello regionale e locale.

Certo, il t.u. n. 175, a seguito delle censure sollevate in ordine al suo *iter* formativo (come previsto originariamente dalla l. del. n. 124), accolte dalla Consulta, poi, superate a mezzo del d. lgs. n. 100 (che ha regolarizzato *a posteriori* il procedimento preordinato all'approvazione del medesimo testo unico), pare informato al principio di leale collaborazione tra Stato, Regioni e autonomie locali, oltre che al principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale e verticale; e ciò dovrebbe consentire di superare le eventuali obiezioni sul rispetto delle autonomie da parte di tale testo normativo.

Nella fase finale del presente lavoro si perviene a trarre le dovute conclusioni, a coronamento dell'*excursus* pregresso, e, quindi, ad esprimere un breve giudizio di valore relativamente alle singole fattispecie normative problematiche esaminate, oltre che all'impianto complessivo del t.u. n. 175, suggerendo l'eliminazione *in nuce* dei plurimi elementi distorsivi presenti.

2.1. I servizi di interesse generale (SIG) e i servizi di interesse economico generale (SIEG) nel diritto europeo.

I servizi pubblici, per come classificati nel diritto dell'Unione europea, si distinguono in due categorie di base, più alcune sotto-articolazioni.

L'ordinamento europeo riconosce, da tempo, i servizi di interesse generale (SIG)¹, i quali si sostanziano in prestazioni che le autorità pubbliche degli Stati membri

¹ Sul tema v., tra i tanti, N. RANGONE, *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, 386 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, 747 ss.; E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, Giappichelli, 2007; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008; G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010.

dell'UE qualificano come tali e che, pertanto, sono soggette a obblighi specifici di pubblico servizio. Gli stessi servizi possono essere forniti dallo Stato o dal settore privato. Ne sono esempi i servizi postali, l'assistenza sanitaria e l'istruzione.

I servizi di interesse generale, a loro volta, vengono articolati in tre categorie: economici, non economici e sociali. Quelli di interesse economico generale (SIEG)² sono prestazioni di base, fornite dietro pagamento, come la somministrazione dell'energia elettrica e del gas naturale. Essi sono soggetti alle norme in materia di concorrenza e mercato interno europeo, ma sono suscettibili di deroghe qualora sia necessario garantire l'assolvimento delle missioni d'interesse generale affidate alle imprese che tali servizi gestiscono.

I servizi “non economici”, quali la polizia, la giustizia e la previdenza, previsti dalla legge, non sono soggetti a una normativa europea specifica, né alle norme sul mercato interno e sulla concorrenza.

Vi sono poi, i “servizi sociali di interesse generale” (SSIG) che rispondono alle esigenze segnatamente dei cittadini più vulnerabili e si basano sui principi di solidarietà e accesso paritario. Essi possono essere sia di natura economica che non economica. Ne sono esempi i sistemi previdenziali, i servizi per l'occupazione e l'edilizia popolare.

L'art. 1 della direttiva 2006/123/CE e l'art. 14 TFUE rimettono agli Stati membri il compito di definire, in conformità al diritto europeo, quali servizi, svolti dagli enti locali, rientrino nei servizi di interesse economico generale, in che modo essi debbano essere organizzati e finanziati in coerenza alle regole sugli aiuti concessi dagli Stati ed a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti.

L'ordinamento europeo riconosce che i SIG costituiscono elementi “essenziali per garantire la coesione sociale e territoriale e salvaguardare la competitività dell'economia europea” [Libro bianco sui servizi di interesse generale (COM-2004-374) del 12 maggio 2004]. I cittadini, infatti, fruiscono di tali servizi che rappresentano una componente essenziale e funzionale al perseguimento dei benefici

² In argomento v., tra gli altri, G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale: contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2008; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale: Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010; F. DONATI – E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010; L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la “concorrenza limitata”. Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, Jovene, 2010. V., pure, i contributi di L.R. PERFETTI, *I servizi di interesse economico generale e i servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, 479 ss.; G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflesso dogmatico e regole del mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 1219 ss.; M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, *ivi*, 1351 ss.; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 313 ss.

e dei diritti fondamentali; essi sono specificamente consacrati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 36).

L'importanza dei SIG si desume anche dal citato art. 14 TFUE, ove è espressamente sancito che “gli Stati membri provvedono affinché tali servizi funzionino in base ai principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti”.

Dalla lettura dell'art. 106 TFUE si deduce, poi, che la regola generale è quella dello svolgimento dei servizi in via concorrenziale. È ammessa una deroga al regime di mercato solo quando lo Stato membro valuti che devolvere l'attività economica al mercato non garantirebbe un equo svolgimento del servizio in quanto il gioco della concorrenza osterebbe al raggiungimento dei fini prefissati. Il servizio, in tale precipua circostanza, verrebbe assicurato dai pubblici poteri, ovvero da enti da essi partecipati, purché ciò sia necessario al perseguimento dello scopo pubblico e sia rispettato un criterio di stretta proporzionalità.

Per il diritto dell'Unione europea è, comunque, tendenzialmente indifferente la circostanza che a gestire i servizi siano enti pubblici o soggetti privati: ciò che conta è che venga garantita la parità di condizioni tra operatori, sia nell'ingresso sia nello svolgimento del servizio. In questa prospettiva è necessario che gli Stati membri attivino ampi processi di liberalizzazione, finalizzati ad abbattere progressivamente le barriere all'entrata, mediante, tra l'altro, l'eliminazione di diritti speciali ed esclusivi a favore delle imprese e l'attuazione della concorrenza “nel mercato”; viene, altresì, imposto alle pubbliche amministrazioni di osservare, nella scelta del gestore del servizio, adeguate procedure ad “evidenza pubblica”³, finalizzate a garantire il rispetto della concorrenza “per il mercato”.

³ Affrontano il tema e dell'evidenza e della contrattualistica pubbliche, nell'ordinamento italiano, tra gli altri, G. GRECO, *I contratti della amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986; G. PITTALIS, *Appalto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. I, Torino, Utet, 1987, 292 ss.; S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. VII, Padova, Cedam, 1987; F.P. PUGLIESE, *Contratto. V) Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1988, 1 ss.; D. BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, 36 ss.; C. ANELLI – F. IZZI – C. TALICE, *Contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 1996; A. ANGIULI, *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 1998, 167 ss.; AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1999; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999; C. GALLUCCI, *Appalto. II) Appalto pubblico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. II, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 2000, 1 ss.; A. CARULLO, *Appalti pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. V, Milano, Giuffrè, 2001, 79 ss.; A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2003, 1547 ss.; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Utet, 2010; E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2011; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012.

Fatto sta che i SIG (diversi dai SIEG), nel diritto europeo, si collocano, per loro natura, al di fuori del mercato e di regola sono esercitati e gestiti secondo modalità non imprenditoriali; in tale ambito rientrano quei servizi che, sebbene astrattamente possano condurre a risultati economicamente vantaggiosi, nella pratica muovono nella direzione opposta, in quanto vi è la necessità di assicurare – in condizioni di non discriminazione e parità di trattamento – la fruizione a tutti gli utenti a prescindere, ad esempio, dalla loro posizione geografica (è questo il caso specifico dei servizi universali, come le poste).

Al contrario i SIEG si inseriscono all'interno del mercato e tra questi rientrano attività che vengono svolte – sia pur con eccezioni – sotto forma di impresa.

Di fatto, l'ordinamento europeo distingue i due istituti nel senso che i SIG attengono a bisogni primari dei cittadini e non possono essere esercitati in forma di impresa; diversamente dai SIEG che possono prevedere l'esercizio e lo svolgimento in forma di impresa.

Nonostante abbia posto tale distinzione, l'ordinamento europeo non ha mai proceduto a fornire una elencazione dei due tipi di servizi. È competenza dei singoli Stati membri, infatti, decidere ove sussumere la fattispecie concreta⁴.

2.2. Il parallelismo sul fronte interno, alla luce del t.u. n. 175 del 2016, tra SIEG e SIG e servizi pubblici locali a rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di rilevanza economica

Le nozioni di matrice europea di SIG e di SIEG, nel nostro Paese, sono state riprese solo di recente dal t.u. n. 175⁵.

⁴ A. MAURO – G. ANTONICELLI, *La disciplina delle società partecipate dalla legge delega n. 124/2015 al testo unico n. 175/2016*, in M. LACCHINI – C.A. MAURO, *La gestione delle società pubbliche alla luce del nuovo testo unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, Torino, Giappichelli, 2017, 63.

⁵ Su tale articolato normativo v., tra gli altri, G. MEO – A. NUZZO (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, Cacucci, 2016; M. MESCHINO – A. LALLI (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia. Commento organico al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Roma, Dike, 2016; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 t.u. in materia di società a partecipazione pubblica*, Padova, Cedam, 2016; S. LUCHENA – M. ZUPPETTA, *Il riordino delle società partecipate nella riforma Madia: profili giuridici ed economici*, Roma, Aracne, 2016; M. LACCHINI – C.A. MAURO, *cit., passim*; P. MONEA – S. POZZOLI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica dopo il t.u., Chieti-Bergamo, Cel*, 2017; F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del testo unico*, vol. I e vol. II, Napoli, Giapeto, 2017; M.C. LENOCI – D. GALLI – D. GENTILE (a cura di), *Le società partecipate dopo il correttivo 2017*, Roma, Dike, 2017; F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel testo unico: d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, Giuffrè, 2017; D. DI RUSSO (a cura di), *Manuale delle società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, Torino, Eutekne, 2017; G. BASSI – F. MORETTI,

Esso contiene una disciplina di diritto amministrativo derogatoria rispetto al diritto comune⁶.

Il d. lgs. n. 175, investendo, *in parte qua*, anche le partecipazioni degli enti locali⁷, si apre definendo, tra l'altro, ai fini dello stesso decreto, le nozioni di “servizi di interesse generale” e, nell’ambito di essa, di “servizi di interesse economico generale”, attenendosi, in linea di massima, ai corrispondenti concetti rinvenienti dal diritto europeo⁸.

Difatti la definizione data dal testo unico [art. 2, comma 1, lett. h)] dei SIG comprende quelle “attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non

Le partecipazioni societarie pubbliche. Vincoli e prospettive di operatività delle amministrazioni pubbliche in ambito societario, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017; F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della scuola nazionale dell'amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017; S. NICODEMO – M.V. SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica: commento al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e d. lgs. 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo)*, Pisa, Pacini, 2018; R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, Nel diritto, 2018; C. IBBA – I. DEMURO (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica: commentario tematico ai d. lgs. n. 175/2016 e n. 100/2017*, Bologna, Zanichelli, 2018.

Affrontano il tema delle partecipazioni pubbliche, con un approccio precipuamente di diritto commerciale, S. FORTUNATO – F. VESSIA (a cura di), *Le nuove società partecipate e in house providing: atti del convegno, Bari, 21 e 22 ottobre, 2016 (con aggiornamenti al d. lgs. 16 giugno 2017, n. 100)*, Milano, Giuffrè, 2017.

Tra gli scritti dedicati all’esame dei profili finanziari e tributari delle società partecipate v. A.F. URICCHIO – M. AULENTA, *Profili tributari e finanziari delle società partecipate pubbliche e delle società in house*, in *Gazzetta forense*, 2017.

⁶ V., per tutti, B.G. MATTARELLA, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, *cit.*, 5.

⁷ Sul testo unico sull’ordinamento degli enti locali di cui al d. lgs. n. 267/2000 (ripetutamente modificato ed integrato) v., tra i tanti, E. MAGGIORA, *Il nuovo ordinamento delle autonomie locali*, Firenze, Nocchioli, 2000; AA.VV., con il coordinamento di V. ITALIA, *Testo unico degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2000; E. MAGGIORA, *Il diritto degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2002; G. DE MARZO – R. TOMEI, *Commentario al nuovo testo unico degli enti locali*, Padova, Cedam, 2002; M. BERTOLISSI (a cura di), *L’ordinamento degli enti locali. Commento al testo unico sull’ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Bologna, Il Mulino, 2002; AA.VV., con la direzione e la supervisione di F. BOTTA, *L’ordinamento degli enti locali. Il testo unico (d. lgs. n. 267/2000) e le leggi collegate*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2003; F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova, Cedam, 2003; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Amministrazione locale*, vol. 3, Milano, Giuffrè, 2003; G. VESPERINI, *Gli enti locali*, Roma, Laterza, 2004; V. ITALIA – E. MAGGIORA – A. ROMANO, *L’ordinamento comunale: strutture, competenze, attività*, Milano, Giuffrè, 2005; R. CAVALLO PERIN – A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali (d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267)*, Padova, Cedam, 2006; F. CARINGELLA – A. GIUNCATO – F. ROMANO (a cura di), *L’ordinamento degli enti locali. Commentario al testo unico*, Milano, Ipsoa, 2007; E. MELE, *Manuale di diritto degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2007; F. STADERINI – P. CARETTI – P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Padova, Cedam, 2014; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2015.

⁸ Su tali definizioni v. D.E. BRICI – A. DONATO, *Commento agli artt. 1-2*, in G. MEO – A. NUZZO (a cura di), *cit.*, 17 ss.; A. DI NUNZIO – E. DE CARLO, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in M. MESCHINO – A. LALLI (a cura di), *cit.*, 32 ss.; G. BASSI – F. MORETTI, *cit.*, 51 ss.; F. MIDIRI, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico tra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *Federalismi*, 2017; A. MAURO – G. ANTONICELLI, *cit.*, 61 ss.; S. NICODEMO – M.V. SUSANNA, *cit.*, 31 ss.

sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale”⁹.

Ai “servizi di interesse generale” si affiancano, in realtà distinguendosi in maniera rilevante dai primi, i “servizi di interesse economico generale”. Questi ultimi, infatti, sono, tra i SIG, quelli “erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato” [art. 2, comma 1, lett. i), t.u. n. 175].

In effetti, lo stesso Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere del 21 aprile 2016 n. 968/2016¹⁰, sullo schema di testo legislativo divenuto d. lgs. n. 175, era pervenuto alla conclusione che entrambi i servizi (SIG e SIEG) dovessero rientrare espressamente nel campo applicativo del testo unico medesimo. E ciò, sia perché la l. del. n. 124¹¹, all’art. 18, comma 1, lett. b), evoca espressamente i servizi di interesse economico generale, sia perché lo stesso t.u., all’art. 2, comma 1, lett. h), richiama tale tipologia di prestazioni, dimostrando con ciò di volere mantenere concettualmente separate le due nozioni. I giudici di Palazzo Spada hanno, però, ricordato come i SIG (eccettuati i SIEG) non siano suscettibili di essere gestiti in regime di impresa.

A livello di enti locali, i concetti di servizi pubblici a rilevanza economica e di servizi pubblici privi di tale rilevanza¹², correlati a quelli di SIEG e di SIG, non sono

⁹ Il riferimento ai SIG non è una novità per le società partecipate, poiché era già presente nella vecchia disciplina della legge finanziaria 2008 (l. n. 244). La differenza è che, nel vecchio art. 3, comma 27, l'erogazione dei SIG era sempre consentita alle società partecipate, anche in deroga al limite del perseguimento dello scopo pubblico, come se vi fosse una sorta di presunzione che la loro produzione rappresentasse, di per sé, un'attività “strettamente necessaria” al perseguimento delle finalità istituzionali di un'amministrazione. V. F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 1364 ss. e, spec., 1397. Con la nuova disciplina, invece, la produzione dei SIG può essere realizzata purché si rispetti, comunque, il vincolo di scopo dell'amministrazione partecipante.

¹⁰ In www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Sulla legge delega in parola, per gli aspetti che qui interessano, v., tra gli altri, H. BONURA – G. FONDERICO, *Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 691 ss.

¹² Sui servizi pubblici locali, tra gli studi monografici che tengono conto del quadro normativo delineatosi dopo la riforma del Titolo V, Parte II, Cost., attuata con legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, v. AA.VV. con il coordinamento di V. ITALIA, *I servizi pubblici locali: guida operativa*, Milano, Giuffrè, 2002; M. MAZZARELLI, *Il nuovo assetto dei servizi pubblici locali: commento all'art. 35 della finanziaria 2002 con normativa e giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2002; L. PERFETTI – P. POLIDORI (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Padova, Cedam, 2003; C. SAN MAURO, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione,*

esplicitati nel d. lgs. n. 175; questi ultimi non vengono neppure menzionati. La doppia tipologia di servizi non viene abbandonata legislativamente, ma resta collaterale al t.u. n. 175 e presente in numerose fonti, statali o regionali, riferite agli enti locali.

In realtà, il riordino della disciplina dei “servizi pubblici locali di interesse economico generale”, che dovrebbe integrare la consecuzione logica dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, avrebbe dovuto essere oggetto dell'altra delega, prevista dall'art. 19 della l. n. 124 e, sfortunatamente, non esercitata.

Facendo un passo indietro, va detto che verso la fine del secolo scorso si è sviluppata la tendenza, da parte delle P.A., a ricorrere a strutture e metodi di diritto comune¹³ ed, in particolare, a soggetti di diritto privato esplicanti funzioni e servizi pubblici, con gli obiettivi principali di conferire slancio e flessibilità alla loro azione, risanare le condizioni finanziarie e responsabilizzare maggiormente gli

gestione, Milano, Giuffrè, 2004; F. SPIEZIA – P. MONEA – E. IORIO, *I servizi pubblici locali: aspetti gestionali, amministrativi e penalistici alla luce della l. n. 326 del 24 novembre 2003*, Milano, Giuffrè, 2004; G. MARCHIANÒ, *I servizi pubblici locali alla luce della finanziaria 2004: moduli di gestione tra concorrenza e affidamenti diretti*, Bologna, Clueb, 2004; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; E. ROLANDO, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze Stato e Regioni nella materia trasversale della tutela della concorrenza*, Torino, Utet, 2005; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007; L. AMMANNATI – F. DI PORTO (a cura di), *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali: modelli europei a confronto*, Milano, Giuffrè, 2007; S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008; G. BASSI, *La riforma dei servizi pubblici locali: vincoli e opportunità dell'apertura al mercato*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2008; F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali. Modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, Giappichelli, 2009; V. ITALIA (a cura di), *I servizi pubblici locali. Modalità di affidamento, gestione e tariffe*, Milano, Giuffrè, 2010; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, Cedam, 2010; R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011; H. BONURA – M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: percorsi e disciplina generale*, Torino, Giappichelli, 2011; P. ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, Torino, Giappichelli, 2012; M. MIDIRI – S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015; L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2015; F. MERUSI – S. ANTONIAZZI, *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2017. Sia consentito, inoltre, il rinvio a S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, Padova, Cedam, 2004.

¹³ Sul fenomeno delle privatizzazioni la bibliografia è vastissima. Limitando le citazioni ad alcuni degli studi più ampi sul tema, v. L. AMMANNATI (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995; P. MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995; A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1996; M. SANINO, *Le privatizzazioni: stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, Istituto editoriale Regioni italiane, 1996; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998; D. SINISCALCO – B. BORTOLOTTI – M. FANTINI – S. VITALINI, *Le privatizzazioni difficili*, Bologna, Il Mulino, 1999; E. BANI – C. CARCELLI – M.B. PIERACCINI, *Privatizzare. I modi e le ragioni*, Padova, Cedam, 1999; A.M. NICO, *Omogeneità e peculiarità nei processi di privatizzazione*, Bari, Cacucci, 2001; M. CAMMELLI – G. SCIULLO (a cura di), *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2004. Per una trattazione di diritto comparato sulla tematica delle privatizzazioni v., altresì, R.G. RODIO (a cura di), *Le privatizzazioni in Europa*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *cit.*, vol. XXXIV., 2003.

amministratori, nell'ottica di garantire i canoni di efficienza, efficacia ed economicità delle attività espletate¹⁴. Si è affermata ben presto, quale forma tipica per l'esercizio di determinati servizi¹⁵ "finali", cioè diretti alla fruizione generale¹⁶, e

¹⁴ I canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa costituiscono la declinazione del principio del buon andamento dei pubblici uffici, estensibile, nel nostro vigente ordinamento, anche alle strutture private esplicanti funzioni o servizi pubblici. Cfr. l'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 241 del 7 agosto 1990 (e successive modificazioni ed integrazioni), con riguardo all'attività amministrativa (procedimentalizzata), e la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 (c.d. Carta dei servizi pubblici), in merito, specificamente, alle attività integranti servizi pubblici. Sul principio del buon andamento dei pubblici uffici, sancito, nel diritto interno e al supremo livello normativo, dal comma 2 dell'art. 97 Cost., v., tra gli studi monografici, G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1975; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, Clua, 1993; M. R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, Esi, 1995; M. GALDI, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Liguori, 1996; L. SIGISMONDI, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2011. Ci si permette di rinviare, altresì, a S. PIGNATARO, *Il principio costituzionale del "buon andamento" e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari, Cacucci, 2012, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

Più specificamente, sul criterio di economicità nelle imprese pubbliche, v. F. A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, Giuffrè, 1967, 204 ss., successivamente ripreso in ID., *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, *La Costituzione economica*, vol. I, Padova, Cedam, 1977, 385 ss., nonché i saggi di G. ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, 237 ss., e di E. CAPACCIOLI, *Cenni sul criterio di economicità nella gestione delle partecipazioni statali*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1976, 47 ss.

¹⁵ Sulla tematica del servizio pubblico la letteratura è sterminata. Tra gli studi monografici meno datati che affrontano l'argomento (sovente con riferimento all'ordinamento europeo) v. N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001; G. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001; L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, Giuffrè, 2001; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; L. IEVA, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico: dall'organizzazione alla Carta dei servizi*, Milano, Ipsoa, 2002; A. CORPACI, *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2003; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, Cedam, 2003; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003; G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 2003; G. IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, Cacucci 2004; C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2005; B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, Cedam, 2007; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008; F. GIGLIONI, *cit., passim*; F.A. CANCELLA, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2009; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, Giappichelli, 2012; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2014, M.A. SANDULLI – L. VANDELLI (a cura di), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione: atti del 20° congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo, Roma, 27 febbraio-1 marzo 2014*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

¹⁶ Il servizio pubblico "finale" consta di una utilità di carattere materiale o anche solo ideale, garantita da una P.A. direttamente o indirettamente. Essa può essere rappresentata dalla produzione di beni (carne, latte ecc.) o dalla distribuzione o erogazione di risorse naturali o energetiche (acqua, gas, elettricità ecc.), dalla fornitura di una prestazione attiva (trasporti, sanità, istruzione, raccolta e smaltimento dei rifiuti ecc.), oppure dalla semplice "messa a disposizione" di infrastrutture o beni da destinare all'uso collettivo (strade, ponti, porti, aeroporti, piazze, parchi ecc.). Spesso ha natura mista, consistendo nella destinazione all'utilizzo pubblico di infrastrutture e dotazioni materiali in

“strumentali”, ossia indirizzati, in via immediata, alla stessa amministrazione pubblica¹⁷, la figura della società di capitali.

Per lo meno a livello di enti locali, si è posta l’alternativa tra s.p.a. e s.r.l. costituite anche in forma cooperativa o consortile, ovvero s.p.a. quotate in borsa, a seconda dei casi e delle esigenze specifiche. Ovviamente, le società di capitali hanno una vocazione, maggiore se non esclusiva, per i servizi di natura spiccatamente “economica”¹⁸ e, soprattutto, per quelli definibili “industriali”¹⁹. Dimostrano, invece, i loro limiti e la loro tendenziale inadeguatezza per l’erogazione di prestazioni di natura non strettamente economica.

Rebus sic stantibus i servizi pubblici (locali) possono ritenersi “a rilevanza economica”, quando, per il loro carattere, in astratto, siano oggettivamente e naturalmente votati alla remunerazione dei fattori produttivi in esse impiegati, ancorché non alla massimizzazione del profitto (elettricità, rifiuti, gas).

Per converso è possibile inquadrare nella nozione di servizi “privi di rilevanza economica” quelle attività che, per il loro particolare carattere e per le finalità tipiche che perseguono (es. ausilio a persone in condizioni di particolare disagio

combinazione con una prestazione attiva (si pensi alla sanità, alla scuola, ai trasporti collettivi ecc.). V. S. PIGNATARO, *Il pubblico servizio nel diritto interno: nozione, classificazione e risvolti (con particolare riguardo alla realtà degli enti locali)*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2014, IV, 361 ss.

¹⁷ La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che possono definirsi “strumentali” all’attività delle amministrazioni pubbliche regionali e locali, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l’ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, le quali mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. V., per tutte, Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Roma, Sezione II, sentenza del 5 giugno 2007 n. 5192, in *Il Foro amministrativo-I Tribunali amministrativi regionali*, 2007, 2051.

¹⁸ Sulla rilevanza economica (o meno) dei servizi pubblici locali v. A. PURCARO, *La riforma dei servizi pubblici locali: appunti a margine dell’art. 14 del d.l. n. 269 del 2003*, in *Lexitalia*, 2003; G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in *Aedon*, 2003; T. TESSARO, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Comuni d’Italia*, 2004, 28 ss.; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in F. GABRIELE (a cura di), *Il governo dell’economia tra “crisi dello Stato” e “crisi del mercato”*, Bari, Cacucci, 2005, 89 ss.

¹⁹ Il concetto di rilevanza industriale (o meno) dei servizi è stato introdotto dall’art. 35 della legge n. 448 del 28 dicembre 2001 e, poi, sostituito dal concetto della rilevanza economica (o meno) dei servizi, per effetto dell’art. 14 del decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 326 del 24 novembre 2003. Il concetto di servizio di carattere industriale è stato ripreso in seguito, a proposito (più precisamente) della “gestione industriale” dei servizi a rilevanza economica a rete, dall’art. 1, comma 609, della legge n. 190 del 23 dicembre 2014.

Tra gli scritti incentrati sulla rilevanza industriale (o meno) dei servizi pubblici locali, v. G. PERICU, *Fattispecie e regime della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in *Aedon*, 2002; S.C. SORTINO, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2002, 685 ss.; A. GUALDANI, *Servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale*, in A. TRAVI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, 13 ss.

personale, sociale o economico) – ferma l’esigenza, per i soggetti erogatori, di garantire tendenzialmente l’equilibrio economico ovvero il pareggio di bilancio – pure considerando gli eventuali trasferimenti o finanziamenti provenienti da altri soggetti o enti, si prestano alla copertura, anche minimale, dei relativi oneri sociali da parte dell’amministrazione che li istituisce o li organizza (servizi sociali, assistenziali, culturali, sportivi, ricreativi ecc.). Le diverse fonti legislative regionali, a cui compete, in linea di massima, la regolamentazione generale di quest’ultima categoria di servizi, secondo quanto statuito dalla Corte costituzionale con sentenza del 27 luglio 2004 n. 272²⁰, li disciplinano, più correttamente ed in linea di tendenza, in formule non strettamente e tipicamente imprenditoriali, come la gestione in economia, mediante associazioni, istituzioni, affidamenti diretti ecc.

Tra i fattori che connotano i servizi a rilevanza economica vi sarebbe la redditività, considerata nella sua accezione potenziale, e la conseguente presenza di una tendenziale competizione sul mercato per aggiudicarsi il servizio²¹. Tali elementi vanno considerati unitamente alla necessità di consistenti risorse personali e finanziarie ed investimenti per l’erogatore e alla compresenza, almeno per le prestazioni di natura industriale, di una triplice categoria di cespiti strumentali per l’erogazione: reti²², impianti²³ e dotazioni²⁴, non a caso previsti dalla sola normativa statale²⁵ che dispone, altresì, in ordine alla loro proprietà e gestione²⁶.

²⁰ In *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 2748, con nota di S. BELLOMIA, *A proposito dei servizi privi di rilevanza economica e di gestione dei beni culturali*. Per un commento alla sentenza v. (anche) G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia 272/2004 della Consulta*, in *Lexitalia*, 2004; F. CASALOTTI, *Il riparto della potestà legislativa “alla prova” della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2005, 261 ss.; G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 25 ss.; L. BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, 345 ss.; R. IANNOTTA, *Nota a Corte costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272*, in *Il Foro amministrativo-Il Consiglio di Stato*, 2004, 1971 ss.; V. MOLASCHI, *La gestione dei servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica”: prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost. 272/2004*, in *Il Foro italiano*, 2005, I, 2652 ss. Se si vuole, si veda, altresì, S. PIGNATARO, *Il pubblico servizio*, cit., 412 ss.

²¹ Cfr. Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sezione I, sentenza del 2 agosto 2005 n. 1729, e Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, Sezione II, sentenza del 28 aprile 2005 n. 527, in www.giustizia-amministrativa.it.

²² Per “reti” si intende (secondo lo schema di regolamento governativo che era stato predisposto in base all’art. 35, comma 16, della l. n. 448/2001, mai varato per l’avvenuta abrogazione, ad opera del d.l. n. 263/2003, convertito, con modificazioni, in l. n. 326/2003, della predetta norma che ne prescriveva l’adozione, ma tuttora utile ai fini definitivi), “il complesso degli impianti lineari (tubazioni, binari, filovie) essenzialmente funzionali all’erogazione finale del servizio”.

²³ Lo schema di regolamento predetto riferiva la nozione di “impianti”, invece, al “complesso degli edifici, depositi e magazzini impiegati in maniera coordinata e finalizzata alla produzione dei beni o dei servizi”.

²⁴ Sempre il medesimo schema di regolamento ricomprendeva, nel concetto di “dotazioni patrimoniali”, qualsiasi “bene immobile diverso dagli impianti e dalle reti, purché destinato allo svolgimento delle attività connesse alla produzione dei servizi”.

In giurisprudenza, il Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 23 gennaio 2008 n. 156, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2008, I, 20, ha precisato che le reti, gli impianti e le dotazioni patrimoniali non possono

Fattore discriminante egemone tra prestazioni a rilevanza economica e quelle prive di tale rilevanza è, indubbiamente, la “natura merceologica” del servizio.

In effetti, i servizi sociali²⁷ e, in misura più lieve, quelli più specificamente sportivi e culturali, non potrebbero che essere erogati a titolo gratuito o, quantomeno, ad un costo simbolico, altrimenti verrebbe frustrata del tutto la *ratio* solidaristica o, comunque, promozionale, insita in essi; alcuni servizi particolari (trasporti collettivi), ricompresi tra quelli a rilevanza economica (per la necessità di ingenti capitali e personale, per i costi alti delle infrastrutture e per l'acquisto e la manutenzione dei bus e del carburante ecc.), sono tradizionalmente prestati a prezzi politici e di regola alimentati da massicci finanziamenti di altri enti (quali le Regioni) e da introiti derivanti da servizi collaterali (quali i parcheggi a pagamento), e, solo in misura minima, dai biglietti ed abbonamenti dei fruitori, poiché diversamente implicherebbero un corrispettivo non abbordabile per l'utenza; altri, ancora, per loro natura, sono sempre somministrati dietro la corresponsione di una tariffa economica o tassa che supera nettamente i costi di gestione (elettricità, gas, rifiuti ecc.); infine, ve ne sono altri, del tutto singolari (distribuzione dell'acqua potabile), che, secondo il nostro ordinamento, fanno parte dei servizi pubblici a rilevanza economica per alcune caratteristiche che riguardano la gestione (necessità di grandi infrastrutture e di reti, impiego di ingenti risorse patrimoniali e personali ecc.), ma

essere genericamente identificati con tutto ciò che occorre per garantire il servizio pubblico, bensì consistono in quelle infrastrutture fisse, che appartengano a un soggetto estraneo all'ente locale e di cui quest'ultimo non possa dotarsi se non con rilevante e non conveniente dispendio di risorse finanziarie e strumentali, complesse e non facilmente riproducibili (quali le linee ferroviarie, i gasdotti, le reti idriche, quelle telefoniche ecc.), che attengono ai settori del trasporto, dell'energia e delle telecomunicazioni, da non confondere con le attrezzature mobili, ove del caso deperibili e agevolmente duplicabili.

²⁵ A. GUALDANI, *Servizi a rilevanza industriale*, cit., 19.

²⁶ In base al più volte menzionato schema di regolamento, la fase della “gestione delle reti e delle dotazioni” consiste nello “sviluppo, nella manutenzione ed anche nella cessione in locazione o concessione dei medesimi ai soggetti gestori della fase di erogazione”. La gestione delle reti concerne, invece, “le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria di reti, impianti e dotazioni patrimoniali”, comprendendo, altresì, “il potenziamento ed il rinnovo tecnologico”.

²⁷ L'art. 128, comma 2, del decreto legislativo n. 112 del 31 marzo 1998, fornisce la definizione di “servizi sociali”, intesi come tutte quelle “attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia”. Sono esempi classici di servizi sociali l'assistenza agli anziani, ai minori e ai portatori di handicap.

Sul tema dei servizi sociali, in dottrina, v., tra i tanti, E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 1986; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, tomo I, Bologna, Monduzzi, 2001, 1019 ss.; E. BALBONI (a cura di) *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla l. n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2003; S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, Giuffrè, 2004; A. GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, Giuffrè, 2007; A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007.

che, per loro natura e funzione, appaiono rientrare tra quelli a forte connotazione sociale (e, quindi, tra quelli privi di rilevanza economica, sia pure *sui generis*).

Non pare elemento discretivo, come affermato talvolta²⁸, il “metodo di gestione” che è sempre economico, pena l'ammissibilità di esercizi perennemente e ordinariamente in perdita, ossia la legittimità di gestioni in “disavanzo”.

Queste ultime, infatti, integrano situazioni assolutamente patologiche, che si pongono in rotta di collisione con i principi costituzionali reggenti le attività amministrative (*in primis*, art. 97, commi 1 e 2) e con quelli di contabilità pubblica²⁹.

Neanche la “formula organizzatoria” prescelta sembra elemento rivelatore della natura economica o meno del servizio³⁰. Essa pare, infatti, un mero “corollario”, cioè una conseguenza diretta della natura merceologica del servizio, più che un presupposto che contrassegna *a priori* la rilevanza economica o meno della prestazione³¹.

Come si potrebbe affidare la gestione di un servizio ricreativo o culturale, in un piccolo Comune, ad una s.r.l. o, peggio, ad una s.p.a.? Di contro, come si potrebbe gestire l'erogazione di gas o di acqua potabile o i trasporti collettivi sul territorio di un grande centro urbano mediante una associazione, una istituzione o in economia?

²⁸ Per G. PIPERATA, *I servizi culturali, cit.*, la rilevanza economica potrebbe essere riconosciuta ai singoli servizi locali, non *a priori*, come attributo riguardante la natura dell'attività, ma soltanto come conseguenza del metodo gestionale scelto dall'amministrazione per la loro organizzazione. Per questa impostazione, la rilevanza economica del servizio pubblico locale deriverebbe dalla decisione dell'ente di procedere alla gestione dello stesso secondo modalità in astratto idonee a garantire le entrate necessarie per coprire quantomeno i costi di produzione. Viceversa, la rilevanza economica andrebbe esclusa per quei servizi per i quali l'amministrazione intende assicurare la copertura dei costi, ricorrendo alla fiscalità generale ovvero applicando prezzi politici. Nella medesima direzione G. PURCARO, *cit.*, per il quale ciò che qualificerebbe un servizio nei confronti della collettività è, segnatamente, il modo, il “metodo” (economico o meno) con cui l'ente pubblico preposto decide di svolgerlo. In questa ottica, l'A. rileva che l'attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando è tesa al procacciamento di entrate remunerative dei fattori produttivi impiegati; quando è svolta con modalità che consentono, nel medio-lungo periodo, la copertura dei costi con i ricavi, altrimenti si ha consumo e non produzione di ricchezza. Ove, invece, i costi del servizio siano coperti facendo ricorso alla fiscalità generale, ovvero applicando tariffe con lo scopo di esigere una mera compartecipazione dell'utenza, al servizio in questione andrà applicata la disciplina propria dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

²⁹ Cfr. S. PIGNATARO, *Il pubblico servizio, cit.*, 408-409.

³⁰ Secondo G. CAIA, *Autonomia territoriale, cit.*, 91-92, però, ai fini della distinzione in parola sarebbe rilevante la forma gestionale accanto alla tipologia o natura merceologica del servizio. In altri termini, sarebbero di rilevanza economica quei servizi la cui erogazione avviene necessariamente in forma imprenditoriale; fermo restando che assume rilievo, comunque, la dicotomia tra servizi *uti singuli*, per i quali la legislazione impone una tariffa economica, e servizi *uti universi*, resi in chiave meramente erogativa; di modo che questi ultimi, che certamente non richiedono un'organizzazione di impresa in senso obiettivo, sarebbero privi di rilevanza economica. Vi sarebbero, poi, servizi pubblici che presentano tipologicamente un carattere “neutro” e che acquisiscono rilievo economico o meno, a seconda del modo e, conseguentemente, del tipo di organizzazione che l'ente locale ha scelto; con ciò ritenendosi sufficiente, per l'interesse della collettività, che la prestazione vi sia, ancorché a pagamento, ovvero, all'opposto, che essa, per assumere la veste di servizio pubblico, debba essere resa gratuitamente o sottocosto.

³¹ Cfr., a riguardo, S. PIGNATARO, *Il pubblico servizio, cit.*, 401-411.

In parziale dissonanza, l'esperienza delle “cooperative sociali” dimostra che i relativi servizi, privi di rilevanza economica, possono, al limite e a determinate condizioni, essere gestiti da imprese collettive di capitali, sia pure nella specifica forma indicata.

La catalogabilità dei servizi, in via astratta e preventiva, senza una consequenzialità diretta rispetto alla forma di gestione prescelta o in relazione alla (pretesa) opzione del metodo di gestione, è provata dalla circostanza che il legislatore, in diverse disposizioni, ha inserito alcune tipologie di prestazioni nel novero dei servizi a rilevanza economica e altre in quelli privi di tale rilevanza, con tutto ciò che ne consegue sul piano concreto³².

Secondo una costante giurisprudenza europea³³, spetta, comunque, al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, in riferimento ai servizi privi di rilevanza economica, “dell’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo”, della “mancata assunzione dei rischi” connessi a tale attività ed anche dell’eventuale “finanziamento pubblico”³⁴.

Potrebbe non essere azzardato, poi, individuare, come indicatore per discernere i servizi a rilevanza economica da quelli privi di tale rilevanza, la circostanza che le imprese che gestiscono i primi operino tecnicamente “scambi di mercato”, mentre i soggetti che erogano i secondi, no.

Un dato è certo: le amministrazioni locali, ferme le qualificazioni legali, inquadrano i servizi, in via preventiva e sulla base di elementi presuntivi o che discendono da precedenti esperienze gestionali, in una delle due categorie, facendoli ricadere nella relativa disciplina (statale o regionale), oltre che statutaria e regolamentare, e organizzandoli di conseguenza. Ciò, pur essendoci, nella realtà, società aventi un oggetto sociale “eterogeneo”, ricomprendente sia attività a rilevanza economica che sociale e sebbene l’inquadramento fatto dall’ente locale non sia determinate e vincolante per il giudice chiamato a sindacarlo³⁵.

³² Invero, tale constatazione contrasta, in parte, con quanto affermato dalla Commissione europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, secondo cui la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere “dinamico ed evolutivo”, cosicché non sarebbe possibile fissare *a priori* un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura “non economica”.

³³ V. Corte di giustizia CE, sentenza del 22 maggio 2003 causa C-18/2001, in *Il Consiglio di Stato*, 2003, II, 1080.

³⁴ La Corte cost., sent. 325/2010, *cit.*, ha precisato, però, che gli indici appena indicati possono essere utili solo con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato, per accertare se l’attività svolta sia da considerare economica; mentre, nel diverso caso in cui un servizio pubblico si debba ancora immettere nel mercato, occorre necessariamente prendere in considerazione la possibilità della sua apertura, obiettivamente valutata, secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell’ente a riguardo.

³⁵ V. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 27 agosto 2009 n. 5097, in www.giustizia-amministrativa.it.

2.3 Le forme gestionali previste per l'espletamento dei SIG e dei SIEG e il problema del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni

Il t.u. n. 175, pur avendo come oggetto la partecipazione pubblica in veste societaria, ricomprende inopinatamente anche servizi non gestibili da imprese (nel caso di specie, per di più, società di capitali nelle vesti di cui all'art. 3, comma 1).

Può apparire plausibile, almeno *prima facie*, che il legislatore interno, a proposito dei SIG, si sia voluto riferire (anche) a servizi a rilevanza economica modesta o, addirittura, qualificabili come industriali, che gestiti da società di capitali, abbiano una configurazione del tutto peculiare, essendo forniti, per vari motivi, a prezzi politici o nulli, come i trasporti collettivi e il servizio idrico integrato. Ma, a ben guardare, questi servizi, andrebbero inseriti, più precisamente, nel novero dei SIEG, essendo suscettibili (anche solo potenzialmente) di essere erogati dietro corrispettivo (sebbene, non pieno o parziale) in un mercato più o meno, concorrenziale.

Neppure dovrebbero rientrare nel concetto di SIG le prestazioni rese dagli uffici comunali elettorale, leva, stato civile e anagrafe la cui regolamentazione normativa si innesta in potestà legislative statali, rispettivamente *ex art.* 117, comma 2, lett. p) (legislazione elettorale dei Comuni), lett. d) (difesa), lett. i) (stato civile e anagrafi). Esse sono svolte nell'esercizio di "funzioni" statali e come tali si configurano, piuttosto che come servizi, e sono esplicate con personale e risorse finanziarie interne del Comune.

Invero, talune fonti li definiscono "servizi burocratici" o "istituzionali" dei Comuni. Tuttavia, come puntualizzato da tempo dal giudice amministrativo³⁶, tali prestazioni non possono essere organizzate in forma di impresa, ovvero in modo autonomo, attenendo alla sola sfera pubblica. Comportando l'esercizio di potestà amministrative, devono essere gestite con l'ausilio di strumenti di diritto pubblico³⁷ e altrettanto dicasi, ad esempio, per la polizia locale³⁸.

³⁶ Nell'ordinamento previgente alla legge n. 142 del 8 giugno 1990 (legge sull'ordinamento degli enti locali), v. Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sentenza del 14 aprile 1986 n. 152, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 1986, I, 1783.

³⁷ Tutt'al più potrebbe configurarsi, per tali servizi, una gestione "in economia", prevista dal vecchio art. 113-bis del t.u. n. 267/2000 (e successive modificazioni ed integrazioni), dedicato alla gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza industriale (poi economica), successivamente, caducato dalla Consulta, sent. 272/2004, *cit.*, sul presupposto che la materia di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica rientrasse nella competenza legislativa residuale delle Regioni. Ora la previsione di tale forma gestoria, idonea per l'esplicazione dei servizi privi di rilevanza economica, è rimessa alla disponibilità dei diversi legislatori regionali.

³⁸ In relazione alla l. n. 142/1990, v. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione II, sentenza del 30 settembre 1997 n. 1512, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 1997, I, 3517.

Sul fronte regionale, dovrebbero esulare dall'inquadramento nei SIG, fatto dal d. lgs. n. 175, i servizi di prevenzione, mantenimento e recupero della salute fisica e psichica erogati dalle A.s.l. che, in quanto "aziende pubbliche" soggette ad un particolare regime e regolamentazione normativa pubblicistica, fuoriescono dal concetto di società di capitali partecipate, innestandosi in quello di P.A., sia pure dai connotati peculiari.

Come si è evidenziato³⁹, tra le attività consentite dal t.u. n. 175, non è contemplato lo svolgimento di "funzioni amministrative" [nonostante il cenno generico che fa la l. del. n. 124, all'art. 18, comma 1, lett. m), n. 1)], per il quale altre disposizioni normative recenti consentivano l'organizzazione in forma societaria.

A livello statale, ad esempio, l'amministrazione della giustizia, della sicurezza pubblica e della difesa concretano delicate e vitali funzioni istituzionali autoritative dell'ente sovrano e non possono essere organizzate e gestite in forma imprenditoriale, ostando la Costituzione Repubblicana e la stessa concezione di Stato. Pertanto, esulano sicuramente, nonostante qualche opinione che sembra andare nella direzione contraria⁴⁰, dalla nozione di SIG accolta dal t.u. n. 175.

Un discorso per certi versi simile può farsi pure per l'organizzazione e la gestione di istituti penitenziari che, a differenza di altri Stati, nel nostro, per lo meno a ordinamento invariato, non possono essere privatizzati.

Invero, la gestione delle carceri si configura più come servizio che come funzione istituzionale dello Stato, consistendo la detenzione in una limitazione della libertà personale finalizzata a preservare dai rischi che deriverebbero dalla libera circolazione di persone socialmente pericolose e condannate per il compimento di reati, oltre ad uno scopo c.d. di emenda, diretto alla rieducazione e al reinserimento del reo che abbia scontato la pena nella società civile. Sicché non pare azzardato ritenere che una ipotetica privatizzazione non trovi un ostacolo insormontabile in Costituzione e che la legge ordinaria possa, al limite e in ipotesi, in futuro prevederla, fissando una serie di limiti e condizioni per l'espletamento del servizio da parte dei privati.

Fatte queste premesse, è logico concludere che la matrice comune di tutti i servizi di cui al t.u. n. 175, comunque catalogati formalmente, debba essere, per forza di cose, la loro erogabilità in forma di società di capitali con tutti i corollari.

³⁹ B.G. MATTARELLA, *cit.*, 9.

⁴⁰ Diversamente A. DI NUNZIO – E. DE CARLO, *cit.*, 39. Secondo gli AA., nel concetto di SIG (elaborato dal t.u. n. 175) sarebbe ricompresa una serie "di attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico, proprio perché considerate di interesse generale dalla autorità pubbliche (tra queste, le attività di servizio non economico, quali, ad esempio, il sistema scolastico obbligatorio, la protezione sociale, nonché le funzioni inerenti alla potestà pubblica, come sicurezza, giustizia e difesa)".

Se il fine di lucro o lo scopo della divisione degli utili, causa tipica dei contratti societari, non è decisivo nel caso di specie, essendoci società peculiari che non perseguono fini lucrativi, l'attività da espletare deve giustificare pienamente la forma gestionale della società di capitali dell'organismo preposto a svolgerla, pena, quantomeno, la totale illogicità, irrazionalità ed incongruità della scelta legislativa, *in primis*, e amministrativa, in subordine⁴¹.

L'unica soluzione (peraltro abbastanza limitativa) per far ricadere i SIG di stampo prettamente sociale nel campo di applicazione del d. lgs. n. 175 è quella di incentrare la loro gestione in capo a "società cooperative". Assai più difficilmente può concepirsi la forma consortile, che integra un modulo che si attaglia di meno a prestazioni prive di carattere economico, mentre quella delle s.p.a. quotate in borsa si presta, pressoché unicamente, ai servizi di carattere industriale⁴², specie a rete.

Va rammentato, tuttavia, che la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica e la individuazione astratta delle relative forme gestionali, a livello di enti locali (ma un analogo ragionamento può farsi, in linea generale e *a fortiori*, per quelli regionali), non competono, secondo la Consulta, al legislatore statale, ma a quello regionale, nonostante il d. lgs. n. 175 non sembri tenerne conto alcuno.

Da quanto illustrato si desume che la nozione interna di SIG è, forse, eccessivamente ampia e generica. Il legislatore delegato del 2016 sembra aver ponderato e calibrato male i suoi propositi; difatti, avrebbe dovuto soppesare meglio la portata delle norme sulle forme gestionali utilizzabili per l'erogazione dei SIG, ovvero, di contro, restringere la portata a tutto campo della definizione contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. h). Del resto la sede privilegiata per l'erogazione di

⁴¹ Secondo D. DI RUSSO – A. MIELE – G. NARDELLI, *I limiti all'assunzione e detenzione di partecipazioni pubbliche da parte di amministrazioni pubbliche*, in D. DI RUSSO (a cura di), *cit.*, 59, la presenza delle partecipate si sarebbe registrata nelle macro-aree dei servizi strumentali, dei servizi pubblici a rilevanza economica e privi di rilevanza economica e commerciale. Si tratterebbe, in tale ultimo caso, di partecipate che vendono beni e servizi nell'ambito di mercati concorrenziali per ridurre le inefficienze e, al contempo, rimuovere il rischio di turbativa per il corretto funzionamento del mercato.

Ma la posizione non appare condivisibile, nel senso che la pur apprezzabile finalità indicata non sembra assorbire e superare il crisma dell'inidoneità delle società di capitali partecipate da enti pubblici a erogare servizi totalmente privi di rilevanza economica, almeno in talune vesti societarie e nella maggior parte dei casi.

⁴² La dottrina degli inizi del nuovo millennio si è cimentata nel discernere la nozione di servizi a rilevanza industriale (da contrapporre o, al limite, giustapporre a quelli privi di tale rilevanza), ritenendoli per lo più una *species* rispetto al *genus* di servizi a rilevanza economica. Per quanto desumibile dal mondo produttivo privato, la rilevanza industriale (ovvero la forte rilevanza economica di un servizio pubblico) si ricollegerebbe a più fattori concomitanti. Tra di essi, la particolare complessità organizzativa del gestore, la necessità di risorse patrimoniali, strutturali e personali ingenti, la prevalenza del capitale fisso su quello circolante, la maggiore articolazione del ciclo produttivo, la maggiore incidenza dell'innovazione tecnologica, il rapporto prettamente civilistico-contrattuale tra fornitore del servizio e utente finale. Nei servizi pubblici a rilevanza industriale sarebbe prevalente il fattore capitale; in quelli scervi di rilevanza industriale il fattore lavoro. Per tale posizione v. S. PIGNATARO, *I servizi*, *cit.*, 121-122.

prestazioni di natura marcatamente sociale, a Costituzione inalterata, dovrebbe essere proprio quella locale (v., in particolare, l'art. 118 Cost.).

L'incoerenza del Governo è ancor più grave se si tiene conto che inizialmente i SIEG non erano compresi nello schema di testo unico e che essi erano stati inseriti sulla base dei rilievi formulati dal Consiglio di Stato nel citato parere della Commiss. spec. 968/2016. Sicché, in mancanza, si sarebbe potuto realizzare il paradosso che il t.u. n. 175 contemplasse l'erogazione dei SIG (diversi dai SIEG) in forma di società di capitali, con riferimento anche ad enti (Regioni e amministrazioni locali) per i quali la relativa disciplina sarebbe dovuta essere, per lo più, di matrice regionale, e rimanesse silente sui SIEG, particolarmente inclini ad essere gestiti in forma di società di capitali e soggetti ad una regolamentazione statale.

In definitiva, la soluzione più corretta appare quella secondo cui il legislatore del t.u. n. 175 avrebbe dovuto comprendere tutti quei servizi che, secondo la tecnica, l'esperienza e la logica, presentassero caratteristiche che li rendessero idonei ad essere erogati in forma di impresa collettiva di capitali; oggetto precipuo del medesimo testo normativo. Avrebbe dovuto lasciare, invece, la delimitazione dei SIG non gestibili in forma di impresa e, dunque, estranei al campo di applicazione del d. lgs. n. 175, ad altre fonti, statali o regionali, a seconda delle competenze ripartite in Costituzione.

Pare confermato, comunque, quanto stabilito dal giudice delle leggi in precedenza, con sentenza del 17 novembre 2010 n. 325⁴³, cioè che i SIEG, conati dall'ordinamento europeo, hanno "contenuto omologo" ai servizi pubblici locali a rilevanza economica. In effetti, essi, pur nella estrema semplicità e stringatezza della definizione data dal t.u. n. 175, sembrano collimare con le caratteristiche basilari che, sul piano interno, connotano, nella sostanza, i servizi pubblici locali a rilevanza economica.

La nozione di SIG, eccettuati i SIEG, sembra, invece, essere, almeno sulla carta, della massima estensione e, quindi, congruente, ma, al tempo stesso, più ampia di quella di servizi (locali) privi di rilevanza economica. Essa pare abbracciare qualsiasi prestazione, svolta ai diversi livelli istituzionali o territoriali, implicante, come minimo comune denominatore, il sostegno finanziario pubblico per realizzare l'omogeneizzazione dello sviluppo e la coesione sociale; finalità che trovano una radice costituzionale specialmente nei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

⁴³ In *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 4501, con note di A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, e di P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*.

3. Il fenomeno dell'espansione delle partecipazioni pubbliche in organismi societari e le misure legislative volte al loro drastico ridimensionamento

Per lungo tempo l'assenza di limitazioni espresse e rigorose alla possibilità, per le P.A., di acquisire o mantenere quote in società di capitali, costituite dalle stesse o da esse partecipate, ha innescato un processo di investimenti sfrenato, determinando gravi ripercussioni sulla finanza pubblica⁴⁴.

Il sempre più frequente abuso di formule privatistiche aveva dato luogo, altresì, nel tempo, alla presenza della mano pubblica in ambiti non perfettamente congruenti, se non addirittura estranei⁴⁵, alle competenze istituzionali dei vari enti detentori⁴⁶.

Appariva un vistoso ed ulteriore elemento distorsivo, poi, che le P.A., abusando della posizione di vantaggio per aggiudicarsi la gestione dei servizi di cui godevano, costituendo determinate società con capitale, in tutto o in parte, pubblico⁴⁷, esplicassero attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò fosse imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali⁴⁸.

Nell'ultimo decennio circa vi è stata una radicale inversione di tendenza. Si è reso impellente, per le ragioni ricordate, un intervento riformatore che ponesse dei limiti piuttosto efficaci e stringenti alla possibilità, per le P.A., di condizionare

⁴⁴ Cfr. Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Sicilia, deliberazione del 19 maggio 2016 n. 90, in www.corteconti.it.

A riguardo, pare accreditabile la tesi che gli enti pubblici autarchici abbiano la medesima capacità di diritto privato che fa capo alle persone fisiche, potendo stipulare tutti i negozi consentiti dalla qualità precipua di persone giuridiche dei contraenti (es. compravendita, locazione ecc.; esclusi il matrimonio, la filiazione, la possibilità di fare testamento ecc. per le ragioni appena indicate). Tale assunto è, però, valido solo in linea di massima, perché è certamente contraria ai principi generali di contabilità pubblica la stipulazione, da parte delle la P.A., di negozi che creino un'alea che metta in pericolo risorse pubbliche, almeno se di entità non modesta.

⁴⁵ V. Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione del 15 gennaio 2009 n. 5, in www.corteconti.it.

⁴⁶ Invero, spesso la decisione di alcuni enti di deliberare l'acquisto o il mantenimento di quote in società erogatrici di servizi pubblici, anche solo strumentali, con la motivazione addotta di ottenere una ricaduta su interessi preminenti della collettività, ha rappresentato un pretesto per investire denaro per fini di scambio o per ragioni politico-clientelari.

⁴⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 1° agosto 2009 n. 326, in *Il Foro italiano*, 2010, I, 786.

⁴⁸ Va segnalato che la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale", *cit.* ha affermato come le norme sulla concorrenza si applicassero "soltanto alle attività economiche".

Tuttavia, il Tribunale di I° grado, Sezione V, sentenza del 1° luglio 2010 in cause riunite T-568/08 e T-573/08, in www.eur-lex.europa.eu, pronunciandosi in tema di servizio pubblico televisivo, ha valutato rientranti nella nozione dell'Unione di SIEG anche quelle attività che, sebbene prive di carattere economico, siano in grado di influenzare la libera concorrenza in un determinato settore commerciale.

pesantemente il mercato e la competizione tra operatori⁴⁹, di investire per fini anche trascendenti da quelli squisitamente istituzionali e senza ricadute positive per le comunità amministrative, nonché di esporre al rischio di perdite gli enti pubblici o peggio di assoggettare quote delle loro partecipazioni a procedure fallimentari⁵⁰.

Partendo dal presupposto che gli enti pubblici devono “amministrare” piuttosto che “fare gli imprenditori”, il legislatore, già con l’art. 3, commi 27/32-ter, della legge n. 244 del 24 dicembre 2007 (legge finanziaria 2008)⁵¹, si era orientato nel senso di arginare la proliferazione indiscriminata e incontrollata di partecipazioni pubbliche e di ricondurne l’utilizzo nell’alveo delle reali necessità istituzionali degli enti investitori⁵².

Con l’art 3, comma 27, primo periodo, la legge aveva prescritto che le amministrazioni pubbliche non potessero costituire “società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”. Aveva precisato, tuttavia, al secondo periodo, temperando la posizione predetta: “È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l’assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001, nell’ambito dei rispettivi livelli di competenza”. La stessa legge finanziaria, all’art. 3, comma 29, aveva, poi, concesso alle P.A. diciotto mesi, dalla sua entrata in vigore, per cedere, previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica, le partecipazioni ritenute “non strettamente necessarie”, quindi vietate.

Le norme illustrate hanno mirato ad evitare, più in generale, che l’abuso di modelli privatistici sottraesse una buona parte dell’agire amministrativo al controllo

⁴⁹ Sul principio della libera concorrenza v., tra gli altri, L. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997; N. LIPARI – I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Milano-Roma-Bari, Cariplo-Laterza, 2000; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, Utet, 2007; L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013.

⁵⁰ Da altro punto di vista, va sottolineato come, per evitare perdite consistenti da parte delle P.A., il legislatore abbia previsto, salvo periodi ristretti e norme transitorie e sporadiche, che gli enti locali non possano partecipare a talune società [s.n.c. e s.a.s. (a cui possono aggiungersi, tacitamente, le s.a.p.a.)] che, come è noto, postulano, per tutti i soci, ovvero per alcuni di essi, una responsabilità economica illimitata. E, mentre nei servizi privi di rilevanza economica, la sopportazione degli oneri sociali, per le amministrazioni che li assicurano, costituisce un aspetto fisiologico, nei servizi a rilevanza economica, per quanto anzidetto, i ripetuti esercizi finanziari in perdita integrano un evento patologico che finisce per depauperare ingiustificatamente le casse pubbliche.

⁵¹ Per un commento a tali norme v. F. ALBO, *L’applicazione dell’art. 3 commi 27 e seguenti della l. n. 244 del 2007 negli enti locali*, in *Lexitalia*, 2009; S. LA MALFA, *La cessione delle partecipazioni vietate secondo la l. 2007/244 (legge finanziaria 2008, art. 3, commi 27-29)*, in *Diritto.it*, 2010; F. LUCIANI, “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Giustamm*, 2012.

⁵² F. ALBO, *cit.*

da parte degli enti pubblici, nonché ai canoni della trasparenza e delle regole giuscontabili⁵³.

Successivamente sono entrate in vigore norme di tenore analogo, come l'art. 1, comma 569, della legge n. 147 del 27 dicembre 2013 (legge di stabilità per l'anno 2014), modificato dall'art. 1, comma 2, lett. b), del decreto legge n. 16 del 6 marzo 2014, convertito in legge n. 68 del 2 maggio 2014.

Un passo avanti nella direzione dell'ulteriore restringimento della possibilità di detenere quote in società pubbliche da parte delle P.A. è stato fatto con la legge n. 190 del 23 dicembre 2014 (legge di stabilità per l'anno 2015), che aveva stabilito, all'art. 1, comma 611, l'obbligo, per le stesse, di adottare dei piani di razionalizzazione delle società partecipate, indicando tra i vari criteri quello della dismissione delle partecipazioni societarie “non indispensabili” al perseguimento delle proprie finalità istituzionali [lett. a)].

Nel complesso, ai fini di partecipare legittimamente in qualità di soci ad una società totalmente pubblica o mista, le amministrazioni, da un rapporto di mera “strumentalità” alle esigenze della collettività, sono passate ad un rapporto di “stretta necessità” o “indispensabilità” per il perseguimento della *mission* istituzionale.

Potrebbe sostenersi, argomentando sulla base della formulazione linguistica delle due locuzioni, che la stretta necessità si riconnetta ad un obbligo di legge, l'indispensabilità all'impossibilità oggettiva e fattuale di fare a meno della prestazione; ma la distinzione non pare convincente.

La posizione dominante si è schierata, comunque, per l'autonomia dei concetti di indispensabilità e necessità prima indicati.

In particolare, l'interpretazione data da diverse Sezioni di controllo della Corte dei conti⁵⁴ è quella secondo cui la l. n. 244 ha sancito un principio di c.d. “funzionalizzazione”⁵⁵, stabilendo che sono consentite solo le partecipazioni coerenti con le finalità istituzionali degli enti. La stretta necessità è stata, così, intesa come mera rispondenza dell’“oggetto sociale” della partecipata alle finalità istituzionali della P.A. La l. n. 190, invece, sarebbe andata oltre quel principio, stabilendo, che nell'ambito delle società coerenti con i fini istituzionali (strettamente necessarie), quindi legittime ai sensi della precedente l. n. 244, si potessero mantenere solo quelle “indispensabili”; intese come quelle aventi un fine strategico rispetto agli scopi istituzionali degli enti.

⁵³ *Ivi*

⁵⁴ Cfr., tra le altre, Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione del 26 gennaio 2016 n. 5, in www.corteconti.it; Corte dei conti, Sez. reg. contr. Veneto, delib. 5/2009, *cit.*

⁵⁵ In dottrina v. S. NICODEMO – M.V. SUSANNA, *cit.*, 59.

La circostanza suscita, peraltro, perplessità che vale la pena esaminare anche in relazione all'attuale assetto normativo:

- se il concetto di stretta necessità fosse circoscritto a quello di coerenza rispetto al fine, nel senso, quindi, che la P.A. non può costituire e mantenere partecipazioni “incoerenti” con le proprie finalità istituzionali, si tratterebbe di una norma superflua o, quantomeno, ridondante, poiché l’assunzione di partecipazioni (e derivanti rischi) non rispondenti ad alcun fine istituzionale, viola un limite fondamentale che governa l’attività amministrativa di qualunque ente pubblico (v. art. 97, comma 2, Cost.⁵⁶);

- sul piano letterale e semantico i termini utilizzati esprimono un *quid pluris* rispetto alla mera rispondenza al fine, perché altrimenti il legislatore avrebbe usato espressioni più tenui, ad esempio, prevedendo che le partecipazioni devono avere una “particolare vocazione alla realizzazione delle finalità istituzionali” oppure “una peculiare sintonia” con le predette finalità, agendo, poi, eventualmente, su altre leve, come una maggiore complessità ed esaustività dell’obbligo motivazionale della scelta partecipativa, come è avvenuto, in effetti, con l’art. 5 del t.u. n. 175⁵⁷

L’interpretazione delle due locuzioni induce a ritenere che il legislatore abbia ragionevolmente voluto attribuire alle stesse, più o meno intensamente, un significato più pregnante e ulteriore rispetto a quello di semplice “funzionalizzazione”⁵⁸.

⁵⁶ Ci si riferisce, in particolare, al “principio di legalità”, il quale postula che i fini degli enti pubblici debbano essere determinati dalla legge e, dunque, esige che l’attività amministrativa sia “conforme” alle prescrizioni legislative, trovando, in esse, un fondamento positivo e un limite negativo. Sul punto cfr., per tutti, in manualistica, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 42 ss.

⁵⁷ A mente dei commi 1 e 2 dell’art. 5 del t.u. n. 175/2016, come modificati dal d. lgs. n. 100/2017, salvo le eccezioni indicate, “l’atto deliberativo deve essere motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all’art. 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. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa”. La deliberazione deve dare atto “della compatibilità dell’intervento finanziario previsto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate”. Per un commento a tale articolo v., tra gli altri, M. BRAGAGLIA, *Commento all’art. 5*, in G. MEO – A. NUZZO (a cura di), *cit.*, 81 ss.; A. DI NUNZIO – E. DE CARLO, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in M. MESCHINO – A. LALLI (a cura di), *cit.*, 70 ss.; A. MAURO – G. ANTONICELLI, *cit.*, 74 ss.; S. NICODEMO – M.V. SUSANNA, *cit.*, 69 ss.; A. DE GIROLAMO, *cit.*, 63 ss.

⁵⁸ V. il documento ufficiale, contenente le “Linee guida sulle partecipate”, elaborato da INVITALIA, in convenzione con DAR, del 20 ottobre 2010, spec. 25, da cui si desume che le P.A. potessero costituire, partecipare, o mantenere partecipazioni in società di capitali esercenti una serie di attività solo ove venisse rispettato il criterio di “strategicità”. A tale documento (reperibile sul sito: www.spl.invitalia.it) si erano adeguate le diverse pubbliche amministrazioni. In esso si era fatto riferimento alla locuzione “strategicità” della partecipazione, al fine di avallarne la legittimità nell’ordinamento previgente. Si sarebbe trattato di un requisito più angusto, dovendo la partecipazione alle società inerire ai casi in cui i fini da realizzare non

Il requisito della particolare rilevanza ed attinenza con le finalità istituzionali regna, invero, in tutte e due le norme predette, senza differenze percepibili. L'investimento pubblico in organismi societari doveva e deve garantire tuttora una aderenza stretta tra l'oggetto sociale e fini istituzionali dell'ente pubblico.

Ciò, con la differenza importante che la l. n. 244 consentiva, senza limitazioni, la costituzione o l'affiliazione societaria per svolgere servizi di interesse generale, mentre la l. n. 190 e, ancor più, il t.u. n. 175, non la consentono o, per lo meno, non la permettono *de plano*.

Può, così, affermarsi che l'orientamento del legislatore sia stato, con riferimento ai presupposti per la partecipazione pubblica e nel complesso, man mano più restrittivo, anche se questo, come si vedrà meglio in seguito, non si riflette su tutte le amministrazioni con la stessa intensità.

4.1. I capisaldi della riforma attuata con il t.u. n. 175 del 2016: in particolare il requisito della stretta necessità per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali

L'art. 4⁵⁹ del t.u. n. 175, intitolato: "Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche", al comma 1, ha riprodotto il contenuto dell'art. 3, comma 27, primo periodo, della l. n. 244. Ha subordinato, infatti, la possibilità, per le società a partecipazione pubblica, di svolgere una serie di attività "tassativamente" elencate nel comma 2, ivi inclusi i SIG e i SIEG (c.d. vincolo di attività) al rispetto delle condizioni in esso sancite, vale a dire che le attività espletate siano strettamente necessarie al perseguimento delle finalità dell'amministrazione

fossero solo rilevanti per la collettività, ma rappresentassero obiettivi "primari". Sicché, le partecipazioni non avrebbero dovuto riguardare la realizzazione di fini secondari, ma nemmeno importanti o, comunque, aventi un certo impatto per la collettività, ma solo quelli "vitali" o "prioritari". Il canone della necessità o indispensabilità dell'attività rappresenterebbe un *minus* rispetto a questa ultima tesi estremista, perché concernerebbe un elevato grado di congruenza tra attività di produzione di beni e servizi prestata attraverso gli organismi societari e i fini istituzionali.

La posizione (estrema) rappresentata appare, però, poco condivisibile e non sembra essere stata mai accolta nell'ordinamento. L'espressione "strettamente necessarie", utilizzata dalla l. n. 244 e dal t.u. n. 175, parrebbe contenere in sé il significato di strategicità, nel senso che, tra le finalità strettamente necessarie rientrano *a fortiori* quelle cruciali e vitali per l'amministrazione investitrice e, quindi, quelle strategiche, ma non solo, categoricamente, queste ultime.

⁵⁹ Sulle norme contenute in tale articolo v., tra gli altri, F. MATALUNI, *Commento all'art. 4*, in G. MEO – A. NUZZO (a cura di), *cit.*, 61 ss.; A. DI NUNZIO – E. DE CARLO, *cit.*, 62 ss.; D. DI RUSSO – A. MIELE – G. NARDELLI, *I limiti all'assunzione e detenzione di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche*, in D. DI RUSSO (a cura di), *cit.*, 59 ss.; G. BASSI – F. MORETTI, *cit.*, 43 ss.; S. NICODEMO – M.V. SUSANNA, *cit.*, 55 ss.; A. DE GIROLAMO, *Le finalità perseguibili dalle società pubbliche*, in R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, *cit.*, 64 ss.

investitrice (c.d. vincolo di scopo). Non ha confermato, invece, tra i limiti alla costituzione di società e al mantenimento delle partecipazioni, quello della indispensabilità di cui alla l. n. 190.

Il vincolo di attività costituisce una novità, in quanto, nella precedente normativa, non vi era un limite del genere per la partecipazione pubblica all'interno delle società.

Le società costituite o partecipate da enti pubblici possono essere predisposte non solo alla fornitura di servizi pubblici in senso stretto, cioè finali, ma, altresì, a prestazioni strumentali, accessorie e ausiliarie nei confronti delle amministrazioni e dei privati.

Si tratta in sintesi, a mente dei commi 2 e 3, della produzione dei servizi di interesse generale (eccettuati, deve ritenersi, quelli assolutamente non gestibili in forma societaria), inclusi la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi (che devono inquadrarsi, per le caratteristiche proprie, nello spettro dei SIEG), della progettazione e realizzazione di opere pubbliche sulla base di un accordo di programma o di un contratto di partenariato pubblico/privato, dell'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, dei servizi di committenza, della valorizzazione del patrimonio immobiliare dell'amministrazione.

Il d. lgs. n. 175 ha, così, canonizzato, in un testo unico avente un campo di applicazione generale, la facoltà, per le P.A., di investire in società operanti per l'ottimizzazione e la valorizzazione del patrimonio immobiliare delle amministrazioni stesse (art. 4, comma 3), in tal caso anche in deroga al criterio della stretta necessità.

Non viene esplicitato dal t.u. n. 175 se il termine "attività" utilizzato implichi (in via generale) che le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche possano svolgere solo una delle tipologie delle attività elencate o anche più di una di queste.

Invero, non paiono esservi fattori ostativi a che (tutte) le società partecipate svolgano anche più di una delle attività elencate nei commi 2 e 3, purché rispettino il vincolo di scopo a mente del comma 1⁶⁰. Del resto il fenomeno delle società multi-servizi non è nuovo nel panorama amministrativo italiano.

Per altro verso, sembra che il legislatore abbia recepito e codificato, almeno in parte, quanto affermato dalla giurisprudenza precedente⁶¹.

⁶⁰ In tale direzione F. MATALUNI, *cit.*, 67.

⁶¹ *Ivi*, 66.

Fermo il rispetto delle condizioni vincolanti per le amministrazioni pubbliche, tracciate dall'art. 4, comma 1⁶², il seguente comma 2 legittima lo svolgimento delle elencate attività, per le quali la costituzione di società e il mantenimento di partecipazioni, direttamente o indirettamente, anche di minoranza, deve ritenersi, *ipso iure*, pienamente legittimo. In questo senso, sembra essere accaduto, secondo taluno⁶³, con il comma 2, che il legislatore delegato si sia sostituito al giudice.

In precedenza era il giudice a verificare, caso per caso, se l'attività svolta dalla singola società partecipata fosse o meno coerente con lo scopo pubblico dell'amministrazione partecipante. Oggi, invece, è la legge a stabilire che vi sono solo alcune, determinate, attività che le società partecipate possono svolgere legittimamente, fermo restando che tali società devono operare pur sempre “nei limiti di cui al comma 1” e, dunque, in ogni caso, nel rispetto del c.d. vincolo di scopo.

In altre parole, le attività di cui al comma 2 sarebbero le uniche che, in astratto, dovrebbero essere “strettamente necessarie” per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente partecipante, ma potrebbero anche non esserlo in concreto, nel qual caso la partecipazione pubblica è da escludere⁶⁴.

Il legislatore delegato sembra aver, quindi, voluto eliminare, dall'ambito di azione delle società partecipate, l'attività di impresa *tout court* che può essere svolta proficuamente dai privati.

Secondo quanto affermato in precedenza dalla magistratura contabile veneta⁶⁵, perché possa essere deliberata una partecipazione pubblica, devono emergere esigenze di ordine tecnico (ad esempio, con riferimento a beni e servizi non altrimenti reperibili nel libero mercato, o strutturalmente non erogabili direttamente dall'ente) o economico (per es. legate alla maggiore convenienza economica dell'autoproduzione del bene o servizio rispetto all'acquisizione di esso sul mercato) che depongano in favore dell'opzione.

L'ente dovrà attentamente valutare i costi e i benefici dell'affidamento del servizio alla società, in termini di efficienza, efficacia ed economicità di gestione in un'ottica di lungo periodo, nonché le ricadute sui cittadini e sulla responsabilità dell'amministrazione stessa. Sicuramente sarà legittima la costituzione di società o

⁶² La disposizione di cui al comma 1 dell'art. 4 del t.u. n. 175 dà attuazione a quanto prescritto dell'art. 18, comma 1, lett. b), della l. del. n. 124, con la quale si demandava al Governo il compito di razionalizzare e ridurre le partecipazioni societarie pubbliche “secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità,” ponendo condizioni e limiti alle amministrazioni, che fossero vincolate “entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti”.

⁶³ F. MATALUNI, *cit.*, 66.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ V. Corte dei conti, Sez. reg. contr. Veneto, delib. 5/2009, *cit.*

l'assunzione di partecipazioni societarie in ambiti in cui un fine primario o, comunque, non trascurabile dell'ente di riferimento non sia "altrimenti perseguibile".

In questa direzione, il giudice contabile molisano⁶⁶ aveva osservato come dovesse ritenersi legittima la costituzione o partecipazione societaria ove, in mancanza, "il fine istituzionale" cui essa è preordinata non sarebbe "in altro modo perseguibile". L'ente, secondo il parere in discorso, dopo aver valutato con esito negativo tutte le altre modalità con le quali sarebbe possibile realizzare la finalità istituzionale di cui è portatore, sarebbe pienamente ed indubbiamente legittimato a ricorrere allo strumento societario, ovvero all'assunzione di partecipazioni societarie che si pongano quale "scelta residuale", conseguente all'"acclarata e motivata mancanza di alternative".

Laddove, invece, le finalità istituzionali possano essere soddisfatte con "strumenti diversi" o differenti "modalità", senza riceverne alcuna "compressione" o "compromissione", non potrebbe ritenersi legittima la sua compartecipazione a compagini societarie.

L'art. 4 del d. lgs. n. 175 suddetto ha previsto, poi, due norme derogatorie ai commi 9 e 9-bis di cui si tratterà appresso.

Comunque, il requisito "strettamente necessarie" si innesta *ope legis ed expressis verbis* nel quadro delle "finalità istituzionali" dell'ente o degli enti costituenti o partecipanti e, pertanto, va letto e ragguagliato alla luce di questi elementi⁶⁷.

⁶⁶ V Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Molise, deliberazione del 23 luglio 2009 n. 32, in www.corteconti.it.

⁶⁷ È stata ritenuta preclusiva dalla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione del 8 luglio 2008 n. 48, in www.corteconti.it, l'affiliazione a società avente un oggetto sociale talmente ampio e polivalente da allontanarsi, in sostanza, dal canone dello stretto legame teleologico e territoriale rispetto ai fini della amministrazione e alle esigenze della collettività.

Certo, sembra corretto ritenere che ogni ente, nel quadro delle proprie finalità istituzionali, debba valutare le ripercussioni positive sulla propria popolazione; se vi sono potenzialmente ricadute positive, cioè una porzione dei benefici e delle utilità per la collettività di riferimento sia riconducibile alla società ovvero sia da essa potenzialmente producibile, ricorrendo le ulteriori condizioni richieste, non dovrebbe ritenersi illegittima la partecipazione, se del caso, di minoranza, nella struttura societaria.

Secondo il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Bari, Sezione I, sentenza del 17 maggio 2010 n. 1898, in www.giustizia-amministrativa.it, il servizio di pulizia degli uffici e dei presidi ospedalieri non potrebbe essere considerato strettamente necessario al perseguimento delle finalità della A.s.l., poiché eccessivamente generico e strumentale all'esercizio di qualsiasi attività pubblica e privata erogabile da qualunque soggetto in favore di chiunque. Inoltre integrerebbe un appalto di servizi soggetto alla normativa europea e interna sui contratti pubblici.

Una simile conclusione appare ora discutibile e si potrebbe scontrare con la possibilità di costituzione o adesione a compagini societarie per la fornitura di servizi strumentali, accessori e ausiliari, prevista espressamente dal t.u. n. 175.

È stata ritenuta ammissibile dalla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione del 3 dicembre 2008 n. 33, in www.corteconti.it, la partecipazione di un Comune ad una

In definitiva, il canone in discorso potrebbe stare a significare che le finalità da perseguire devono essere di “stretta pertinenza dell’ente investitore” che non deve realizzare interessi, pur apprezzabili, rimessi alle cure di altre amministrazioni, ancorché si ripercuotano, in “via indiretta”, sulla popolazione amministrata.

Sul piano teorico, il richiamo al concetto di stretta necessarietà rispetto ai fini istituzionali e, dunque, alle reali e dirette necessità della collettività, potrebbe stare a significare, in negativo, che l’omessa delibera di costituzione o acquisto di quote in società che forniscono bene e servizi “rilevanti” o “significativi”, “non garantiti da soggetti privati”, determini una totale “inefficacia” ed “inadeguatezza” dell’azione dell’amministrazione preposta rispetto ai fini istituzionali assegnati dalla legge⁶⁸.

Si è sottolineato⁶⁹ che se, da un lato, l’art. 4 del t.u. n. 175 ha inteso introdurre un deterrente per la costituzione di società, quando esse non siano strettamente coerenti con le finalità dell’ente, dall’altro, ha voluto evidenziare la potenziale utilità dell’istituto quando correttamente gestito e organizzato.

La giurisprudenza recente ha affermato che gli enti pubblici (nella fattispecie le Regioni) non possono partecipare a società che non perseguono attività istituzionali, come nel caso in cui l’organismo sia stato creato per la gestione di uno zuccherificio.

Questo è il principio espresso dal Tribunale amministrativo regionale per il Molise sentenza del 3 ottobre 2017 n. 331⁷⁰, e ciò avvalora il ragionamento che si faceva della “diretta” oltre che “rilevante incidenza” o, comunque, “significativo impatto” sulle proprie finalità istituzionali”. In particolare, per i giudici

costituenda banca di credito cooperativo in ragione delle peculiarità dell’attività bancaria svolta da quest’ultima (scopo mutualistico, operatività esercitata in prevalenza a favore dei soci).

In realtà, l’orientamento più moderno è quello di considerare la connotazione delle banche, in prevalenza, quali “imprese” a tutti gli effetti, più che soggetti privati erogatori di servizi pubblici. Tuttavia, può sostenersi una natura sostanziale, per così dire, *double face*, specie in alcuni casi, come nella fattispecie delle banche di credito cooperativo, aventi come scopo precipuo quello di agevolare i soci, in maniera leggermente diversa dagli ordinari istituti di credito che perseguono fini (soprattutto) egoistici.

Di conseguenza, non può darsi per scontata la completa estraneità alla nozione di servizio, ove essa, come avviene per i Comuni italiani, è molto ampia e generica e potenzialmente comprensiva di qualunque beneficio per la collettività. Nella fattispecie, in mancanza di altri istituti di credito cooperativo privati, attivi nell’ambito territoriale di riferimento ed alternativi all’eventuale società con partecipazione pubblica, la decisione potrebbe non essere censurabile, se non nei limiti dell’eccesso di rischio economico per la P.A., ove non previsti (nello statuto societario) strumenti idonei per eliminarlo (come la libera recedibilità *ad nutum* da parte dell’amministrazione partecipante e la connessa, immediata e obbligatoria, liquidazione della propria quota in caso si registrino o si profilino situazioni di grave deficit finanziario o di significative perdite).

⁶⁸ A riguardo il Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza del 11 marzo 2011 n. 1572, in www.giustizia-amministrativa.it, e sentenza in pari data n. 1573, in www.federalismi.it, aveva affermato come fosse indispensabile verificare l’esistenza di un “qualificato nesso” che legasse l’attività della società con le finalità dell’amministrazione, di modo che la prima risultasse “assolutamente necessaria” per il perseguimento delle seconde. In altre parole, come evidenziato da Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sezione I, sentenza del 5 aprile 2013 n. 269, in www.giustizia-amministrativa.it, la partecipazione doveva essere utilizzata per “reali necessità istituzionali degli enti”

⁶⁹ V. S. NICODEMO, M.V. SUSANNA, *cit.* p. 57.

⁷⁰ In www.giustizia-amministrativa.it.

amministrativi molisani, non può ritenersi rientrante nell'ambito delle finalità istituzionali della Regione il “generico proposito di mantenere una struttura produttiva preesistente che contribuisce in modo sostanziale al PIL regionale e al mantenimento dei livelli occupazionali nel territorio regionale”; e ciò (può aggiungersi), ancorché realizzi interessi regionali.

L'impostazione potrebbe essere valida in linea di massima, ma parzialmente eludibile in diverse fattispecie, ove il dato positivo delimiti le funzioni e i servizi pubblici in modo assai ampio e generico, come avviene per i Comuni⁷¹.

L'ampiezza delle finalità istituzionali dei Comuni è tale e suscettibile di valutazione discrezionale che pressoché qualunque obiettivo di concretizzazione di interessi pubblici generali, collettivi o diffusi, avvertito in tale ambito, può legittimare una partecipazione societaria.

Dissentono da tale impostazione, però, alcuni autori⁷², i quali sottolineano che non vi sia alcun dubbio che, come in passato, l'individuazione delle attività che possono o non possono essere oggetto di società a partecipazione pubblica non è facile, stante la perdurante assenza di un chiaro quadro normativo che delimiti quali siano le finalità istituzionali degli enti.

In diverse fattispecie sottoposte al loro esame, il giudice amministrativo e quello contabile⁷³ hanno censurato la possibilità di cui si discorre ove, in base al caso concreto, avesse intenti meramente lucrativi o rilevanza prettamente economica che contrastano con il libero dispiegarsi dell'iniziativa economica privata e non trovano

⁷¹ Ad esempio, a livello comunale, l'art. 13, comma 1, del t.u. n. 267/2000, in tema di “funzioni dei Comuni”, recita: “Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”.

Il successivo art. 112, concernente i “servizi pubblici locali”, dispone che “gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.

Abbastanza generica e di portata ampia pure l'elencazione fornita dall'art. 21, comma 3, della legge n. 42 del 5 maggio 2009 (richiamato dal decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 30 luglio 2010), delle “funzioni fondamentali dei Comuni”, individuate ex art. 117, comma 2, lett. p), Cost.. La legge menziona, promiscuamente ed in maniera ampia, attività integranti funzioni amministrative e servizi pubblici.

⁷² A. DE GIROLAMO, *cit.*, 66.

⁷³ Cfr. Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, Sezione II, sentenza del 4 aprile 2016 n. 333, in www.giustizia-amministrativa.it. In sintonia con tale decisione, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione del 6 novembre 2015 n. 387, in www.corteconti.it, ha ritenuto non confacente ad una società in *house providing* la produzione e la vendita di gelati artigianali.

In precedenza la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazione del 27 febbraio 2008 n. 3, in www.corteconti.it, aveva propugnato la tesi secondo la quale la gestione, tramite società di capitali, delle farmacie comunali costituisse esplicitazione di un servizio pubblico con finalità sociali riconducibili al disposto dell'art. 112 del t.u. n. 267; pertanto, non era opponibile, per essa, il divieto previsto dalla l. n. 244 in ordine alle attività non strettamente necessarie.

giustificazione nelle effettive necessità istituzionali degli enti territoriali, frustrando la *ratio* pubblicistica sottesa alla normativa in materia di partecipazioni pubbliche.

In linea con tale prospettiva, la magistratura contabile (lombarda e sarda), in taluni pareri⁷⁴ ha disconosciuto o dubitato della possibilità in discorso, perché non (pienamente ed immediatamente) rispondente alle finalità istituzionali degli enti locali, pure in fattispecie in cui l'attività della società a partecipazione pubblica fosse idonea a propiziare la realizzazione di interessi della collettività meritevoli di considerazione (maggiore salubrità ambientale, risparmio energetico, razionale sfruttamento del territorio ecc.).

Tuttavia, a parte le decisioni degli enti pubblici aventi, alla base, il solo fine lucrativo, con riferimento ad alcuni di essi, *in primis* ai Comuni, la scelta partecipativa postulerebbero un onere motivazionale molto pregnante, laborioso e dettagliato, che, ove assolto, renderebbe difficile il sindacato del giudice amministrativo e, soprattutto, di quello contabile. Si dovrebbe, quindi, dubitare della reale ed incisiva efficacia deterrente della norma che prevede, in modo categorico, la stretta necessarietà, per lo meno con riferimento ad alcuni contesti istituzionali.

Va sottolineato, per altro verso, come il legislatore delegato avrebbe potuto essere meno drastico, attenuando la portata dei commi 1 e 2 dell'art. 4 del t.u. n. 175.

Avrebbe potuto fare riferimento, ai fini della costituzione di società di capitali o all'acquisto o mantenimento di partecipazioni, più che alla stretta necessarietà per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, alla possibilità di detenere quote quando, in base al complesso di circostanze oggettive, l'intervento pubblico, espresso tramite la partecipazione, risultasse altamente proficuo per la realizzazione di obiettivi apprezzabili rientranti tra i precipui compiti dell'amministrazione interessata e fosse funzionale alla sana e prudente gestione economica dell'ente (o espressioni consimili).

Si sarebbe, così, dato modo agli amministratori dei vari enti, specie se ad autonomia costituzionalmente garantita, di decidere con un maggiore margine di discrezionalità, valutando, in maniera più intensa e mirata, l'adeguatezza o la carenza dell'iniziativa privata e l'incidenza delle partecipazioni eventualmente acquisite sulla sana e prudente gestione economica dell'ente, senza sottrarsi, correlativamente, all'assunzione delle conseguenze dannose, sia sul piano politico, sia su quello giuridico, delle scelte sbagliate.

⁷⁴ Cfr. Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione del 15 settembre 2010 n. 861, e Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Sardegna, deliberazione del 29 marzo 2012 n. 28, entrambe in www.corteconti.it.

Accogliendo una simile soluzione, sarebbe indispensabile congegnare legislativamente tutta una serie di misure e di meccanismi di prevenzione, di controllo e sanzionatori, inasprendo, soprattutto, le conseguenze di carattere penale e patrimoniale a carico dei responsabili, amministratori e revisori contabili societari, per scoraggiare pesantemente la cattiva gestione ed evitare perdite alle P.A.

Va anche detto, tuttavia, che, nel contesto di crisi globale degli ultimi anni, la rigidità delle norme vigenti non sorprende affatto e si pone in assonanza con una serie di altre misure legislative *pro-austerità*.

Invero, le delibere che dispongono in ordine ad una partecipazione devono essere precedute da approfondite e documentate attività istruttorie e non implicano, certo, una insindacabilità delle scelte da parte della magistratura amministrativa e contabile.

L'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 175 prescrive la sottoposizione del provvedimento con il quale si delibera la partecipazione da parte dell'organo competente [in genere, quello di vertice politico, oppure quello maggiormente rappresentativo o, comunque, di direzione politico-amministrativa (v. art. 7, comma 1, t.u. n. 175)] all'esame della Corte dei conti, nonché dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Quest'ultima può esercitare i poteri di cui all'art. 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (e successive modificazioni ed integrazioni), cioè attivarsi, in sede giurisdizionale, per impugnare le delibere adottate in violazione delle regole poste a presidio della concorrenza e del mercato (dopo aver, all'uopo, emesso parere motivato, a guisa di intimazione a ritirare o rimodulare il provvedimento deliberato, successivamente disatteso dall'amministrazione interessata).

Se l'invio della delibera all'Autorità nazionale *Antitrust* (con il possibile innesco del procedimento descritto) non ha suscitato particolari obiezioni (verosimilmente, investendo il sistema generale dei poteri di tale Autorità e non rappresentando un significativo *quid novi*), non sono mancate critiche⁷⁵ in merito al "vaglio" preventivo della Corte dei conti.

Questa funzione è apparsa in contrasto con il nostro modello autonomistico, potendo configurare un'illegittima intrusione, dall'esterno, nella responsabilità gestionale dell'ente interessato, ponendosi, altresì, in controtendenza con le recenti esigenze di semplificazione, sottese, peraltro, allo stesso t.u. n. 175⁷⁶.

⁷⁵ In tale direzione il documento dell'ANCI, che riporta "Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", Roma, 9 marzo 2016, 3-4. Il documento è reperibile in www.anci.lombardia.it.

⁷⁶ Va tenuto conto che la Corte costituzionale, nella sentenza del 10 marzo 2014 n. 40 (in *Il Foro italiano*, 2015, I, 2650), aveva affermato che l'attività di controllo esercitata dalla Corte dei conti ha natura esterna e non è invasiva dell'autonomia gestionale degli enti; piuttosto risulta finalizzata ad assicurare che le

Si è ravvisata⁷⁷, inoltre, la potenziale conflittualità tra il giudice contabile, che formula rilievi preventivi, e il giudice amministrativo chiamato ad esaminare la legittimità dell'atto *a posteriori*.

Alcuni autori⁷⁸ hanno sottolineato, però, che la funzione della trasmissione alla Corte dei conti è puramente conoscitiva e di intesa e che tale organo, solo se del caso (da intendersi, nell'ipotesi di rilevata illegittimità del provvedimento), avvierà interventi repressivi.

Altri⁷⁹ evidenziano che, proprio perché alla Corte dei conti non è attribuito dalla norma indicata del d. lgs. n. 175 alcun potere interdittivo, ma solo una funzione conoscitiva, ciò determinerebbe, con ogni probabilità, l'illegittimità costituzionale della stessa disposizione per violazione degli artt. 100 e 103 Cost., nella parte in cui è garantita al medesimo organo di rilevanza costituzionale la giurisdizione in materia di contabilità pubblica e sulla responsabilità di chi ha la gestione del denaro pubblico.

Le critiche appaiono, però, poco convincenti, poiché, da un lato, la Corte dei conti non esercita preventivamente (e propriamente) poteri di tipo interdittivo o repressivo (né tanto meno li esercita in via generale), ai sensi della Costituzione; dall'altro, la previsione indicata del t.u. n. 175 non nega alla Corte dei conti l'esercizio delle sue prerogative costituzionali in sede giurisdizionale.

Si tratta di un organo a rilevanza costituzionale, che svolge, oltre che funzioni giurisdizionali, “nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”, *ex art. 103, comma 2, Cost.*, altresì, a mente dell'*art. 100, comma 2, Cost.*, un'attività di “controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo” e anche “successivo sulla gestione del bilancio dello Stato” e che “partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria”, riferendo “direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito”.

Pertanto sono ordinariamente soggetti alla giurisdizione contabile e al controllo della Corte dei conti, oltre che all'attività di consulenza di tale organo, anche le Regioni e gli enti locali.

La Corte dei conti avrà la possibilità di esprimere pareri di regolarità contabile, in particolare ove richiesti o sollecitati dalle autonomie territoriali *ex art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 5 giugno 2003*, i quali difficilmente potranno essere disattesi

deliberazioni degli stessi non determinino gestioni contabili errate, tali da alterare l'equilibrio di bilancio di cui all'*art. 81 Cost.* Sicché essa è strumento che consente allo Stato di esercitare la propria funzione di coordinamento della finanza pubblica nel rispetto degli obblighi assunti in sede di Unione europea.

⁷⁷ Mettono in risalto tale profilo S. NICODEMO – M.V. SUSANNA, *cit.*, 74.

⁷⁸ *Ivi*, 75.

⁷⁹ In tal senso A.T. DE GIROLAMO, *cit.*, 24 e, *ivi*, la nota 3.

dall'amministrazione precedente. Inoltre, avrà la potestà di esercitare il controllo successivo esterno sulla gestione delle amministrazioni investitrici.

In sede giurisdizionale contabile potrà, per lo più, entrare nel merito di situazioni patologiche, sanzionando le macroscopiche incongruenze che siano fonti di responsabilità (si pensi all'esborso di una somma di denaro spropositata rispetto alle disponibilità finanziarie di una amministrazione comunale, erogata per la partecipazione societaria, oppure all'omessa o ritardata messa in liquidazione o cessione della quota in caso di plurimi esercizi successivi finanziari in perdita).

A loro volta, gli organi di controllo interno sulla regolarità contabile e di tipo strategico potranno vigilare e chiedere chiarimenti, nonché formulare controdeduzioni, ma non potranno agevolmente sindacare, nel merito, la libertà decisionale, ampiamente discrezionale, degli amministratori comunali che, in un dato momento storico, abbiano assolto (sussistendo un fondamento oggettivo e percettibile della loro decisione) a tutte le formalità richieste.

La delibera comunale, in questa ipotesi, non potrà essere attaccata facilmente nemmeno dinanzi al giudice amministrativo, se non nei casi-limite, segnatamente, in cui sia affetta da un vizio di eccesso di potere (si pensi all'evidente contraddittorietà risultante dagli atti o al palese sviamento).

Una situazione leggermente diversa potrebbe inerire ad altri enti autonomi, come le Province e le Città metropolitane, che sono assegnatarie, singolarmente considerate, di funzioni e compiti più limitati e di minor impatto diretto sulle rispettive collettività. In tali casi, il sindacato giurisdizionale potrà essere lievemente più intrusivo.

Sotto altro angolo visuale, la giurisprudenza amministrativa⁸⁰ ha sottolineato come la precedente normativa, al pari dell'attuale art. 4, comma 1, del t.u. n. 175, non contenesse un "principio di esternalizzazione generalizzata" di certe attività, ma, più semplicemente, dei limiti da rispettare affinché fosse possibile esternalizzare determinate attività. Ciò, di per sé, non escludeva, né interdice attualmente, che le attività considerate (o meglio una parte ridotta di esse) possano essere svolte direttamente dalle amministrazioni⁸¹.

Il t.u. n. 175, come si è visto, non vieta la costituzione di nuove società pubbliche, né l'acquisizione, da parte delle P.A., di nuove partecipazioni in società preesistenti, ma impone scelte, almeno in linea di massima, meditate e calibrate sulle effettive necessità, cioè un percorso decisionale e un onere motivazionale più complessi, articolati e rigorosi rispetto al passato.

⁸⁰ V. Cons. Stato, Sez. III, sent. 1572/2011, *cit.*

⁸¹ V. F. MATALUNI, *cit.*, 64.

Devono ritenersi esenti da formalità particolari i casi in cui l'operazione di costituzione o di acquisizione derivi da un espresso obbligo di legge.

In questa evenienza, ferma restando l'impossibilità di disattendere la previsione legislativa, non è preclusa, secondo la magistratura contabile siciliana⁸², la possibilità, per la P.A., di adottare misure organizzative dirette, comunque, alla riduzione della spesa, sulla base dei principi di economicità, efficienza e di efficacia, rimessi alla valutazione dei soggetti partecipanti.

L'eventuale scelta di un ente di acquistare nuove partecipazioni societarie, come segnalato dalla Corte dei conti piemontese⁸³, sebbene non sia vietata, si pone come fenomeno evidentemente derogatorio da quella che dovrebbe essere la linea di azione generale delle P.A., secondo le intenzioni del legislatore, rappresentando un evento del tutto eccezionale. La stessa magistratura contabile⁸⁴ ha precisato che la partecipazione va motivata puntualmente e concretamente sotto i plurimi profili dell'esternalizzazione rispetto all'internalizzazione, nonché in ordine all'utilizzo della forma giuridica "società" rispetto ad altri strumenti e, segnatamente, del particolare soggetto societario prescelto, perché ritenuto efficiente, dell'economicità e della significatività della partecipazione.

Il legislatore delegato si è proposto di dare attuazione concreta agli obiettivi che emergono dalla l. del. n. 124, cioè un migliore utilizzo delle risorse pubbliche e il perseguimento di risparmi di spesa pubblica, anche attraverso una maggiore efficacia e certezza delle regole, nonché la promozione della concorrenza, per mezzo del contenimento delle società partecipate. Sul punto, tuttavia, non sono mancate critiche e dubbi sulla concretezza dei risultati che potranno essere raggiunti, che dipende, in gran parte, dalla effettività dell'attuazione di tali norme⁸⁵.

In realtà, si ha l'impressione che il legislatore delegato del 2016 abbia voluto consentire di privatizzare, permettendo la partecipazione pubblica in presenza di determinate e stringenti condizioni relative alla precisa inerenza e pressante esigenza per la realizzazione delle proprie finalità istituzionali, le più svariate attività, purché rientranti nel concetto (ampio) di SIG.

Come consigliano le scienze economiche, le privatizzazioni dovrebbero riguardare solo i servizi "divisibili", inseriti in un mercato concorrenziale, per garantire l'efficienza e la qualità delle prestazioni; conseguenza immediata della competizione tra più operatori. Non si intravede la stessa *ratio* per i servizi

⁸² Cfr. Corte dei conti, Sez. reg. contr. Sicilia, delib. 90/2016, *cit.*

⁸³ V. Corte dei conti, Sez. reg. contr. Piemonte, delib. 5/2016, *cit.*

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ V. F. MATALUNI, *cit.*, 62.

“indivisibili”, garantiti con il sostegno finanziario pubblico, che non si collocano in un sistema competitivo.

Difatti, non è la forma imprenditoriale, in sé e per sé, che garantisce l'efficienza, l'efficacia e l'economicità di un servizio.

Il mutamento della forma giuridica del soggetto erogatore, da pubblicistica a privatistica, non risolve, *ex se*, il problema del risparmio nella gestione e della qualità ed efficienza delle prestazioni.

La presenza pubblica si giustifica, segnatamente, per quei servizi, come la ricerca universitaria, che richiedono risorse finanziarie di cui dispongono solo i pubblici poteri. Inoltre, riveste importanza strategica fondamentale in quegli ambiti in cui può contrastare l'insorgenza di monopoli di fatto privati, che renderebbero meno accessibile ed onerosa la prestazione che ne è oggetto. Infine, appare necessaria o quanto mai opportuna con riferimento a quei servizi, come l'istruzione, i quali presentano le c.d. esternalità positive e che, di conseguenza, se fossero erogati da privati imprenditori comporterebbero costi molto elevati per i fruitori, in quanto i soggetti erogatori dovrebbero fissare i corrispettivi per gli utenti tenendo conto delle ingenti spese di gestione.

4.2 Le ipotesi derogatorie previste dai commi 9 e 9-bis dell'art. 4

Va dato spazio ad un altro aspetto di un certo rilievo.

Il comma 9, primo e secondo periodo, dell'art. 4 del t.u. n. 175 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'art. 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle Commissioni parlamentari competenti”.

A tenore dei successivi periodi terzo e quarto, introdotti dal d. lgs. n. 100, “I Presidenti di Regione e delle Province autonome di Trento e Bolzano, con provvedimento adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, possono, nell'ambito delle rispettive competenze, deliberare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle

disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione della Regione o delle Province autonome di Trento e Bolzano, motivata 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. Il predetto provvedimento è trasmesso alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, alla struttura di cui all'art. 15, nonché alle Camere ai fini della comunicazione alle Commissioni parlamentari competenti”.

Ad essa fa eco un'altra norma derogatoria, contenuta nel seguente comma 9-*bis*, anch'essa introdotta dal correttivo del 2017. Secondo il primo periodo di tale comma, “Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete” anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, “in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lett. a), purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica”.

Il legislatore ha previsto, dunque, al comma 9, che l'attività svolta dalla società pubblica deve essere riconducibile al vincolo di scopo di cui al comma 1. Ne consegue che l'oggetto della deroga è rappresentato, nella fattispecie, solo dal vincolo di attività rispetto a quelle specificate dall'art. 4, comma 2⁸⁶.

In altri termini, per le società individuate dal decreto governativo (o dal provvedimento dei Presidenti delle Regioni o Province autonome) si verrebbe ad applicare una disciplina analoga a quella prevista dalla precedente legge finanziaria 2008⁸⁷.

La norma derogatoria di cui all'art. 4, comma 9, ancorché riguardi singole partecipazioni e preveda un'adeguata motivazione in relazione ad una serie di elementi cristallizzati *ex lege*, come l'agevolazione della quotazione *ex art.* 18, sembra alquanto elastica e confliggente con il rigore impresso dai commi 1 e 2 dello stesso art. 4 e con la *ratio* ispiratrice della riforma.

Con riferimento al comma 9-*bis*, va detto che i servizi di interesse economico generale a rete sicuramente riguardano una pluralità di enti e la fruizione di una collettività molto ampia. Consentire, però, la partecipazione al capitale della società erogatrice (si pensi ai distributori dell'energia elettrica, del gas e dell'acqua potabile) nel caso in cui manchi l'approvvigionamento diretto da parte della collettività di riferimento dell'amministrazione investitrice e, dunque, al di fuori degli interessi che insistono sullo specifico e circoscritto territorio della stessa, appare alquanto

⁸⁶ *Ivi*, 77.

⁸⁷ *Ibidem*.

anomalo. Si ha l'impressione che il legislatore abbia giudicato, almeno con riferimento ad alcuni servizi, la partecipazione societaria una "forma di investimento" che può rivelarsi proficua per le amministrazioni pubbliche, indipendentemente dalla fruizione o dal godimento (attuale) delle prestazioni in favore della collettività amministrata, in presenza di norme contenute nello stesso testo legislativo che si dirigono nella direzione diametralmente opposta.

Il Consiglio di Stato, Commissione speciale, nel parere del 14 marzo 2017 n. 638/2017⁸⁸, aveva fatto, peraltro, rilevare la problematicità di simili previsioni. Aveva prospettato un contrasto con *la ratio* del t.u. n. 175, in quanto le norme erano idonee a legittimare ulteriori deroghe al medesimo testo legislativo, attraverso interventi amministrativi regionali; provvedimenti amministrativi che derogano ad una "disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile".

Tale possibilità, osservavano i giudici di Palazzo Spada, "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".

La critica potrebbe essere valida, ma solo in parte.

In realtà, l'art. 18, comma 1, lett. a), della l. del. n. 124 fa un accenno alla possibilità di concepire situazioni (peculiari) di deroga rispetto alla generale disciplina privatistica. Permangono dubbi, tuttavia, sulla possibile configurabilità di un vizio di eccesso di delega, non essendoci, tra i criteri direttivi dettati dalla medesima legge, specifiche e mirate disposizioni che giustifichino, senza incertezze, le diverse ipotesi derogatorie previste dai commi 9 e 9-*bis* dell'art. 4 del t.u. n. 175.

Sotto altro angolo visuale, va detto che, poiché le fattispecie derogatorie sono previste e consentite espressamente dal legislatore statale (delegato), titolare della potestà legislativa esclusiva in merito, non dovrebbero sussistere sospetti di illegittimità costituzionale per mancanza di uniformità della disciplina, ancorché, in concreto, tali deroghe siano attuabili con provvedimenti amministrativi regionali.

Le previsioni legislative statali regolatrici sono, infatti, vigenti univocamente in tutte le Regioni; ciò che varia è la facoltà, il potere di non applicare, in specifiche e limitate fattispecie concrete cristallizzate *ex lege*, il t.u. n. 175, ovvero alcune disposizioni di esso. Questa circostanza, in linea astratta, prescindendo, per un momento, dal profilo della logicità o meno delle previsioni in parola, non pare implicare, però, di per sé, problemi di natura costituzionale, anche perché interessa, allo stesso modo, tutte le P.A.

⁸⁸ In www.giustizia-amministrativa.it.

Rimarrebbero aperto il problema relativo al disposto dell'art. 4, comma 9, predetto. Stante la mancata precisazione legislativa, non risulta chiaro se il provvedimento governativo rivesta la forma di regolamento o di un provvedimento amministrativo generale⁸⁹. Certo, l'interrogativo, almeno per le amministrazioni dello Stato, riguarda, più che altro, la necessità o meno di acquisire il parere del Consiglio di Stato e la sottoposizione o meno del provvedimento al visto e alla registrazione della Corte dei conti.

In ogni caso, i commi 9 e 9-*bis* dell'art. 4 rappresentano norme ampliative o permissive e, pertanto, al di là dell'interrogativo circa la loro coerenza con la legge delega e con l'impianto del t.u. n. 175, dovrebbero essere "ben viste" dalle autonomie territoriali.

Per le Regioni a statuto ordinario e speciale e per le Province autonome di Trento e Bolzano i provvedimenti che dispongono le deroghe previste sono di pertinenza del relativo organo di vertice, secondo le rispettive legislazioni e, pertanto, non sembra esservi alcuna compressione della relativa autonomia.

Anzi, i provvedimenti in questione appaiono espressione di autodeterminazione e di autonomia di tali enti che con essi, ai sensi dei rispettivi ordinamenti, possono derogare a norme primarie dello Stato, emanate in ambiti di competenze (pure) esclusive statali. Appare, poi, priva di problematicità sia la trasmissione alla Corte dei conti sia la comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari e alla struttura ministeriale di cui all'art. 15 del t.u. n. 175 (organismo appositamente costituito per monitorare, indirizzare e coordinare le società a partecipazione pubblica). Si tratta, infatti, in questa evenienza, di organi centrali che vanno semplicemente notiziati e non possono adottare atti o provvedimenti inibitori o limitativi delle scelte operate dagli organi competenti delle autonomie territoriali.

Leggermente diversa è la situazione per gli enti locali: è il Presidente del Consiglio dei Ministri il soggetto competente ad emettere il decreto che autorizzi la deroga, pur su proposta motivata dell'organo di vertice dell'ente locale, e una simile circostanza potrebbe essere limitativa della relativa autonomia. Ciò, soprattutto, ove la proposta, benché adeguatamente motivata dall'organo di vertice dell'amministrazione locale, non sia affatto vincolante e possa essere discrezionalmente disattesa dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Sarebbe stato opportuno prevedere espressamente un'apposita motivazione dell'eventuale decreto di rigetto, modulata sulla mancata condivisione della richiesta dell'organo locale. Infatti la motivazione del Presidente del Consiglio dei Ministri rispetto alla proposta dell'organo di vertice dell'amministrazione locale, poiché si

⁸⁹ V. F. MATALUNI, *cit.*, 77.

inserirebbe in un procedimento preordinato all'emanazione di un regolamento o di un atto di carattere generale, non dovrebbe essere scontata, né implicita, considerato quanto prescritto dall'art. 3, comma 2, della legge n. 241 del 7 agosto 1990.

Va considerato, comunque, che non si dovrebbero registrare decreti governativi arbitrari, specie se dovessero rivestire la forma regolamentare, per quanto anzidetto, e che la norma dell'art. 4, comma 9, è, comunque, una disposizione meramente facoltizzante.

L'art. 4, comma 9-*bis*, potrebbe, invece, dare adito a sospetti di illegittimità costituzionale ed essere oggetto di censure sotto il profilo della ragionevolezza, apparendo la stessa disposizione, ancorché circondata da garanzie della sussistenza di specifici elementi e circostanze legittimanti e di un'apposita ed adeguata motivazione della deroga, in aperto contrasto con il precedente comma 1, cioè con il vincolo di scopo, che è una delle principali linee direttrici del t.u. n. 175.

5. Conclusioni

La materia delle partecipazioni pubbliche è stata, dunque riorganizzata e unificata con un insieme di norme vevoli per tutte le P.A., anche per Regioni ed enti locali.

Invero, la portata multidirezionale del testo unico n. 175, al cospetto dell'attuale Titolo V, Parte II, Cost.⁹⁰, si giustifica sulla base di una pluralità di materie di competenza legislativa esclusiva statale (come l'ordinamento civile, la tutela della concorrenza e l'armonizzazione dei bilanci pubblici) e, al contempo, di una materia concorrente (segnatamente, il coordinamento della finanza pubblica).

La l. del n. 124 aveva previsto, all'art. 1, comma 2, che il testo unico fosse approvato previo “parere” della Conferenza Unificata e non che dovesse essere oggetto di condivisione o di “intesa” con le Regioni e gli enti locali. Questo perché si trattava di regolamentare ambiti afferenti a competenze legislative esclusive statali.

Tuttavia, almeno con riferimento alle norme che prevedono limitazioni in ordine alle società che possono essere costituite o partecipate da Regioni ed enti locali, sembrava necessario il passaggio della bozza di decreto in Conferenza Unificata, per un'intesa, e non per il rilascio di un semplice parere, all'insegna della leale collaborazione tra i diversi livelli di governo (artt. 5 e 120 Cost.), oltre che (è

⁹⁰ Tra gli studi meno datati che trattano della riforma dell'ordinamento regionale attuata con la citata l. cost. n. 3/2001, v., anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, T. MARTINES – A. RUGGERI – C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2012; P. CAVALIERI, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2012; P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2016; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2017; R. BIN – G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, Bologna, Il Mulino, 2018.

possibile aggiungere) alla luce della tendenziale equiordinazione tra le diverse componenti della Repubblica consacrata costituzionalmente *ex art. 114 Cost.*

L'intervento statale, finalizzato a dettare una disciplina organica delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche, finiva per coinvolgere, infatti, profili pubblici attenenti (pure) alle "modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi riconducibili alla competenza residuale regionale, anche con riguardo alle partecipazioni degli enti locali che non abbiano come oggetto l'espletamento di funzioni fondamentali". Di qui la "concorrenza" di competenze statali e regionali che necessitavano lo svolgimento di idonee trattative con le Regioni e gli enti locali nella sede più confacente per consentire l'integrazione dei diversi punti di vista e delle differenti esigenze delle autonomie, cioè la Conferenza Unificata.

In tal senso, è intervenuta la Consulta che, con sentenza del 25 novembre 2016 n. 251⁹¹, ha censurato la l. del. n. 124 nella parte in cui prevedeva l'acquisizione di un semplice parere (per di più, da cui si potesse prescindere decorso infruttuosamente il termine di quarantacinque giorni prescritto per la sua adozione), anziché esigere una vera e propria intesa in sede di Conferenza Unificata. La situazione è stata successivamente sanata con l'intervento dell'intesa *ex post*, e, poi, portata a finalizzazione con il menzionato correttivo del 2017.

Essendosi pervenuti all'adozione del t.u. n. 175, con le correzioni del d. lgs. n. 100, all'insegna del principio di leale collaborazione, con il raggiungimento di un'intesa in sede di Conferenza Unificata, assai difficilmente potranno essere sollevati e accolti rilievi di incostituzionalità, se non altro sotto il profilo della compressione delle autonomie.

In realtà, soprattutto le Regioni avrebbero potuto rivendicare una loro sfera di autonomia connessa ad una competenza legislativa residuale *ex art. 117, comma 4, Cost.* (organizzazione e funzionamento degli uffici e dei servizi regionali). Ma l'esperienza, in certa misura sfavorevole, della giurisprudenza costituzionale pregressa (v., in particolare, Corte costituzionale sentenza del 8 maggio 2009 n. 148⁹²), può aver sconsigliato di rilevare il problema già in Conferenza Unificata, in sede di espressione dell'intesa.

In definitiva, non sembra criticabile, dal punto di vista della legittimità costituzionale, l'impianto complessivo del t.u. n. 175.

⁹¹ In www.federalismi.it, 2016. V., tra gli altri, i commenti di A. POGGI – G. BOGGERO, *Non si può riformare la P.A. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in *Federalismi*, 2016, di R. BIFULCO, *L'onda lunga della sent. n. 251/2016 della Corte costituzionale*, *ivi*, 2017 e di R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura ... legislativa? Un problema seguito dalla sent. n. 251/2016*, in *Rivista AIC*, 2017.

⁹² In www.federalismi.it, e in *Il Foro italiano*, 2010, I, 786.

Del resto, una riforma statale che si basa essenzialmente su una serie di materie di competenza esclusiva dello Stato e, al contempo, in modo particolare, su una materia concorrente, tutte trasversali, difficilmente potrebbe prevedere consistenti differenziazioni, per determinati enti rispetto ad altri, in presenza dei medesimi presupposti ed in vista degli stessi obiettivi (contenimento della spesa pubblica e limitazione al massimo delle prestazioni erogate dalle P.A. che potrebbero proficuamente essere svolte dai privati, tutela della concorrenza, introduzione di norme di diritto societario ecc.).

Tenuto conto di indirizzi consolidati del nostro giudice costituzionale, le competenze esclusive statali elencate e quella concorrente prima indicata, con le relative prerogative “annesse” e “connesse” del potere centrale per la tutela di interessi unitari, appaiono baluardi in grado di consentire alla legge statale di incidere o comprimere, in misura abbastanza consistente, l'autonomia di Regioni ed enti locali.

Va sottolineato, poi, come il t.u. n. 175 sembri in sintonia, in certa misura, con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., nella sua accezione orizzontale e verticale⁹³.

⁹³ Sul principio di sussidiarietà (considerando l'ordinamento europeo e quello interno e la sua dimensione orizzontale e verticale) la bibliografia è molto copiosa. Tra gli i contributi monografici v. P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Editoriale scientifica, 1996; F.A. ROVERSI MONACO (diretto da), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni: atti del convegno per il 40° anniversario della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 1997; G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, Cedam, 1998; A. RINELLA – R. COEN – R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamento costituzionale. Esperienze a confronto*, Padova, Cedam, 1999; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale: attuazioni e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2002; L. VIOLINI (a cura di) *Sussidiarietà e decentramento: approfondimenti sulle esperienze europee e sulle politiche regionali in Italia*, Milano, Guerini, 2003; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti: contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Bari, Cacucci, 2006; G.C. DE MARTIN, *Sussidiarietà e democrazia: esperienze a confronto e prospettive*, Padova, Cedam, 2008.

Tra gli scritti più brevi v. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, 7 ss.; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, 59 ss.; L. VANDELLI., *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali a proposito dell'art. 3B del Trattato sull'Unione europea*, *ivi*, 379 ss.; G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 405 ss.; R. CAFARI PANICO., *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, *ivi*, 381 ss.; V. PARISIO, *Europa delle Autonomie locali e principio di sussidiarietà: la “Carta europea delle Autonomie locali”*, in *Il Foro amministrativo*, 1995, 2124 ss.; R. DICKMANN, *Sussidiarietà, sovranità e regionalismo. Il ruolo delle assemblee parlamentari*, in *Diritto e società*, 1994, 273 ss. e 493 ss.; A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994, 1041 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Il Foro italiano*, 1995, IV, 373 ss.; M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 1995, 505 ss.

Le limitazioni generali introdotte non fanno altro che declinare il principio per cui le pubbliche autorità (a cominciare da quelle locali, territorialmente e funzionalmente più vicine ai cittadini, alle famiglie e alle imprese) devono lasciare debito spazio all'iniziativa privata, non avversarla se non è dannosa o antigiuridica, ma semmai stimolarla ed incentivarla, ad esempio arretrando la propria azione da

F.P. CASAVOLA, *Dal federalismo alla sussidiarietà: le ragioni di un principio*, in *Il Foro italiano*, 1996, V, 176 ss.; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, 603 ss.; G. FALCON, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Diritto e società*, 1998, 278 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, *ivi*, 1999, 433 ss.; A. D'ANDREA, *La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2000, 227 ss.; A. POGGI, *La sussidiarietà nelle riforme amministrative*, in *Quaderni regionali*, 2001, 933 ss.; L. IEVA, *Riflessioni sul principio di "sussidiarietà" nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2001, 81 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 13 ss. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, 51 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXV, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 2003, 1 ss., R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2004, I, 1018 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, ult. comma, Cost.*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I, Napoli, Jovene, 2005, 179 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, *ivi*, vol. II, 1753 ss.; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi*, 2006; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 895 ss.; F. NICOLETTI, *La promozione dell'attività di interesse generale degli enti privati tra sussidiarietà orizzontale e discrezionalità amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, 767 ss.

certi settori economici e affidando alcune attività, che soddisfino interessi pubblici, ai privati, in sintonia con il disposto dell'art. 118, comma 4, Cost.

Ove l'iniziativa privata spontanea risulti insufficiente o inadeguata, i pubblici poteri devono intervenire per sopperirvi, fornendo il sussidio necessario alle diverse componenti della collettività amministrata, per evitare che vengano sacrificati interessi apprezzabili della stessa o di parte di essa.

Volendo trarre delle conclusioni da quanto illustrato, il t.u. n. 175 (approfondito unicamente sotto determinati profili) appare valutabile positivamente, solo in parte.

Come evidenziato, infatti, alcune disposizioni appaiono quantomeno di dubbia legittimità costituzionale, presentando vistosi profili di irrazionalità, contraddittorietà ed irragionevolezza; altre norme, disponendo a tutto campo, sembrano entrare in conflitto con la Carta costituzionale per lesione delle prerogative regionali; altre prescrizioni, infine, fanno emergere qualche sospetto di attrito con la Carta fondamentale per eccesso di delega.

Sarebbe auspicabile, pertanto, l'eliminazione *in nuce* di tali plurimi elementi distorsivi mediante un intervento correttivo *ad hoc* in sede legislativa.