JACOPO BERCELLI

Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico

SOMMARIO: 1. Un testo unico ma di riforma radicale. 2. – Le norme volte a individuare i tipi di società e a definire il regime giuridico a essi applicabile. 3. – Una disciplina degli atti amministrativi, prima ancora che delle società partecipate. 4. – Il nodo della effettiva attuazione della riforma: la centralità degli atti deliberativi delle amministrazioni pubbliche, 5. – Obbligo di motivazione analitica e sindacabilità degli atti deliberativi. 6. – Ulteriori profili critici.

1. *Un testo unico ma di riforma radicale*

Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica non solo raccoglie e coordina la precedente frastagliata disciplina legislativa relativa alle società a partecipazione pubblica¹, ma altresì aspira a riforma

¹ Sulla qualificazione del testo normativo in oggetto come testo unico, cfr. in senso critico G. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in www.ridiam.it, p.5. G. CAIA, *Le società partecipate*, in *Treccani, Il libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017, pag. 220, sottolinea come si tratti di «un testo unico prevalentemente di “coordinamento” normativo», a fronte della presenza nella materia di una non esigua normativa, relativamente recente, assai sparsa e frammentata. In merito si ricorda che la qualità essenziale e comune dei testi unici è stata individuata dalla dottrina «nel solo rapporto (cronologico e funzionale) che in concreto s'instaura tra il contenuto di un determinato atto normativo a struttura unitaria ed il contenuto di una serie sparsa di disposizioni anteriori», E. CHELI, voce *Testo unico*, *Noviss. dig. Italiano*, vol. XIX, 1973, pag. 306; infatti, come sottolineato da C. ESPOSITO, voce *Testi unici*, *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, parte 2, Torino, 1940, pag. 181, «Un testo che disciplinasse da solo tutta una materia, senza sostituire una molteplicità di leggi sul medesimo argomento sarebbe una legge organica, un codice, ma non un Testo unico». Tuttavia, il riferimento al coordinamento non deve porre in secondo piano, nell'interpretazione del testo unico in oggetto, la circostanza che l'art. 18 della legge di delega n. 124 del 2015 pone anche principi quali norme generali che pongono già una prima e (almeno in parte) nuova regolazione della materia da un punto di vista sostanziale: in altri

mare in modo incisivo la possibilità per le amministrazioni pubbliche di essere e divenire azioniste di società di capitali².

Tale duplice carattere trova fondamento nella legge di delega l. 7 agosto 2015, n. 124, e specificamente nell'art. 18, comma 1°, ove si afferma che le due finalità prioritarie del riordino della disciplina debbano essere, da una parte, la chiarezza della disciplina e la semplificazione normativa, e dall'altra, la tutela e la promozione della concorrenza³.

termini il riferimento al concetto di coordinamento non deve fare intendere che il fine del legislatore delegato incontra un limite negativo implicito, rappresentato dal fatto che il fine ad esso assegnato non è tanto quello di introdurre una normativa nuova, quanto piuttosto appunto quello di coordinare la normazione precedente. Il testo unico in esame introduce nuove norme e modifica le disposizioni esistenti, per adeguarle a nuovi principi legislativi e a nuove esigenze, e dunque il grado di innovazione di questo testo unico appare elevato (la possibile gradazione di innovatività nei testi unici è stata evidenziata da C. ESPOSITO, *Caratteristiche essenziali (e comuni) dei testi unici delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1961, pag. 497-498). Per un approfondimento del concetto di coordinamento, nell'ambito dei principi e criteri direttivi di una delegazione legislativa all'adozione di un testo unico, cfr. L. CARLASSARE CAIANI, *Sulla natura giuridica dei testi unici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, pag. 74 ss.

Sul regime generale dei testi unici, come misura volta ad innalzare la qualità della regolazione, e sui relativi effetti abrogativi, cfr. G. SCIULLO, *Il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali: profili generali*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2001, pag. 221 ss.

² Il t.u. in oggetto viene infatti definito «uno dei tasselli più importanti della riforma amministrativa in corso» da M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, Prefazione, in *Il testo unico sulle società pubbliche*, diretto da G. MEO e A. NUZZO, Bari, 2016, pag. 9. Sul punto cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 8 ed., Torino, 2017, pag. 113; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 3 ed., pag. 356.

³ Sul rapporto tra società pubbliche e concorrenza, cfr. M. CAMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Ann. V, Milano, 2012, p. 1190 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 356, ove si sottolinea come «Per contrastare gli abusi negli anni più recenti sono state introdotte numerose leggi ispirate a tre obiettivi principali: – prevenire distorsioni della concorrenza limitando al massimo la possibilità delle pubbliche amministrazioni di operare con proprie società in ambiti propriamente di mercato», evidenziando come l'ordinamento europeo abbia in realtà un atteggiamento di neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese, e pertanto come «La scelta se favorire o contrastare il fenomeno delle società in mano pubblica dipende dunque da scelte prettamente nazionali». Considerazioni analoghe sono rinvenibili anche in M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, pag. 263. Sul rischio che la presenza di imprese in mano pubblica rallenti i processi di liberalizzazione, cfr. G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006, pag. 1005.

Sotto il primo profilo, si tratta di raccogliere, coordinare e semplificare la disciplina legislativa vigente in tema di società a partecipazione pubblica. L'obiettivo è quello di dettare una disciplina organica e completa dei tipi di società a partecipazione pubblica ammissibili e del regime giuridico ad esse applicabile, superando così anche i divergenti indirizzi interpretativi, sia dottrinali che giurisprudenziali, che negli anni erano stati elaborati⁴.

Sotto il secondo, si mira sostanzialmente ad una razionalizzazione, ossia ad una riduzione dei casi in cui le amministrazioni pubbliche possano partecipare al capitale di società. Il legislatore conferma e rafforza una scelta di politica economica e istituzionale, volta nella sostanza a ridurre la possibilità per le amministrazioni pubbliche di ricorrere nel futuro e continuare ad utilizzare nel presente lo strumento della società a partecipazione pubblica⁵.

⁴ Da ultimo, una ricostruzione sintetica ed efficace delle diverse nozioni elaborate con riferimento alle società a partecipazione pubblica, a partire dalla nozione di ente pubblico in forma privatistica, cfr. G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa, Principi*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, 2013, pag. 169 ss.; ancora per una efficace ricostruzione, cfr. F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, voce del *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. VI, pag. 5600 ss.

Cfr. G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, pag. 123 ss.; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, pag. 207 ss.; G. PASTORI, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI – G. MORBIDELLI, Torino, 1994, pag. 320; V. CERULLI IRELLI, "Ente pubblico": *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI – G. MORBIDELLI, Torino, 1994, pag. 84 ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997, pag. 227 ss.;

L'evoluzione giurisprudenziale sulla sostanziale qualificazione delle società a partecipazione pubblica è analizzata da M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pag. 855 ss.

⁵ Per un inquadramento delle società a partecipazione pubblica nell'evoluzione dei modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni, cfr. F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, 5 ed., Torino, 2017, pag. 53 ss. Ivi si evidenzia come dal punto di vista dell'evoluzione legislativa il periodo d'oro di questo modello pare essere passato, in quanto «Negli ultimi tempi l'atteggiamento del legislatore nei confronti delle società a partecipazione pubblica è profondamente cambiato: prendendo atto che esse non hanno determinato una maggiore efficienza nella gestione dei servizi e che ne hanno anzi aumentato i costi, si è fatto molto più severo» (pag. 63). Per l'analisi del ruolo delle società a partecipazione pubblica nell'evoluzione della costituzione economica, cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1995.

L'effettiva attuazione di tale scelte legislativa passa necessariamente attraverso gli atti deliberativi delle pubbliche amministrazioni, quali provvedimenti amministrativi di scelta organizzativa discrezionale⁶. E all'adozione di tali atti si deve arrivare mediante un'attività conoscitiva, istruttoria tecnico-economica e procedimentale, che si rivela decisiva per l'individuazione dell'interesse pubblico in concreto e il corretto esercizio della discrezionalità attribuita all'amministrazione⁷.

E il legislatore detta una nuova e specifica disciplina per tali provvedimenti amministrativi ed il loro procedimento⁸, proprio per garantire che tali atti deliberativi perseguano concretamente l'obiettivo della razionalizzazione delle partecipazioni e la tutela e promozione della concorrenza⁹.

La tendenza era già stata evidenziata dalla giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, ad. Plen, 3 giugno 2011, n. 10, ove, al p.to 34.4. si osserva come *«L'evoluzione normativa mostra un netto sfavore per la costituzione e mantenimento di società da parte di enti pubblici, persino per quanto riguarda gli enti locali, nonostante il loro riconoscimento costituzionale come enti territoriali autonomi a fini generali, e persino quando si tratta di società create per i fini istituzionali dell'ente»*.

⁶ Si tratta infatti di atti di *«scelta organizzativa discrezionale»*, di *«scelta organizzativa afferente al perseguimento dell'interesse pubblico, che si esercita mediante un atto di natura pubblicistica»*: Cons. Stato, ad. Plen, 3 giugno 2011, n. 10, p.ti 17.9 e 17.10.

⁷ Da ultimo, per una chiara ricostruzione dell'inscindibile rapporto tra attività conoscitiva, istruttoria, procedimento e determinazione dell'interesse pubblico in concreto, nell'evoluzione della teoria della discrezionalità amministrativa, cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2017, pag. 109 ss. R. VILLATA, G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Milano, 1996, pag. 577: *«La disciplina del singolo procedimento segna dunque non solo il percorso dell'attuazione del potere, ma anche le coordinate per la decisione. Non è forma scindibile dal contenuto»*.

⁸ *«Queste norme, va ribadito, non riguardano la disciplina delle società, non si pongono quindi come derogatorie alla disciplina civilistica ma esauriscono l'ambito della loro applicazione all'interno delle pubbliche amministrazioni»*, G. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in *www.ridiam.it*, p.4. Per una ricostruzione generale della procedimentalizzazione del percorso decisionale delle pubbliche amministrazioni nel testo unico, cfr. G. PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel novo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel testo unico*, Milano, 2017, pag. 25 ss.

⁹ Per un'analisi del rapporto, in astratto e in concreto, tra costituzione di società a partecipazione pubblica e tutela della concorrenza, cfr. A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlativi di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema ?*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI, *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011, pag. 70 ss.

Tale nuova disciplina si caratterizza per i seguenti elementi: – una predeterminazione normativa precisa e dettagliata dei presupposti e dei criteri che devono essere posti a base di tali atti (art. 4, commi 1° e 2°; art. 5, comma 1°); – l’attribuzione della competenza agli organi di indirizzo politico-amministrativo (art. 7, comma 1°); – una specifica procedimentalizzazione, che prevede anche forme di consultazione pubblica (art. 5, comma 2°); – un onere di motivazione rafforzato, con imposizione di un motivazione analitica (art. 5, comma 1°); – una sorta di controllo successivo di tali atti, con la trasmissione degli stessi alla Corte dei Conti, all’Autorità garante della concorrenza e del mercato e all’apposita struttura di controllo e monitoraggio istituita presso il Ministero dell’economia e delle finanze (art. 5, comma 3°; art. 20, comma 3°; art. 24, comma 1°); – chiare conseguenze di inefficacia dei contratti conclusi a valle di provvedimenti dichiarati illegittimi (art. 7, comma 6°; art. 8, comma 2°; art. 10, comma 3°).

Tale nuova disciplina procedimentale e sostanziale va interpretata e applicata nel nuovo quadro sistematico e teleologico delineato dal legislatore, e dunque anzitutto alla luce degli obiettivi di razionalizzazione delle partecipazioni e del principio di tutela e promozione della concorrenza.

L’interpretazione sistematica e teleologica sopra indicata si impone anzitutto alle pubbliche amministrazioni interessate, le quali debbono informare a tale quadro di interessi pubblici individuati dal legislatore l’attività conoscitiva, istruttoria, procedimentale e l’esercizio della discrezionalità. Ma tale interpretazione si impone conseguentemente – e questo vuole essere l’oggetto specifico del presente contributo – al giudice amministrativo, che da essa dovrebbe trarre – a giudizio di chi scrive – conseguenze significative in termini di qualificazione di tali atti e, soprattutto, di sindacabilità degli stessi¹⁰.

L’individuazione dei profili e limiti della sindacabilità di questi atti appare centrale per l’attuazione della riforma, perché solo un sindacato incisivo da parte del giudice amministrativo può contribuire a spingere le amministrazioni ad una interpretazione rigorosa delle norme e ad un esercizio corretto della discrezionalità organizzativa.

¹⁰ La giurisdizionale del giudice amministrativo su tali atti è autorevolmente argomentata da Cons. Stato, ad. Plen, 3 giugno 2011, n. 10, p.to 17.6., i cui si afferma la «sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti unilaterali prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima».

E, come sempre accade nella sistematica del diritto amministrativo, l'individuazione dei profili e limiti della sindacabilità va insieme ed è intimamente congiunta al tema della qualificazione sostanziale del provvedimento: qualificazione e sindacabilità vanno definiti insieme e unitariamente, perché – alla fine – la decisione “dogmatica” sulla qualificazione del provvedimento viene influenzata e dipende dagli intenti riguardo alla misura e ai limiti della sindacabilità¹¹.

Dunque, centrale anche per la qualificazione giuridica dei provvedimenti in questione, è che nel giudice amministrativo sorga il convincimento della necessità, per l'attuazione della riforma, di un suo sindacato penetrante sulla discrezionalità esercitata in sede di organizzazione e riorganizzazione delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, anzitutto sotto il profilo – cruciale – della completezza dell'istruttoria e della completezza e accuratezza della ponderazione svolta¹².

Un altro elemento di natura sistematica va subito evidenziato, perché incidente sulla qualificazione di questa categoria di atti deliberativi delle amministrazioni pubbliche e sulla loro sindacabilità.

Gli atti deliberativi di costituzione, partecipazione e alienazione di partecipazioni in società di capitali, per quanto definiti di “organizzazione” e attribuiti alla competenza di organi di indirizzo politico-amministrativo, sono provvedimenti amministrativi che hanno effetti giuridici immediati e diretti all'esterno, nei confronti di soggetti privati destinatari dell'atto stesso, e dunque possono certamente essere considerati – se del caso – immediatamente lesivi di loro interessi legittimi e diritti soggettivi.

Tali effetti si producono anzitutto nei confronti del destinatario immediato, che è di regola rappresentato dalla società le cui azioni si decide di acquistare o alienare. Sotto questo profilo sono assai significative tutte le sentenze del giudice amministrativo che si è pronunciato su ricorsi proposti dalle società partecipate per contestare la legittimità delle deliberazioni di alienazione o di scioglimento adottate dalle pubbliche amministrazioni partecipanti¹³.

¹¹ Sulla valenza garantista dell'atto amministrativo e il rapporto tra esigenze di garanzia del privato e qualificazione degli atti amministrativi, cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pag. 8–12.

¹² L'evoluzione, dottrinale e giurisprudenziale, del vizio di difetto di istruttoria è ricostruito da R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pag. 526-528.

¹³ Cfr. a titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2016, n. 5193;

Inoltre, si deve altresì evidenziare la possibilità che queste stesse deliberazioni – in alcune circostanze concrete – possano essere considerate produttive di effetti anche nei confronti di terzi, ossia delle imprese private che operano in regime di concorrenza nel mercato in cui andrebbe ad operare o già opera la società partecipata¹⁴.

Questa prospettiva di qualificazione giuridica degli interessi delle imprese private del settore deriva dalla circostanza che il legislatore ha espressamente messo in correlazione gli atti deliberativi in oggetto con il principio di tutela e promozione della concorrenza.

Questo significa aver preso espressamente atto e aver dato giuridica rilevanza al fatto che i provvedimenti con cui un'amministrazione delibera la costituzione di una società partecipata, o la partecipazione alla stessa, o la non messa in liquidazione o cessione della stessa in sede di revisione straordinaria o razionalizzazione periodica, possono produrre effetti significativi (oltre che nei confronti della società interessata) anche nei confronti delle imprese private operanti in quel mercato.

Detto altrimenti, in base alla disciplina del testo unico, appare possibile – sulla base delle circostanze concrete – configurare, in capo alle imprese private operanti in quel mercato, una posizione giuridica differenziata e qualificata, di interesse legittimo al rispetto delle prescrizioni limitative contenute nel testo unico stesso¹⁵. Queste imprese possono

Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2016, n. 4688; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 13 ottobre 2015, n. 1305.

¹⁴ In tale prospettiva, cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543.

Per un inquadramento del tema della configurabilità di posizioni di interesse legittimo in capo alle imprese operanti in un settore in relazione al rispetto della normativa di tutela e promozione della concorrenza, cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONCACO, G. MORBIDELLI, Torino, 2007, pag. 266 ss., nonché M. MACCHIA, *La legittimazione delle imprese concorrenti ad impugnare i provvedimenti antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, pag. 37 ss.

¹⁵ Cfr. quanto efficacemente sintetizzato da A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, pag. 67-68: «perché si possa avere un interesse legittimo è necessario che il potere dell'amministrazione coinvolga un soggetto che, rispetto a tale potere, sia titolare di un interesse non solo differenziato, ma anche sancito e riconosciuto dall'ordinamento. ... In realtà non sempre la norma che disciplina il potere identifica i soggetti direttamente interessati: anzi molto spesso la norma non si cura di identificarli. Frequentemente, invece, la qualificazione viene ricavata dalla giurisprudenza in base alla rilevanza attribuita a quell'interesse dall'ordinamento nel suo complesso e alla incidenza concreta dell'azione amministrativa su tale interesse. ... Tutto ciò, però, introduce anche elementi di incertezza e opinabilità».

essere considerate, in base alle circostanze concrete, soggetti interessati in relazione all'adozione di siffatti provvedimenti, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini procedurali e di legittimazione processuale. In particolare, quando una delibera si ponga in contrasto con la tutela e la promozione della concorrenza, non vi è solo la legittimazione processuale attribuita *ex lege* all'AGCM espressamente richiamata nel testo unico, ma può essere configurabile – in alcuni casi concreti – anche una legittimazione da lesione di interesse legittimo in capo alle imprese private operanti nel settore in regime di concorrenza.

A fronte della presenza nel testo unico di due diverse categorie di norme (norme volte a disciplinare le società partecipate, dirette a chiarire il loro regime giuridico e di operatività; norme dirette alle amministrazioni pubbliche, per disciplinare e limitare il loro ricorso allo strumento societario), si procederà prima ad una breve analisi della prima categoria, per poi concentrarsi sul profilo del nuovo regime giuridico degli atti deliberativi delle amministrazioni pubbliche e della loro sindacabilità.

2. *Le norme volte a individuare i tipi di società e a definire il regime giuridico ad essi applicabile*

Certamente la necessità di una sistemazione del regime giuridico per tipi di società era particolarmente avvertito nel nostro ordinamento: basti citare la più recente voce enciclopedica dedicata alle società pubbliche, la quale inizia proprio constatando come l'ordinamento contemplici «*decine di tipi di società, di singole figure societarie, disciplinati da norme e principi differenti, tali da rendere quello delle società pubbliche un ambito segnato da diritti speciali e singolari*»¹⁶.

¹⁶ M. CAMMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, cit., pag. 1190, nonché pag. 1205. D'altra parte, si ricorda che nel 1958 M.S. GIANNINI, dopo aver ricostruito le stratificazioni storiche della legislazione italiana sulle imprese pubbliche, concludeva come «*È innegabile che, visto da lontano, il complesso delle imprese pubbliche in Italia, nelle loro varietà strutturali, si mostra disordinato, e che il principio generale sin qui esso ha ottemperato sembra essere quello della confusione*» (*Le imprese pubbliche in Italia*, oggi pubblicato in *Scritti*, vol. IV, pag. 364 ss., e specificamente pag. 411).

La circostanza che le società pubbliche non rappresentassero in alcun modo una categoria omogenea era rimarcato da M.P. CHITI, *La carenza della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici di un riordino*, in *Gior. Dir. amm.*, 2009, pag. 1117, ove efficacemente si afferma che «*In realtà, siamo palesemente di fronte*

Sotto questo profilo l'indicazione della legge delega era molto chiara: si chiedeva di distinguere i tipi di società, di individuare il regime giuridico applicabile ai diversi tipi, e soprattutto di individuare questo regime: 1) partendo dalla disciplina privatistica, 2) individuando una serie di deroghe a tale disciplina, 3) modulando le deroghe con il criterio della proporzionalità di ciascuna deroga ai diversi tipi di società.

Ci si deve chiedere se queste tre indicazioni della legge di delega siano state sviluppate in modo adeguato nel testo unico.

La risposta deve essere articolata.

Certamente nel testo unico è dettata con chiarezza la regola generale che di base, e in assenza di deroghe espresse, alle società a partecipazione pubblica si applicano le norme codicistiche sulle società e le norme generali di diritto privato.

Meno sviluppata invece appare non solo la distinzione tra tipi di società, ma soprattutto un'individuazione delle deroghe alla disciplina privatistica che sia modulata per tipi di società.

Il Parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto aveva evidenziato come, alla luce della legge di delega, vi fosse la necessità che il testo unico delineasse in modo più articolato i diversi modelli societari¹⁷.

In particolare il Consiglio di Stato aveva proposto di suddividere tali società secondo due modelli generali, uno soggetto ad una regolazione prevalentemente privatistica ed uno soggetto ad una regolazione prevalentemente pubblicistica, con una conseguente diversa intensità di deroghe rispetto alla disciplina privatistica.

ad una non-categoria, se si esclude l'unico elemento costante rappresentato dalla partecipazione pubblica (ma anche questa con entità assai diverse, che non implicano giuridicamente solo differenti profili quantitativi, ma anche di qualità)».

L'auspicio che il legislatore avviasse un processo di riordino, mediante l'approvazione di una legge di delega finalizzata a operare una revisione generale della congerie di disposizioni legislative vigenti, si trovava già espresso da M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni, cit.*, pag. 265.

La complessità tipologica delle società pubbliche, nonché la necessità di introdurre norme e principi generali, è evidenziata da G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie, cit.*, rispettivamente pag. 1001 e 1014. Sulla tipologia e regime applicabile alle società per azioni con partecipazione pubblica, cfr. altresì C. LACAVALA, *L'impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, IV, 2 ed., Milano, 2003, pag. 3926 ss.

Per la ricostruzione del quadro delle società a partecipazione statale, cfr. *Le società a partecipazione statale, Rapporto IRPA 2015*, a cura di M. MACCHIA, Napoli, 2015.

¹⁷ Cons. Stato, Commissione speciale, parere 21 aprile 2016, n. 968.

Questa indicazione non è stata accolta e questo forse rappresenta la prima occasione mancata del nuovo testo unico.

Al di là di questa osservazione critica, nell'ambito di questo primo gruppo di disposizioni ci si deve soffermare sulla norma contenuta nell'art. 1, comma 3°, del Testo Unico, ai sensi della quale «*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*».

Si tratta di una norma che riprende l'impostazione originaria del Codice civile¹⁸.

La sua formulazione appare simile, ma non è identica, a quella dell'art. 4, comma 13°, del d.l. n. 95 del 2012. Si colgono due differenze. La prima è che nel d.l. del 2012 il riferimento era limitato alla «*disciplina del codice civile in materia di società di capitali*»; nell'art. 1, comma 3°, del testo unico la clausola generale è più ampia, riferendosi non solo alle «*norme sulle società contenute nel codice civile*», ma altresì alle «*norme generali di diritto privato*». La seconda è che la norma del decreto legge del 2012 era una norma esplicitamente interpretativa della disciplina vigente¹⁹, mentre l'art. 1, comma 3°, è norma idonea a innovare l'ordinamento giuridico.

L'inserimento nell'art. 1, comma 3° del riferimento alle norme generali di diritto privato, unitamente alla collocazione della previsione nell'art. 1 di un testo che si qualifica come «*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*», potrebbe fare ipotizzare una radicale portata innovativa di tale norma rispetto al quadro preesistente. Si potrebbe infatti sostenere che la clausola generale di rinvio al diritto privato (salva deroga espressa contenuta nel testo unico) investa complessivamente il regime giuridico delle società partecipate, e dunque comprenda non solo lo statuto societario in senso stretto, ma anche ogni profilo relativo all'attività delle società partecipate²⁰.

L'art. 1, comma 3° potrebbe dunque essere interpretato come la

¹⁸ Cfr. H. BONURA, G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2016, pag. 724, nota 7. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, pag. 215.

¹⁹ Cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanza 23 gennaio 2015, n. 1237

²⁰ Si osserva che nel testo unico vi sono norme di deroga espressa riferite non allo statuto societario ma al regime privatistico generale dell'attività delle società partecipate: cfr. l'art. 16, comma 7° in tema di acquisto di lavori, beni e servizi; l'art. 19, comma 2° in materia di reclutamento del personale; l'art. 22 in materia di trasparenza.

norma che pone fine a quel processo di “pubblicizzazione”, anche c.d. “funzionale”²¹, del regime giuridico delle società partecipate che si è sviluppato negli anni²². Sulla base della lettura sopra indicata, infatti, si arriverebbe a ritenere che le leggi di diritto pubblico, sia speciali sia generali, potrebbero e dovrebbero essere escluse dall’ambito della disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica, salvo «quanto derogato dalle disposizioni del presente decreto». In altre parole: alle società in oggetto si applicherebbe sempre e solo la disciplina privatistica, con esclusione dunque della possibilità di applicare ad esse qualsiasi disciplina pubblicistica che non sia espressamente posta, a titolo di deroga, dal decreto stesso.

Una siffatta interpretazione apparirebbe d’altra parte coerente con la volontà del legislatore di porre un “testo unico” in materia di società a partecipazione pubblica²³.

Essa tuttavia, con evidenza, avrebbe anche l’effetto, mediante il meccanismo dell’abrogazione implicita, per rinnovazione di materia, di

²¹ Sul tale nozione cfr. G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa, Principi*, cit., pag. 176, ove si ricorda che «*Il problema dell’identificazione degli enti pubblici si è ridimensionato negli anni recenti in presenza di disposizioni che indicano le amministrazioni pubbliche destinatarie delle disposizioni da esse introdotte. Si tratta di definizioni c.d. funzionali, nel senso che definiscono, ai limitati fini di applicazione di una data disciplina, l’ambito delle amministrazioni pubbliche (ma può dirsi meglio degli enti pubblici, essendo fuori questione la pubblicità dei pubblici poteri) che ne sono soggette*». Cfr. G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici” ?* in *Dir. Amm.*, 2013, pag. 801 ss.; ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pag. 171 ss.; ID., voce *Enti pubblici*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. III, Milano, 2006, pag. 2230. S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, a pag. 98 affermava: «*Si è infatti compreso che l’ordinamento non regolava in maniera uniforme gli enti pubblici in quanto pubblici e che quindi ben scarsa importanza ha il definire pubblico anziché privato un ente, mentre molto più importante è studiare il modo di formazione della volontà dell’ente, la capacità di cui gode e la disciplina della sua attività*».

²² Per una ricostruzione generale di tale processo, cfr. M. CAMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, cit., pag. 1205.

²³ Cfr. V. ANGIOLINI, voce *Testo unico*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, pag. 528, ove, con riferimento ai testo unici normativi, si rimarca che «*il criterio di unificazione che presiede ai testi unici dovrebbe portare a ritenere che essi debbano essere interpretati, tendenzialmente, come riassuntivi dell’intera disciplina della materia o dell’oggetto su cui essi operino: se il testo unico procede all’unificazione della disciplina in una determinata materia, esso, fino a che non sia provato il contrario, non può non ambire, affinché l’unificazione sia compiuta, ad esaurire ogni aspetto della disciplina di quella materia medesima*».

rendere inapplicabili alle società a partecipazione pubblica le discipline pubblicistiche non richiamate a titolo di deroga nel testo unico, comprese quelle discipline la cui applicazione a dette società è assai consolidata nel nostro ordinamento²⁴.

Nei primi commenti dottrinali al testo unico, tale opzione ermeneutica neppure viene prospettata, dandosi al contrario per scontata la considerazione che «*il decreto 175 non si è preoccupato di stabilire in quali casi le società pubbliche debbano applicare specifici regimi pubblicistici (accesso, contratti pubblici, procedimento, trasparenza, amministrazione digitale, armonizzazione contabile)*»²⁵.

La norma contenuta nell'art. 1, comma 3°, infatti, viene ricostruita come riferita esclusivamente allo statuto della società, e non al generale regime giuridico applicabile alle società e alla loro attività²⁶.

In questo senso si è pronunciato il Parere del Consiglio di Stato n. 968 del 2016, ove si afferma che all'intervento di regolazione il legislatore ha voluto assegnare «*una valenza prettamente privatistica*» (parte II, p.to 1). Nello stesso senso, sempre il Consiglio di Stato, nel parere n. 335/2017 del 14 marzo 2017 sul Correttivo, non ha evidenziato la sussistenza di problemi di compatibilità tra la nuova clausola generale dell'art. 1, comma 3° e la sopravvivenza fuori dal testo unico di discipline pubblicistiche applicabili alle società a partecipazione pubblica.

Dunque, si deve prendere atto che si è già affermata una lettura della clausola generale di rinvio al diritto privato come limitata allo statuto societario, senza estensione della stessa al generale regime giuridico applicabile alle società partecipate.

²⁴ Il Consiglio di Stato, nel par. 6 parte I del Parere n. 968/2016, sottolineava come il legislatore avesse nel corso degli anni introdotto rispetto alla disciplina codicistica una serie di «deroghe», con norme imperative di diritto privato e pubblico. Le deroghe di diritto privato hanno riguardato l'organizzazione e l'attività. Le deroghe di diritto pubblico sono quelle che hanno previsto l'applicazione a dette società del regime di diritto amministrativo. In proposito il Parere fa specifico riferimento: all'art. 29 della legge n. 241 del 1990; al codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 163 del 2006; alle norme di diritto pubblico di scelta del socio nelle società miste.

²⁵ H. BONURA, G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, cit., pag. 723.

²⁶ Cfr. H. BONURA, *Le partecipazioni pubbliche*, in *La riforma della pubblica amministrazione*, a cura di B.G. MATTARELLA e E. D'ALTERIO, Milano, 2017, pag. 347. Nello stesso senso pare essere la posizione di M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, Relazione al Convegno di Varenna 2016, in corso di pubblicazione, ove si specifica che «*le deroghe al diritto societario sono soltanto quelle contenute nel decreto*».

Sotto questo profilo, ci si limita qui ad osservare come l'individuare tutte le deroghe pubblicistiche rispetto al complessivo regime privatistico di tali società rientrava nell'oggetto della delega e avrebbe potuto rappresentare un contenuto fondamentale del testo unico in quanto tale. In questo senso, il Consiglio di Stato nel Parere 968/2016, al p.to 1.1. della parte II, aveva segnalato «l'opportunità di un richiamo espresso alle "norme generali di diritto amministrativo", che sono, essenzialmente, quelle contenute nella legge n. 241 del 1990 e nel Codice dei contratti pubblici»²⁷.

Questa dunque – a giudizio di chi scrive – può essere considerata la seconda occasione mancata del testo unico.

Ciò va affermato anche perché, a giudizio di chi scrive, un'individuazione tassativa nel testo unico di tutte le deroghe pubblicistiche al regime giuridico generale delle società a partecipazione pubblica avrebbe sottratto il regime giuridico delle società a partecipazione pubblica alle dinamiche di quella che – da ultimo – la VI sez, del Consiglio di Stato chiama «nozione "funzionale" e "cangiante" di ente pubblico» (cfr. le due sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, rel. Giovagnoli, sulla natura delle Università libere n. 3043 del 2016 e la n. 2660 del 2015).

Questa ricostruzione del Consiglio di Stato parte dalla constatazione che, quando il legislatore menziona l'ente pubblico come destinatario di una disciplina pubblicistica, senza esplicitare se tale disciplina pubblicistica si debba applicare anche a soggetti che sono formalmente privati ma presentano indici di pubblicità, possono sorgere incertezze interpretative.

Queste incertezze, dice il Consiglio di Stato, vanno risolte «in funzione della ratio della disciplina pubblicistica da applicare», e dunque dando rilievo centrale «ai criteri teleologico e sistematico». Si tratta dell'identica terminologia che G. Napolitano usava nel suo saggio del 2003, ove si legge che il regime giuridico dei soggetti privati "enti pubblici" va ricostruito «in via interpretativa, con il solo ausilio di argomenti sistematici e teleologici»²⁸.

²⁷ Prosegue il parere: «La prima [legge n. 241 del 1990], non espressamente abrogata, trova applicazione, in virtù del richiamo effettuato alle società a partecipazione pubblica dall'art. 29 della legge stessa, nel caso in cui esse svolgono funzioni amministrative. La seconda [Codice dei contratti pubblici] trova applicazione in tutti i casi in cui le predette società pongono in essere consentite attività nel settore dei contratti di appalto e servizi pubblici».

²⁸ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, cit., pag. 801 ss.; ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pag. 171 ss.; ID., voce *Enti pubblici*, cit., pag. 2230.

A giudizio di chi scrive, indicare espressamente nel t.u. tutte le deroghe pubblicistiche e così sottrarre le società a partecipazione pubblica a questa dinamica interpretativa e ricostruttiva, avrebbe contribuito alla certezza del diritto. Ciò in quanto l'uso che il Consiglio di Stato ha fatto nelle recenti pronunce in tema di società partecipate della prospettiva ricostruttiva funzionale, ossia del criterio teleologico e sistematico, per allargare o restringere la nozione di ente pubblico non appare né lineare né univoco.

Nelle due già citate sentenze sulle Università libere, le argomentazioni utilizzate sembrano piuttosto opinabili, ed anche in altre recenti sentenze, ad esempio in tema di applicazione alle società *in house* della disciplina dei concorsi pubblici, (Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643; Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2015, n. n.4510), l'uso del criterio teleologico e sistematico non sembrava portare a risultati sicuri e omogenei.

3. *Una disciplina degli atti amministrativi, prima ancora che delle società partecipate*

Si deve ora passare a considerare la seconda finalità e il secondo gruppo di norme contenute nel testo unico.

Si procede così anche a sgombrare il campo da un possibile equivoco cui potrebbe indurre il titolo del Testo Unico.

Il titolo del Testo Unico, con il suo riferimento esclusivo alle «società a partecipazione pubblica» potrebbe infatti far pensare che il suo oggetto fondamentale sia un particolare fenomeno societario, da inquadrare e studiare nell'ambito del diritto civile e societario.

In realtà, già i commi 1° e 2° dell'art. 1 del d.lgs. chiariscono che l'oggetto primo della nuova normativa non è rappresentato dal regime giuridico delle società partecipate, ma dagli atti deliberativi di organizzazione delle amministrazioni pubbliche partecipanti²⁹.

L'art. 1, comma 1°, infatti prevede che «*Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta*».

²⁹ Tale prospettiva del testo unico è colta da G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016, pag. 76 ss.

La centralità delle amministrazioni pubbliche trova conferma anche nel comma 2° del medesimo art. 1, dove vengono indicate le finalità e gli interessi pubblici primari sottesi alla disciplina del Testo Unico. Tali finalità e interessi sono: «*l'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche*», che con ogni evidenza riguarda l'amministrazione socia; la «*tutela e promozione della concorrenza e del mercato*», quale interesse pubblico che deve essere tutelato dalle pubbliche amministrazioni; la «*razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica*», quale interesse dell'apparato amministrativo³⁰.

Pertanto il Testo Unico va letto e inquadrato anzitutto dal punto di vista del ruolo delle Amministrazioni pubbliche. Come sottolineato dalla dottrina³¹, se è vero che la natura pubblica del socio non muta la natura della società, è altrettanto vero che la natura di diritto privato della società non può modificare la natura pubblica degli interessi che le amministrazioni pubbliche, anche come socie di società, devono soddisfare. Gli interessi perseguiti dalle amministrazioni pubbliche che siano o vogliano divenire socie di società di capitali sono interessi pubblici, e rimangono tali senza divenire interessi privati anche quando vengono perseguiti tramite una società di capitali. Non si deve dunque cadere nell'equivoco di pensare che, siccome l'ordinamento europeo manifesta indifferenza rispetto al regime di proprietà pubblica o privata del capitale della società vigente negli Stati membri, allora se ne possa dedurre una irrilevanza giuridica del carattere pubblico del socio e degli interessi che questi deve perseguire. Dunque, la rilevanza giuridica della natura pubblica del soggetto socio c'è, anche se inerisce all'ordinamento del soggetto pubblico proprietario mentre non è opponibile ai terzi.

Tutte le scelte fondamentali, a monte, riguardanti la decisione di costituire una società, di partecipare ad una società già costituita o di alienare una partecipazione azionaria, sono sottoposte dagli artt. 7, 8 e 10 del testo unico al regime giuridico del provvedimento amministrativo. Allo stesso regime sono riportati gli atti di revisione straordinaria delle partecipazioni (art. 24) e di razionalizzazione periodica delle stesse (art. 20).

³⁰ Si tratta di finalità riconducibili ai principi di imparzialità e buon andamento, posti dall'art. 97 cost. a regole dell'organizzazione pubblica e dell'utilizzo delle risorse pubbliche: cfr. G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in *Servizi pubblici e società private, quali regole?*, a cura di V. DOMENICHELLI e G. SALA, Padova, 2007, pag. 72.

³¹ Cfr. G. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in *www.ridiam.it*, p.6.

Si tratta di atti di esercizio di un potere amministrativo propriamente detto, che sfocia nell'adozione di provvedimenti amministrativi discrezionali, la cui cognizione rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 119, comma 1° lett. c) del c.p.a.³².

E il testo unico lega proprio al regime di legittimità di tali provvedimenti amministrativi l'efficacia dei contratti stipulati a valle di essi, per l'acquisto o l'alienazione delle partecipazioni azionarie (cfr. art. 8, comma 2°; art. 10, comma 3°).

4. Il nodo della effettiva attuazione della riforma: la centralità degli atti deliberativi delle amministrazioni pubbliche

Sia i primi commentatori del Testo Unico, sia i Pareri del Consiglio di Stato pronunciati sullo schema di d.lgs. e sul correttivo del d.lgs. stesso, hanno evidenziato come il punto nodale della riforma voluta e impostata dal Testo Unico sia rappresentata dalla sua effettiva attuazione³³.

Tale attuazione è affidata alle amministrazioni pubbliche che siano o vogliano divenire socie di società di capitali e si concretizza negli «atti deliberativi» di natura organizzativa che tali amministrazioni devono e dovranno adottare.

Di conseguenza, e in modo solo apparentemente paradossale, si può affermare che al centro della riforma del sistema delle società partecipate ci sono il provvedimento amministrativo, la sua motivazione, l'istruttoria e il procedimento amministrativo, nonché i profili e limiti della sindacabilità da parte del giudice amministrativo.

Le norme dirette alle pubbliche amministrazioni pongono stringenti vincoli e limiti all'adozione degli atti deliberativi delle amministrazioni stesse relativi ai profili fondamentali in tema di partecipazioni azionarie in società di capitali.

La competenza all'adozione di tali atti è fissata dall'art. 7 del Testo Unico.

L'art. 4, comma 1°, pone uno stringente vincolo di finalità al mantenimento e all'acquisizione di partecipazioni azionarie: si possono

³² Si tratta dunque di ipotesi diverse da quella esaminata e attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario da Tar Liguria, sez. II, 4 aprile 2016, n. 333.

³³ M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, Prefazione, in *Il testo unico sulle società pubbliche*, cit., pag. 9; Cons. Stato, Commissione speciale, parere 21 aprile 2016, n. 968; Cons. Stato, Commissione speciale, parere 14 marzo 2017, n. 638.

mantenere o acquisire solo quelle partecipazioni che siano strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione: le amministrazioni pubbliche «non possono» avere partecipazioni societarie in «società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali».

L'art. 4, comma 2°, pone altresì un vincolo relativo, non tanto alle attività che possano costituire l'oggetto sociale delle società partecipate, quanto piuttosto alle attività in funzione delle quali si possa giustificare un atto deliberativo di partecipazione azionaria. In sostanza si deve trattare o della produzione di un servizio di interesse generale o dell'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente.

I due vincoli sopra indicati attengono alla astratta ammissibilità della partecipazione azionaria: se essi non sussistono neppure si può ipotizzare la partecipazione stessa.

Il legislatore però, con il successivo art. 5, richiede molto di più in termini di motivazione dell'atto: richiede altresì che sia dimostrata anche la concreta convenienza della scelta di organizzare lo svolgimento di tali attività per tali fini mediante una partecipazione societaria, rispetto alle altre modalità organizzative possibili, a partire dal ricorso al mercato.

Si tratta con evidenza di profili di assoluta delicatezza, in relazione ai quali l'onere di motivazione analitica dell'atto amministrativo, imposto dall'art. 5, determina la necessità dello svolgimento di un procedimento e di una istruttoria particolarmente adeguati. Quanto allo svolgimento del procedimento, si rimarca che l'art. 5, comma 2°, prevede che lo schema di atto deliberativo predisposto dagli enti locali debba essere sottoposto a forme di consultazione pubblica³⁴.

A questi stringenti requisiti previsti dalla legge, se ne deve aggiungere un altro, assai significativo, elaborato dal Giudice amministrativo e dalla Corte dei Conti, incentrato sulla entità concreta della partecipazione azionaria, che deve essere tale da garantire all'amministrazione di svolgere in concreto una incidenza determinante sul governo della società al fine di guidarla al perseguimento dei fini istituzionali dell'amministrazione.

³⁴ Per un approfondimento e inquadramento sistematico di tali istituti nell'evoluzione del nostro ordinamento amministrativo, cfr. E. CARLONI, *L'amministrazione aperta, Regole strumenti e limiti dell'open government*, Rimini, 2014, pag. 124 ss.

In assenza di una tale capacità, una partecipazione azionaria pur astrattamente ammissibile dal punto di vista della finalità e dell'oggetto dell'attività, in concreto non si giustifica perché tale partecipazione non è in concreto idonea a garantire l'effettivo perseguimento dei fini istituzionali dell'amministrazione³⁵.

³⁵ Nel senso indicato la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 11 novembre 2016, ha chiarito che *«il rapporto di strumentalità di un ente societario, formalmente privatistico e naturalmente operante nel mercato, rispetto ai fini di interesse pubblico devoluti alla cura dell'amministrazione partecipante non dipende dal solo oggetto sociale, ma anche dalle modalità con le quali quest'ultima può esercitare le proprie prerogative di azionista ed indirizzarne e coordinarne l'attività. In altri termini, per un'autorità amministrativa ha rilievo non solo "se" una società di diritto privato esercita un'attività economica e se pertanto è opportuno partecipare al suo capitale, ma anche "come" questa attività viene svolta, e quindi quale influenza sulla stessa è possibile esercitare, per assicurarne la coerenza con finalità di interesse pubblico»*.

E per verificare se effettivamente si sia in presenza di una *«società pur formalmente privata [che] sia in realtà uno strumento formale dell'amministrazione per le finalità sue proprie»*, come richiesto dalla legge, *«non basta guardare alle attività, occorre anche considerare se esistono, sul piano del capitale sociale o organizzativo, i mezzi giuridici sufficienti e utili a condurre un tale "strumento" verso quelle finalità»*. *«Ciò che allora davvero rileva sotto quest'ultimo profilo è non tanto l'oggetto sociale, quanto l'entità concreta della partecipazione o dei particolari poteri e diritti, vale a dire la capacità per l'ente di assicurarsi un'incidenza determinante sul governo della società partecipata: in particolare se questa partecipazione – eventualmente insieme o in alternativa a speciali diritti di socio o riserve di amministratore, ovvero a particolari rapporti contrattuali tra la società e l'amministrazione pubblica partecipante – sia tale da consentire all'ente pubblico di governare verso quei fini la società partecipata o meglio la sua attività, in ipotesi anche sulla base di caratterizzazioni esterne di matrice pubblicistica e derogatorie degli ordinari dispositivi di funzionamento propri del modello societario definito dal Codice civile.*

Laddove questo governo non sia possibile, la partecipazione dell'ente pubblico assume nei fatti le incongrue ed elusive caratteristiche di un mero sostegno finanziario a un'attività di impresa, che si realizza attraverso la sottoscrizione di parte del capitale ma che non si accompagna alla possibilità di indirizzarla verso finalità di interesse pubblico. Viene meno, dunque, la ragion d'essere di quella stessa partecipazione, che resta del tutto passiva.

In questo caso la partecipazione assume dunque le caratteristiche effettive di un investimento con scopo di lucro, che norme quali l'art. 3, comma 27, l. n. 244 del 2007 hanno ormai inteso contrastare».

Questa sentenza è stata scritta avendo come riferimento l'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007, ma i principi di diritto in essa affermati si attagliano benissimo all'art. 4 del nuovo testo unico. In merito alla legittimità di delibere di enti pubblici di scioglimento di società o dismissione di azioni in società considerate non strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, si

Un recente parere della Corte dei Conti è andato ancora più a fondo sul punto, arrivando a porre in correlazione l'esiguità della partecipazione azionaria con la stessa sussistenza in concreto di un servizio di interesse generale³⁶. Il ragionamento è il seguente:

- nel testo unico il servizio di interesse generale che giustifica la partecipazione azionaria è solo quel servizio che senza un intervento pubblico non sarebbe svolto dal mercato con i caratteri valutati come necessari dall'amministrazione;
- ma se la partecipazione azionaria pubblica è esigua, in realtà le modalità di svolgimento del servizio sono decise dal privato, e dunque sono quelle che comunque verrebbero svolte dal mercato;
- dunque, quando la partecipazione azionaria pubblica è minoritaria, viene meno lo stesso presupposto di ammissibilità della partecipazione, rappresentato dalla necessità di svolgere un servizio di interesse generale come definito dall'art. 2, comma 1°, lett. h), del testo unico.

Le considerazioni compiute dalla Corte dei Conti sull'essenza concreta ed effettiva della nozione di servizio di interesse generale, quale è posta nel testo unico, appare fondamentale per guidare le amministrazioni verso una corretta applicazione della normativa.

La clausola della "stretta necessità" – a giudizio di chi scrive – non può essere ricondotta al concetto (più lasco) di "strumentalità", ossia alla circostanza che le attività svolte dalle società debbano attenersi alle finalità istituzionali dell'amministrazione socia. Il requisito della strumentalità già era richiesto e applicato prima del testo unico dal Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen, 3 giugno 2011, n. 10)³⁷.

Nel nuovo testo unico la "stretta necessità" esprime con chiarezza una situazione di imprescindibilità, riferita esattamente all'esistenza stessa della società e ancor più alla partecipazione azionaria pubblica in essa, la quale (partecipazione azionaria) può essere deliberata solo quando necessaria per garantire lo svolgimento di attività attinenti al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente pubblico a certe condizioni concrete, che le società private non assicurano.

Il requisito della stretta necessità, proprio perché opera in concreto,

vedano anche le recenti pronunce Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2016, n. 5193 e TAR Liguria, sez. II, 4 aprile 2016, n. 334.

³⁶ Cfr. Corte dei Conti, sez. reg. controllo Regione Lombardia, 21 dicembre 2016, n. 398.

³⁷ Cfr. F. GOSIS, *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 pag. 1364 ss.

deve sempre essere accertato e dimostrato, anche dagli enti a fini generali, anche dagli enti territoriali (a partire dallo Stato e dai Comuni)³⁸.

5. *Obbligo di motivazione analitica e sindacabilità*

Tutti i limiti e vincoli che il Testo Unico pone all'utilizzo da parte delle amministrazioni dello strumento societario si traducono in un onere di motivazione analitica dell'atto deliberativo di scelta, e dunque impongono un coerente svolgimento del procedimento e un'istruttoria tecnico-economica adeguata³⁹.

L'art. 5, comma 1^o, contiene una delle disposizioni fondamentali del nuovo testo unico, disponendo che «... *l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, 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*».

Dunque la necessità della motivazione è espressamente prevista dalla legge, in modo del tutto coerente con il fatto che detti provvedimenti sono esercizio di un potere discrezionale, sono suscettibili di ledere la situazione soggettiva dei destinatari (cfr. par. 1) e dunque vi è una esigenza di tutela dei destinatari del provvedimento⁴⁰.

³⁸ In senso contrario si pronuncia G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., pag. 79-81.

³⁹ Con riferimento alla nuova normativa sull'obbligo di motivazione analitica, si può ripetere quanto affermato dalla dottrina con riferimento alla disciplina contenuta nella legge n. 241 del 1990: «*le nuove norme si innestano su quel principio di necessità di istruttoria adeguata da sempre affermato dalla giurisprudenza quale regola generale dell'attuazione del potere che deve compiersi su dati certi e presupposti veri. La necessità dell'istruttoria adeguata costituisce anzi la più diretta traduzione nell'azione amministrativa dei canoni di imparzialità – in quanto solo una decisione “desunta da una fattispecie accertata come obiettiva” può risultare davvero imparziale – e buon andamento, dovendo l'amministrazione porsi sempre nelle migliori condizioni per prendere la decisione migliore*», R. VILLATA, G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, cit., pag. 599.

⁴⁰ Per una ricostruzione, in prospettiva storica, del campo di applicazione

Nel caso concreto appare evidente dunque che la motivazione dei provvedimenti di scelta, come sopra disciplinata, risponde sia all'esigenza di garantire la trasparenza dell'amministrazione in relazione alle notevoli risorse pubbliche coinvolte⁴¹ e il controllo democratico sulla scelta (anche con riferimento alle previe forme di consultazione pubblica imposte agli enti locali dall'art. 5, comma 2°)⁴², sia a quella di consentire il controllo amministrativo e giurisdizionale⁴³.

L'onere di motivazione analitica, ora indicato, appare particolarmente pregnante, in quanto appare diretto a dimostrare:

- la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione pubblica socia;
- le ragioni della scelta, anche sul piano della convenienza economica, della sostenibilità finanziaria e della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate;
- la maggiore convenienza della scelta della partecipazione azionaria, rispetto alle scelte alternative di gestione diretta (ossia internalizzata) o di esternalizzazione con gara dell'attività da svolgere.

Le indicazioni sulla motivazione sono assolutamente stringenti: in sintesi si deve dimostrare che si ricorre allo strumento della partecipazione azionaria perché l'istruttoria ha evidenziato come questa scelta organizzativa è necessariamente da adottare perché migliore rispetto alle altre consentite dall'ordinamento (gestione diretta tramite i propri uffici; esternalizzazione con gara dell'attività).

La logica di questa norma pare essere la seguente. La partecipazione

dell'obbligo di motivazione utile per inquadrare anche le fattispecie attuali, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pag. 280.

⁴¹ cfr. G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, cit., pag. 50.

⁴² Sulla funzione democratica della motivazione, A. ROMANO TASSONE., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, pag. 52 ss., nonché ID., voce *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, 1997, Appendice, pag. 683 ss.

⁴³ Sulla funzione della motivazione, da ultimi, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pag. 276 ss.; F. CAREDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, II ed., 2017, pag. 374 ss. Cfr. altresì A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. I, 2 ed., Milano, 2003, pag. 868; G. CORSO, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur., Aggiornamento V*, Milano, 2001, spec. pag. 785.

azionaria in società di capitali da parte di amministrazioni pubbliche è fenomeno guardato con sfavore dal legislatore, per due concorrenti ragioni: con esso si rischia 1) di determinare una immobilizzazione di risorse pubbliche, che potrebbero essere investite o utilizzate diversamente; 2) di recare un danno alla tutela della concorrenza e del mercato, in quanto la presenza di società a partecipazione pubblica in qualche modo va ad inquinare le dinamiche concorrenziali (come confermato dal comma 3° dell'art. 5, ove si prevede che l'atto deliberativo della partecipazione azionaria vada sempre trasmesso all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, affinché essa sia messa in grado di esercitare l'azione giurisdizionale a tutela della concorrenza prevista dall'art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287).

Dunque, poiché la partecipazione azionaria pubblica presenta questi pericoli, ad essa le amministrazioni pubbliche possono ricorrere solo nei limiti della necessità e convenienza, ossia sulla base della motivazione analitica indicata nell'art. 5.

L'effettiva attuazione della riforma dipende dalla capacità del sistema di garantire che gli stringenti vincoli istruttori e motivazionali siano rispettati, e per tale via sia realmente assicurato il perseguimento degli scopi indicati dal legislatore. Fondamentale a questo fine è il coinvolgimento della Corte dei Conti e della speciale struttura da istituirsi presso il Ministero dell'Economica e dell'AGCM.

Ma al coinvolgimento di tali strutture istituzionali dovrebbe corrispondere anche un ruolo incisivo del giudice amministrativo.

Grazie all'obbligo di motivazione analitica espressamente previsto, e anche agli apporti che possono essere dati dalla struttura del Ministero dell'Economia e dall'AGCM anche in termini di legittimazione processuale, il giudice amministrativo pare – a giudizio di chi scrive – essere messo in grado (e dunque essere chiamato) ad esercitare un penetrante sindacato di legittimità sugli atti deliberativi adottati dalle amministrazioni pubbliche in questa materia.

Ma qui entra in gioco la qualificazione dogmatica di questa categoria di provvedimenti ed il nesso inscindibile, il rapporto circolare tra detta qualificazione e i profili di sindacabilità dell'atto.

Tradizionalmente gli atti di questo tipo vengono qualificati come atti di indirizzo politico-amministrativo⁴⁴, di alta amministrazione⁴⁵, espressio-

⁴⁴ Cfr. Cass., sez. un., 3 novembre 2009, n. 23200, nella quale si afferma che le delibere comunali di questo tipo costituiscono «*espressione della funzione di indirizzo e di governo del Comune*».

⁴⁵ Cfr. G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, con riferimento alle delibere in ordine alla partecipazione delle Regioni in società, pag. 301.

ne di discrezionalità organizzativa relativa a macroscelte, e quindi sempre come atti connotati da amplissima discrezionalità di tipo puro, caratterizzata da valutazioni riservate di opportunità⁴⁶. Con la conseguenza che il controllo giurisdizionale su questi profili è limitato ed esterno⁴⁷.

Si tratta di verificare se tale ricostruzione sostanziale, e la sua ricaduta in termini di sindacabilità, sia quella più coerente con la disciplina dettata dal testo unico.

La disciplina positiva degli atti deliberativi in oggetto certamente sconta una tensione, una contraddizione nel legislatore.

Da una parte, egli pare voler vincolare il più possibile l'azione amministrativa per indirizzarla alla riduzione delle partecipazioni e alla tutela e promozione della concorrenza.

⁴⁶ Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pag. 215-216: «Ed è proprio avendo riguardo a quelli che la giurisprudenza qualifica atti di alta amministrazione che emerge il proprium della discrezionalità amministrativa inteso come valutazione riservata di opportunità. Si pensi, ad esempio, all'atto con il Ministero ha negato l'ammissibilità di una cessione azionaria da parte di una società di proprietà pubblica, "per l'opportunità di conservare la titolarità degli impianti, in capo alla società pubblica concessionaria, in ragione della loro rilevante importanza strategica»; «La discrezionalità organizzativa si manifesta anche in macroscelte La macroscelte possono riguardare, ad esempio, le modalità di svolgimento dei servizi pubblici locali, spettando al Comune di individuare, tra le tante tipologie di gestione previste dal legislatore, quella ritenuta più opportuna», e così dunque – per quanto qui interessa – anche la costituzione di una società a partecipazione pubblica.

Cfr. altresì la ricostruzione degli atti di indirizzo politico-economico di B. CAVALLLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1993, pag. 2-6.

⁴⁷ Per la ricostruzione del rapporto tra merito amministrativo, atti di alta amministrazione e sindacato giurisdizionale, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pag. 211-219: «Pertanto si afferma tradizionalmente che il controllo giurisdizionale su questi profili è limitato ed esterno, nel senso che il giudice deve limitarsi alla verifica del rispetto degli oneri istruttori e motivazionali: detto controllo attiene esclusivamente alla congruità della motivazione ed al profilo dell'esistenza dei presupposti, "fermo restando che il riscontro di legittimità che il giudice deve svolgere è soltanto quello che può eventualmente emergere da gravi difetti degli atti", "sconfinando inammissibilmente, in ipotesi diversa, nel merito delle scelte amministrative"».

A proposito degli atti di alta amministrazione M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 2015 scrive che «In quanto atti amministrativi essi devono essere motivati e sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo, il quale però esercita su di essi un sindacato meno intenso, limitandosi a rilevare le violazioni più macroscopiche dei principi che presiedono all'esercizio del potere discrezionale».

Dall'altra, contestualmente, rimette la responsabilità di tali scelte agli organi di indirizzo politico-amministrativo. Si ricorda che la scelta sulla competenza non ha una valenza meramente organizzativa, non può essere considerata semplicemente preordinata a ripartire le funzioni fra i vari organi di un ente, ma incide sulle modalità di cura degli interessi pubblici e quindi sul contenuto dei provvedimenti amministrativi da adottare. Le norme sulla competenza hanno un valenza sostanziale, come era stato intuiva da A. DE VALLES⁴⁸, e definitivamente approfondito e argomentato da M. NIGRO, il quale ha posto in luce il rapporto di strumentalità esistente fra la dimensione organizzativa quale «*prefigurazione astratta dell'attività*» e il momento dell'azione amministrativa, «*concreta traduzione dell'organizzazione in atti*»⁴⁹. Dunque, la decisione organizzativa e la ripartizione delle competenze fra i vari organi si riflette sulle successive scelte decisionali⁵⁰.

⁴⁸ A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986 (ristampa anastatica dell'edizione del 1916), pag. 93: «*La competenza di ciascun ufficio non è arbitraria, ma procede da ragioni pratiche e giuridiche*»; ID., *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Vol. I, Padova, 1931, pag. 125: «*La competenza non è assegnata agli uffici per uno scopo di mera distribuzione pratica delle funzioni, ma risponde ad una esigenza sociale che è il fondamento politico delle leggi di organizzazione*»; ID., *Competenza e Ufficio*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, Padova, 1931, pag. 325: «*Con la determinazione pratica si innesta una valutazione politica dei molteplici interessi che contrastano nella società e della possibilità di attarne la tutela mediante determinati uffici*». Dunque, come osservato nella sua approfondita ricostruzione storica da A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, pag. 169, nella ricostruzione di DE VALLES «*la qualità giuridica della norma sulla competenza risiede essenzialmente nel tipo di "valutazione" che è ad essa sottesa. Nell'organizzazione del pubblico potere, accanto alla natura tecnica della decisione sulla distribuzione dei compiti che riguarda, come in qualsiasi struttura organizzativa, il miglior modo di articolare le incombenze fra gli uffici, c'è una valutazione politica che l'ordinamento effettua nella individuazione delle diverse competenze*».

⁴⁹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pag. 119.

⁵⁰ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, cit., pag. 118.

Il profilo organizzativo della pubblica amministrazione esercita un ruolo di prefigurazione e di indirizzo dell'azione amministrativa, costituendone un primo e importante punto di orientamento in relazione ai fini da perseguire: cfr. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, cit., pag. 181, ove con chiarezza si sottolinea che: «*la scelta tra un organo monocratico o collegiale, tecnico o a formazione politica, specializzato in un campo piuttosto che in un altro, segna in maniera decisiva il percorso e la direzione dell'attività predisposta per il loro perseguimento*». Sul

E così la qualificazione degli atti concreti rischia di oscillare tra, da una parte, il provvedimento di gestione amministrativa, procedimentalizzato e motivato in modo analitico, pienamente sindacabile dal giudice amministrativo, e, dall'altra, l'atto di indirizzo politico-amministrativo, di alta amministrazione, di macro-organizzazione, caratterizzato dal massimo della discrezionalità, e ... dal minimo della sindacabilità.

Dunque il tema della qualificazione e della sindacabilità è problematico, e pertanto va affrontato.

Per operare tale qualificazione, a giudizio di chi scrive, si può utilmente partire dal principio della c.d. separazione⁵¹ (ovvero distinzione)⁵² delle competenze tra organi politici e organi burocratico professionali, della distinzione tra atti di indirizzo politico-amministrativo e atti di gestione amministrativa. Si può tenere come riferimento anche la categoria degli atti di alta amministrazione, quale categoria di atti collocati in una zona grigia, «*al limitare fra libertà politica e discrezionalità amministrativa*»⁵³.

Analizzando le norme del testo unico, infatti, si osserva che, da una parte, la competenza ad adottare tali atti deliberativi è attribuita agli organi di indirizzo politico-amministrativo dell'amministrazione, quali il Consiglio dei Ministri per lo Stato e il Consiglio comunale per i Comuni (art. 7 del Testo unico). Si evidenzia così la volontà del legislatore di creare uno stretto nesso tra titolarità della funzione e responsabilità politica⁵⁴.

punto cfr. altresì G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1984, pag. 92; M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, 1980, pag. 60; M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la "regola del caso"*, in *Dir. amm.*, 2000, pag. 131 ss.

⁵¹ Per una ricostruzione dell'evoluzione della relazione tra uffici di direzione politica e uffici dirigenziali, alla luce della c.d. separazione tra politica e amministrazione, cfr. S. BATTINI, *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. I, 2 ed., Milano, 2003, pag. 530.

⁵² Cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 99, ove si specifica che «*L'attuale assetto del rapporto tra politica e amministrazione appare quindi meglio definibile in termini di distinzione, che non di separazione tra le due sfere: le competenze dei politici e dei dirigenti sono, certamente, distinte ma non sono separate in quanto le prime incidono fortemente sulle seconde a causa della posizione di dipendenza del dirigente*». Sull'affermazione del principio di distinzione nel nostro ordinamento, cfr. l'analisi svolta da B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012, pag. 145 ss.

⁵³ M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, Napoli, 2009, pag. 122.

⁵⁴ Per comprendere l'importanza di tale attribuzione di competenza si ricorda

Dall'altra, la predeterminazione legislativa dei criteri di scelta e il corrispondente obbligo di istruttoria tecnico-economica e di motivazione analitica, evidenziano come le scelte di fondo siano già state compiute dal legislatore, e come dunque all'amministrazione decidente non sia attribuito quell'ampissima discrezionalità che dovrebbe appunto caratterizzare gli atti di indirizzo politico-amministrativo, di alta amministrazione⁵⁵, di macro-organizzazione.

Inoltre, come si è già osservato nel par. 1, gli atti deliberativi qui previsti non hanno un contenuto esclusivamente di indirizzo, ma sono diretti a produrre effetti giuridici in capo a singole situazioni soggettive, hanno carattere puntuale in quanto produttivi di effetti diretti nei confronti dell'esterno⁵⁶.

che A.M. SANDULLI evidenziava come, non essendo la nozione di alta amministrazione delimitabile in astratto, sorge l'esigenza di configurarla come nozione esistenziale, riconducendo ad essa quegli atti che, in un certo momento storico, siano considerati fondamentali e decisivi per il buon andamento della pubblica amministrazione, A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1966, pag. 750. Sul punto cfr. M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 127.

⁵⁵ Come evidenziato, l'attività di alta amministrazione, pur avendo carattere proteiforme «recupera omogeneità sul piano strutturale, essendo espressione, massima, della discrezionalità amministrativa, finalizzata a garantire una coerente attuazione dell'indirizzo politico da parte dell'azione amministrativa di base», M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., pag. 137. Per A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit., pag. 751, «l'attività di alta amministrazione per antonomasia è quella ... rivolta a imprimere alla azione amministrativa discrezionale gli indirizzi di base».

⁵⁶ Per l'analisi dei caratteri dell'attività di indirizzo, cfr. E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, ove si precisa che «il contenuto dell'attività di indirizzo è amplissima e copre tutti gli spazi dell'attività dei pubblici poteri in cui si rende possibile ed opportuna la delimitazione di criteri generali per la successiva azione: questa è la caratteristica strutturale, l'essenza della natura giuridica della determinazione di indirizzo, a qualunque livello si situi, e di qualunque veste si serva» (pag. 212), e «le procedure di indirizzo non realizzano un effetto giuridico di tipo modificativo o dichiarativo bensì tipicamente precettivo, al pari degli atti amministrativi generali. L'effetto giuridico cui essi tendono è funzionale, non strutturale, cioè consiste nella posizione di una regola, in integrazione di quella normativa» (pag. 224). Di conseguenza, pur dovendosi applicare anche agli atti di indirizzo il concetto di procedimento, la singola situazione giuridica soggettiva rimane fuori dal procedimento, proprio perché «la funzione di indirizzo ... non è quella imperativa dell'atto amministrativo sostanziale (costituzione, modificazione ed estinzione di situazione giuridiche soggettive). ... La funzione è invece quella, preminentemente, di determinare una regola generale per la successiva attività dei pubblici poteri. Pertanto non vi sono situazioni giuridiche

Dunque, prendendo le mosse dall'avvenuta scissione dell'attività amministrativa in due fasce, quella alta che resta nella titolarità degli organi politici, e quella bassa dove si trovano tutte le attività amministrative di carattere provvedimentale e contrattuale di tipo puntuale, pare difficile inquadrare gli atti in oggetto nell'attività di alta amministrazione e non in quella di amministrazione puntuale⁵⁷.

Sotto questo profilo si segnala la recente pronuncia del TAR per il Friuli Venezia Giulia, sez. I, 18 gennaio 2016, n. 15, nella quale in modo argomentato e convincente si afferma, a proposito di una delibera comunale in tema di partecipazione azionaria, che essa non possa essere qualificata né come atto politico né come atto di alta amministrazione.

Più precisamente, alla luce delle specifiche norme dettate nel Testo Unico, gli atti deliberativi qui in esame paiono dover essere qualificati come provvedimenti di gestione amministrativa, che però, per la loro importanza politico-amministrativa, non vengono attribuiti alla competenza dirigenziale, ma alla competenza degli organi di indirizzo politico-amministrativo⁵⁸. Per gli atti deliberativi qui in esame si richiede un procedimento di adozione, una istruttoria tecnico-economica ed una motivazione rafforzata, analoga a quella degli atti di gestione, ma si attribuisce la competenza ad adottarli agli organi di indirizzo politico per coinvolgere la loro responsabilità di indirizzo politico-amministrativo.

Tale espressa attribuzione di competenza agli organi di indirizzo politico-amministrativo potrebbe essere considerato un caso rientrante nella previsione generale di cui all'art. 4, comma 3° del d.lgs. n. 165 del 2001, ai sensi del quale «*Le attribuzioni dei dirigenti indicate dal*

soggettive da tutelare o da sacrificare, quanto interessi da comporre, e da mediare» (pag. 225-226).

⁵⁷ Per l'individuazione di tali due fasce cfr. V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, vol. I, Torino, 2005, pag. 78.

⁵⁸ L'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, nel parere 10 giugno 1999, n. 9, evidenzia come per la soluzione dei problemi interpretativi circa la distinzione tra provvedimenti meramente gestionali e provvedimenti non meramente gestionali che attengono alle scelte di fondo dell'azione amministrativa discrezionale, ci si possa utilmente affidare ad un vaglio analitico delle normative di settore, nella consapevolezza che esistono provvedimenti gestionali che per il loro intrinseco carattere l'ordinamento continua a non volere devolute alla dirigenza, bensì agli organi di indirizzo politico-amministrativo.

Sulla sussistenza nel nostro ordinamento di «*funzioni di natura tecnica e gestionale che, allo stesso tempo, possiedono una chiara valenza politica, in quanto concernenti attività di particolare rilievo economico-sociale»*, cfr. G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003, pag. 361 ss.

comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative»⁵⁹.

In merito si ricorda anche che il giudice amministrativo ha in passato legittimato la possibilità che vi siano atti che, pur non essendo compresi nell'elencazione di cui all'art. 4 d.lgs. n. 165 del 2001, e pur non avendo carattere di generalità ma contenuto concreto e puntuale, sono di competenza degli organi politici, identificando come criterio di ascrizione di tale competenza proprio la responsabilità politica, che consentirebbe di ampliare, anche senza espressa previsione legislativa (che nel caso concreto c'è), i casi di competenza dei Ministri⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. S. CASSESE, A. MARI, *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, in *Politica del diritto*, 2001, pag. 15, ove si osserva che «Questa norma, che potrebbe sembrare posta a garanzia dei dirigenti, ha l'effetto di mettere in discussione un principio, quello della distinzione tra politica e amministrazione, ormai acquisito nell'ordinamento italiano».

Si ricorda altresì che la dottrina ha sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale di tale previsione, e tali dubbi potrebbero essere estesi, sulla base delle medesime argomentazioni, all'art. 7 del Testo Unico in esame.

Infatti, come è stato affermato dalla dottrina, alla luce della giurisprudenza costituzionale emerge che «il principio della separazione tra organi e funzioni politiche (o di governo) ed organi e funzioni amministrative (operative o di gestione)» ha «valore costituzionale, in quanto diretta esplicitazione dei principi di imparzialità e buon andamento» (cfr. F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoil system*, in *Giur. cost.* 2007, p. 1015 ss.).

Detto altrimenti, «il modello disciplinato [dall'art. 4 d.lgs. 165/2001] è non solo costituzionalmente compatibile (nel senso di coerente con le disposizioni costituzionali), ma ormai costituzionalmente necessario». F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006, p. 209.

Tale conclusione è desumibile, fra l'altro, dalle sentenze della Corte Costituzionale nr. 103 e nr. 104 del 23 Marzo 2007. *Ivi* si legge che «il precetto costituzionale dell'imparzialità dell'azione amministrativa [...] è alla base della stessa distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici (e cioè tra l'azione di governo – che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al «servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.), al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento) (cfr. punto 9.2. dei considerato in diritto della sentenza 103/2007).

In altri termini, «gli artt. 97 e 98 Cost. sono corollari dell'imparzialità, in cui si esprime la distinzione tra politica e amministrazione, tra l'azione del governo [...] e l'azione dell'amministrazione» (punto 2.8 dei considerato in diritto della sentenza 104/2007).

⁶⁰ Cfr. TAR Lazio, sez. II, 12 marzo 2002, n. 1897, in *Foro amm.-TAR*, 2002,

In ogni caso, si tratta di una fattispecie che pare dover essere inquadrato alla luce non tanto del principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, quanto piuttosto di un principio di “dialettica collaborazione” tra i due momenti, espressione particolare di quella relazione dialettica e circolare che nella predisposizione di atti tecnicamente complessi come quelli in oggetto deve necessariamente intercorrere tra gli organi burocratici (cui non può non restare affidato un ruolo cruciale nella delicata fase dell’istruttoria e della predisposizione della motivazione analitica) e quelli politici, chiamati ad assumere la decisione finale e ad assumersene la responsabilità politica⁶¹.

Al di là dei profili qualificatori, l’elemento centrale da evidenziare consiste nel fatto che la predeterminazione normativa precisa e articolata dei criteri di azione e di scelta, unitamente all’obbligo di istruttoria tecnico-economica e di motivazione analitica, portano a negare la sussistenza in capo all’amministrazione di un’amplissima discrezionalità

pag.534, con nota critica di M. GIGANTE, *Politica e amministrazione: un passo indietro della giurisprudenza amministrativa sulla strada della distinzione delle funzioni?*.

⁶¹ Di «dialettica collaborazione» parla F. MERLONI, *Amministrazione “neutrale” e amministrazione “imparziale”*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pag. 360, ove si afferma che «L’unico modello generale che si rivela pienamente coerente con il principio democratico che investe l’intera carta costituzionale è proprio la distinzione, all’interno delle pubbliche amministrazioni, tra compiti di indirizzo politico e compiti di gestione amministrativa, assistito da precise riserve, giuridicamente rilevanti, di competenze ai due poli (organi di indirizzo e funzionari professionali), collocati in posizione di dialettica collaborazione, senza prevalenza dell’un polo sull’altro»; l’A. prosegue evidenziando come in concreto «Si tratta di un modello di difficile attuazione, che comporta l’adozione di un organico complesso di provvedimenti e che deve essere sempre sostenuto dalla volontà di mantenere equilibrato il rapporto tra organi di direzione politica e dirigenza amministrativa»; posta l’imparzialità come risultato complessivo dell’amministrazione, «Con la distinzione ... il risultato non è garantito né soltanto dagli uni, né soltanto dagli altri [i funzionari; gli organi di direzione politica]. Nessuno può ritenersi portatore prevalente o esclusivo dell’esigenza di imparzialità, o ad essa in qualche modo sottratto. I funzionari, nell’istruire e adottare gli atti (di gestione) riservati alla loro competenza dovranno ispirarsi al principio di imparzialità. Così come il principio vincola direttamente anche gli organi di direzione politica, tenuti alla definizione di atti di indirizzo imparziali». La conclusione è chiara e coerente con il caso in esame: «La determinazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità proprie dei funzionari non è più un’eccezione ad una regola generale ispirata al principio della riconduzione piena della responsabilità amministrativa agli organi politici, ma è principio di distinzione e di coesistenza di compiti diversi all’interno dell’amministrazione, tutti concorrenti al risultato dell’imparzialità».

organizzativa, a negare che le scelte relative alle partecipazioni azionarie attengano a valutazioni riservate di opportunità e dunque a negare che il controllo giurisdizionale debba essere limitato ed esterno.

Sotto questo profilo, l'auspicio è che il Consiglio di Stato colga e valorizzi la novità normativa derivante dall'obbligo di istruttoria tecnico-economica e di motivazione analitica, senza più arrestarsi – come anche di recente in tema di scelta della forma di gestione dei servizi pubblici – a qualificare scelte di tipo siffatto come «*scelta ampiamente discrezionale*», che deve sì essere «*adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano*», ma che «*come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità irragionevolezza, irrazionalità o arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti*»⁶².

Nel momento in cui il legislatore rafforza l'obbligo di istruttoria e di motivazione, imponendo una motivazione «analitica» della scelta effettuata, appare coerente che anche il sindacato del Giudice amministrativo possa e debba divenire “analitico”, senza arrestarsi ai profili di manifesta irragionevolezza.

Tuttavia, si deve osservare che il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di decreto, non ha ritenuto di soffermarsi sulla portata dell'obbligo di motivazione analitica, limitandosi a dire che l'atto di scelta è un «*tipico atto di organizzazione di natura discrezionale*». Questa affermazione non incentiva le Amministrazioni a prendere sul serio il nuovo obbligo di istruttoria e di motivazione, e quindi mette in pericolo la realizzazione della riforma. In altre parole: se le Amministrazioni hanno la percezione che il Consiglio di Stato non giudicherà illegittime motivazioni generiche, enunciative, assertive, non fondate su una istruttoria tecnico-economica effettiva, il processo di razionalizzazione ne risulterà certamente indebolito. Il Consiglio di Stato ha perso l'occasione di dare nel parere un segnale nel senso indicato, che sarebbe stato molto importante.

⁶² Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, seguito sul punto da TAR Liguria, sez. II, 8 febbraio 2016, n. 120. Nell'ambito di tale indirizzo, si segnala altresì Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034.

6. Ulteriori profili critici

Per verificare e valutare quali siano i profili critici circa le prospettive di effettiva attuazione della riforma si deve dunque partire dalla duplice considerazione che: – la discrezionalità organizzativa posta in capo alle amministrazioni pubbliche circa il ricorso al modello della società partecipata si concretizza in una valutazione comparativa che deve diventare quanto più oggettiva possibile, molto più oggettiva di quanto fosse in passato; – la discrezionalità organizzativa, attraverso questa via, dovrebbe divenire sindacabile dal giudice amministrativo in modo assai più penetrante che non in passato.

Partendo da tale premessa, sono individuabili tre ulteriori profili critici relativi alle prospettive di effettiva attuazione della riforma.

Il primo profilo critico, relativo alle prospettive di effettiva attuazione della riforma, riguarda il coinvolgimento della Corte dei Conti nel procedimento di adozione dell'atto deliberativo di scelta.

Nella versione provvisoria approvata il 14 luglio 2016, l'art. 5, comma 3° del testo unico, prevedeva un coinvolgimento assai più significativo della Corte dei Conti nel procedimento di decisione: alla Corte doveva essere trasmesso lo schema di atto deliberativo; la Corte poteva formulare rilievi; l'atto deliberativo finale doveva essere motivato dall'amministrazione con specifico riferimento ai rilievi formulati.

Tra l'altro in tale versione del testo unico la Corte era chiamata, nel comma 4, a svolgere tale funzione *«in modo da assicurare uniformità di valutazione, anche in termini di analisi economica, in ambito nazionale»*.

Nel testo approvato in via definitiva ed entrato in vigore, questo coinvolgimento preventivo e procedimentale della Corte dei conti è venuto meno. La deliberazione viene trasmessa alla Corte di Conti solo quando è già stata adottata in via definitiva, *«a fini conoscitivi»* dice il testo.

L'eliminazione dell'intervento procedimentale della Corte dei conti indebolisce la fase attuativa della riforma, anche perché incide negativamente, indirettamente e a cascata, sia sull'efficacia dell'eventuale intervento successivo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a tutela della concorrenza, sia sull'efficacia dell'eventuale intervento del Giudice amministrativo che venisse sollecitato da un operatore privato interessato a contestare la legittimità della scelta di operare attraverso una società partecipata.

Vi è un secondo profilo critico, ben evidenziato dal Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di decreto legislativo, ed è relativo al mancato coinvolgimento dell'AGCM nei procedimenti di razionalizzazione periodica e di revisione straordinaria delle partecipazioni.

Come osservato nel parere del Consiglio di Stato, mentre l'AGCM viene espressamente coinvolta nel procedimento di nuova costituzione di una società, analogo coinvolgimento non è previsto né nel procedimento di razionalizzazione periodica né in quello di revisione straordinaria.

Effettivamente questo calo di attenzione del legislatore non si giustifica in alcun modo: il successo della riforma si gioca assai più sulla prima revisione straordinaria, disciplinata dall'art. 24, che non sulla disciplina a regime per la costituzione di nuove società disciplinata dall'art. 5.

È con il procedimento di revisione straordinaria che si deciderà se il ruolo delle società partecipate verrà razionalizzato e diminuito oppure no. Quindi il legislatore avrebbe dovuto porre su questo procedimento la massima attenzione.

Invece non viene richiesto espressamente l'invio della delibera di revisione straordinaria all'AGCM. Questo non significa che l'Autorità non potrà esercitare l'azione giurisdizionale a tutela della concorrenza, che è previsto come un suo potere generale. Però certamente la mancata trasmissione delle delibere non agevererà l'AGCM nel compito.

Il terzo profilo critico riguarda il ruolo attribuito alla struttura istituita presso il Ministero dell'Economia per il monitoraggio, indirizzo e coordinamento delle società a partecipazione pubblica.

Gli artt. 20 e 24 prevedono che le delibere di revisione straordinaria e di razionalizzazione periodica siano trasmesse, dopo la loro approvazione, oltre che alla Corte dei Conti, anche alla struttura istituita presso il Ministero dell'Economia «*perché verifichi il puntuale adempimento degli obblighi di cui al presente articolo*».

In realtà, non si comprende esattamente in che cosa si concretizzi questa funzione di verifica.

Perché in realtà, come osservato dal Consiglio di Stato nel parere, questa struttura ha solo la competenza di «*fornire orientamenti e indicazioni in materia di applicazione del presente decreto*», ossia di dare giudizi «*non vincolanti, di sola moral suasion*».

L'indeterminatezza di questa funzione di verifica certamente inciderà negativamente anche sulla attuazione della riforma.

Tali profili critici erano stati da ultimo evidenziati dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto correttivo, ma non sono stati colti nella loro importanza dal legislatore, nel momento in cui ha adottato il decreto correttivo d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100.