

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Dottorato di Ricerca in Formazione della Persona e Mercato del Lavoro

Ciclo XXVI

**IL RAPPORTO DI LAVORO NELLE SOCIETÀ A
PARTECIPAZIONE PUBBLICA**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Sala Chiri Maurizio

Tesi di Dottorato di

Claudia DI VINCENZO

Matricola n. 39027

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

Indice sommario

Introduzione	6
--------------------	---

CAPITOLO I

LE SOCIETA' PUBBLICHE: NOZIONE E PROFILI DI CRITICITA'

1.1. Premessa	9
1.2. Le società a partecipazione pubblica: brevi cenni dell'evoluzione storica	11
1.3. Principi generali	16
1.3.1. La società pubblica dal punto di vista privatistico.....	19
1.3.2. La prospettiva pubblicistica	22
1.4. Le società pubbliche nel contesto locale.....	28
1.4.1. L'analisi delle società pubbliche tra Stato e mercato	32
1.4.2. La diffusione delle società partecipate.....	35
1.5. La legislazione degli ultimi anni.....	40
1.6. La normativa di limitazione dell'utilizzo dello strumento societario nella pubblica amministrazione	45
1.7. Le società "in house"	48

CAPITOLO II

IL LAVORATORE NELL'IMPRESA PUBBLICA

2.1. Il lavoratore nelle società pubbliche	55
2.2. La qualificazione giuridica delle società pubbliche in ordine al problema del reclutamento del personale	58
2.3 Il reclutamento del personale	62
2.4 Il regime di assoggettamento delle società partecipate all'art. 18, d.l. 112 del 2008	68
2.5 Divieti e limitazioni alle politiche di reclutamento	73
2.6 Misure di contenimento della spesa delle società pubbliche	78
2.6.1 Modifiche all'applicazione della Spending review dopo la recente sentenza della Corte Costituzionale	83

CAPITOLO III

REGOLE ORGANIZZATIVE E PROBLEMATICHE ATTUALI DELLE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

3.1.	Le regole organizzative della società a partecipazione pubblica.....	87
3.2.	La responsabilità amministrativa.....	93
3.3.	La mobilità del personale	100
3.4.	L'applicazione della mobilità nelle società partecipate.....	107
3.4.1.	Il nuovo intervento del 2013.....	111
3.5.	Tutele del lavoratore in caso di esternalizzazione del servizio	114
3.6.	La riforma Fornero: applicabilità del licenziamento alle società partecipate 118	
Conclusioni.....		122
Bibliografia.....		126

Introduzione

Alcune recenti novità legislative hanno previsto per le società costituite o partecipate da pubbliche amministrazioni, in particolare per quelle degli enti locali, specifiche regole in relazione alle dinamiche dirette a dotare le società stesse del personale necessario al loro funzionamento.

Si tratta di disposizioni che pongono dei limiti e vincoli rispetto alla libertà di manovra spettante all'ente privato e che modellano i procedimenti di reclutamento e di dotazione del personale, sull'esempio di quanto avviene per le pubbliche amministrazioni di riferimento.¹

La vicenda è di estrema attualità e novità per quanto riguarda le società in mano pubblica. Essa, infatti, determina una contaminazione, all'interno del medesimo fenomeno organizzativo, di profili e di regole di diritto commerciale, stante la natura formalmente privata del soggetto e i regimi di natura pubblicistica dovuti alla riconduzione all'interesse pubblico delle società stesse.

Le recenti novità e i tentativi del legislatore di regolare tale vicenda hanno, in realtà, la conseguenza di rendere ancora più complessa e di difficile interpretazione tale aspetto delle società pubbliche. L'obiettivo principale del legislatore è di impedire alle società, attraverso le quali sono esternalizzati importanti compiti pubblici, di operare e di definire gli aspetti organizzativi delle strutture, sfruttando l'ampia libertà di azione derivante dalla veste formale privatistica. Dopo la legge n. 248 del 2006, legge di conversione del d.l. n. 233 c.d. "Bersani", specificamente indirizzato a restringere i margini di azione delle aziende strumentali degli enti locali, si sono avuti diversi interventi legislativi che possono essere letti in questa direzione, i quali verranno meglio analizzati e approfonditi nel prosieguo della ricerca.

L'intricata rete di regole degli ultimi anni testimonia come i vari interventi siano frutto dell'incertezza del legislatore, che con mutevoli ripensamenti ha privatizzato la gestione dei servizi a rilevanza economica, con la costituzione o partecipazione di imprese pubbliche, cercando un equilibrio fra vincoli giuridici e valutazione d'efficienza, senza considerare in alcun modo le conseguenze per i

¹ G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc.3-4, 2009, p. 629

lavoratori coinvolti, e senza disciplinare il rapporto di lavoro e gli interessi, sia individuali che collettivi, dei dipendenti delle aziende oggetto di continue modifiche.

E', quindi, interessante valutare e comprendere, dal punto di vista giuslavorista, come le operazioni di privatizzazione e esternalizzazione dei servizi a rilevanza economica, delle amministrazioni locali, possano incidere e modificare il rapporto di lavoro. Capire quali incompatibilità possano rivelarsi tra la natura privatistica e l'interesse pubblico delle imprese pubbliche in capo al rapporto di lavoro è, dunque, essenziale ai fini di un'analisi completa e coerente del fenomeno oggetto della presente trattazione.

CAPITOLO I

Le società pubbliche: nozione e profili di criticità

Sommario: 1.1 Premessa – 1.2 Le società a partecipazione pubblica: brevi cenni dell'evoluzione storica – 1.3 Principi generali – 1.3.1 La società pubblica dal punto di vista privatistico – 1.3.2 La prospettiva pubblicistica – 1.4 Le società pubbliche nel contesto locale – 1.4.1 L'analisi delle società tra Stato e mercato – 1.4.2 La diffusione delle società partecipate – 1.5 La legislazione degli ultimi anni – 1.6 La normativa di limitazione dell'utilizzo dello strumento societario nella pubblica amministrazione – 1.7 Le società *in house*.

1.1. Premessa

A partire dagli anni novanta del secolo scorso ha avuto inizio, nel nostro ordinamento, un processo di trasformazione degli schemi organizzativi propri del “tradizionale” intervento pubblico, diretto a modificare l'aspetto dell'economia nel nostro Paese.

Difatti, mediante il processo di privatizzazione, sono venuti a costituirsi diversi modelli di interazione tra l'ambito privato e quello pubblico. Così, le aziende speciali, gli enti pubblici economici e l'intero sistema delle partecipazioni sociali hanno portato ad un'ampia compenetrazione fra il diritto comunitario e il diritto nazionale, che ha significato lo svilupparsi di fenomeni e modelli organizzativi propri del diritto commerciale, ritenuti maggiormente funzionali, alla luce di parametri di efficienza ed economicità della gestione.²

In particolare, in tale contesto storico, il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche è stato concepito quale strumento teso a migliorare l'efficienza delle imprese, liberare l'iniziativa e l'impresa individuale e collettiva dalle ingerenze pubbliche, sottrarre i compiti dello Stato a regole troppo rigide e ad una pluralità di diritti speciali, aumentare la possibilità di scelta del consumatore, porre freno all'eccesso di politicizzazione del settore imprenditoriale pubblico, favorire

² M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, Torino, 2004,1.

l'introduzione della concorrenza, rafforzare le Borse nazionali e reperire nuove risorse per lo Stato.³

Il legislatore, occupandosi a più riprese del fenomeno della società a partecipazione pubblica (da ultimo con il d.l. 6 luglio 2012 n. 95 convertito in L. 7 agosto 2012, n. 135, recante disposizioni per la revisione della spesa pubblica) ha rinnovato il suo interesse per tale fenomeno, modificando una serie di disposizioni, che hanno portato all'accentuazione della componente speciale della loro disciplina pubblicistica, che si aggiunge alla disciplina generale contenuta nel codice civile per quanto riguarda le società commerciali. Interessante sarà analizzare il complicato quadro giuridico in cui si inseriscono le società a partecipazione pubblica, per giungere a meglio interpretare il rapporto dei dipendenti di lavoro e descriverne la disciplina applicabile, l'organizzazione e i modelli inerenti l'impiego pubblico utilizzati in tale specifico modello di impresa.

³ E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, tomo III, Finanza pubblica e privata. La disciplina dell'economia*, Milano, 2000, 3026.

1.2. Le società a partecipazione pubblica: brevi cenni dell'evoluzione storica

Le società pubbliche rappresentano un modello diffuso nel nostro territorio, che si è imposto come esempio di intervento dello Stato nell'economia del nostro Paese.

Storicamente, il fenomeno delle società a partecipazione pubblica è stato conseguenza di tre cause differenti: l'affermarsi dello Stato imprenditore, soprattutto dagli anni Trenta del secolo scorso, la privatizzazione formale di enti pubblici, negli anni Novanta, e di recente la esternalizzazione di attività svolte dagli apparati amministrativi.

Lo Stato, come imprenditore, ha caratterizzato il secolo scorso ha sostenuto l'intervento dell'azione pubblica nell'economia. Le prime due cause, sopra richiamate, riguardano il rapporto tra Stato e iniziativa economica nel mercato e sono incasellabili nell'evoluzione storica, che dallo Stato liberista di fine ottocento, porta, ai nostri giorni - sotto l'influsso del diritto comunitario – allo Stato regolatore. La terza, invece, è riconducibile alla dimensione organizzativa propria dello Stato e si è manifestata, in tempi relativamente recenti, con l'esigenza di rendere più snella ed efficiente l'azione amministrativa.⁴

Fino agli anni venti, si è sviluppato il modello dell'impresa – organo nelle forme dell'azienda autonoma, creando così un modello giuridico dello Stato per agire nel libero mercato, come ad esempio la Cassa Depositi e Prestiti, che nacque nel 1863 come grande banca del Ministero delle finanze in un'epoca ispirata ai principi liberisti e, dunque, caratterizzata dall'assenza di una macchina statale di governo dell'economia.⁵

Successivamente, lo Stato iniziò a diventare protagonista del mercato, attraverso una gestione diretta delle imprese e della produzione di beni e servizi e del credito.⁶

⁴ G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra la tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2.

⁵ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, II ed., 2005, 8.

⁶ Cfr. S. CASSESE, *Op. cit.*, 13, nel periodo considerato nascono numerose imprese gestite direttamente dallo Stato: l'Azienda ferroviaria dello Stato (1905), Impresa per la telefonia interurbana (1907);

Rispetto al modello impresa – organo, tali enti consentono allo Stato una gestione soltanto indiretta dell'attività imprenditoriale.

L'impresa – organo, prima, l'ente pubblico operativo e l'ente pubblico di gestione, dopo, hanno rappresentato le tre forme di impresa pubblica rilevate dalla dottrina nell'evoluzione normativa.⁷

Questo sistema, nel corso del ventesimo secolo, ha mostrato una capacità espansiva notevole, assumendo caratteristiche differenti e sempre più articolate. Difatti, si è passati da forme semplici di intervento e aiuto statale, dotate di parziale autonomia, fino a giungere alle attuali forme di società di capitali in mano pubblica.

In seguito alla prima industrializzazione, l'intervento pubblico fu frammentario e disorganico; solo con l'istituzione di due grandi enti economici e pubblici si ebbe il primo significativo momento di razionalità di tale modello. Infatti l'istituzione dell'IRI⁸ e dell'ENI⁹ rappresentò la prima iniziativa economica stabile, in quanto tali enti detenevano partecipazioni pubbliche riconducibili indirettamente allo Stato. Questo momento di razionalità, si consolidò con la l. n. 1589 del 1956, che istituiva il Ministero delle partecipazioni statali, al quale furono devoluti tutti i compiti e le attribuzioni spettanti in questo campo ad altri ministeri e organi dell'esecutivo e che rappresentò, senza dubbio, la più significativa forma diretta di intervento dello Stato Italiano.

Le imprese pubbliche vennero inserite in un sistema di partecipazione statali organizzato in modo piramidale, alla base del quale vi erano le svariate società con partecipazione statale, a livello intermedio l'ente di gestione, avente natura di vera e propria *holding* e al vertice si ponevano due comitati interministeriali (Cipe, comitato interministeriale per la programmazione economica e il Cipi, comitato interministeriale per la politica industriale) e il Ministero delle partecipazioni statali, con funzione di vigilanza e poteri direttivi, nei confronti degli enti di gestione delle partecipazioni statali, cioè enti pubblici economici con funzione di *holding* finanziaria. Questi ultimi erano titolari, in modo diretto o indiretto, delle azioni e delle società a partecipazione pubblica ed esercitavano l'influenza su queste ultime,

Istituto Nazionale delle Assicurazioni- INA (1913), Banca nazionale del Lavoro – BNL, Consorzio per le sovvenzioni sui valori industriali (1914), Consorzio di credito per le opere pubbliche (1919).

⁷ V.F. GOISIS, Società a partecipazione pubblica, in Dizionario di diritto amministrativo (a cura di M. Clarich), 2007, 728 e ss.

⁸ Istituto per la ricostruzione industriale, fondato con i r.d.l. n. 5 del 1933 al fine di assumere il controllo di tre banche e di imprese industriali da esse in varia misura partecipate.

⁹ Ente nazionale per gli idrocarburi, istituito con l. n. 163 del 1953.

essenzialmente attraverso il diritto di voto nelle assemblee e la nomina degli amministratori. Gli enti di gestione delle partecipazioni statali (aventi natura di enti pubblici economici) fungevano da raccordo, in quanto si interponevano tra gli input politici, nelle forme del diritto pubblico (atti di indirizzo) e l'attività di impresa esercitata da società di diritto comune.¹⁰

L'intervento pubblico in economia si affievolì solo a partire dagli anni '60 del secolo scorso con l'emersione di rilevanti criticità nel sistema delle partecipazioni pubbliche, avviandosi di conseguenza un processo di riduzione di essa da parte dell'ente pubblico.

In particolare, durante gli anni '70, la riforma del settore delle partecipazioni statali fu nuovamente rimessa in discussione. Il modello delle partecipazioni si era dimostrato inefficace poiché il sistema piramidale si era così diffuso da ostruire anche l'azione del Cipe nel ruolo di indirizzo generale, quale organo centrale della programmazione economica nazionale.¹¹

I dati empirici hanno dimostrato l'implosione della struttura che, non avendo raggiunto gli obiettivi sperati, ha finito per determinare gravi perdite economiche allo Stato. L'operatività degli enti secondo criteri di economicità, vale a dire dell'autosufficienza di gestione, prevista dall'art. 3 della legge istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali, risultava del tutto disattesa, in quanto non si riusciva neanche a conseguire un pareggio di bilancio per evitare che i costi fossero superiori alle entrate. Cosicché il sistema, incapace di autofinanziarsi, accumulò continue perdite che potevano essere ripianate solo dalle contribuzioni periodiche dello Stato.¹²

Le ragioni della crisi del sistema sono state variamente individuate:

- nell'eccessiva espansione dei settori di intervento, che ha reso pressoché impossibile il controllo ed il coordinamento della struttura;¹³
- nel graduale abbandono dell'ottica imprenditoriale in favore di quella di sostegno di settori in crisi strutturale, per il perseguimento di finalità politiche e sociali;¹⁴

¹⁰ Cfr. G. URBANO, *Op. cit.*, 5.

¹¹ Cfr. L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, 1 e ss.

¹² Per una valutazione dell'impatto sul debito pubblico dei conferimenti in conto capitale erogati dallo Stato anno dopo anno cfr. Commissione di Studio del Ministero del Tesoro (1981 – 1992), II, *Pensioni privatizzazioni e spesa pubblica*, Roma, 1993, 165 – 166.

¹³ Cfr. F. MERUSI, D. IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, in Enc. Giur. XXII, Roma, 1990, 4.

¹⁴ Cfr. G. MINERVINI, *Società a partecipazione pubblica*, GCO, 1982, 182.

- nella dipendenza del sistema dal meccanismo di finanziamento gestito dal potere politico, con conseguente asservimento del primo all'influenza del secondo;¹⁵
- nell'inesistenza per la società a partecipazione pubblica della "sanzione economica" a tutela dell'equilibrio finanziario della gestione: il socio pubblico può destinare d'autorità, a differenza di quanto avviene nella società a partecipazione privata, le risorse finanziarie necessarie alla propria impresa, libero dai condizionamenti del mercato.¹⁶

Gli ultimi decenni, caratterizzati dall'abolizione del Ministero per le partecipazioni statali e dall'espansione di concezioni politico – economiche di stampo liberista hanno visto il realizzarsi di un progressivo ridimensionamento della partecipazione statale nell'esercizio dell'attività di impresa.

Tale ridimensionamento è avvenuto mediante il processo della privatizzazione che comporta: (i) il mutamento della forma giuridica d'impresa pubblica verso assetti più flessibili ed adeguati all'esercizio di attività imprenditoriali ed, in particolare, la trasformazione delle aziende autonome e degli enti di diritto pubblico in società di diritto privato (privatizzazione formale); (ii) la vendita ai privati delle partecipazioni nelle società, anche al fine di destinare i proventi al risanamento del bilancio pubblico (privatizzazione sostanziale).

E' importante sottolineare che non sempre questa fase è seguita alla precedente, o per scelta politica, o per l'oggettiva difficoltà a trovare acquirenti, sicché, in certi casi, la privatizzazione si è limitata all'aspetto giuridico – formale.¹⁷

A partire dagli anni novanta del secolo scorso quindi, le partecipazioni pubbliche in Italia vengono sottoposte ad un processo legislativo di riforma, la cosiddetta privatizzazione, che indica il passaggio da un'economia pubblica ad un'economia di libero mercato.

La privatizzazione formale, a differenza di quella sostanziale, interessa la forma degli attori economici e si attua con il passaggio da una forma di diritto pubblico (ente pubblico, azienda autonoma ed ente gestore di partecipazioni statali) ad una forma di diritto privato (società per azioni), senza alcun mutamento in termini

¹⁵ Cfr. F. ROVERSI MONACO, *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in Studi in onore di Vittorio Bachelet, III, 1987, 478 e ss.

¹⁶ Cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 174-175.

¹⁷ Cfr. P.G. JAEGER, in *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in Giur. comm. 1992, I, 990.

di *corporate governance*¹⁸; la privatizzazione sostanziale, riguarda, invece, il trasferimento dalla mano pubblica alla mano privata del controllo di società titolari di imprese.¹⁹

E' evidente che, senza la privatizzazione sostanziale, il mero mutamento della forma giuridica dell'ente titolare di partecipazioni societarie assume il significato di una diversa forma organizzativa dell'intervento pubblico nell'economia.²⁰

Recentemente, la causa di diffusione delle società a partecipazione pubblica si ricollega ai processi di razionalizzazione degli apparati pubblici. Gli enti pubblici, per ragioni di efficienza, sono portati ad organizzare alcune delle attività di proprio interesse e di competenza delle funzioni amministrative, mediante esternalizzazioni; con ciò si è inteso affidare tali attività a società strumentali, che svolgono codesti compiti in funzione delle esigenze dell'ente a cui si riferiscono. In altre ipotesi, invece, lo Stato diventa imprenditore, esercitando attività che, solitamente, sono gestite da operatori privati. In questo caso, lo Stato esercita funzioni pubblicistiche mediante la forma giuridica societaria.

¹⁸ A titolo di esempio si possono citare i casi dell'ex Azienda autonoma delle FF.SS, poi ente Ferrovie dello Stato e ora Ferrovie dello Stato s.p.a..

¹⁹ Ad esempio la cessione dell'Alfa Romeo al gruppo FIAT, negli anni '80.

²⁰ L. CAMERIERO, *Op. cit.*, 6 e ss.

1.3. Principi generali

L'assetto della società a partecipazione pubblica deroga la tradizionale distinzione del modello di società pubblica caratterizzato dall'ente operante in regime di diritto pubblico rispetto all'ente economico che svolge la sua attività in regime di diritto privato.

Tali società costituiscono soggetti formalmente privati, infatti sono disciplinate da norme che revocano, in chiave pubblicistica, la disciplina generale del diritto societario. Si tratta, quindi, di soggetti pubblici che operano in regime di diritto privato.²¹

Una società può essere definita pubblica, o in mano pubblica, quando lo Stato o altro ente detiene la totalità o la maggioranza del capitale in modo da poter avere il controllo e la gestione di essa.

Il codice civile disciplina il fenomeno delle partecipazioni pubbliche negli artt. 2449 e 2451. La disciplina, ad una prima analisi, denota la volontà del legislatore di non assoggettare la società pubblica ad un regime speciale, ma, al contrario di applicare ad essa i medesimi principi utilizzabili per le società privata. In questo contesto si ha quindi l'incontro tra impresa pubblica e impresa privata.

Sul finire degli anni '70 del secolo scorso, fu elaborata la distinzione tra società a partecipazione pubblica di diritto comune e società a partecipazione pubblica di diritto speciale.²² Successivamente, negli anni '90 il fenomeno dell'espansione degli enti pubblici si intrecciò con il processo di privatizzazione delle aziende municipalizzate, che ha trasformato quest'ultime in società di capitali.

Il fenomeno delle società partecipate non fu più un'eccezione ma uno strumento normale di gestione dei servizi amministrativi, difatti in dottrina si sviluppò il dibattito sul rapporto fra lo scopo di lucro, tipicamente assegnato alla società dal codice civile, e lo scopo pubblico ispiratore della partecipazione pubblica. Tale dibattito mirava ad evidenziare le fattispecie in cui poteva riscontrarsi una specialità attinente allo scopo. Infatti, veniva considerato speciale lo scopo loro

²¹ In merito ai processi di trasformazioni degli enti pubblici economici in società per azione, cfr. Cass. civ., sez. un., sent. n. 9096 del 3 maggio 2005, Cass. civ., sez. III, sent. n. 25268 del 16 ottobre 2008.

²² Cfr. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 353 e ss.

assegnato, o in concreto perseguito, rispetto alla finalità societaria tipica fissata dall'art. 2247 c.c..²³

Ciò posto, è utile ricordare che, secondo il disposto dell'art. 2247 c.c. la società per sua vocazione naturale mira a realizzare degli utili da ripartire tra i soci.²⁴

Questo vuol dire che due o più parti decidono di costituire una società con l'interesse primario di conseguire un profitto che, almeno di regola, è un obiettivo non coincidente con l'interesse pubblico, del quale sono portatori lo Stato e gli enti pubblici che partecipano in essa, salva l'ipotesi in cui la partecipazione pubblica alla società per azioni sia determinata dall'intento generico di realizzare degli utili da destinare poi, a pubbliche finalità.²⁵

Una giustificazione al proliferare di questa tipologia societaria si può riscontrare nell'esigenza dello Stato di alleggerire il bilancio e per, ciò che concerne le società miste, la possibilità di disporre di capitale privato.

La scelta della società a totale partecipazione pubblica deriva, invece, dalla convinzione di poter conseguire migliori risultati in termini di efficienza ed economicità attraverso l'utilizzo di una forma organizzativa che si fonda sul fine di lucro e non presenta gli elementi di rigidità delle amministrazioni pubbliche.

Dunque, le società partecipate sono un mezzo dell'ente locale territoriale utile all'erogazione di servizi ai cittadini appartenenti alla propria comunità, magari in modo più efficiente ed efficace di altri moduli organizzativi. Esistono diverse tipologie di partecipazione: alcune sono realizzate per fornire servizi pubblici agli enti partecipanti e non per erogare servizi ai terzi, altre raccolgono la presenza di vari enti pubblici, insieme a società partecipate che vengono quotate in borsa, aprendosi alla partecipazione dei soggetti investitori, riducendo la dipendenza finanziaria dell'ente locale ed allentando, in questo modo, il legame con il socio pubblico fondatore. Poi ci sono società controllate dagli enti pubblici, attraverso altre società partecipate a maggioranza.²⁶

Altra dottrina, affermando con forza l'antitetività tra l'interesse privato e pubblico, sostiene che, sia nell'ipotesi in cui la partecipazione pubblica si configuri

²³ C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e disciplina*, in *Le società "pubbliche"*, 2011, 2.

²⁴ L. CAMERIERO, *Op. cit.*, 19.

²⁵ F. GALGANO, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, 736.

²⁶ A. MINGARELLI, *Società partecipate in Servizi pubblici e società partecipate* a cura di G. PERULLI, 2008, 50.

come partecipazione di minoranza, sia nell'ipotesi in cui vi sia totale partecipazione pubblica al capitale sociale, il problema da affrontare è riconoscere quale sia l'interesse prevalente. Si ha la necessità di riflettere sull'effettiva possibilità che nel primo caso prevalga l'interesse privato mentre nel secondo quello pubblico.

Le criticità maggiori si presentano nel caso di società per azioni a capitale misto con partecipazione pubblica di maggioranza.

Le plausibili giustificazioni dell'utilizzo di tale modello sono espresse da due orientamenti dottrinali contrapposti. I fautori del primo orientamento affermano che la partecipazione statale fa sì che l'interesse pubblico, di cui sono portatori, degradi ad interesse extrasociale. La società opererà quindi seguendo logiche di profitto.²⁷

Il secondo orientamento, al contrario, sostiene che è l'interesse al profitto a degradare ad interesse extrasociale di fronte all'interesse sociale del bene pubblico. Quest'ultimo filone di pensiero è stato ritenuto, da fondata dottrina, insostenibile, se si mira ad escludere che la società in mano pubblica debba realizzare utili, o che gli utili realizzati debbano essere distribuiti ai soci. Tale teoria è ritenuta sorpassata perché nessuna società è giuridicamente tenuta alla massimizzazione del profitto.²⁸

La preferenza della forma societaria, quale modalità di organizzazione pubblica, comporta la necessità di conciliare due strutture e fini differenti, la struttura della società che si caratterizza per il fine di lucro, con l'interesse generale e pubblico a cui deve in ogni caso tendere. E' compito del legislatore valutare le differenze e far convergere, in una adeguata disciplina, la risoluzione di criticità che possono insorgere.²⁹

²⁷ Per un approfondimento: A. GRAZIANI, *Partecipazioni pubbliche e società per azioni* in *Riv. Int. Scienze ec. e soc.*, 1956, 401; C. GRASSETTI, in *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro*, in *Riv. Soc.* 1958, p.1 e ss.; A. MIGNOLI, in *L'interesse sociale*, *Riv. Soc.*, 1958, 725; A. ASQUINI, in *I battelli del Reno*, *ivi*, 1959, 621; V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. Soc.* 1960, 144 e ss.;

²⁸ F. GALGANO, *Op.cit.*

²⁹ P. JORI, *Le società pubbliche nell'ordinamento amministrativo vigente*, in relazione della Regione Lazio, Dipartimento Istituzionale, Direzione regionale affari legislativi, Area "Studi e salvaguardia delle competenze normative della Regione – Biblioteca giuridica, 2008, 4 e ss.

1.3.1. La società pubblica dal punto di vista privatistico

La recente dottrina di ispirazione privatistica si caratterizza fondamentalmente, per una netta presa di posizione in ordine alla natura giuridica delle società pubbliche, le quali vengono ricondotte ad un ambito meramente privato, anche se indubbiamente speciale, senza alcuna tentazione di giungere ad una qualificazione delle medesime in termini pubblicistici. In altri termini, verso la fine del secolo scorso, dalla visuale ora in considerazione pare essersi consolidata, la convinzione che il problema della individuazione della disciplina giuridica, direttamente applicabile alle società pubbliche, non potrebbe coinvolgere in alcun modo il c.d. statuto legale dell'ente pubblico, essendo esclusa ogni possibilità di interferenza di quest'ultimo nei confronti delle compagini sotto osservazione.³⁰

In sostanza, dunque, la dottrina privatistica risulta avere concentrato i propri sforzi nel condurre un giudizio di coerenza e compatibilità tra lo statuto singolare della società pubblica ed il modello generale ed astratto della società per azioni di derivazione codicistica, allo scopo di valutare le conseguenze che le norme singolari producono in ordine alla individuazione della disciplina concretamente applicabile a tali compagini.³¹

Il fenomeno analizzato, viene solitamente letto alla luce di due prospettive: dei rapporti tra diritto legale singolare e diritto societario comune, pur nella consapevolezza della sussistenza di alcune peculiarità, quali, ad esempio, la genesi non contrattuale, l'assenza dello scopo di lucro, la mancanza della pluralità iniziale dei soci, che rendono le società pubbliche tutt'altro che perfettamente

³⁰ S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, 195.

³¹ Da questo punto di vista, cfr., tra gli altri, R. COSTI, *Privatizzazione e diritto della società per azioni*, in *Giur. comm.*, I, 1995, 77 ss.; B. LIBONATI, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, *ivi*, 20 ss.; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1994, 740 ss.; B. VISENTINI, *Ancora sui limiti della disciplina privatistica della società per azioni*, *ivi*, 729 ss.; G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, *ivi*, 385 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, *ivi*, 1992, 126 ss.; P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 989 ss.

coincidenti con il modello di diritto comune, al quale, pertanto, non possono essere ragionevolmente assimilate *tout court*.³²

In tale contesto, sono state definite differenti posizioni in ordine alla disciplina applicabile. Da un lato si è posta la distinzione tra società “speciali”, ossia quelle che presentano tutti i requisiti indicati nel modello comune, unitamente alcuni specifici, e società “anomale”, costituite dalle fattispecie in cui manca un elemento dello schema generale, quale, ad esempio, lo scopo di lucro o il requisito strutturale della pluralità delle parti. In tale prospettiva, per quanto riguarda l’aspetto della disciplina applicabile, che qui interessa indagare, mentre alle società speciali si applica la normativa codicistica generale, salve le disposizioni derivanti dalla normativa speciale, per le società anomale, la soluzione sarebbe meno lineare, poiché occorrerebbe verificare se la diversità rispetto alla fattispecie generale non debba comportare la disapplicazione della relativa disciplina anche per aspetti che non sono oggetto di disposizioni derogatorie particolari. Ciò sarebbe da conformare al principio per cui la mancanza di una norma specifica non conduce, di per sé, all’applicazione della disciplina generale, dal momento che la fattispecie della società anomala non si presenta semplicemente come più ricca di quella generale, bensì come diversa da quest’ultima.³³

Risulta, pertanto, rilevante individuare gli elementi essenziali del modello generale e astratto della società per azioni in relazione alle disposizioni che derogano al diritto societario comune, per giungere a comprendere l’applicabilità della disciplina generale, nonché l’individuazione delle singole norme di diritto comune concretamente applicabili, in quanto non derivate dalla disciplina singolare.³⁴

Nel tempo, si è consolidata la posizione secondo cui il diritto societario comune deve intendersi comunque applicabile alle società di diritto singolare, anche in difetto di elementi essenziali del modello generale. In altri termini, le difformità emergenti fra le società per azioni di fonte legale e quelle di fonte contrattuale non varrebbero a

³² P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, 314.

Sul carattere comunque speciale delle società pubbliche cfr. P. DE CARLI, *Privatizzazioni e pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1996, 345 ss.

³³ G. MARASÀ, *Società speciali e società anonime (ad vocem)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1993, Roma.

³⁴ P. PIZZA, *Op. cit.*, 319.

superare la presunzione societaria, né a precludere, per tale via, la possibilità di applicare alle prime, pure in via residuale, la disciplina dettata per le seconde, stante il fatto che la medesima è richiamata in modo abbreviato dalla spendita legislativa del nome “società per azioni” con ciò si legittima il fatto che le società siano regolate utilizzando, nei variabili limiti desumibili dalle loro leggi istitutive, la disciplina propria della fattispecie astratta suddetta, a prescindere dalla loro conformità o meno al modello codicistico.³⁵

Per quanto riguarda l'applicabilità della disciplina alle società pubbliche, si può affermare, a detta della stessa dottrina, che non esiste un unico modello di società per azioni identificato in quello incardinato nel codice civile, stante la sussistenza di altre figure, inquadrabili come diritti speciali, che se ne discostano per ciò che attiene il momento genetico, funzionale od organizzativo.

Le società pubbliche, pertanto, sono regolate dalla disciplina propria delle società di capitali (e, più precisamente, da quella della s.p.a. o da quella della s.r.l., a seconda del tipo societario in concreto adottato). Inoltre, le società partecipate sono ricondotte al diritto comune anche sul piano dell'impresa, con la soggezione alla normativa *antitrust* (come è noto, l'art. 8, l. n. 287 del 1990 ne dispone l'applicazione indifferentemente ad imprese private, pubbliche e a prevalente partecipazione pubblica; e alla parità di trattamento è ispirata anche la disciplina comunitaria)³⁶ e al fallimento.³⁷

³⁵ C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, t. 8, Torino, 1992, 674 e ss.

³⁶ C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, *Op.cit.*, 10.

³⁷ Cfr. Cass. 29 agosto 1995, n. 9069, che ha confermato la dichiarazione di fallimento di Italtrade s.p.a. a totale partecipazione statale, assodata l'insufficienza dei versamenti a fondo perduto erogati dall'unico azionista a sanare la situazione di insolvenza; e Trib. Velletri 8 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; in senso contrario, sulla base della qualificazione come ente pubblico di società a partecipazione pubblica totalitaria dotate di poteri di imposizione e riscossione tipicamente pubblicistici, Trib. Patti 6 marzo 2009 e Trib. Catania 26 marzo 2010, entrambe in *www.ilcaso.it*, in dottrina ribadisce il principio della fallibilità, ultimamente, M. VENTORUZZO, *L'essenziale dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. Soc.*, 2009, 1050 e ss.

1.3.2. *La prospettiva pubblicistica*

Il tema delle società pubbliche può essere analizzato, oltre che da una visuale privatistica che si focalizza sul rapporto tra il complesso normativo codicistico e lo statuto della società legale singolare, anche da un punto di vista pubblicistico che necessita lo studio del c.d. statuto dell'ente pubblico.

Lo statuto dell'ente pubblico, che si considera applicabile alle società pubbliche, oggetto della presente trattazione, necessita l'analisi dell'interazione fra tre diversi complessi normativi: il diritto singolare, il diritto societario comune, e lo statuto legale dell'ente pubblico.³⁸

Un primo filone afferma che per poter definire una società come pubblica, questo debba essere previsto per legge³⁹, si è inoltre stimato che la ricerca della disciplina applicabile alle società pubbliche è resa complessa dalla compresenza di diversi istituti, idealmente completi, quali lo statuto codicistico e quello proprio degli enti pubblici la cui considerazione dovrebbe portare a concludere che, siccome la struttura societaria ha sempre la prevalenza, si può definire che le società pubbliche sono dotate di uno statuto speciale che si basa sulla disciplina codicistica integrata dalle norme inerenti gli enti pubblici, che richiamano i principi generali della pubblica amministrazione sanciti nella costituzione all'art. 97, quali il buon andamento, l'imparzialità⁴⁰ e il controllo della Corte dei Conti in tema di responsabilità.

L'applicazione del modello di società per azioni alle società pubbliche è in grado di offrire soluzioni di gestione più elastiche per ciò che concerne la possibilità di

³⁸ E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, t. IV, Milano, 2003, p. 3987, analizza una triplice disciplina: amministrativa, diritto privato e "diritto privato modificato". Diversamente, M.G. ROVERSI, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, Torino, 2004, 8, ritiene che l'ente pubblico e la società per azioni sono due figure del tutto distinte tra loro, che non possono essere ricondotte ad unità ed alle quali l'ordinamento ricollega discipline normative diverse.

³⁹ In tal senso, F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. Ec.*, 2005, 247. Negli stessi termini anche G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico, la necessità di un distinguo*, cit., 95

⁴⁰ Sul punto A. CAROSELLI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza*, in cui la consulta propugna l'applicazione dell'art. 97 cost. nei confronti di una società che per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici.

gestire in modo più semplice compagini di attività imprenditoriali che producono servizi in condizioni di libera concorrenza.

Da un punto di vista antiformalistico, si è proposto di non fermarsi alla rigidità delle definizioni e del *nomen juris*, speso dal legislatore per la qualificazione della società in termini di società per azioni da cui dedurre un quadro rigido in senso privatistico ma di indagare l'organizzazione e l'attività a cui essa risulta preposta.⁴¹

A livello interpretativo, pertanto, è necessario stabilire quali istituti afferenti allo statuto dell'ente pubblico siano applicabili al caso concreto, col risultato di pervenire all'enucleazione di una nuova categoria di enti pubblici, la cui regolamentazione si informa al codice organizzativo delle società per azioni, tenendo però sempre in considerazione l'interesse pubblico a cui devono sottendere.⁴²

Ne deriverebbe che le società provenienti dalla trasformazione degli enti pubblici, pur essendo sottoposte alle norme codicistiche per ciò che attiene all'organizzazione interna, conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica e continuano ad essere affidatarie di rilevanti interessi pubblici. Questo determina delle differenze rispetto al modello societario privatistico, in quanto la cura dell'interesse pubblico determina un mutamento della disciplina. Così, le società in esame sono, da un lato chiamate ad osservare regole di evidenza pubblica per l'approvvigionamento di beni e servizi e sottoposte al controllo contabile della Corte dei Conti, mentre dall'altro restano sottoposte alla disciplina del bilancio e a quella contabile, in genere prerogativa delle persone giuridiche private.⁴³

A simili conclusioni si può giungere partendo dalla considerazione circa la neutralità della struttura societaria sia dal punto di vista causale che ideologico, sino a definire la società quale modulo meramente strutturale applicabile e utilizzato a

⁴¹ S. MONZANI, *Op. cit.*, 203 e ss.

⁴² Secondo P. PIZZA, *Op. cit.*, 558, al sintagma societario deve essere attribuito il valore di rinvio implicito, da ciò derivando l'esigenza di porre in essere un giudizio di compatibilità che si risolve semplicemente nella non applicazione delle sole norme di diritto societario comune concretamente incompatibili con le norme di diritto singolare, e non anche nella non applicazione delle disposizioni di diritto societario comune concretamente incompatibili. Più precisamente afferma che alle società per azioni di diritto singolare risultano applicabili in concreto: a) tutte le norme implicite ed esplicite desumibili dalle disposizioni contenute nello statuto legale singolare; b) tutte le norme implicite ed esplicite desumibili dalle disposizioni che, nel loro insieme, concorrono a costituire il diritto societario comune che non vengano a porsi in una situazione di conflitto con le norme di cui allo statuto legale singolare; c) tutte le norme implicite ed esplicite desumibili dalle disposizioni che, nel loro insieme, concorrono a costituire il diritto societario comune che non risultino fondate su un presupposto strutturale implicito che contraddice i tratti strutturali costituenti il presupposto delle norme di cui allo statuto legale singolare.

⁴³ V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in Aa. Vv., *Fondazioni e attività amministrativa*, a cura di S. Raimondi, R. Ursi, Torino, 2006, 13 e ss.

seconda della funzione sostanziale, che può assumere sia connotati privatistici che pubblicistici.

Le società pubbliche potrebbero essere scomposte in due momenti: il momento ontologico e funzionale, e, dall'altro lato, uno privatistico e formale, attinente al modulo organizzativo prescelto e alle attività ad esso sottese, quasi a differenziare una soggettività giuridica pubblicistica ed una capacità d'agire privatistica, salve speciali previsioni legislative.⁴⁴

In tale prospettiva, allora, si tratterebbe, nell'ottica di individuare la disciplina applicabile, di comporre i profili formali con quelli sostanziali ed i profili privatistici con quelli pubblicistici, superando l'ostacolo della natura dell'ente societario "monoliticamente" intesa.⁴⁵ In sostanza, dalla qualificazione della società in esame come compagini formalmente private e sostanzialmente pubbliche conseguirebbe la possibilità di applicare a tali soggetti soltanto le disposizioni di diritto societario, disposte dal legislatore per enti formalmente privati a prescindere dalla loro natura sostanziale, nonché le disposizioni appartenenti allo statuto dell'ente pubblico disciplinate per enti sostanzialmente pubblici indipendentemente dalla loro natura formale.

In altre parole, è necessario definire se in capo alla medesima persona giuridica siano compatibili due ambiti normativi scomposti: quello strutturale e quello ontologico, i quali almeno in via teorica, potrebbero risultare tra loro non interferenti e tali per cui una questione di incompatibilità neppure venga a porsi. Così, per esemplificare, se da una parte, alle società legali in mano pubblica dovrebbero senza dubbio reputarsi applicabili, in quanto non derogate espressamente, le norme codicistiche relative all'organizzazione sociale, dall'altra, dovrebbero reputarsi inapplicabili per incompatibilità le molte disposizioni il cui presupposto applicativo risieda in una fattispecie di tipo contrattuale o che, quanto meno, sia espressione di autonomia negoziale.⁴⁶

Sempre nel campo della posizione di matrice pubblicistica, fondamentale è anche l'elaborazione della teoria dell'ente pubblico a struttura di società per azioni, la quale muove dal presupposto circa la natura di diritto privato delle società per

⁴⁴ M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, 119.

⁴⁵ M. RENNA, *Op. cit.*, 146 e ss..

⁴⁶ M. RENNA, *Op. cit.*, 151-152 e ss..

azioni partecipate, in qualsiasi misura quando non siano oggetto di una disciplina legislativa speciale.⁴⁷

Il problema della disciplina applicabile viene affrontato sottolineando l'impossibilità di sostenere in via generale che il regime societario si applichi solo in quanto compatibile con la natura pubblica o che, viceversa, i profili pubblicistici propri degli enti pubblici economici non trovino applicazione per gli enti pubblici a struttura di società per azioni, e ciò in quanto i diversi profili sono ritenuti convivere nella fattispecie in esame, senza che alcuno dei due possa ritenersi prevalente sull'altro.⁴⁸

In altri termini, il problema della natura giuridica pubblica o privata, degli enti pubblici a struttura societaria, richiama diversi soggetti che pur rivestendo una forma tipicamente privatistica, quale è quella societaria, sono dal legislatore sottoposti ad una disciplina derogatoria rispetto a quella prevista dal codice civile. Importante è accertare al di là della definizione nominalistica, se le deviazioni dal modello societario tipico possano essere compatibili, anche se indicative di una situazione di rilevanza pubblicistica, con la qualificazione privatistica conferita alle compagini in esame, ovvero se, comportando esse una consistente deviazione al modello societario, sia sotto il profilo genetico che organizzativo – funzionale, non debba conseguirne una qualificazione delle suddette in termini di ente a struttura societaria ma con natura pubblicistica.⁴⁹

In merito alle società per azioni partecipate da un ente pubblico locale la Corte di Cassazione ha affermato che esse possono essere considerate di natura privatistica e sono state ritenute operare nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico, mentre parimenti, il rapporto tra quest'ultimo e la società è stato interpretato in senso di autonomia assoluta, con la conseguenza che non sarebbe consentito all'ente locale di incidere unilateralmente sullo svolgimento del medesimo rapporto e sull'attività della società;

⁴⁷ G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 180.

⁴⁸ Sul punto la sent. Corte Cost. 19 dicembre 2003, in *Giur. Cost.*, 2003, 3752, la quale, nel definire la natura giuridica di Italia Lavoro s.p.a., considera la totale partecipazione azionaria del Ministero del tesoro, i poteri di indirizzo spettanti agli organi del governo, la predeterminazione eteronoma dei compiti e delle funzioni pubbliche che la società è chiamata a perseguire nell'ambito delle politiche di un Ministero di cui assume la veste di strumento organizzativo finalizzato al perseguimento di specifiche finalità, per concludere che si tratta di un ente strumentale, sia pure costituito sotto forma di società per azioni.

⁴⁹ R. GAROFOLI, *Servizio pubblico e società pubbliche: implicazioni in punto di giurisdizione*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 642.

in tal modo non risulterebbe introdotta alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica in quanto la posizione dell'ente locale sarebbe riconducibile a quella del socio di maggioranza.⁵⁰

A sostegno della natura privata di una società per azioni a capitale interamente pubblico, si è osservato che gli enti pubblici partecipanti sono considerati soci ordinari, e quindi essi al pari di ogni altro azionista della società possono influenzare il funzionamento e l'organizzazione della società come gli altri, non potendo vantare alcuna forma di interferenza specifica per la loro qualità di ente pubblico. Pertanto si può affermare che le società a partecipazione pubblica locale, pur essendo sottoposte ad una disciplina speciale, non possono qualificarsi in senso pubblicistico, in quanto la relativa disciplina non presenta deviazioni rispetto al modello codicistico tale da portare ad un'autonomia funzionale e statutaria degli organi societari, ma, si verifica una regolamentazione in parte differenziata dallo schema generale sintomatica di una certa rilevanza pubblicistica.⁵¹

Un ulteriore aspetto importante da indagare per la qualificazione privatistica o pubblicistica delle compagini societarie in mano pubblica è lo scopo lucrativo, il quale, ai sensi dell'art. 2247 c.c. informa il contratto di società stipulato tra due o più persone per l'esercizio di un'attività economica; infatti esso, nel momento in cui si vuole affermare la sua validità nell'ordinamento a dispetto dell'asserita neutralità del modello societario, si porrebbe in posizione di netto contrasto con la soggettività pubblica. In particolare, dal presupposto che l'ente pubblico deve sempre tendere al perseguimento del fine collettivo, discenderebbe l'impossibilità di qualificare come pubblico un soggetto che ha come fine il perseguimento del maggior profitto possibile, con la conseguenza che la dimostrazione del normale ed inderogabile carattere lucrativo della società, anche se in mano pubblica, varrebbe a sé a dimostrarne l'estraneità da qualificazioni pubblicistiche, o che, in altri termini tutte le società in mano pubblica sarebbero da considerare soggetti privati.⁵²

Tuttavia, appare comunque possibile pervenire ad un'estensione di discipline riservate agli enti pubblici alle società che si presentino come una *longa manus* del

⁵⁰ R. GAROFOLI, *Op. cit.*, 337.

⁵¹ R. GAROFOLI, *Op. cit.*, 339.

⁵² F. GOISIS, *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 1195 e ss..

socio pubblico, cosa che avviene per quanto riguarda le società partecipate degli enti locali deputate alla gestione dei servizi pubblici.

In ultima analisi, si può concludere che ove la disciplina della società chiamata all'esercizio dell'attività di spettanza pubblica, alla luce del principio di sussidiarietà, si presenti in maniera anomala per effetto di inequivoche deroghe al comune diritto societario che coinvolgono, in primo luogo, la causa lucrativa, essa è da considerare ente pubblico, naturale destinatario, in quanto tale, dell'applicazione di discipline pubblicistiche, fermo restando, quanto alla disciplina organizzatoria, che la scelta di servirsi della forma societaria, anche se mancante della sua finalità tipica, per l'esercizio di un'attività pubblica, lungi dal rimanere irrilevante, si traduce in una massima utilizzazione consentita del diritto privato nell'organizzazione del soggetto pubblico.⁵³

⁵³ F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 317 e ss..

1.4. Le società pubbliche nel contesto locale

A livello locale, il modello inizialmente utilizzato era quello dell'azienda municipalizzata, che operava come ente locale (il Testo unico del 1925 prevedeva l'azienda autonoma).

E' con la legge 8 giugno 1990, n. 142 che il legislatore ha introdotto rilevanti novità in tema di autonomia locale, prevedendo, per la prima volta, la possibilità di un'azienda speciale legata al Comune: una società per azioni, nuovo mezzo per la gestione dei servizi pubblici locali, inerenti all'attività strumentale dell'ente medesimo.⁵⁴

Le novità legislative e l'apertura alla società a partecipazione pubblica hanno dato origine ad alcuni contrasti giurisprudenziali, in ordine alla questione a monte della natura giuridica di siffatte società.⁵⁵

Per alcuni anni ha prevalso l'idea che la società mista fosse una speciale emanazione dell'ente pubblico affidante; veniva, quindi, previsto l'affidamento diretto, in luogo dell'affidamento tramite concessione. Successivamente, per far fronte alle contestazioni comunitarie in ordine alle criticità concorrenziali del sistema, il legislatore ha creato un sistema di gestione dei servizi pubblici locali, incentrato sul modello societario che, da alternativa diveniva scelta obbligatoria; infatti l'art. 40 della legge n. 448 del 2001 prevedeva che l'affidamento tramite gara a società di capitali fosse l'unico modo di affidamento ammesso.

Per mantenere e tutelare la concorrenza nel libero mercato è stato poi affermato anche il principio della proprietà pubblica delle reti e della separazione dell'attività di gestione della rete, da quella di erogazione o gestione del servizio.

⁵⁴ Art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 e successivamente il D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533 (Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali), che, oltre a prevedere che il socio privato di maggioranza fosse scelto attraverso la procedura concorrenziale modellata sugli schemi disciplinati dal d.lgs. n. 157 del 1995 per l'aggiudicazione degli appalti, aveva fissato la partecipazione dell'ente locale promotore in misura non inferiore del 20% del capitale sociale e quella dei soggetti privati in misura non inferiore al 51%.

⁵⁵ La Corte di cassazione affermava la partecipazione pubblica prevalente non rappresentava una peculiarità tale da alterare il modello societario tradizionale. La struttura della società per azioni rimaneva immutata e il socio pubblico si inseriva nel contesto societario con gli stessi poteri del socio privato senza poteri speciali di natura pubblicistica (Corte Cass. sez. un, 6 maggio 1995, n. 449).

Diversamente, per i servizi pubblici non aventi rilevanza economica, il modello di società a partecipazione pubblica era preferibile rispetto agli altri modelli alternativi anche pubblicistici.

Il modello a partecipazione pubblica ha avuto un'ulteriore espansione nel 2003 grazie all'intervento legislativo⁵⁶, che ha disciplinato la possibilità di affidamento tramite gara a società terze. Esso si poneva come un'alternativa rispetto all'affidamento a società mista con socio privato, scelto tramite gara, e all'affidamento alla società c.d. *in house*, ossia a società a totale partecipazione pubblica, a condizione che l'ente, o gli enti partecipati, esercitino su di esse un "controllo analogo" (come richiesto dai principi comunitari) a quello sui propri servizi e le attività ad essi collegate.

Inoltre, l'art. 113 del Testo unico degli enti locali, così convertito dall'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003, ha stabilito che la proprietà della gestione dei servizi poteva essere conferita solo a società a partecipazione pubblica e non più, come accadeva in precedenza, alle società a partecipazione pubblica maggioritaria.

Le nuove disposizioni hanno così differenziato i concetti di servizi a rilevanza industriale con quelli a rilevanza economica, disciplinando anche quei servizi privi di tale rilevanza. In particolare l'art. 113 lettera c) del TUEL ha eliminato la possibilità di affidamento a terzi, e per altro verso, è stato sostituito l'affidamento diretto a società di capitali partecipate da enti locali.⁵⁷

Un ulteriore intervento, avente ad oggetto i servizi privi di rilevanza economica, si è configurato con la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2004, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcuni modelli di gestione previsti dalle leggi regionali, attribuendo allo Stato la competenza esclusiva in materia di tali servizi e affermando che essi sono considerati fuori dal mercato concorrenziale. E' stata quindi prevista la possibilità che tali servizi non siano soggetti a regole pro concorrenziali.

In merito ai servizi a rilevanza economica, un importante intervento legislativo è registrato con l'art. 23 bis del d.l. 112 del 2008, il quale ha sostenuto maggiormente i modelli di affidamento a terzi tramite gara e l'affidamento di società mista rispetto alla società *in house*, in cui sono necessarie, come condizioni

⁵⁶ Art. 14 del d.l. 296 del 2003.

⁵⁷ Cfr. G. URBANO, *Op. cit.*, 8 e ss.

indispensabili, il controllo analogo e l'attività prevalente, oltre alla dimostrazione da parte dell'ente locale della inutilità del ricorso al mercato libero e concorrenziale, a causa di particolari condizioni sociali, economiche e ambientali, proprie del contesto territoriale di riferimento.

L'affidamento a società mista prevedeva, invece, che il socio privato fosse scelto per mezzo di una gara a doppio oggetto, consentendo così l'ingresso di un socio operativo e allo stesso tempo finanziario, con una partecipazione corrispondente ad almeno il 40% del capitale sociale.

Tale sistema è stato però oggetto di abrogazione in seguito al referendum del giugno 2011.⁵⁸

Il legislatore ha però reiterato la disciplina precedente con l'art. 4 del d.l. 138 del 2011, in quanto pur essendo il referendum incentrato sul servizio idrico, l'avvenuta abrogazione ha avuto ripercussioni anche su altri modelli di servizi pubblici; per questo motivo il legislatore ha poi, successivamente, rinormato la materia, prevedendo la medesima disciplina. Tuttavia la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012, ne ha rilevato l'illegittimità, costituzionale in violazione dell'esito referendario e dell'art. 75 cost. in quanto illegittima la riproposizione dell'art. 23 bis. La norma disciplina il settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, con l'intento di adeguarlo ai principi del diritto comunitario.

In particolare, per l'affidamento alle società *in house*, vengono posti alcuni limiti che consentono, in via generale, l'attribuzione diretta in base ad una analisi di mercato, da cui risulti che la libera iniziativa economica privata non sembri idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, fissando inoltre una soglia di valore non superiore ai 900.000 euro, successivamente ridotta a 200.000 euro con la riforma legislativa del 2011.

La Corte Costituzionale ha rilevato che le disposizioni dell'art. 4 in questione violano la potestà legislativa regionale e residuale in materia di servizi pubblici locali e la competenza regolamentare degli enti locali (art. 75 cost); sono a rischio altresì i principi comunitari, che vincolano l'affidamento *in house* alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società, al c.d. "controllo analogo", esercitato

⁵⁸ L'effetto abrogativo del referendum è riconducibile al D.P.R. 113 del 2011.

dall'ente aggiudicatario ed allo svolgimento della parte prevalente dell'attività in favore dell'ente.⁵⁹

L'effetto principale di tale pronuncia sarà il riemergere del protagonismo delle società a partecipazione pubblica in ambito locale. La società *in house* sarà ammessa in alternativa all'affidamento tramite gara pubblica, alle sole condizioni del “controllo analogo” e dell'attività prevalente. La società mista sarà anch'essa ammessa, in alternativa, all'affidamento tramite gara a terzi e all'affidamento *in house*, senza il limite del 40% minimo di partecipazione privata.

Le modifiche e le novità finora descritte potranno portare ad un nuovo protagonismo delle società a partecipazione pubblica: questa tendenza potrebbe condurre allo smantellamento della società di capitali a favore di modelli pubblicistici puri⁶⁰ che oggi sono espressamente vietati.⁶¹

⁵⁹ Corte Costituzionale, sent. n. 199 del 20 luglio 2012.

⁶⁰ Cfr. La relazione introduttiva dei quesiti referendari che si può rinvenire in www.acquabenecomune.org, dal titolo: *Invertire la rotta. Per un governo pubblico dell'acqua*.

⁶¹ La Corte Costituzionale aveva affermato che l'art. 35 della l. n. 448 del 2001, nel sostituire l'art 113 del TUEL, aveva posto il divieto di ogni gestione diretta o tramite aziende speciali. Il divieto è stato confermato con l'art. 14 del d.l. 296 del 2003 che, pur modificando la disciplina delle modalità di gestione, ha escluso in ogni caso l'utilizzo di modelli pubblicistici appena indicati (Corte cost. sent. n. 325 del 17 novembre 2010).

1.4.1. L'analisi delle società pubbliche tra Stato e mercato

Le società pubbliche, come già accennato in precedenza, sono state oggetto di un rinnovato interesse da parte del legislatore, che ha approvato diverse riforme in materia, accentuandone la specialità rispetto la disciplina comune applicabile alle società commerciali.

In merito a questi elementi, l'Assonime ha effettuato un interessante rapporto che ripercorre le riforme e le modifiche legislative, assumendo un atteggiamento critico nei confronti di norme ritenute penalizzanti per le società pubbliche che operano in regime di concorrenza con quelle private, e propone alcune soluzioni volte a migliorare la *governance* di quest'ultime.⁶²

Il rapporto, nell'elaborazione della sua analisi, propone anche una distinzione tra società di mercato e le semi-amministrazioni, ritenute una soluzione ibrida da abbandonare del tutto, in quanto contraddice la natura stessa dello strumento societario.

Nel rapporto si evince l'esigenza di differenziare il regime della società a partecipazione pubblica operanti sul mercato da quello dei soggetti che, pur avendo forma societaria, sono di fatto parte della pubblica amministrazione.⁶³ In questa prospettiva, è interessante la distinzione effettuata delle due tipologie di società riconducendo integralmente al diritto comune la prima e riservando alla seconda i controlli, vincoli e regimi pubblicistici.

Per le semi-amministrazioni, il rapporto delinea tre categorie principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell'attività di impresa con scopo lucrativo: il modello di società *in house*, diffuso tra gli enti locali, che consente l'affidamento diretto dei servizi pubblici, in deroga ai principi dell'evidenza pubblica; le società a cui vengono attribuite le funzioni pubbliche; le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da autorità amministrative e, in particolare, le società costituite da amministrazioni regionali e locali.⁶⁴

⁶² Cfr. Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, in www.assonime.it

⁶³ C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"* a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, 2011, Torino, 25.

⁶⁴ M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra il diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, 2010, 2 e ss.

Interessante è il duplice obiettivo del rapporto: far sì che il perseguimento degli obiettivi di interesse generale affidati alle società di partecipazione si coniughi con l'efficiente gestione societaria e consentire alle stesse di operare sul mercato in condizioni di parità con quelle private.

Importante, per meglio comprendere la natura e l'oggetto delle società pubbliche, è l'approfondimento dell'assetto giuridico da diversi punti vista e le diverse linee di intervento proposte.

Nel caso in cui il gestore sia una società a partecipazione pubblica, il legislatore tende a rendere trasparente la distinzione della diversa posizione tenuta dalla Pubblica Amministrazione, come *policy maker* e come azionista, attuando il ricorso alla gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali e sostenendo la trasparenza e la certezza per gli obblighi del servizio pubblico.

Altre linee proposte, quale la riduzione della presenza pubblica nel capitale delle società, concerne il rapporto fra Pubblica amministrazione e l'attività d'impresa mentre la distinzione tra semi- amministrazione e società di mercato si riferisce alla definizione di ruoli dell'azionista pubblico e degli amministratori nelle società di mercato. Infine la rimozione di vincoli spropositati all'attività di impresa riguardano l'assetto disciplinare delle società a partecipazione pubblica. Si tratta di linee di intervento nettamente distinte, ma destinate a convergere.⁶⁵

La diversificazione proposta fra società di mercato e semi-amministrazioni riflette l'eterogeneità presentata dalle società a partecipazione pubblica circa l'attività svolta, difatti alcune espletano l'attività economica mentre altre sono chiamate a svolgere attività non economiche, riconducibili a compiti amministrativi. Le società di mercato possono essere definite tali, quando presentano congiuntamente le caratteristiche di essere: miste, di svolgere attività economiche e di operare a favore di terzi. In tal modo per le società di mercato così delineate, sono sufficienti le regole e i vincoli di diritto comune in modo da poter garantire congiuntamente l'efficiente gestione e il perseguimento di obiettivi pubblici.

Le società così definite sono chiamate a misurarsi in un mercato concorrenziale e in particolare sono esposte a sopportare il rischio d'impresa connesso all'attività che svolgono. Solo tale rischio appare in grado di imporre una

⁶⁵ G. SCIULLO, *Sul riordino del quadro giuridico delle società pubbliche secondo il Rapporto Assonime*, in www.giustamm.it.

condotta ispirata a razionalità economica e a comportamenti virtuosi. In altre parole la distinzione più convincente sembra essere quella tra società di mercato e quelle di non mercato: le prime annoverano quelle che, svolgendo attività economica, operano in mercati concorrenziali, con effettiva sopportazione del rischio imprenditoriale; le altre, viceversa, comprendono le società prive di tali caratteri, purchè pur operando sul mercato non sopportano il rischio di impresa.⁶⁶

Si pone, quindi, un problema di compatibilità tra discipline che non può essere risolto con l'automatico prevalere del diritto pubblicistico sul diritto privato. In proposito, si sottolinea che le società dette semi – amministrazioni sono iscritte al registro delle imprese come ogni altra società. Esse dunque, attraverso un sistema legalmente istituito, dichiarano la loro natura societaria, e conseguentemente, suscitano nei terzi il legittimo affidamento circa la disciplina applicabile conforme al *nomen juris* dichiarato; affidamento disatteso ove il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da una disciplina pubblicistica; ma che disatteso non potrebbe essere perché ogni società di mercato o no è destinata ad entrare in contatto con i terzi.

Pertanto, l'adozione di una determinata forma societaria sia se effettuata come libera scelta sia se imposta da una norma di legge determina necessariamente l'applicazione del diritto societario. La disciplina pubblicistica sarà, in ogni caso possibile, solo previa verifica della compatibilità fra questa e il diritto societario.⁶⁷

⁶⁶ G. SCIULLO, *Op. cit.*

⁶⁷ C. IBBA, *Op. cit.*, 27.

1.4.2. La diffusione delle società partecipate

Nell'ultimo decennio il fenomeno si è amplificato anche grazie all'aumento del numero delle società controllate da amministrazioni regionali, provinciali e locali.⁶⁸

Le società a partecipazione pubblica sarebbero, secondo la ricerca dell'Assonime del 2008, più di 5000, nell'ambito delle quali circa 400 a partecipazione diretta o indiretta dello Stato (attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze); tali società, secondo una ricerca sul sistema amministrativo italiano,⁶⁹ alla fine degli anni ottanta erano invece circa 1000.

La crescita significativa registrata in questi ultimi anni sul piano numerico appare, tuttavia, inversamente proporzionale al peso e alla rilevanza delle partecipazioni pubbliche.⁷⁰

Gli occupati di quelle 1000 società costituivano il 16% del totale nazionale (Iri, Eni ed Enel, da soli, impiegavano 610 mila persone). Gli occupati delle oltre 5000 società di oggi ammontano a circa il 3% del totale nazionale.

Nello stesso periodo di riferimento facevano capo allo Stato, direttamente o indirettamente, il 45% del settore industriale e l'80% del settore assicurativo e bancario e le imprese a partecipazione pubblica erano responsabili per la formazione del 19% del valore aggiunto e del 24% del capitale fisso dell'economia italiana.

Sempre secondo i dati del rapporto dell'Assonime, il valore della produzione delle società in partecipazione statale supera di poco l'11% del Pil, mentre il valore aggiunto prodotto dalle società in partecipazione regionale e locale è pari all'1,2 del Pil.

La proliferazione delle società a partecipazione locale è stata peraltro oggetto di una indagine del 2010, della Corte dei Conti. La sezione autonoma della Corte ne ha pubblicato i risultati in cui traspare che nell'arco temporale dal 2005 al 2008, con

⁶⁸ Cfr. Corte dei Conti, Indagini sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province – Relazione conclusiva approvata nell'adunanza del 22 giugno 2010.

⁶⁹ Cfr. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, 93 e ss.

⁷⁰ Le osservazioni che seguono sono tratte da L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Relazione al Convegno su “*Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*”, Roma, Luiss, 14 maggio 2009.

analisi finanziarie fino al 2009, ha interessato circa 5.928 enti locali, pari al 72,22% del totale dei comuni e delle province.

Dall'analisi sono risultati 5.860 organismi partecipati da 5.928 enti (comuni e province). Si tratta, in particolare, di 3.787 organismi con forma giuridica societaria (società per azioni, società a responsabilità limitata, società consortili e società cooperative) e 2.073 organismi con forma giuridica diversa (consorzi, fondazioni, istituzioni, aziende speciali).

Dal punto di vista dell'attività svolta, il 34,67% degli organismi partecipati si occupa di servizi pubblici locali. Il 65,33% degli organismi partecipati svolge attività riconducibili ad altri servizi: quali in particolare, attività culturali sportive e di sviluppo turistico, supporto alle imprese, scientifiche e tecniche, agricoltura e silvicoltura e pesca, sanità e assistenza sociale, farmacie.

L'indagine ha messo in rilievo una maggiore propensione dei Comuni al fenomeno delle partecipazioni societarie: in particolare, nel triennio 2005 – 2007 le società partecipate dai Comuni con abitanti fino a 30.000 sono 2.584, quelle partecipate dai Comuni tra 30.000 e 50.000 sono 488, quelle partecipate dai Comuni superiori a 50.000 sono 930.

Tra il 2005 e il 2007 di è peraltro registrato un aumento dell'11,08% del numero degli organismi societari.

Con riferimento ai risultati economici delle società partecipate nel triennio 2005 – 2007, dall'indagine risulta che 568 società, corrispondenti al 22,35% del totale, sono sempre in perdita. L'area di attività prevalente per le società sempre in perdita è quella dei servizi diversi dai servizi pubblici locali (con il 63,32% delle società sempre in perdita).

Nell'area di servizi pubblici locali, il settore mostra la percentuale più elevata di società in perdita nel settore dei trasporti, seguito dal quello dell'ambiente – rifiuti.

La Corte conferma che la costituzione e la partecipazione in società e da parte degli enti locali risulta essere spesso utilizzata quale strumento per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e sovente finalizzato ad eludere i vincoli di finanza pubblica imposti agli enti locali.

In contrasto al verificarsi di tale fenomeno distorsivo nel 2010, il legislatore con l'art. 14, comma 32, del d.l. 78 del 2010, convertito con modificazioni con la

legge n. 122 del 2010, ha adottato specifici divieti alla costituzione e al mantenimento di società da parte dei Comuni piccoli e medio piccoli, che sono i maggiori detentori di partecipazioni azionarie.⁷¹

La trasformazione legislativa degli enti pubblici in società per azioni è stata operata sin dagli anni novanta con l'obiettivo di rendere maggiormente attuale il tessuto economico produttivo nazionale alle regole della concorrenza in un contesto di integrazione comunitaria e globale, sia al fine di riorganizzare i moduli dell'azione amministrativa, nel senso di una maggiore efficienza ed efficacia, da realizzarsi anche con il raggiungimento di obiettivi di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica.

Importante in merito a quanto sopra richiamato è la legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. Legge Bassanini), la quale – nell'ambito del complessivo disegno di riorganizzazione della pubblica amministrazione – ha previsto una delega al Governo per il riordino degli enti pubblici nazionali operanti nei settori dell'assistenza e previdenza, delle istituzioni di diritto privato e delle società per azioni, controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, operanti nell'ambito della promozione e sostegno pubblico al sistema produttivo nazionale (art. 11, comma 1, lett. b). In attuazione di tale delega, sono stati adottati diversi decreti che hanno permesso il riordino e la trasformazione in fondazione o in società per azioni di numerosi enti.

Tra gli interventi più importanti, si ricordano il d.lgs. 21 aprile 1999, n. 16 con il quale è stato riordinato l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ai fini della sua trasformazione in società per azioni, poi avvenuta con delibera Cipe n. 59 del 2 agosto 2002; il d.lgs. 11 maggio 1999, n. 141, di trasformazione in società per azioni dell'ente autonomo acquedotto pugliese; il d.lgs. 17 agosto 1999, n. 304, di trasformazione in società per azioni dell'Ente autonomo esposizione universale di Roma; il d.lgs. 9 gennaio 1999, n. 1, con il quale è stato effettuato il riordino degli enti e delle società di promozione operanti nel Mezzogiorno, ed è stata istituita la Società sviluppo Italia s.p.a. ora agenzia per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'Impresa s.p.a., detenuta interamente dal Ministero dell'Economia.⁷²

⁷¹ Dati relativi al Servizio Studi – Dipartimento bilancio con oggetto Le società a partecipazione pubblica, inserito nel Documento n. 237 della Camera dei Deputati in data 27 maggio 2011.

⁷² Sviluppo Italia s.p.a. è stata oggetto di un complessivo riassetto con la legge finanziaria per il 2007 (art. 1, commi 460-464 della l. 296/2006), la quale ne ha mutato la denominazione in Agenzia per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a.. Inoltre, il proprietario dell'intero pacchetto azionario è divenuto il Ministero dell'economia e finanze.

La preferenza per forme giuridiche disciplinate dal diritto privato, ed in particolare della società per azioni, anche al fine dello svolgimento di attività di interesse pubblico e di sostegno al tessuto economico nazionale, ha trovato conferma nell'adozione anche nell'ultimo decennio di norme primarie che hanno disciplinato direttamente la trasformazione in società per azioni di importanti enti pubblici.

A questo proposito, l'art. 7 del d.l. 8 luglio 2002 n. 138 che ha disposto la trasformazione in società per azione dell'Anas e gli artt. 5 e 6 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, che hanno previsto rispettivamente la trasformazione in società per azione della Cassa depositi e prestiti e della Sace.

Nel corso del decennio scorso, ulteriori interventi normativi, hanno previsto l'istituzione di società per azioni, ovvero hanno autorizzato soggetti pubblici a costituire società per azioni.

Tra le società costituite previste direttamente dalle legge si hanno, a titolo esemplificativo, la società Patrimonio dello Stato s.p.a., istituita in base all'art. 7 del d.l. 15 aprile 2002, n. 63, e incaricata di operare nel settore della gestione del patrimonio dello Stato, la Coni s.p.a. istituita dall'art. 8 del d.l. n. 138 del 2002, nell'ambito del complessivo riassetto del Comitato olimpionico nazionale italiano, la società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo Arcus s.p.a., che il Ministero per i beni e le attività culturali è stato autorizzato a costituire, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 291 del 2003.

Tra i casi più recenti di costituzione *ex lege* di società finalizzate all'esercizio di attività strumentale a quelle statali, si menziona, infine la società Difesa servizi s.p.a., prevista dall'art. 2, commi 27 – 36 della legge 191 del 2009 (legge finanziaria del 2010). La società Difesa ha ad oggetto la prestazione di servizi e l'espletamento di attività strumentali e di supporto tecnico - amministrativo in favore dell'Amministrazione della difesa per lo svolgimento di compiti istituzionali di quest'ultima. L'oggetto sociale riguarda anche l'attività negoziale diretta all'acquisizione di beni mobili, servizi e connesse prestazioni, e di valorizzazione degli immobili militari (esclusa l'alienazione), ed è strettamente correlato allo svolgimento di compiti istituzionali dell'Amministrazione della difesa, con esclusione delle attività direttamente correlate alle funzioni operative delle forze armate. La società è inoltre autorizzata a svolgere le funzione di centrale di committenza. Tuttavia, la partecipazione azionaria spetta interamente al Ministero

della Difesa che esercita i diritti dell'azionista, e ne definisce con decreto gli indirizzi strategici e i programmi, di concerto con il Ministero dell'economia.

Il Ministero della difesa di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze ha approvato, con il decreto 10 febbraio 2011, lo Statuto della società "Difesa Servizi s.p.a." pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 17 febbraio 2011. Il decreto, oltre all'approvazione della società medesima, contiene la nomina del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale della società.

1.5. La legislazione degli ultimi anni

Le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme del codice civile a meno che norme speciali non dispongano diversamente.⁷³

Si applica, dunque, il diritto societario comune inserito nel codice civile ma occorre tener conto delle norme speciali che a volte si aggiungono e altre volte le derogano, con prevalenza di quelle speciali secondo i tradizionali criteri ermeneutici.

Alcune norme speciali sono contenute nel codice civile. In particolare, la Sezione XIII, del Libro V, Titolo V, Capo V, è dedicata alle “*società con partecipazione dello Stato o enti pubblici*” e la successiva Sezione XIV è dedicata alle “*società di interesse nazionale*”.

La parte più significativa delle norme applicabili alle società a partecipazione pubblica si riscontra però, fuori dal codice civile e cioè in diverse disposizioni di rango legislativo che si sono susseguite negli ultimi anni, disciplinando in modi disparati la capacità di agire delle società pubbliche e aggravando la loro organizzazione. Altre norme speciali si possono trovare anche in atti sub-legislativi, come lo Statuto, cui spesso la norma primaria affida il compito di definire le norme di funzionamento delle società.

Le norme di fonte speciale possono essere distinte in base alla propria tipologia e finalità. Sotto il primo versante è possibile definire due diverse tipologie di “specialità” normativa, entrambi segnali del ruolo dell’interesse pubblico nella conformazione dello statuto societario, ma con una portata derogatoria rispetto ai principi generali probabilmente diversa⁷⁴.

Da un lato è possibile raggruppare tutte quelle norme che disciplinano il comportamento dello Stato come azionista, subordinando ad esempio, l’esercizio dei relativi poteri a preve deliberazioni amministrative, spesso frutto di intese fra le diverse amministrazioni o, come è disciplinato dal d.l. 6 luglio 2011, convertito con modificazioni con la l. 15 luglio 2011, n. 111, imponendo a tutti gli enti e gli organismi pubblici di pubblicare sul loro sito informazioni dettagliate in merito alle partecipazioni detenute, anche indirette e minoritarie, e sui collegamenti esistenti tra

⁷³ C. IBBA, *Dall’ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in www.giustamm.it, gennaio 2011.

⁷⁴ Cfr. M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrera), 2010, 5.

le società partecipate e l'ente partecipante (art. 8). Si tratta di profili speciali che riguardano aspetti esterni all'ordinamento delle società e alla sua capacità di agire, in particolare riguardano il socio azionista nella sua dimensione pubblicistica e non hanno incidenza sulla natura societaria.

Dall'altro lato possono distinguersi quei profili di specialità che incidono direttamente sulla funzionalità delle società pubbliche, condizionandone la capacità di agire e l'ordinamento delle stesse. In questo caso la deviazione del modello societario è più evidente, perché gli elementi decisivi che regolano la futura attività dell'ente e le sue modalità di adempiere alla missione attribuita, non passano più attraverso il filtro assembleare, ma hanno direttamente un rango normativo spesso di natura legislativa.

I diversi statuti legali delle società pubbliche offrono diversi esempi di deroghe al diritto comune incidenti sulla struttura della persona giuridica piuttosto che sull'azione dello stato azionista.⁷⁵

Nello sviluppo delle deroghe al diritto comune sono cresciuti nuovi tratti di specialità che tendono a "generalizzarsi" per categorie di società pubbliche. Non più soltanto nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico specifico della società, quanto piuttosto con l'intenzione di coordinare la natura di tali soggetti con interessi generali. Ciò permette una classificazione delle più recenti deroghe al diritto comune in ragione della loro funzionalità.

Recentemente la legislazione speciale ha operato secondo tre linee guida principali.⁷⁶

La prima direttrice dispone la necessità di limiti all'operatività, all'attività o all'oggetto delle società a partecipazione pubblica al fine di evitare che il fenomeno possa provocare distorsioni concorrenziali a sfavore delle imprese private operanti sul mercato e senza le tutele correlate alla partecipazione pubblica.

Un secondo orientamento mira a "moralizzare" il fenomeno delle partecipazioni pubbliche attraverso l'introduzione di vincoli volti ad evitare che l'uso di tale tipo di modello sia portatore di sprechi da parte dell'amministrazione.

⁷⁵ G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra la tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 13 e ss.

⁷⁶ M. CLARICH, *Op. cit.*, 7 e ss.

Tale orientamento si è sviluppato negli ultimi anni quale conseguenza delle polemiche contro gli sprechi nelle pubbliche amministrazioni e nelle cariche politiche, che ha avuto il suo epilogo recentemente con le norme inerenti la *spending review*.⁷⁷

Si cerca, pertanto, di arginare l'utilizzo dello strumento societario soprattutto a livello locale dove lo sviluppo delle società a partecipazione pubblica assume dimensioni rilevanti. Si spiegano in questa logica, per esempio i limiti alla composizione degli organi sociali delle società locali ed al livello dei compensi.⁷⁸

La moralizzazione imposta dal ricorso a strumenti legislativi non sarebbe necessaria se non si fossero realizzati negli ultimi anni comportamenti irresponsabili dell'azionista pubblico, forieri di sprechi e logiche clientelari. Disposizioni legislative così vincolistiche denotano una sfiducia soprattutto nei confronti delle amministrazioni locali e si pongono in controtendenza con il riconoscimento a questi enti di maggiori ambiti di autonomia anche in attuazione dei principi costituzionali (art. 114, comma 2, cost.).⁷⁹

La terza direttrice, volta ad evitare che lo schema privatistico possa comportare l'elusione di disposizioni proprie dei soggetti pubblici, determina l'estensione di alcuni vincoli tipicamente pubblicistici (ad es. i vincoli pubblicistici all'assunzione di personale). Questi interventi rappresentano una risposta del legislatore al ricorso alle società a partecipazione pubblica anche per lo svolgimento di attività strumentali alla funzione pubblica che potrebbero essere gestite all'interno delle amministrazioni, principalmente allo scopo di sottrarsi allo statuto giuridico pubblicistico (soprattutto in tema di assunzioni del personale e di applicazione di procedura ad evidenza pubblica).⁸⁰ Già in passato, per meglio inquadrare il fenomeno dell'esplosione degli enti pubblici e di altre amministrazioni parallele agli apparati

⁷⁷ D.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135, misure di razionalizzazione della spesa pubblica.

⁷⁸ Il D.P.R. n. 195 del 2010, "*Regolamento recante determinazione dei limiti massimi del trattamento economico onnicomprensivo a carico della finanza pubblica per i rapporti di lavoro dipendente o autonomo*", quale regolamento di attuazione della Finanziaria 2008 (art. 3, comma 44, l. 244 de 2007) stabilisce che sono enti conferenti: "le amministrazioni dello Stato di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, le agenzie, gli enti pubblici economici e non economici gli enti di ricerca, le università, le società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica e le loro controllate.

⁷⁹ M. CLARICH, *Op. cit.*, 8 e ss..

⁸⁰ G. URBANO, *Op. cit.*, 15.

ministeriali tradizionali e sottratte a molti vincoli e rigidità imposti a quest'ultimi, si era parlato di "fuga dallo Stato".⁸¹

Mentre la prima direttrice a tutela della concorrenza comporta limiti a monte alla capacità d'agire delle società a partecipazione pubbliche, le ultime due direttrici accennate hanno ad oggetto in via prevalente disposizioni speciali che incidono sugli aspetti ordinamentali.

L'orientamento con oggetto la "moralizzazione" con l'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012 sulla *spending review*, ha avuto l'effetto tipico della prima direttrice, ossia di porre una limitazione alla costituzione di società pubbliche.

Negli ultimi anni, come già ricordato, il legislatore ha avuto un atteggiamento di sfavore nei confronti delle società pubbliche, e per quanto riguarda la legislazione è caratterizzata per un incremento costante delle norme speciali, anche se si è rilevata contemporaneamente una contropinta verso il ritorno al diritto comune.

La giustificazione a tale fenomeno risiede nel diritto comunitario, che assume un atteggiamento neutro nei confronti delle società pubbliche non tollerando i privilegi in capo al socio pubblico che determinano uno squilibrio dei principi della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, strumentali all'apertura dei mercati alla concorrenza.

Le società pubbliche sono normate nel codice civile dall'art. 2449 nella sezione dedicata alla nomina degli organi sociali e dall'art. 2451 che reca la disciplina delle norme applicabili, richiamando l'impostazione generale che prevede l'assoggettamento al codice civile tranne le disposizioni speciali su determinati aspetti dell'organizzazione societaria.

La Sezione XIII in merito alle società con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici ha subito recentemente un intervento legislativo che ha determinato la modifica dell'art. 2449 e l'abrogazione dell'art. 2450.

Gli interventi sopra richiamati sono conseguenza della decisione della Corte di Giustizia europea, in particolare della sentenza sez. I, 6 dicembre 2007 in cause riunite C – 463/04 e C – 464/04), poiché tali articoli assegnavano al socio pubblico un potere sproporzionato di incidere sulla *governance* della società. Pertanto il diritto

⁸¹ Per un'analisi storica dell'espansione delle amministrazioni parallele cfr. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 191 e ss..

verso il diritto comunitario, determinando l'abolizione di norme di privilegio che l'ordinamento italiano prevedeva a favore del socio pubblico.⁸²

In conclusione si può ritenere che l'evoluzione degli ultimi anni è contrassegnata, per un verso, da spinte significative alle specialità dovuta a diversi interventi del legislatore nazionale per rispettare quanto imposto a livello comunitario in merito alla tutela della libera concorrenza o per far fronte a criticità nazionali di immoralità o di elusione di vincoli imperativi.

Per altro verso, si sono verificate differenti contropunte di ritorno al diritto comune sia pure riconducibili a cause del tutto eterogenee. La prima è, come già in precedenza richiamata, di derivazione comunitaria ed è consistita nello smantellamento delle norme di privilegio per il socio pubblico in contrasto con i principi di libertà comunitaria strumentali alla realizzazione di mercati concorrenziali. La seconda causa, invece, inerisce all'applicazione razionale delle norme esistenti.

⁸² G. URBANO, *Op. cit.*, 16 e ss..

1.6. La normativa di limitazione dell'utilizzo dello strumento societario nella pubblica amministrazione

L'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, c.d. Decreto Bersani, rappresenta una delle più significative manifestazioni restrittive della legislazione degli ultimi anni nei confronti delle società.

La norma si applica alle società interamente pubbliche o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali o locali non per l'esercizio dell'attività di impresa, bensì per lo svolgimento di attività strumentale all'ente od amministrativa (con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi centrali di committenza).

L'art. 13 introduce una disciplina speciale che prevede una serie di limitazioni alla loro natura negoziale, infatti viene ristretta l'ordinaria capacità di agire delle società strumentali, limitandone l'attività operativa sotto il profilo dei soggetti destinatari. Le società partecipate da capitale pubblico devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non possono rendere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici, o privati, né in affidamenti diretti né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.⁸³

Le società partecipate sono oggetto di tali vincoli in quanto strumentali rispetto all'ente politico. Le società strumentali sono strutture costituite per svolgere attività e servizi rivolti essenzialmente alla stazione appaltante e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente e in via mediata esigenze generali della collettività.⁸⁴

La *ratio* della disposizione in esame va ravvisata nell'intento di scongiurare i potenziali effetti distorsivi della concorrenza e la violazione del principio di parità degli operatori connessi all'operare delle società a partecipazione pubblica che possono godere della posizione privilegiata determinata dalla predetta strumentalità, evidenziando così il rischio che si creino particolari situazioni di privilegio per

⁸³ M.G. VIVARELLI, *Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica*, in *Rivista trimestrale degli appalti* 2011, fasc. 1, p. 114.

⁸⁴ Cfr. Cons. Stato, n. 1600 del 2008, Cons. Stato n. 3766 del 2009.

alcune imprese, quando quest'ultime usufruiscano sostanzialmente, di un aiuto di Stato.⁸⁵

Inoltre, non può neppure escludersi il perseguimento di un ulteriore e non meno rilevante fine di porre un freno alla proliferazione delle società pubbliche o miste il cui fenomeno ha certamente contribuito all'inesorabile lievitazione della spesa pubblica.⁸⁶

Il divieto sancito dalla norma in questione sottolinea la differenza tra concorrenza per il mercato e concorrenza nel mercato cercando così di sostenere la tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza. La norma attua, così, i principi comunitari in ordine alla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di stato e sul principio di sussidiarietà, esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone a tutte le stazioni appaltanti tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento.

Per quanto riguarda il divieto imposto alle società strumentali di detenere partecipazioni in altre società o enti, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 326 del 2008 in tema di presunta illegittimità dell'art. 13 del decreto Bersani ha affermato che *“esso è complementare rispetto alle altre disposizioni considerate. E' volto, infatti, a evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni le attività loro precluse. La disposizione impugnata vieta loro non di detenere qualsiasi partecipazione o di aderire a qualsiasi ente, ma solo di detenere partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse”*.

Per quanto riguarda l'oggetto esclusivo previsto per tali società, l'interpretazione della norma è concentrata sulla *ratio* che induce a ravvisare proprio nell'elemento oggettivo della strumentalità la giustificazione per tale divieto. Quest'ultimo non deve essere ravvisato quale divieto delle società *multiutilities*, ma come rafforzamento della regola dell'esclusività, cioè che le attività devono essere rivolte esclusivamente a favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti.⁸⁷

Al riguardo, deve comunque essere sottolineato che l'imposizione di un oggetto esclusivo “non può tradursi in un obbligo di monoattività delle società strumentali. Diversamente, si costringerebbero le amministrazioni sub-statali a costituire una

⁸⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V. sent. n. 1282 del 5 marzo 2010.

⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. II, sent. N. 322 del 25 settembre 2009

⁸⁷ G. URBANO, *Op. cit.*, p. 21.

società per ciascuna delle attività strumentali. Naturalmente deve trattarsi sempre di attività tutte funzionali all'apparato amministrativo originatore e le società non devono comportarsi come attori del mercato nello svolgimento di una di queste attività".⁸⁸

Sotto il profilo oggettivo la lacuna normativa relativa alla mancanza di indicazioni precise circa i caratteri distintivi dell'attività strumentale è stata colmata dalla giurisprudenza amministrativa che ha affermato che possono definirsi strumentali all'attività degli enti pubblici in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società di diretto ed immediato supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali.

Le società strumentali sono quindi istituite per garantire le attività di interesse della collettività a cui fanno riferimento.

Con riferimento alla produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'ente locale, è stata creata in ambito nazionale la società partecipata c.d. monocliente ad oggetto sociale esclusivo.

Tale concetto era contenuto nel comma 33 dell'art. 4 del d.l. 138 del 2011 estendendolo sostanzialmente anche alle società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di procedure non ad evidenza pubblica. La norma sopra richiamata, è stata abrogata dall'esito del referendum del giugno 2011 che ha portato all'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, in merito ai servizi pubblici locali a rilevanza economica, e poi di recente, la Corte Costituzionale con la sentenza 199 del 2012 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. 138 del 2011.

Se da un lato la chiusura totale nei confronti del mercato interno assicura che non vi siano elusioni e distorsioni della concorrenza, dall'altro crea non poche difficoltà ad individuare la compatibilità tra tale modello societario con quello di diritto comune.⁸⁹

I limiti operanti in merito all'attività strumentale valevano anche con riferimento ai servizi pubblici locali a rilevanza economica. Tuttavia, la sentenza della Corte costituzionale, sopra richiamata, ha eliminato i criteri restrittivi di tale materia.

⁸⁸ M.G. VIVARELLI, *Op. cit.*, 117.

⁸⁹ F. GUERRERA, *Le società a partecipazione pubblica*, 2010, ed. Quaderni Cesfin.

1.7. Le società “*in house*”

Il modello organizzativo più diffuso tra le società partecipate dall'ente pubblico è il modello delle società *in house*, sulla base del quale, il servizio di cui è titolare l'ente viene affidato in via diretta. Esso presenta diverse peculiarità rispetto l'ordinamento societario comunemente usato.⁹⁰

Questo schema trova la propria origine normativa nella interpretazione del legislatore nazionale della giurisprudenza comunitaria, che, nella nota sentenza *Teckal* aveva escluso l'applicabilità delle norme sull'individuazione concorrenziale del concessionario, qualora l'ente “eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”.⁹¹

L'espressione *in house providing* identifica il fenomeno di autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione.

L'autoproduzione consiste nell'acquisire un bene o un servizio, attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa, senza ricorrere a “terzi” tramite gara e dunque al mercato. L'affidamento *in house* esige un rapporto di delegazione interorganica, che comporta il trasferimento da un soggetto all'altro di competenze, funzioni e poteri, con la conseguenza che il delegante si spoglia di proprie attribuzioni a favore del delegato, il quale, a sua volta, agisce solo nell'interesse e per conto di quest'ultimo, acquisendo legittimazione attiva e passiva e diventando direttamente responsabile nei confronti dei terzi degli atti di esecuzione della delegazione.

Occorre accertare in concreto se, in tale struttura organizzativa sia presente l'effettivo controllo che l'Amministrazione pubblica esercita sulla società partecipata.⁹² Quanto alla diversa attribuzione di compiti tra l'Ente locale

⁹⁰ F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche*, Milano, 2011, 57.

⁹¹ Corte di Giustizia 18 novembre 1999, in causa C-107/98 *Teckal* s.r.l. contro Comune di Aviano; Corte di Giustizia 10 novembre 1998, *Bhi Holding* contro G. Arnhem e G. Rheden; Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, *Ri.San. s.r.l.* contro Comune di Ischia.

⁹² F. FIMMANÒ, *Op. cit.*, 59

e la società aggiudicataria, deve essere verificato che essa realizzi la parte prevalente della propria attività in favore del proprio controllante.⁹³

Attraverso la sentenza Teckal, la Corte ha indicato i requisiti necessari affinché si possa determinare l'affidamento del servizio in via diretta, non rispettando, di conseguenza, le regole delle gare in materia di appalti. Il primo è che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello che eserciti sui propri servizi, mentre il secondo prevede che il soggetto aggiudicatario svolga la maggior parte della attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

In ragione del "controllo analogo" e della destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione stessa, pertanto non è necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di appalti.⁹⁴

In altri termini, il giudice comunitario ha statuito che in presenza dei requisiti, appena richiamati, un soggetto di diritto privato, seppure giuridicamente distinto dalla Pubblica Amministrazione, non può essere considerato un organismo terzo rispetto a questa. Manca, dunque, quell'incontro di volontà tra due soggetti in grado di instaurare tra loro un vero e proprio vincolo contrattuale e, di conseguenza, l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindere dalla normativa in materia di contratti pubblici.⁹⁵

Alcune pronunce del giudice amministrativo hanno precisato quali debbano essere le caratteristiche per poter configurare un rapporto *in house*, il Consiglio di Stato ha innanzitutto ribadito, in via generale i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale:

- il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;

⁹³ Cons. Stato, 18 settembre 2003, n. 5316.

⁹⁴ Cfr. Cons. Stato, ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1.

⁹⁵ G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra la tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 32

- l'impresa non deve aver "acquisito una vocazione commerciale che rende precario di controllo" da parte dell'ente pubblico;⁹⁶

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante;

- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati.⁹⁷

Il giudice comunitario ha inoltre chiarito che la condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa entrare in concorrenza con altre imprese.⁹⁸

Alla giurisprudenza comunitaria si è adeguato il Giudice nazionale. Infatti, la Corte costituzionale, con la sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439, ha precisato che l'effettuazione di prestazioni che non siano marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa attiva sul mercato, con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri termini una consistente attività esterna determinerebbe una deviazione dal rigoroso modello delineato dai Giudici europei, con la conseguenza, da un lato che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto "terzo".

"Controllo analogo" e "attività prevalente" sono, dunque, i criteri concreti atti a disegnare il perimetro dell'auto produzione amministrativa. In presenza dei quali la giurisprudenza comunitaria ritiene possibile che l'amministrazione possa procedere all'affidamento diretto a favore dell'operatore controllato senza ricorrere alla gara. Questo secondo un principio di tendenziale libertà che non

⁹⁶ Cfr. Sent. 13 ottobre 2005, causa C 458/03 – Parking Brixen GmbH.

⁹⁷ T.a.r. Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Cons. Stato, V sez., 30 agosto 2006, n. 5072.

⁹⁸ Corte di Giustizia, CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punto 60

imporrebbe all'Amministrazione neppure di motivare sulle ragioni per cui non si è scelto l'*outsourcing* a favore di imprese private.⁹⁹

Rispetto ai principi comunitari, l'ordinamento nazionale – inteso nel suo formante giurisprudenziale e normativo – ha optato per la soluzione più liberista rendendo sotto diversi profili più restrittivo il ricorso all'*in house*.¹⁰⁰

Tale irrigidimento si è avuto per un verso nell'individuazione di condizioni esogene rispetto a quelle individuate dalla giurisprudenza comunitaria relative all'organizzazione decisionale e ai destinatari dell'attività o, in ogni caso, limiti economici relativi al valore dell'affidamento al di sopra dei quali l'*in house* è preclusa a priori. Per altro verso, anche i presupposti endogeni richiamati dall'ordinamento sono stati recepiti all'interno del nostro ordinamento con una certa restrittività.

Lo sfavore per il modello dell'*in house* si è registrato, anche mediante un parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, con atto di segnalazione del 28 dicembre 2006 n. AS375, che ha ritenuto che l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale mediante l'*in house* risulta giustificato solo se non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato: l'intervento pubblico dovrebbe essere limitato a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato.

L'eccezionalità di tale sistema era stata recentemente ribadita dal legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica. In particolare l'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008 aveva previsto che l'affidamento *in house* fosse consentito solo in via eccezionale, a condizione che fossero rispettati i requisiti già esaminati dal diritto europeo e che, inoltre, “*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*” non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato. La scelta dell'ente locale di procedere all'affidamento *in house* doveva essere motivata in base ad un'analisi di mercato; al di sopra di una determinata soglia (il valore dell'affidamento non doveva superare i 200.000

⁹⁹ M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica* a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 27.

¹⁰⁰ M. LIBERTINI, *Op. cit.*, 29.

euro annui) sarebbe stato necessario il parere preventivo, non vincolante dall'Autorità garante del mercato e della concorrenza.

A seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis dovuta all'esito del referendum del giugno 2011, il legislatore è tornato a disciplinare la materia con l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 introducendo ulteriori restrizioni. Infatti, l'art. 4, pur abolendo la più severa disciplina sui presupposti esogeni, ha stabilito che l'affidamento *in house* possa avvenire solo nei casi in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento sia pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui. In altre parole, con l'art. 23 *bis* d.l. n. 112 del 2008 l'*in house* era generalmente ammesso ma a condizioni molto più rigorose rispetto a quanto disciplinato dal diritto comunitario, nell'art. 4 d.l. 138 del 2011 invece sarebbe stato ammesso alle stesse condizioni imposte dal diritto comunitario, ma a condizioni economicamente marginali e pertanto in casi eccezionali.¹⁰¹

L'impostazione sfavorevole del legislatore è stata poi corretta con la recente sentenza della Corte costituzionale del 23 luglio 2012, n. 199, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art.4 del d.l. n. 138 del 2012 proprio per la violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 cost..

Lo sfavore nei confronti del modello di società *in house* si inserisce in un clima più generale di sfiducia verso le società a partecipazione pubblica, difatti il legislatore ha previsto anche delle limitazioni alla costituzione e operatività delle società pubbliche.¹⁰²

Sono espressione generale di questo orientamento anche l'art. 13 del d.l. 223 del 2006, c.d. Decreto Bersani e l'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007 (Finanziaria 2008). A ciò si aggiungono ulteriori interventi, come l'art. 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 72 che, per finalità di contenimento della spesa pubblica, hanno imposto divieti assoluti di costituzione di mantenimento di partecipazioni pubbliche per i Comuni. Così, di recente il d.l. 95 del 2012 sulla c.d. *spending review* e il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 c.d. Decreto crescita, convertito in legge n. 221 del 2012, hanno ulteriormente ridimensionato le

¹⁰¹ G. URBANO, *Op. cit.*, 36.

¹⁰² M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica* a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 7 e ss.

società pubbliche e il modello *in house* con particolare riferimento alle società che svolgono attività strumentali alle pubbliche amministrazioni.

CAPITOLO II

Il lavoratore nell'impresa pubblica

Sommario: 2.1 Il lavoratore nelle società pubbliche – 2.2 La qualificazione giuridica delle società pubbliche in ordine al problema del reclutamento del personale – 2.3 Il reclutamento del personale – 2.4 Il regime di assoggettamento delle società partecipate all'art. 18, d.l. 112 del 2008 – 2.5 Divieti e limitazioni alle politiche di reclutamento – 2.6 Misure di contenimento della spesa delle società pubbliche – 2.6.1 Modifiche all'applicazione della *spending review* dopo la recente sentenza della Corte Costituzionale.

2.1 Il lavoratore nelle società pubbliche

Negli ultimi anni le società pubbliche partecipate o costituite da pubbliche amministrazioni sono state investite da interventi legislativi di rilevante importanza, tesi ad estendere ad esse il regime giuridico che caratterizza i loro enti di riferimento.¹⁰³

A partire dagli anni novanta del secolo scorso, dopo le privatizzazioni degli enti pubblici economici e delle aziende speciali si è constatata una diffusione di società commerciali per lo svolgimento delle attività strumentali alle funzioni delle pubbliche amministrazioni.

Tale fenomeno è diretta conseguenza dell'esigenza degli enti pubblici di perseguire una maggiore efficienza nello svolgimento di funzioni e servizi pubblici, sul presupposto, che possa essere meglio garantito da personalità di diritto privato; ma può essere anche interpretato, quale reazione degli enti territoriali alla stretta economica imposta dalle leggi finanziarie degli ultimi anni che ha spinto gli amministratori pubblici ad esternalizzare molte attività, alleggerendo i bilanci dei

¹⁰³ A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, 2011, contributo in www.regione.emilia-romagna.it, 69; sullo stesso tema cfr. F. CINTOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in www.giustamm.it, 2010, 69.

relativi oneri e trasferendo alle società cui tali attività sono state affidate il relativo personale.¹⁰⁴

Solo di recente il legislatore, per fronteggiare l'ampio uso che è stato fatto di tale modello, ha avviato un percorso di pubblicizzazione della disciplina giuridica applicabile alle società commerciali partecipate da enti pubblici.¹⁰⁵

I problemi e le possibili distorsioni connessi alla gestione in forma privatistica di funzioni e servizi sono stati a più riprese analizzati dalla giurisprudenza, che si è sforzata di qualificare in senso pubblicistico soggetti costituiti nelle forme di società commerciali, che utilizzano la veste formale di diritto privato per sottrarsi agli obblighi altrimenti incombenti sugli enti pubblici¹⁰⁶.

In un primo periodo, il legislatore nazionale è intervenuto sul regime giuridico delle attività delle società partecipate, affermando l'esigenza del rispetto di specifici obblighi pubblicistici con riferimento alle funzioni amministrative da essi svolte in tema di accesso agli atti e ai documenti amministrativi e, successivamente, dell'intera disciplina sull'attività amministrativa contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241.¹⁰⁷

Di recente, tuttavia, il legislatore ha emanato norme che assoggettano le società pubbliche (sia che esercitino pubbliche funzioni sia quelle titolari di pubblici servizi) al regime delle pubbliche amministrazioni non solo per profili che attengono all'attività, come l'approvvigionamento di beni, ma anche per profili che attengono all'organizzazione, come ad esempio in tema di reclutamento, di politiche per il personale.¹⁰⁸

Questo determina un'ulteriore sfera di commistione all'interno del medesimo fenomeno organizzativo di profili e regole di diritto commerciale, stante la natura

¹⁰⁴ Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Toscana, 10 ottobre 2011, n.208.

¹⁰⁵ M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2009, 2, 261.

¹⁰⁶ Corte Costituzionale, sent. 1 febbraio 2006, n. 29, con riferimento alla possibilità di assimilare una società di capitali interamente pubblico ad un ente pubblico in relazione al regime giuridico applicabile, giudicando non in contrasto con la costituzione una norma di legge regionale che imponeva l'esperimento di concorsi pubblici con l'assunzione del personale.

Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 18 ottobre 2007, n. 46, è stato osservato che la natura pubblica o privata di un soggetto non dipende tanto dalla forma rivestita (ente o società), bensì dalla natura pubblicistica dello scopo perseguito e delle risorse utilizzate nello svolgimento delle attività, con la conseguenza che in presenza di tali requisiti, un ente, anche ove assuma la forma societaria, debba considerarsi pubblico, con effetti sulla funzionalizzazione dell'attività e sul regime delle responsabilità.

¹⁰⁷ G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 legge 241/1990 e dei principi generali del diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, 2010.

¹⁰⁸ A. DE MICHELE, *Op. cit.*, 72.

formalmente privata del soggetto, e regimi para-pubblici o speciali, dovuti alla riconduzione in una dimensione pubblicistica dell'esistenza e dell'operatività delle società stesse.¹⁰⁹

Tale circostanza vuole impedire, quasi sempre giustificata da ragioni di contenimento della spesa pubblica, alle società pubbliche mediante le quali sono esternalizzati importanti compiti pubblici di operare e di definire gli aspetti organizzativi delle strutture, sfruttando l'ampia libertà di azione derivante dalla veste privatistica.

Si realizza così, un'evidente ripubblicizzazione del fenomeno organizzativo riguardante le pubbliche amministrazioni che segue alla privatizzazione delle strutture e dei processi: in altri termini, il pubblico, del quale si era voluto fare a meno in nome di una maggiore efficienza durante la privatizzazione delle aziende speciali, riemerge per scelta del legislatore nazionale per regolare le figure organizzative private che hanno rappresentato il punto di arrivo nei fenomeni di privatizzazione diffusi negli anni novanta del secolo scorso

Di recente il legislatore ha rinormato la disciplina del personale delle società pubbliche, affermando così la pubblicizzazione del reclutamento del personale e il conferimento degli incarichi; l'assoggettamento delle società in questione a limiti e divieti tipici delle amministrazioni pubbliche; la richiesta di particolari profili di adeguatezza delle risorse umane a disposizione delle società.¹¹⁰

¹⁰⁹ G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 3-4, 2009, 629.

¹¹⁰ G. PIPERATA, *Op.cit.*, 632.

2.2 *La qualificazione giuridica delle società pubbliche in ordine al problema del reclutamento del personale*

Il problema della disciplina applicabile al reclutamento del personale nelle società che esercitano funzioni pubbliche e gestione di servizi pubblici locali, è diretta conseguenza della privatizzazione della pubblica amministrazione.

Apparentemente infatti, se le procedure di assunzione sono chiare per la pubblica amministrazione, stessa cosa non può concludersi per le società pubbliche, cioè per quegli enti la cui natura giuridica è formalmente ancorata alle disposizioni del diritto civile.

Secondo quanto previsto dall'art. 97, comma 3, cost. *“agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*. Tale principio è stato ripreso dalla Corte costituzionale secondo cui *“il concorso pubblico – quale meccanismo imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito – costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni. Esso è posto a presidio delle esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa. Le eccezioni a tale regola consentite dall'art. 97 cost., purché disposte con legge, debbono rispondere a “peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico”. Altrimenti la deroga si risolverebbe in un privilegio a favore di categorie più o meno ampie di persone. Perché sia assicurata la generalità della regola del concorso pubblico disposta dall'art. 97 cost., l'area delle eccezioni va pertanto delimitata in modo rigoroso”*.¹¹¹

Importante è, pertanto, chiarire cosa si intenda per pubbliche amministrazioni. Esse sono determinate dalla legge contenuta nell'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 e non solo. Infatti, oltre a quelle tipizzate, la norma rimanda anche a tutti gli enti pubblici non economici affermando così che un ente pubblico è quello che, al di là della definizione normativa, possa comunque essere ritenuto tale, nel senso che le definizioni non vincolano l'interprete, il quale dovrà determinare la natura dell'ente indipendentemente dalla sua

¹¹¹ Corte Cost., sent. n. 363 del 9 novembre 2006; Cfr. Corte cost., sent. n. 81 del 2006; Corte cost. Sent. n. 205 del 2006.

denominazione, per cui la stessa qualificazione esplicita è irrilevante se in contrasto con l'effettiva natura.¹¹²

Nell'ordinamento comunitario il concetto di pubblica amministrazione è più esteso, con il regolamento CE 2223/96, in data 25 giugno 1996, relativo al sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella comunità SEC 95, il consiglio della Comunità economica europea ha modificato il Sistema Statistico europeo, varando nuove definizioni e regole di calcolo delle grandezze relative alla finanza pubblica denominate SEC 95, ed applicabili in ogni Stato. All'interno del SEC 95, che ha valore normativo primario poiché è stato approvato, come si è detto un regolamento del Consiglio delle Comunità europee, si ritrova una precisa nozione di Pubblica Amministrazione, laddove è precisato che sono da considerarsi tali *“tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinati alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e delle ricchezze del paese”*. Deve considerarsi ente pubblico, pertanto, qualsiasi soggetto che indipendentemente dalla forma giuridica assunta utilizzi in prevalenza per lo svolgimento dell'attività per cui è costituito risorse pubbliche, anziché private.

In altri termini, in ambito comunitario viene valorizzata l'attività svolta dall'ente e non la forma giuridica formale che esso riveste. La qualificazione delle società pubbliche non può quindi essere determinata mediante la qualifica formale ma deve essere effettuata caso per caso in concreto.

L'identificazione di un ente pubblico, laddove incerta, deve essere determinata analizzando la disciplina giuridica propria di esso, l'indagine sulla natura di tali società, pertanto, deve essere svolta privilegiando gli aspetti sostanziali rispetto al dato meramente formale costituito dalla configurazione giuridica dell'ente, secondo un *modus procedendi* che è tipico del diritto comunitario.¹¹³

Negli ultimi anni la giurisprudenza ha consolidato il concetto di impresa pubblica elaborato a livello comunitario, il cui elemento caratterizzante è l'influenza

¹¹² D. TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007.

¹¹³ M. T. SEMPREVIVA, *I Succedanei dell'Ente Pubblico nell'epoca delle privatizzazioni*, Rivista Trimestrale degli Appalti, 4, 2000.

dei pubblici poteri, prescindendo dalla natura formale. Si è infatti, sottolineato che una società a totale capitale pubblico è privata esclusivamente per la forma giuridica assunta, ma sul piano sostanziale continua ad essere sotto l'influenza pubblica e pertanto assimilabile ad un ente pubblico.¹¹⁴

Difatti, la giurisprudenza afferma che la veste imprenditoriale e l'eventuale caratterizzazione lucrativa di un soggetto non ostano alla qualifica in termini di organismo di diritto pubblico e, quindi, all'equiparazione agli enti pubblici del diritto interno ai fini della natura pubblica dei relativi atti e alla applicazione della giurisdizione amministrativa.

Più recentemente la Corte dei Conti ha concluso che a seguito della diffusione nel settore pubblico del modulo societario, deve ritenersi che il criterio da utilizzare per individuare la natura pubblica o privata di un organismo non è dato dalla forma rivestita (ente o società), bensì dalla caratura pubblica dello scopo perseguito e dalle risorse utilizzate nello svolgimento della sua attività, con la conseguenza che anche in presenza della forma societaria se l'ente utilizza risorse pubbliche è da considerare senz'altro ente pubblico, con effetti sulla finalizzazione dell'attività e sul regime delle responsabilità.¹¹⁵

Il concetto di amministrazione pertanto è tutt'altro che rigido, uno dei problemi su cui è necessario soffermarsi è quello del reclutamento del personale. La questione è particolarmente controversa poiché si tratta di stabilire se tali modelli societari possano assumere mediante una chiamata diretta o se siano vincolati a rispettare le procedure ad evidenza pubblica e i concorsi pubblici per l'assunzione dei propri dipendenti.

L'intervento del legislatore regionale prima e di quello nazionale in seguito sembrano intenzionati a risolvere tale controversia.

Difatti il Legislatore Siciliano con l'art. 45, secondo comma, della L.R. 2 del 2007 sancisce che le società e le autorità d'ambito assumono nuovo personale solo con procedure ad evidenza pubblica. E successivamente il legislatore statale con il Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in legge n. 133 del 2008) all'art. 18 recita che *a decorrere dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto – legge, le società che gestiscono*

¹¹⁴ Cfr. Corte Cost., sent. n. 466 del 28 dicembre 1993, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995 n. 498 in tema della configurabilità di enti pubblici a struttura societaria.

¹¹⁵ Corte dei Conti, sez. controllo Reg. Lombardia, delib. 18 ottobre 2007, n. 46.

servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001.

2. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

3 Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate nei mercati regolamentati”.

Dal 21 ottobre 2008 quindi, le società interamente pubbliche dovranno sottostare alle norme pubblicistiche sul reclutamento del personale così come previste dall'art. 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001. La disciplina in materia determina i criteri di selezione del personale, prevedendo un'adeguata pubblicità della selezione mediante pubblicazione sulla gazzetta ufficiale.

2.3 Il reclutamento del personale

L'aspetto della selezione e del reclutamento del personale ha assunto, di recente, sempre maggior rilievo e interesse nelle società pubbliche e nella relativa normativa.

E' ormai pacifico, l'obbligo di selezioni concorsuali ad evidenza pubblica per l'assunzione del personale da parte delle società pubbliche da disciplinarsi, da parte delle società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali e delle altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, con propri autonomi provvedimenti. Nel primo caso, dovranno rispettare i principi generali previsti dal decreto legislativo 20 marzo 2001, n. 165 previsti al comma 3 dell'art. 35, e nel secondo caso i principi di derivazione comunitaria, di trasparenza, imparzialità e pubblicità: art. 18, comma 1 e 2 del decreto legislativo 25 giugno 2008, n. 112.¹¹⁶

Importante è richiamare il principio dell'art. 35 del D.Lgs. 165 del 2001 che così dispone: *“Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali”*.

Ricostruendo l'iter storico della disciplina della selezione del personale nelle società pubbliche, è interessante ricordare che vi sono state diverse fasi, sino alla metà degli anni novanta, l'assunzione del personale delle ex aziende municipalizzate

¹¹⁶ L. MANASSERO, *Il costo del personale nelle società in house. Vincoli ed incertezze.*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2013.

(e poi, per un certo periodo, anche delle aziende speciali) avveniva in base a concorsi pubblici. Il regolamento speciale dell'azienda municipalizzata¹¹⁷ nella totalità dei casi prevedeva l'obbligo del concorso pubblico.

L'espletamento di pubblici concorsi per l'assunzione del personale era rimesso all'organizzazione dell'azienda, come delineata da Consiglio Comunale con l'approvazione del Regolamento Speciale ex art. 13 de R.D. n. 2578 del 1925.¹¹⁸

Dalla prima metà degli anni novanta, a causa della mancanza di norme di diritto positivo che imponessero l'obbligo del concorso per l'assunzione del personale delle aziende pubbliche, si riteneva che la selezione da parte di tale tipologia di società fosse attività di organizzazione di stampo privatistico, essendo preordinata alla provvista delle risorse umane attraverso cui queste esercitano la loro attività d'impresa. Sia la dottrina che la giurisprudenza consolidarono la convinzione che anche la selezione del personale dovesse essere di tipo privatistico, con conseguente libertà di valutazione dell'idoneità dei candidati a ricoprire le posizioni vacanti nell'organico aziendale.¹¹⁹

Soltanto di recente il legislatore statale ha imposto anche alle società pubbliche di esperire procedure concorsuali o para-concorsuali per l'assunzione del personale.

La decisione di rendere obbligatorie tali modalità di selezione del personale è ravvisabile nella logica di sostegno di un'amministrazione "di risultato" che non distingue più tra erogazioni di atti e di servizi, in quanto agisce sempre e comunque al servizio del cittadino e per la soddisfazione dell'utente finale. Le società controllate dall'ente pubblico che erogano servizi pubblici devono impiegare selezioni imparziali, trasparenti e pubbliche, ancorate a sistemi oggettivi e predeterminati, a garanzia non solo di chi vi partecipa, ma anche dei terzi, destinatari dell'attività societaria.¹²⁰

¹¹⁷ Art. 3, lett. b) del R.D. 15 ottobre 1925 n. 2578, recante il Testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi, stabiliva le "norme per l'assunzione in servizio e per il licenziamento del personale, escluso qualsiasi onere di pensioni a carico diretto dell'ente o dell'azienda".

¹¹⁸ L. MANASSERO, *Op. cit.*

¹¹⁹ Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2009, n. 269, rilevava che il rapporto di lavoro del personale dipendente dalla società a partecipazione pubblica fosse disciplinato dalle norme di diritto privato e dalla contrattazione collettiva.

¹²⁰ Cons. Stato, sez. cons., 24 maggio 2010, n. 2415, il parere illustra lo schema del D.P.R. recante il regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 122 convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133. La norma è stata modificata dall'art. 15, comma 1, lett. a) del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in l. 20 novembre 2009 n. 166 e successivamente abrogata con il *referendum* del 12-13

Pertanto anche per le società a partecipazione pubblica che erogano servizi d'interesse generale si pone l'esigenza di adottare procedure di assunzione idonee a selezionare secondo criteri di merito e di trasparenza i soggetti chiamati allo svolgimento dei compiti loro affidati.

Tale obbligo è stato introdotto per la prima volta dall'art. 18 del d.l. 112 del 2008, in seguito integrato dall'art. 19, comma 1, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102.¹²¹

La norma ha previsto che, a far data dal 21 ottobre 2008, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (art. 18, comma 1). Ha inoltre previsto che le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo fissino con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità (art. 18, comma 2).

La norma ha posto diverse problematiche, la più immediata delle quali concerne la definizione del suo esatto ambito di applicazione.¹²²

Quanto al comma 1, la norma non chiarisce se essa si applichi soltanto alle società che gestiscono servizi pubblici a rilevanza economica o anche a quelli privi di tale rilevanza, dovendosi pertanto applicare a entrambe le tipologie. Quanto al comma 2, esso dovrebbe ritenersi applicabile, innanzi tutto, alle società a capitale pubblico che non gestiscono servizi pubblici locali (che invece rientrano nel campo di applicazione del comma 1). Tali sono ad es. le società strumentali ex art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 e dall'art. 3, comma 27 ss., legge 24 dicembre 2007, n. 244. La norma dovrebbe applicarsi anche alla società miste, sia che gestiscano servizi pubblici locali (a rilevanza economica o meno), sia che operino come società strumentali degli enti locali, in mercati liberalizzati o non liberalizzati. Ai sensi del

giugno 2011. L'abrogazione è stata disposta con D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, recante "Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dall'art. 23 bis del d.l. 112/2008, conv. con mod., dalla legge 133/2008, e succ. mod., nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale 325/2010".

¹²¹ C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, in www.dirittodeiservizipubblicilocali.it

¹²² A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, 2011, in *Istituzione del federalismo/Quaderni*.

comma 3, sono invece sottratte all'applicazione dei commi 1 e 2, le società quotate sui mercati regolamentati, e secondo un'interpretazione estensiva della norma, anche le società ad esse controllate.

L'art. 18 del d.l. 112 del 2008 si preoccupa, dunque, di realizzare una equiparazione tra società pubbliche e pubbliche amministrazioni; equiparazione limitata alle società a partecipazione pubblica totalitaria, in particolare se operanti nel settore dei servizi locali, considerato che ne rimarrebbero escluse dalla applicazione, come sopra richiamato, le società in cui la partecipazione sia minoritaria e quelle quotate in borsa nei mercati regolamentati.

Prima di proseguire l'analisi dell'art. 18 e del relativo ambito di applicazione è necessario indagare quali cause hanno determinato il legislatore ad effettuare tale scelta.

Secondo parte della dottrina la decisione di emanare tale norma è dovuta ad episodi di mal costume che hanno caratterizzato in passato l'organizzazione in veste societaria di compiti pubblicistici. Difatti, l'art. 18 è stato definito da un attento interprete come “una testimonianza significativa di una persistente fiducia salvifica nella “opzione concorsuale” a fronte di quella che si sospetta essere diffusa in questa tipologia di società, cioè una prassi clientelare”.¹²³

La disposizione in questione rappresenta l'ultimo atto di una tendenza che attua l'estensione alle società pubbliche una disciplina di stampo pubblicistico. Si tratta, dell'affermazione di un approccio sostanzialista al problema delle società pubbliche, che travalica il dato puramente formale della natura privatistica del soggetto e, valorizzando la rilevanza pubblica della sua azione, ne favorisce l'attrazione nella sfera di influenza del regime pubblicistico piuttosto che di quello societario.¹²⁴

In dottrina si sono registrati orientamenti differenti, finalizzati a salvaguardare la natura genuinamente privatistica di tali modelli organizzativi. In tale prospettiva è stata criticata una recente evoluzione giurisprudenziale che ha

¹²³ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3-4, 2008, 959; PIZZO FERRATO, *Sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 1045.

¹²⁴ G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3-4, 2009, 636.

qualificato come enti pubblici le figure societarie risultanti dalle principali politiche di privatizzazione realizzate a livello statale, mettendo così in discussione la validità della teoria dell'ente pubblico in forma societaria, frutto del tentativo portato avanti dalla dottrina di spostare l'analisi delle problematiche riguardanti le dinamiche di privatizzazione dal profilo soggettivo ai profili funzionali e teleologici.¹²⁵

La giurisprudenza analizzando la questione ha osservato i profili di equiparazione della società in mano pubblica con le amministrazioni pubbliche di riferimento. Così già nel 2006, prima dell'entrata in vigore dell'art. 18, la Corte Costituzionale con la sentenza del 1 febbraio, affermava la legittimità della legge della Regione Abruzzo sui servizi pubblici locali, la quale prevedeva il divieto per le società a capitale interamente pubblico, alle quali sia affidato in via diretta la gestione di un servizio pubblico locale, di procedere al conferimento di incarichi professionali, di collaborazione e di qualsiasi altro genere in favore di persone e società legate da rapporti di dipendenza o collaborazione con l'ente o gli enti titolari del capitale sociale di controllo, nonché l'obbligo per le stesse di rispettare le procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione del personale dipendente. Per la Corte, infatti, si tratta di previsioni del tutto compatibili con il nuovo assetto di competenza legislativa indicato dall'art. 117 cost. e, in particolare, finalizzate a realizzare i principi di imparzialità e buon andamento previsti dall'art. 97 cost., rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata al regime giuridico, ad enti pubblici".¹²⁶

Si determina così l'affermazione di una visione sostanzialistica del fenomeno in virtù della quale si ha una equiparazione della società in mano pubblica alle dinamiche organizzative di tipo burocratico più tradizionali della pubblica amministrazione, banalizzando il dato formale della natura privata del soggetto in questione.

¹²⁵ G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2005, 94 ss. G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 548.

¹²⁶ O.M. CAPUTO, commento a sentenza in *Urbanistica e appalti*, 2006, 551; C. BUZZACCHI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza nel sindacato della Corte Costituzionale*, in *Le Regioni*, 2006, 797 ss.

A questa impostazione si richiamano, soprattutto, le recenti pronunce della Corte dei Conti, le quali estendono la giurisdizione contabile agli amministratori di società pubbliche.¹²⁷

La Corte dei Conti si è più volte pronunciata precisando come la forma assunta dall'ente non è che lo strumento attraverso il quale viene svolta l'attività amministrativa, che rimane finalizzata al perseguimento di interessi pubblici, pur se disciplinata nelle forme del diritto privato. Pertanto il dato rilevante è la provenienza pubblica o privata delle risorse utilizzate rimanendo a tale fine irrilevante la qualificazione pubblicistica o privatistica del soggetto agente e gli strumenti attraverso i quali le finalità pubbliche vengono realizzate.¹²⁸

Secondo opinione prevalente della Corte dei Conti, ciò che rivela ai fini dell'applicazione di una disciplina pubblicistica non è la qualificazione formale del soggetto, poiché in tal caso l'evolversi della privatizzazione avrebbe l'aberrante effetto di sottrarre a qualsiasi controllo e responsabilità amministrativa i soggetti ed azioni che sono destinati a rivestire rilievo pubblicistico e a condizionare le finanze pubbliche.

L'art. 18 si preoccupa di porre in essere una equiparazione tra società pubblica e pubbliche amministrazioni; equiparazione limitata alle società a partecipazione pubblica totalitaria, in particolare se operanti nel settore dei servizi locali, considerato che rimarrebbero escluse dall'applicazione delle previsioni del medesimo articolo le società a partecipazione pubblica sia minoritaria e quelle quotate in borsa nei mercati regolamentati.¹²⁹

¹²⁷ Cfr. M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008; P. NOVELLI e L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto delle società*, Milano, 2008.

¹²⁸ Cass. s.u., ord. 19667/2003, Cass. s.u. n. 3899/2004, Cass. n. 4511/2006 in www.lexitalia.it.

¹²⁹ G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 3-4, 2009, 641.

2.4 Il regime di assoggettamento delle società partecipate all'art. 18, d.l. 112 del 2008

L'art. 18, d.l. 112 del 2008, è stato definito da un attento interprete *“testimonianza significativa (...) di una persistente fiducia salvifica nella “opzione concorsuale” a fronte di quella che si sospetta essere diffusa in questa tipologia di società, cioè di una prassi clientelare”*.¹³⁰

La norma ha posto diverse problematiche, la più immediata delle quali concerne l'indagine dell'esatto ambito di applicazione.

Per meglio analizzare la disposizione è necessario interpretarla in parallelo rispetto all'ulteriore art. 23 bis della l. 133 del 2008, con specifico riferimento al settore dei servizi di rilevanza economica. Siffatto precetto prevede l'emanazione da parte del Governo di uno o più regolamenti, al fine di imporre l'osservanza da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione mista, di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione del personale.

La prima si riferisce generalmente a società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali, ma che sono caratterizzate da una partecipazione pubblica totalitaria; la seconda ha, invece, come ambito di riferimento quello più ristretto dei soli servizi a rilevanza economica, ma abbraccia sia società *in house* che miste.

Diverso è anche l'impatto delle due disposizioni in tema di reclutamento del personale. L'art. 18 sancisce la sottoposizione delle società a totale o prevalente capitale pubblico, che gestiscono servizi pubblici locali, ad alcune disposizioni del T.U. sul pubblico impiego (art. 35, comma 3), il comma 10 lett. a) dell'art. 23 bis, invece, precisa che tra le società che svolgono servizi pubblici a rilevanza economica, quelle miste e quelle *in house* devono seguire la procedura ad evidenza pubblica per l'assunzione del personale.

Mentre per l'art. 18 spetta alle società individuate definire un regime parapubblicistico per la selezione del personale e per l'affidamento di incarichi, con propri provvedimenti (sempre nel rispetto delle disposizioni e criteri stabiliti nello stesso articolo), viceversa l'art. 23 bis affida ad un regolamento statale il compito di

¹³⁰ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 959.

individuare le direttive che le società saranno chiamate ad applicare per l'assunzione di personale e per l'acquisto di beni e servizi.¹³¹

Ne consegue che tutte le società a partecipazione pubblica totale che operano nei servizi pubblici locali devono dotarsi di un sistema di reclutamento del personale che rispetti gli stessi principi che guidano le assunzioni del personale pubblico in senso stretto, tranne quelle società *in house* incaricate della gestione di servizi di natura economica, le quali insieme alle società miste presenti nei medesimi mercati, dovranno attendere e subire una eterodeterminazione governativa delle procedure di evidenza pubblica cui sottoporre i processi di assunzione del proprio personale.¹³²

In altri termini, mentre a livello generale i modelli delle società *in house* e della società mista tendono ad allontanarsi in direzioni diverse (quella della interiorizzazione la prima; quella della esternalizzazione concorrenziale la seconda), invece sotto il profilo del regime del personale vengono del tutto accomunate in un processo di attrazione verso dinamiche di stampo pubblicistico.

Schematicamente si potrebbe affermare che l'ambito di assoggettamento alle disposizioni in questione, potrebbe essere il seguente:

- a) tutte le società miste e *in house* che svolgono servizi pubblici locali a rilevanza economica applicano le procedure ad evidenza pubblica per l'assunzione del personale e quelle per l'acquisizione di beni e servizi (tra i quali potrebbero rientrare anche gli affidamenti di carattere tecnico) stabilite dal regolamento governativo;
- b) solo le società a partecipazione pubblica totale che svolgono servizi pubblici locali (senza distinzione tra economici e non) devono regolare in proprio le procedure di reclutamento del personale e di affidamento di incarichi, nel rispetto dei principi contenuti all'art. 35;¹³³
- c) le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, invece devono regolare in proprio le procedure di reclutamento del

¹³¹ G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 3-4, 2009, 642.

¹³² G. PIPERATA, *Op. cit.*, 643.

¹³³ Secondo Confservizi (Circ. 19 settembre 2008) l'art 18 non troverebbe applicazione nei confronti delle società *in house* degli enti locali che esercitano attività di tipo economico. Tali società sarebbero regolate unicamente dall'art 23 bis.

personale e di affidamento di incarichi, tuttavia, nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, imparzialità e pubblicità;

- d) le altre società a partecipazione pubblica, ma non quotate in borsa, non sono tenute ad alcun obbligo al riguardo.

Il combinato disposto dell'art. 18 e 23 bis individua, dunque, un sistema differenziato, distinguibile a seconda del profilo dell'attività svolta (servizi pubblici a rilevanza economica, servizi pubblici locali, altre attività), del rigore della disciplina per il reclutamento del personale (norme del T.U. pubblico impiego; principi di derivazione comunitaria trasparenza, imparzialità e pubblicità e rispetto delle procedure di evidenza pubblica), e del mercato in cui la società svolge la propria attività.¹³⁴

Parallelamente al reclutamento del personale le norme esaminate tendono a pubblicizzare anche il conferimento degli incarichi da parte di alcune tipologie di società pubbliche.

Per incarico si intende l'atto con il quale si definiscono le mansioni da svolgere nell'attuazione della prestazione lavorativa per i dipendenti assunti, ma anche per tutti gli affidamenti di contratti di lavoro temporaneo, incarichi di collaborazione ed incarichi professionali.

L'intento dell'art. 18 è quello di evitare che soggetti sostanzialmente pubblici utilizzino indiscriminatamente dinamiche di esternalizzazione di compiti e di attività lavorative con conseguente detrimento per le finanze pubbliche. Si evince che anche con riferimento agli incarichi esterni delle pubbliche amministrazioni il legislatore nel limitare le condizioni di ammissibilità e proceduralizzare le modalità di conferimento si è posto due obiettivi: evitare percorsi di accesso alla pubblica amministrazione al di fuori dei canali concorsuali di reclutamento imposti dall'art. 97 cost. e salvaguardare più che possibile le finanze pubbliche.¹³⁵

Le società indicate dall'art. 18, quindi dovranno definire i criteri e le modalità per il conferimento degli incarichi. I criteri non sono prestabiliti dettagliatamente ma potranno essere scelti a seconda dell'attività, sempre rispettando i principi a cui

¹³⁴ G. PIPERATA, *Op. cit.*, 645.

¹³⁵ Cfr. G. RICCI, *Gli incarichi professionali e i rapporti di collaborazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 249 ss.

rinvia la norma, e non potranno prescindere da alcune funzioni fondamentali come le condizioni in presenza delle quali è possibile ricorrere ad incarichi (es. la mancanza di professionalità interna, incarichi di particolare complessità o eccezionalità), la preventiva programmazione, le caratteristiche e i requisiti dei soggetti che possono essere incaricati, e gli eventuali limiti del tetto di spesa annuo.

Le norme sinora analizzate, hanno subito recentemente una rapida evoluzione, la disciplina generale della materia del reclutamento e del problema dei costi del personale nelle società pubbliche è stata oggetto di abrogazione. L'art. 23 bis, difatti, è stato abrogato ad opera del Referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, in seguito si è avuto da parte del legislatore il sostanziale ripristino della disciplina abrogata da parte dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, e la definita espunzione dall'ordinamento della disciplina reintrodotta dall'art. 4 d.l. 138 del 2011 ad opera della Consulta, con sentenza 199 del 2012.¹³⁶

Infine con l'art. 25, comma 1, lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, è stato introdotto l'art. 3 bis del d.l. n. 138 del 2011, che regola in via esclusiva la materia per quanto concerne le società affidatarie *in house* di servizi locali pubblici locali. Il quale al comma 6 prevede che “le società affidatarie *in house*... adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni del personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori”.

Con riferimento, poi alle società strumentali, il legislatore è intervenuto nell'ordinamento con l'art. 4, commi 9 e seguenti del d.l. n. 95 del 2012, stabilendo

¹³⁶ L'art. 4, in materia di personale delle società *in house* di gestione di servizi pubblici a rilevanza economica disponeva, al comma 17, che “Fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2 bis, primo e secondo periodo, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, adottano con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi rispetto dei principi di cui al comma 3, dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Fino all'adozione dei predetti provvedimenti, è fatto divieto di procedere al reclutamento del personale ovvero di conferire incarichi. Il presente comma non si applica alle società quotate in mercati regolamentati”. Rispetto alla norma dell'art. 10 del D.P.R. n. 168 del 2010 la nuova disposizione si limitava ad aggiungere una clausola di salvezza dell'art. 18, comma 2 bis, del D.Lgs. n. 112 del 2008, introdotta dal D.L. 78 del 2009 (in materia di costi del personale e di applicazione del patto di stabilità), e rispetto alla quale il coordinamento con il richiamato art. 7 aveva generato interrogativi in dottrina e nella prassi.

che per il personale delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni si applicano le medesime disposizioni limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante.

Parimenti, analoga disciplina è stata introdotta per le aziende speciali dall'art. 25, comma 2, lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, che, inserendo il comma 5 bis nell'ambito dell'art. 114 del TUEL, ha previsto anche per tali soggetti, ad eccezione per quelli che gestiscono servizi socio- assistenziali ed educativi, culturali e farmacie) l'applicazione pressoché integrale delle limitazioni in materia di personale applicabile agli Enti Locali (cui sono, dunque, parificate anche a questo effetto).¹³⁷

¹³⁷ L. MANASSERO, *Il costo del personale nelle società in house. Vincoli e incertezze*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

2.5 Divieti e limitazioni alle politiche di reclutamento

L'art. 19, comma 1, del d.l. 78 del 1 luglio 2009 ha apportato una modifica rilevante all'art. 18 del d.l. 112 del 2008, introducendo il comma 2 bis. Esso ha l'effetto di rafforzare ulteriormente la pubblicizzazione del sistema di reclutamento di alcune società in mano pubblica e l'equiparazione tra tale tipologia di società e le pubbliche amministrazioni di riferimento, per tutto ciò che concerne il reclutamento e le politiche di gestione del personale.

Il comma 2 bis ha stabilito che le disposizioni a carico delle pubbliche amministrazioni, definite nel Testo unico sul pubblico impiego, in merito a divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applichino, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, o che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, o che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (Istat).

La disposizione, in particolare, determina i limiti al reclutamento e altre misure di contenimento del costo del personale vigenti per le amministrazioni pubbliche che transitano anche alle società pubbliche e da queste partecipate per il fatto di essere le seconde assoggettate al controllo delle prime.¹³⁸

Ha previsto inoltre, che le predette società adeguino le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per le consulenze. Con riferimento alla disciplina dei divieti e delle limitazioni sul reclutamento, l'equiparazione tra enti pubblici e società controllata ai fini del rispetto del medesimo regime giuridico è totale, non si ritiene necessario neanche un formale atto di adeguamento (della stessa società o di altra autorità di regolazione), in quanto la disciplina pubblicistica in questione si applica direttamente alla struttura societaria.

¹³⁸ G. PIPERATA, *Op. cit.*, 650.

La norma, infine, ha statuito che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza unificata, da emanare entro il 30 settembre 2009, vengano definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero ancora che trattino attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

La modifica introdotta all'art. 18 definisce tre ordini di previsioni: il primo assoggetta alcune società pubbliche agli stessi divieti e limitazioni per l'assunzione del personale che si applicano alle pubbliche amministrazioni di riferimento; il secondo obbliga le medesime società pubbliche ad adeguare le proprie politiche del personale alle disposizioni che si applicano alle amministrazioni di riferimento, in particolare per ciò che concerne il contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria del personale, e per gli incarichi di consulenza; il terzo rinvia ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze la definizione delle modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale.¹³⁹

Ancora una volta si pone il problema dell'ambito di applicazione della norma, soprattutto per quanto riguarda la prima parte della stessa. Destinatarie dell'obbligo di rispettare i divieti o le limitazioni alle assunzioni di personale applicabili alle amministrazioni di riferimento sono le società a partecipazione pubblica totale e le società a partecipazione di controllo che siano titolari di affidamenti di servizi pubblici locali (a rilevanza economica e non) senza gara (non anche le società che abbiano ricevuto affidamenti a seguito di gara pubblica), le società che svolgono funzioni che soddisfino interessi di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale, le società strumentali, *ex art. 13 del d.l. 223 del 2006* e *ex art. 3, comma 27, della legge 244 del 2007*.¹⁴⁰ Importante è analizzare cosa si intenda per

¹³⁹ A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, 2011, contributo in www.regione.emilia-romagna.it, 82.

¹⁴⁰ Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 20 settembre 2011, n. 479, ha precisato che rientrano nel perimetro del consolidamento dell'art. 76, comma 7 del d.l. 112 del 2008 e del contenimento della spesa del personale *ex art. 18, comma 2 bis, del medesimo d.l. 112 del 2008* (quest'ultimo espressamente fatto salvo dall'art. 4, comma 17, del d.l. 138 del 2011) tutte le società

controllo. Difatti si sono succedute diverse interpretazioni, controllo può essere inteso per le partecipazioni in cui l'ente locale detiene un controllo di diritto, quale maggioranza capitale e non un controllo di fatto (influenza dominante) o contrattuale (derivante da vincoli contrattuali), che potrebbe risultare di difficile identificazione e prestarsi, tra l'altro, a pratiche elusive della norma.

Secondo altra interpretazione della Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Toscana, 10 ottobre 2011, n. 208 si farebbe riferimento ad una nozione di controllo non strettamente legato al *quantum* della partecipazione sociale, mutuando la nozione dalla regolamentazione in tema di bilancio consolidato dettata dai principi contabili dell'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali che si riferisce alle ipotesi in cui l'ente locale ha, direttamente o indirettamente attraverso le entità controllate, il possesso della maggioranza dei voti esercitabili nell'altra entità.

La Corte dei Conti, sez. autonome, ha ulteriormente chiarito che nella recente deliberazione n. 14/AUT/2011/QMIG del 29 dicembre 2011, il concetto di "partecipazione totalitaria o controllo" debba essere riferito alle società partecipate al 100% da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente, nonché alle società che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2359, commi 1 e 2, c.c..¹⁴¹

Secondo la Corte si considerano "controllate" le società nelle quali l'ente locale possiede azioni che gli assicurano la maggioranza dei voti nelle assemblee ordinarie, oppure voti sufficienti ad esercitare l'influenza dominante.

controllate da enti locali che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali a rilevanza economica (a prescindere dall'affidamento diretto), oppure svolgano attività strumentali (anch'esse a prescindere dall'affidamento diretto). Sono, al contrario, escluse le società – seppur controllate da enti locali – quotate, nonché quelle titolari di affidamenti di servizi pubblici locali a rilevanza economica mediante procedura ad evidenza pubblica. I limiti *ex art.* 18 comma 2 bis trovano applicazione alle società a capitale locale inserite nell'elenco Istat che, secondo prevalente giurisprudenza contabile, riveste peraltro natura ricognitiva".

¹⁴¹ Art. 2359 c.c. Società controllate e società collegate

1. Sono considerate società controllate:
 - 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
 - 2) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
 - 3) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.
2. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1 e 2 del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto terzi.
3. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate nei mercati regolamentati.

Tali società devono inoltre risultare inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, che determina l'individuazione concreta dei soggetti che siano tenuti all'applicazione delle misure di contenimento della spesa.

Ulteriore problematica è pertanto, il significato ricognitivo o costitutivo della natura pubblica dell'elenco Istat. La Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 20 settembre 2011, n. 479 ha evidenziato che l'esigenza di una estensione della platea dei destinatari dei vincoli posti ai fini di contenimento della spesa pubblica potrebbe essere vanificata da una lettura esclusivamente letterale delle norme che prevedono detto rinvio, ovvero dall'applicazione delle stesse alle sole amministrazioni incluse nell'ultimo elenco pubblicato dall'Istat.

La semplice inclusione in un elenco statistico non avrebbe dovuto comportare conseguenze giuridiche sfavorevoli per i soggetti interessati; tale era, infatti, l'iniziale orientamento delle decisioni amministrative, difatti si rilevava una sostanziale indifferenza per l'inserimento nell'elenco da parte dell'Istat e la non impugnabilità del provvedimento in sede giurisdizionale.

In seguito la giurisprudenza¹⁴² e la prassi hanno preso atto che l'Istat ha nel tempo subito delle modificazioni alle proprie originarie funzioni, non costituendo più una mera "lista statistica", ma acquisendo il ruolo di una "lista giuridico - amministrativa", cui il legislatore riconnette il verificarsi di situazioni giuridiche anche pregiudizievoli per i soggetti ivi inseriti. Il legislatore utilizzando il rinvio *per relationem* rende la consapevolezza di voler circoscrivere l'ambito soggettivo di applicazione delle misure di contenimento con criteri diversi, che possono essere più ampi, quando si riferisce a tutti gli enti di un certo tipo, o più ristretti se si concentra alle sole società pubbliche, ovvero alle società inserite in un conto economico consolidato.¹⁴³

Trattandosi di una norma derogatoria all'art. 18, si impone un'interpretazione restrittiva e rigorosa, non potendosi convenire con l'orientamento delle Corte dei Conti per cui la lettura esclusivamente della norma ne vanificherebbe la *ratio* di ampliamento di destinatari del precetto, il riferimento andrebbe pertanto alle "unità istituzionali" per cui siano esistenti i requisiti di pubblicità previsti dall'ordinamento

¹⁴² Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, sent. 28 novembre 2012 n. 6104, in ordine all'autonoma lesività, e dunque suscettibilità di autonoma impugnazione, del provvedimento dell'Istat di inserimento nell'elenco.

¹⁴³ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, n. 501 del 13 febbraio 2012.

comunitario. L'elenco Istat avrebbe così valore ricognitivo e non costitutivo dei requisiti che determinano l'inclusione di specifici soggetti nel settore delle pubbliche amministrazioni.¹⁴⁴

Recentemente si è verificato un diverso orientamento della Corte dei Conti, difatti la sezione di controllo per la Lombardia dopo aver ribadito che “la latitudine oggettiva degli organismi oggetto di divieti e limitazioni alle assunzioni *ex art. 18* comma 2 bis, non è del tutto coincidente con quella delle società cui si estende il patto di stabilità interno *ex art. 18* comma 2 bis terzo periodo, del d.l. 112 del 2008 ha per oggetto solo “le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo... inserite nel conto economico consolidato della P.A. come individuate dall'Istat ai sensi dell'art. 5 comma 1, legge n. 311 del 2004”.¹⁴⁵

Nello stesso senso, la Corte dei conti, sez. controllo Lombardia, parere 260/2012/PAR del 15 maggio 2012, ribadisce come l'art. 18 comma 2 bis del d.l. 112 del 2008 e l'art. 9, comma 29, del d.l. n. 78 del 2010 abbiano riguardo alla “platea delle società non quotate controllate da amministrazioni pubbliche, sempre limitatamente a quelle inserite dall'Istat nell'elenco del conto economico consolidato della pubblica amministrazione”.

In seguito anche il Giudice amministrativo ha contraddetto l'impostazione secondo cui la potestà affidata all'Istat per la formazione dell'elenco citato sia priva di ogni discrezionalità, e che tale elenco altro non sia se non l'insieme delle cosiddette “unità istituzionali” ricomprese nel settore “amministrazione pubbliche”.

Alla luce della natura costitutiva e direttamente produttiva di effetti pregiudizievoli per i soggetti interessati della norma, se ne impone una interpretazione restrittiva, di talché il relativo spettro di efficacia deve essere circoscritto alle sole società espressamente ricomprese nell'elenco Istat, come evidenziato del resto da attenta dottrina.¹⁴⁶

¹⁴⁴ L. MANASSERO, *Il costo del personale nelle società in house. Vincoli e incertezze*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2013.

¹⁴⁵ Parere n. 7 del 19 gennaio 2012.

¹⁴⁶ C. BARISANO, *I vincoli gravanti sulle società partecipate*, in www.legaatutonomie.it.

2.6 Misure di contenimento della spesa delle società pubbliche

L'art. 4 del decreto "spending review", d.l. n. 95 del 2012, ha introdotto una nuova disciplina delle società pubbliche, orientata a realizzare un'estesa riduzione del loro perimetro di operatività, attraverso la riorganizzazione, la messa in liquidazione, o la privatizzazione delle stesse.

In via generale l'ambito di applicazione della nuova disciplina dispone che le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato superiore al novanta per cento dell'intero fatturato da prestazioni di servizi a favore di pubbliche amministrazioni, non rilevando se tale fatturato derivi o meno all'amministrazioni controllante, debbano procedere alternativamente (comma 1):

- a) allo scioglimento entro il 31 dicembre 2013;
- b) all'alienazione, con procedure ad evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrate in vigore del presente decreto entro il 31 dicembre 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili a decorrere dal 1 luglio 2014.

Si nota, da una attenta lettura, una eterogeneità tra le singole prescrizioni contenute nei quattordici commi dell'art. 4 in oggetto. Un primo profilo di eterogeneità è dato dal fatto che alcune disposizioni non riguardano direttamente le società a partecipazione pubblica. Il procedimento legislativo pare, infatti procedere ad una razionalizzazione più generale delle attività strumentali alla pubblica amministrazione rese anche da enti di diritto privato che non hanno la forma societaria.¹⁴⁷

Un secondo profilo di eterogeneità è di pertinenza delle società a partecipazione pubblica. Le principali disposizioni si riferiscono – tra queste – a quelle che oggettivamente svolgono attività a favore della pubblica amministrazione e, quindi, hanno carattere strumentale. Altre si riferiscono più generalmente a tutte le società a partecipazione pubblica e, dunque, anche quelle che oggettivamente svolgono attività di impresa sul mercato o erogano servizi di interesse generale. In

¹⁴⁷ Cfr. Il comma 6 ha ad oggetto i rapporti tra le Pubbliche amministrazioni e gli enti di diritto privato regolati dagli artt. 13 e ss. del Codice civile. Altre disposizioni prevedono – generalmente per conservare l'attuale posizione di favore – deroghe all'applicazione delle nuove disposizioni restrittive (comma 7 e 8).

quest'ultimo ambito, va segnalata la disposizione secondo cui le disposizioni dell'art. 4 e le altre norme, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.¹⁴⁸

L'ambito di applicazione dell'art. 4, presenta alcune peculiarità. Per un verso, sono previste, alcune ipotesi alle quali non si applica l'intero art. 4 (comma 13), e, per altro verso sono previste ipotesi specifiche alle quali non si applicano singoli commi o disposizioni dello stesso articolo (comm 6 bis). Il comma 13 esclude dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni le società quotate e le loro controllate. Hanno carattere specifico e non riconducibile ad un unico disegno le deroghe che si riferiscono alle società per azioni a totale partecipazione pubblica autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio e, in modo più specifico, ad alcuni organismi consultivi operanti nell'area del Ministero dell'economia e delle finanze.

L'art. 4 del d.l. 95 del 2012 determina una tutela della concorrenza che si concretizza nel suo effetto tipico di porre limiti a monte all'esistenza stessa della società a partecipazione pubblica e al loro ambito di operatività.

In tale settore, il comma 7 esplicita la sua *ratio* stabilendo che “al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale” dal 1 gennaio 2014, le pubbliche amministrazioni e i soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività “mediante le procedure concorrenziali previste dallo stesso Codice dei contratti pubblici”.

Sono escluse dalla regola generale dell'affidamento tramite gara a terzi, i beni e i servizi offerti sulla base delle “convenzioni” previste dalla legge da enti di diritto privato non societario (associazioni di promozione sociale, organismi di volontariato, cooperative sociali e organismi non governativi) che operano per finalità sociali e solidaristiche. Si tratta di una parametrizzazione dell'ambito di applicazione della

¹⁴⁸ G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra la tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet”, 61.

disposizione, dalla quale il legislatore esclude le attività strumentali svolte per finalità non economiche.¹⁴⁹

Un'eccezione in senso stretto è contenuta nel comma 8, secondo cui in deroga alla regola della gara è possibile procedere all'affidamento diretto solo a favore delle società *in house* – come configurate dall'ordinamento comunitario in ordine al “controllo analogo” e all'attività “prevalente” – a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui (comma 8).

Si tratta di un irrigidimento proconcorrenziale rispetto al modello comunitario che, invece, consente più facilmente il ricorso all' *in house*, senza limite di ordine quantitativo. La Corte costituzionale ha già ritenuto la legittimità di siffatte disposizioni affermando che il legislatore nazionale ha un certo “margine di apprezzamento” nello stabilire regole proconcorrenziali più severe rispetto a quelle minime e indefettibili fissate direttamente a livello comunitario.¹⁵⁰

Il limite quantitativo riprende quello che di recente era stato introdotto agli affidamenti *in house* dei servizi pubblici locali.¹⁵¹ Tuttavia, la Corte costituzionale con la sentenza già citata n. 199 del 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 che conteneva la suddetta norma, con la conseguenza anomala rispetto alla tendenza degli ultimi anni che la disciplina dei servizi pubblici locali – salvo successivi interventi del legislatore, che comunque ha le mani legate dal vincolo referendario – è più permissiva rispetto a quella sugli affidamenti dei servizi strumentali.

Per quanto concerne l'applicabilità dell'articolo in questione al rapporto di lavoro si è assistito ad una totale assimilazione del rapporto di impiego a quello della pubblica amministrazione. Nello specifico, il comma 11, prevede il blocco del trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti per gli anni 2013 – 2014, ivi compreso quello accessorio, che non può superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011.¹⁵² Le disposizioni dai commi 9 a 12 prevedono dei limiti alle assunzioni, affermando che le società controllate direttamente o indirettamente dalle

¹⁴⁹ G. URBANO, *Op. cit.*, 62.

¹⁵⁰ Cfr. Corte cost. n. 325 del 2010, che – in materia di servizi pubblici locali – aveva affermato la legittimità costituzionale dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008.

¹⁵¹ Art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b), n. 5 del d.l. n. 1/2012.

¹⁵² I. RIZZO, *Nelle partecipate da enti locali resta il nodo del lavoro*, www.ilsole24ore.com, 2013.

pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. 165/2001 che abbiano conseguito un fatturato da prestazione di servizi nei confronti di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento – escluse quelle delle controllate – adottino, fino al 31 dicembre 2015, misure di contenimento della spesa del personale in analogia a quanto previsto per la generalità delle pubbliche amministrazioni.

La disposizione prevede specifiche misure limitative nei confronti delle predette società, con riferimento alle assunzioni di personale a tempo indeterminato, ai contratti di lavoro a tempo determinato e co.co.co, nonché ai trattamenti retributivi dei dipendenti.

Il provvedimento di spending review, potrebbe determinare il venir meno di numerosi posti di lavoro per i migliaia di lavoratori che operano nelle società e multi servizi di numerosi enti locali, Regioni, Province e Comuni, o di peggiorare le condizioni salariali e contrattuali. Tali conseguenze si avranno in quanto, riassumendo, il provvedimento di riforma annuncia lo scioglimento o l'alienazione delle partecipazioni pubbliche delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni, laddove il fatturato conseguito dalle stesse superi il 90 per cento per prestazione di servizi a favore delle pubbliche amministrazioni. Se non si liquidano o non si vendono, le società partecipate pubbliche non dispongono della facoltà di avere proroghe degli appalti con l'Ente pubblico che ne detiene le quote societarie o rinnovi senza svolgere gare ad evidenza pubblica.

L'art. 4 non si applica alle società che svolgono particolari attività (servizi ai cittadini, centrali di committenza), le società strumentali e le società che saranno individuate con D.P.C.M. sulla base di particolari esigenze di interesse pubblico generale, quali la tutela alla riservatezza e della sicurezza dei dati e l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo.

Tuttavia afferma l'applicazione anche a tali società dei limiti assunzionali previsti per l'Amministrazione controllante e il taglio del 50 per cento della spesa sostenuta per il personale a tempo determinato ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa nell'anno 2009, cioè il licenziamento dei precari anche di queste società.

A decorrere dal 1 gennaio 2013 e fino al 31 dicembre 2014 il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti delle società, ivi compreso quello accessorio, non può superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011 di fatto

sospendendo la possibilità di aumenti contrattuali derivanti dalla contrattazione nazionale e aziendale.

La ricostruzione sin qui operata delle norme finalizzate al contenimento della spesa pubblica che, a partire dalla l. 133 del 2008 di conversione del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, hanno coinvolto le società di proprietà pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, sottolinea la diffusione da un lato di norme che pongono obblighi procedurali nel reclutamento del personale, dall'altro di norme che pongono limitazioni alle assunzioni di personale ed all'utilizzo di collaborazioni esterne, oltre che, al contenimento del costo del lavoro del personale dipendente.

Le disposizioni finora analizzate prevedono obblighi anche in capo alle società *in house*, difatti anch'esse sono assoggettate al patto di stabilità, hanno l'obbligo di stabilire con proprio provvedimento criteri e modalità per il reclutamento del personale con rapporto di lavoro subordinato o autonomo nel rispetto dei principi di cui la comma 3 dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165 del 2001. Infine hanno l'onere di definire divieti e limitazioni alle assunzioni e misure di contenimento delle spese del personale previste per l'amministrazione controllante, attraverso l'emanazione di apposito provvedimento interno della società, poiché le spese del personale concorrono, a norma dell'art. 76, comma 7, della legge 133 del 2008, come modificato dall'art 20, comma 9 della l. n. 111 del 2010, al computo della percentuale del 50 per cento delle spese del personale sulle spese correnti dell'ente locale, dalla cui violazione discendono una serie di limiti e divieti.

2.6.1 Modifiche all'applicazione della Spending review dopo la recente sentenza della Corte Costituzionale

Le norme relative alla spending review, applicabili alle società a partecipazione pubblica, hanno subito ulteriori modificazioni con la pronuncia della Corte Costituzionale n. 229 del 23 luglio 2013.

La Consulta è intervenuta, apportando innovazioni e modifiche alla normativa finora vigente, in merito alle nomine nei Consigli di amministrazione di società partecipate da pubbliche amministrazioni e della dismissione delle società a partecipazione pubblica, incidendo di conseguenza sull'oggetto dell'art. 4 del d.l. 95 del 2012, convertito in legge n. 135 del 2012, c.d. provvedimento di Spending review.

In tema di dismissioni di partecipazioni, la modifica interviene in uno scenario normativo particolarmente complesso, in quanto di recente il legislatore aveva preso provvedimenti sul tema delle partecipazioni societarie con l'art. 4, comma 1, d.l. 95 del 2012, che come già analizzato prevedeva lo scioglimento per le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento.¹⁵³ In altre parole, le società che abbiano superato una determinata soglia di fatturato nell'anno 2011 dovranno essere privatizzate o sciolte, pena, l'impossibilità per dette società di beneficiare di affidamenti diretti.

Il complicato tema della possibilità di una società soggetta a controllo di una determinata amministrazione di svolgere attività ulteriori rispetto a quelle oggetto di affidamento diretto da parte delle amministrazioni socie, si è coniugato con i principi, di matrice comunitaria, inerenti la tutela del mercato e della concorrenza, giungendo così all'esito della necessaria separazione fra affidatari diretti di servizi e operatori di mercato.

¹⁵³ L'art. 4 del d.l. 95 del 2012 è stata emanata in un contesto che dopo poco tempo ha subito un cambiamento radicale. La disposizione era stata emanata nella vigenza del d.l. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011, il cui art. 4 aveva proposto – con stringenti limitazioni per quanto concerne le società *in house providing* – il quadro normativo relativo ai servizi pubblici locali di cui all'art. 23 bis del d.l. 112 del 2008, convertito in legge 133 del 2008 (e relativo regolamento attuativo), il quale era venuto meno per effetto del referendum abrogativo del giugno 2011.

La Corte costituzionale, in merito all'art. 4 del d.l. 95 del 2012, ha avuto modo di stigmatizzare, che il meccanismo volto ad imporre la dismissione delle partecipazioni oggetto della norma, non ha dato applicazione al predetto principio di separazione fra affidatari diretti e operatori di mercato, colpendo invece quei soggetti che, nel rispetto di tale doverosa distinzione, avevano maturato una soglia percentuale di fatturato a favore di pubbliche amministrazioni tale da far presupporre il pieno rispetto della distinzione in parola.¹⁵⁴

I contenuti dell'art. 4, avevano poi ad oggetto altri due temi di interesse in riferimento alle innovazioni poste dalla pronuncia n. 229 del 2013 della Corte costituzionale. Si tratta, dei commi 4 e 5, relativi all'inserimento di obblighi specifici in termini di individuazione del numero massimo dei membri dei consigli di amministrazione in società a totale capitale pubblico, nonché di individuazione di specifici obblighi nell'attribuzione di tali cariche a specifici soggetti: sintetizzando, i consigli di amministrazioni possono essere composti da tre o cinque membri e due membri devono essere scelti fra i dipendenti delle amministrazioni (o delle società) socie, salva comunque la possibilità, di optare per un amministratore unico della società.

In secondo luogo, ha rilievo che il comma 8 del medesimo art. 4 del d.l. 95 del 2012 avesse previsto, inizialmente, un limite massimo per gli affidamenti diretti a partire dal 1 gennaio 2014 per un valore di euro 200.000 euro (in ciò proponendo un limite quantitativo al valore dell'affidamento che già, in passato, era stato inserito nel settore dei servizi pubblici locali).

La Corte costituzionale a fronte dell'impugnazione proposta da alcune Regioni nei confronti delle disposizioni di cui all'art. 4 del d.l. 95 del 2012, nell'accogliere soltanto alcuni profili di censura, giunge, fra l'altro, a confermare la legittimità costituzionale dei commi 4 e 5 della disposizione relativi alle nomine nei Consigli di amministrazione delle società a totale capitale pubblico, ed a dichiarare l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 2 (recanti il meccanismo di dismissione delle partecipazioni societarie), ma soltanto in riferimento alle società partecipate da Regioni e non anche in riferimento alle società partecipate da Enti locali.

¹⁵⁴ R. BIANCHINI, *Spending review: nuovo capitolo dopo la pronuncia della Consulta*, in www.altalex.it.

In ordine al tema delle nomine nei Consigli di amministrazione di società a totale partecipazione pubblica, si evidenzia l'impugnazione delle disposizioni citate nella parte in cui determinano il numero massimo dei componenti dei consigli di amministrazione delle società pubbliche di cui al comma 1 (comma 4) e delle società a totale partecipazione pubblica (comma 5), che individuano anche le modalità di composizione dei predetti consigli e le funzioni dei componenti. La Corte ha rigettato l'impugnazione evidenziando che, una volta che la Regione, esercitando l'autonomia in ambito delle proprie scelte organizzative, abbia adottato il modello legale della società a totale partecipazione pubblica, non può non sottostare al regime giuridico che il legislatore statale abbia stabilito, in quanto la materia a cui è riconducibile la tematica in questione è quella dell'ordinamento civile: materia, questa attratta alla competenza esclusiva statale. Da ciò l'infondatezza della domanda.

In merito alla illegittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012, si evidenzia che la pronuncia della Corte costituzionale muova da un preciso assunto: che la disposizione inerente l'obbligo di dismissioni delle partecipazioni societarie (ovvero di scioglimento della società partecipata) rientri nella materia del funzionamento e dell'organizzazione delle Regioni.

Nella pronuncia si evidenzia come le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 4, chiaramente finalizzate alla riduzione dell'uso delle società pubbliche strumentali, aggiunga un'ulteriore serie di previsioni *“che disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento delle predette società, che sono rimaste operative in base all'applicazione della predetta normativa, sia imponendo limiti al numero di componenti dei consigli di amministrazione (commi 4 e 5), nonché alle spese del personale delle medesime società e per il relativo trattamento economico (commi 9, 10 ed 11), sia, infine ponendo in capo agli amministratori e dirigenti delle medesime società la responsabilità contabile in caso di violazione dei vincoli di spesa (comma 12)”*.

La Corte costituzionale, infine, sottolinea come queste disposizioni vadano ad aggiungersi ad una altra corposa serie di previsioni normative statali che, in ultima istanza, hanno condotto all'attuazione del principio della necessaria separazione fra società beneficiarie di affidamenti diretti e società che agiscono quali operatori di mercato.

Tuttavia, le disposizioni di cui al d.l. 95 del 2012 *“lungi dal perseguire l’obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nella “attività amministrativa svolta in forma privatistica” per le predette amministrazioni pubbliche e non operino sul mercato “beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione” (sentenza n. 326 del 2008), colpisce proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo”*.

La Corte costituzionale conclude dunque il ragionamento affermando che i citati commi del d.l. 95 del 2012 incidono sulla materia dell’ *“organizzazione e funzionamento della Regione”*; materia, questa che ai sensi dell’art. 117, quarto comma, cost., deve ritenersi attratta alla competenza legislativa esclusiva residuale delle Regioni ad autonomia ordinaria. Per cui esse risultano incostituzionali in quanto impongono *“una disciplina puntuale e dettagliata che vincola totalmente anche le amministrazioni regionali, senza lasciare alcun margine di adeguamento, anche a Regioni e le Province autonome, con conseguente lesione dell’autonomia organizzativa della Regione, nonché della competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica”*.

All’esito di quanto stabilito dalla Corte, le disposizioni vengono dichiarate incostituzionali *“nella parte in cui si applicano alle Regioni ad autonomia ordinaria”*.

Il portato finale della pronuncia è importante in quanto stabilisce che le disposizioni di cui all’art. 4 dichiarate incostituzionali nei confronti delle Regioni, continuano invece ad essere valide nei confronti degli Enti locali (dei soli territori ricadenti nelle regioni a statuto ordinario), così introducendo nell’ordinamento un ulteriore distinguo a cui, necessariamente, consegue un’ulteriore fonte di complessità per qualsiasi tentativo di coordinamento delle molteplici disposizioni aventi ad oggetto le società a partecipazione pubblica.¹⁵⁵

¹⁵⁵ R. BIANCHINI, *Op. cit.*

CAPITOLO III

Regole organizzative e problematiche attuali delle società a partecipazione pubblica

Sommario: 3.1 Le regole organizzative della società a partecipazione pubblica – 3.2 La responsabilità amministrativa – 3.3 La mobilità personale – 3.4 L'applicazione della mobilità nelle società partecipate – 3.5 Tutele del lavoratore in caso di esternalizzazione del servizio – 3.6 La riforma Fornero: applicabilità del licenziamento alle società partecipate.

3.1 Le regole organizzative della società a partecipazione pubblica

Negli ultimi anni il fenomeno della partecipazione delle pubbliche amministrazioni in società ed organismi ha assunto dimensioni di rilievo, determinando l'intervento del legislatore che ha dettato una serie di norme relative alle società a partecipazione pubblica in deroga alla disciplina civilistica.

Con l'art. 71 della l. 18 giugno 2009, n. 69, il legislatore prevede alcune disposizioni in materia di società pubblica in risposta all'esigenza di razionalizzazione e riduzione delle spese di funzionamento delle società pubbliche, nella prospettiva sia di una limitazione degli sprechi di risorse statali, sia della fissazione di barriere alla proliferazione di società a partecipazione pubblica, soprattutto a livello locale.¹⁵⁶

Tale articolo si applica agli “statuti di società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., mentre il sostituto art. 3, comma 12, della legge finanziaria 2008” si riferiva alle “amministrazioni pubbliche statali che detengono, direttamente o indirettamente, il controllo di società ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1 e 2”.

¹⁵⁶ M. NICOLAI, *Regole organizzative e autonomia statutaria nella recente legislazione sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 2012, 01, 90.

Essa opera delle importanti modifiche alla precedente disciplina dettata dalla legge finanziaria, l. n. 244 del 2007, rendendo più stringenti le previsioni relative alle modifiche statutarie che questo tipo di società devono adottare per giungere ad una più snella conduzione amministrativa e ad un risparmio gestionale.

Il legislatore ha compiuto delle scelte di razionalizzazione e riduzione delle spese di funzionamento di una specifica classe di società (quelle pubbliche) che avrebbero potuto incidere sulle competenze delle amministrazioni pubbliche statali, diverse dallo Stato in senso stretto.

L'intervento normativo ha ad oggetto società già costituite e operanti sul mercato prevedendo una nuova e particolare disciplina. Il legislatore non è intervenuto su una determinata società, bensì si è riferito ad una categoria di società, individuata in quelle non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato.¹⁵⁷

In generale, le norme contenute nella l. 18 giugno 2009, n. 69, possono essere suddivise in due gruppi. Un primo gruppo si caratterizza per la riduzione dei costi e ad esso sono riconducibili le disposizioni rivolte alla diminuzione dei compensi dei membri del Consiglio di amministrazione, all'eliminazione dell'erogazione dei gettoni di presenza e alla predeterminazione di un compenso per i componenti dei comitati consultivi e di proposta. Nel secondo gruppo si collocano le disposizioni che incidono sull'organizzazione della società e che possono essere inquadrare in due sottoinsiemi: quello relativo alla limitazione dell'autonomia statutaria, come, ad esempio la previsione inerente al numero dei membri del consigli di amministrazione ovvero quella che limita la nomina dei comitati consultivi e di proposta, o ancora quella relativa alla soppressione del vicepresidente, e quella che incide sulle competenze degli organi sociali ridisegnandone le attribuzioni.¹⁵⁸

In merito alla esigenza di risparmio, sopra richiamata, viene sostituito e reso maggiormente prescrittivo il contenuto dell'art. 3, comma 12, della l. 24 dicembre 2007 n. 244, poiché gli statuti delle società non quotate, controllate sia direttamente che indirettamente dallo Stato ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1 del codice civile, devono prevedere una riduzione del numero massimo dei componenti degli organi di amministrazione a cinque (ove prevedono un numero superiore) a sette (ove le disposizioni statutarie prevedano un numero maggiore di sette). Inoltre è prevista la

¹⁵⁷ IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e disciplina*, in *Le società pubbliche* a cura di Ibba- Malaguti- A. Mazzoni, 2011, 563.

¹⁵⁸ M. NICOLAI, *Op. cit.*

riduzione del 25 per cento dei compensi di ciascun componente dell'organo di amministrazione rispetto a quelli precedentemente deliberati.¹⁵⁹

La l. 69 del 2009 evidenzia diverse criticità, fra cui quelle relative all'articolazione della struttura di governo societario che assumono una particolare rilevanza soprattutto se rapportate alla disciplina societaria di diritto comune.

Interessante per quanto concerne il consiglio di amministrazione, è la normativa che disciplina un ridimensionamento del numero dei componenti dell'organo. Secondo l'art. 71 occorrerebbe “ridurre il numero massimo dei componenti degli organi di amministrazione a cinque se le disposizioni statutarie vigenti prevedono un numero massimo di componenti superiore a cinque, e a sette se le citate disposizioni statutarie prevedono un numero massimo di componenti superiore a sette”. Ciò determina un vincolo rigido in deroga a quanto stabilito dalla disciplina comune che riconosce ampio spazio all'autonomia statutaria, che è libera di determinare il numero dei componenti in relazione alle dimensioni e alle necessità dell'impresa.

Per quanto attiene alle deleghe operative del Presidente del consiglio di amministrazione la lettera b), dell'articolo in esame, prevede che previa delibera dell'assemblea dei soci possano essere attribuite al Presidente deleghe operative con la previsione di un compenso aggiuntivo ai sensi dell'art. 2389 c.c., aumentandone così i poteri direttivi¹⁶⁰

Emerge in conseguenza ai numerosi avvicendamenti normativi come vi sia incertezza nella predisposizione delle regole organizzative delle società pubbliche e, quindi, un'evidente frattura con il diritto comune delle società. Infatti, l'art. 2381 c.c. disciplina che il consiglio di amministrazione ha facoltà di articolare la struttura mediante delega di poteri e di competenze ad alcuni componenti, individualmente o collegialmente, qualora lo statuto ovvero una deliberazione assembleare lo legittimino in tale senso. Nelle società pubbliche le attribuzioni di poteri da parte del consiglio può avvenire solo in favore di un amministratore delegato, ovvero del presidente dell'organo amministrativo e a condizione che le materie siano previamente indicate dall'organo assembleare.

Conseguentemente, il riconoscimento dei poteri ulteriori al presidente, oltre quelli organizzativi tipici dell'art. 2381 c.c., assume connotazioni particolari.

¹⁵⁹ E. LORIA, *Le società pubbliche dopo la legge 69/2009*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 10, 1164.

¹⁶⁰ E. LORIA, *Op. cit.*, 1164

Diversamente dalla disciplina codicistica, i poteri gestionali delegabili al presidente devono essere stabiliti nella delibera assembleare e poi specificati nel contenuto dal consiglio di amministrazione.¹⁶¹ I compiti del presidente, oltre quelli legali relativi allo scioglimento dell'attività dell'organo amministrativo, non sono individuati nello statuto *ex art.* 2381 c.c., che si limita a prevedere una clausola con cui attribuisce all'assemblea la legittimazione ad assumere una delibera per identificare gli ulteriori poteri del presidente. Così rispetto alla disciplina comune delle società è importante verificare se il legislatore abbia inteso perseguire obiettivi ulteriori rispetto a quella mera riduzione dei costi pubblici e ad analizzare anche le conseguenze sul piano applicativo.

Qualora manchi una previsione relativa all'identificazione di tali deleghe lo statuto sarà adeguato inserendo una clausola che legittimi l'assemblea a compiere tale identificazione a norma dell'art. 197, d.l. 31 maggio 2009, n. 78.

In particolare la l. 18 giugno 2009, n. 69, stabilisce che “gli statuti delle società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'art. 2359, primo comma, numero 1), del codice civile si adeguano alle nuove disposizioni stabilite e alle successive modifiche intervenute con d.l. 31 maggio 2009, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2009, n. 102”. L'attribuzione all'assemblea dell'identificazione delle deleghe operative del presidente del consiglio di amministrazione configura una competenza attribuita dalla legge attraverso il meccanismo della modifica coattiva del regolamento organizzativo della società.

Il legislatore conferisce all'assemblea delle società pubbliche una competenza che non sarebbe comunque spettata in quanto l'ampliamento dei poteri del presidente, oltre quelli organizzativi tipici del consesso, potrebbe avvenire solamente con modifica dello statuto ai sensi dell'art. 2381 c.c.. Inoltre, il potere di individuazione delle deleghe operative attraverso una delibera ordinaria consente al socio pubblico di controllo di nominare anche il presidente del consiglio di amministrazione. La scelta del soggetto legittimato a ricoprire tale carica viene attribuita dall'art. 2380 bis, c.c., al consiglio di amministrazione ovvero all'assemblea e nelle società pubbliche, attraverso il meccanismo dell'individuazione

¹⁶¹ SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, Utet, 2006, 441 e ss.

delle deleghe da parte dell'assemblea, diviene facile appannaggio di quest'ultimo organo.¹⁶²

L'art. 71, lettera c), della legge finanziaria del 2008 stabilisce, inoltre, la soppressione del ruolo di vicepresidente affermando che "occorre sopprimere la carica di vicepresidente eventualmente contemplata dagli statuti, ovvero prevedere che la carica stessa sia mantenuta esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza dare titolo a compensi aggiuntivi".

Le diverse disposizioni inerenti le società pubbliche destano notevoli perplessità di interpretazione e coordinamento, in particolare ove si consideri che, da un lato, il numero degli amministratori delle società pubbliche viene ridotto, ma, dall'altro, il legislatore non pone limiti alla costituzione di comitati, se non nei termini dello stretto necessario, rimettendola quindi ad una scelta discrezionale del consiglio di amministrazione.

La disciplina analizzata, introduce deroghe significative rispetto al diritto comune delle società che si esprimono sia attraverso limitazioni all'autonomia statutaria sia nell'introduzione, in favore degli organi sociali, di competenze ulteriori rispetto a quelle legali tipiche di diritto comune attraverso meccanismi di conferimento degli incarichi complessi che richiedono la concorrenza di più organi sociali. Ciò denota un'eccessiva rigidità che potrebbe ripercuotersi sulla gestione delle società in quanto la scelta del numero di amministratori è di regola correlata alla dimensione e alla natura dell'attività che non dovrebbe soffrire limitazione alcuna, nemmeno in modo indiretto.¹⁶³

Le modifiche contenute nella legge n. 69 del 2009 mostrano l'attenzione del legislatore nei confronti del fenomeno delle società pubbliche, sottolineandone ancora una volta la necessità di un coordinamento della disciplina delle società di diritto comune con l'interesse pubblico e la riduzione della spesa che esse devono sottendere.

L'attenzione alle società pubbliche ne ha così accentuato la specialità portando a differenziazioni di regime tra macrocategorie di imprese pubbliche.¹⁶⁴ Nella

¹⁶² M. NICOLAI, *Op. cit.*

¹⁶³ M. NICOLAI, *Op. cit.*

¹⁶⁴ P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazione pubblica e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, 3 e ss.

prospettiva delle deroghe analizzate potrebbe ritenersi che il legislatore abbia dettato una prima bozza di statuto speciale dell'impresa societaria in ragione del fatto che la nuova disciplina si applica ad una classe specifica di società, cioè quelle non quotate direttamente o indirettamente controllate dallo Stato, il cui statuto deve prevedere delle modifiche al codice organizzativo di diritto comune.

3.2 *La responsabilità amministrativa*

Il comportamento degli amministratori e dei dipendenti delle società partecipate da enti locali può essere fonte di responsabilità verso le società, i soci, i terzi e i creditori. Negli ultimi anni, è stata posta diverse volte all'attenzione della Corte di Cassazione la controversa questione in materia di responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile dei dipendenti di società a partecipazione pubblica, specificamente di società per azioni a capitale pubblico per i danni arrecati al capitale sociale.

La questione è di particolare interesse nell'analisi delle società pubbliche, in quanto è necessario determinare e individuare quale sia il giudice fornito di giurisdizione sulla questione e, soprattutto, il regime di responsabilità che deve riguardare i dipendenti di tali enti. Alla cassazione è stato chiesto se la giurisdizione sull'azione di responsabilità spetti al giudice ordinario o alla Corte dei Conti.¹⁶⁵

Inoltre si è registrata una progressiva estensione della giurisdizione contabile, diretta conseguenza delle profonde trasformazioni che hanno riguardato l'attività amministrativa nel nostro ordinamento.

Il ricorso a soluzioni organizzative esterne nell'amministrazione, nella forma di società miste pubblico - private, ha infatti posto in primo piano il tema della responsabilità connessa alla cattiva gestione delle risorse pubbliche ad esse affidate, dilatando i confini di un istituto che nella legge di contabilità riguardava esclusivamente l'amministrazione ed il soggetto ad essa legata da "un rapporto organico di impiego".¹⁶⁶

Tale problematica deve quindi essere analizzata tenendo conto che l'affermazione del modello organizzativo privatistico risponde all'esigenza di conseguire un modello efficiente, ma soprattutto di attuare il diritto comunitario dell'economia il quale richiede la liberalizzazione delle attività economiche.¹⁶⁷

¹⁶⁵ G. F. NICODEMO, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: le sezioni Unite della Cassazione ritornano sulla questione di giurisdizione*, in *Foro amm*, CDS 2012, 6, 1948.

¹⁶⁶ A. SAU, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche: recenti orientamenti*, in , 2011, contributo in www.regione.emilia-romagna.it , 112.

¹⁶⁷ D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione dell'amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?* in *Dir. Amm.*, 2006, 2, 251.

E' legittimo, pertanto, il timore avanzato in dottrina che l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di formule organizzative di diritto privato consenta di eludere qualsiasi controllo circa il corretto uso delle risorse finanziarie pubbliche e sia quindi necessario che le società cui l'amministrazione ricorra per lo svolgimento di attività rispondenti ai propri fini istituzionali debbano essere assoggettate a forme di controllo sulla corretta gestione di tali risorse, la scelta del giudice civile di risolvere tali problemi allargando le maglie della responsabilità amministrativa non appare del tutto esente da critiche.

Difatti la Corte dei Conti, con la sentenza n. 114 del 2006, criticava l'affermazione di una qualsiasi responsabilità amministrativa per danno erariale a carico delle società a partecipazione pubblica nei confronti degli enti partecipanti, estendendo la giurisdizione contabile anche ad imprese private, destinatarie di finanziamenti pubblici che si rendano responsabili di una cattiva gestione delle medesime.¹⁶⁸ E non lo è nel momento in cui si considerando tali società veri e propri soggetti di diritto pubblico e si configura, in capo ai relativi dipendenti e amministratori, un'ipotesi di responsabilità erariale per il danno arrecato al patrimonio societario.¹⁶⁹

Si tratta di profili differenti che mostrano la tendenza del nostro ordinamento a separare la veste giuridica dalla disciplina sostanziale, applicabile al fine di far prevalere la forma pubblica sulla sostanza privata.

Relativamente al primo dei due profili la Corte di Cassazione, che sin dagli anni cinquanta ritiene assoggettabili al giudizio contabile non solo i soggetti legati alla amministrazione da un rapporto di impiego, ma anche quelli che per i quali è configurabile un "rapporto di servizio", al fine di estendere la responsabilità amministrativa alle società partecipate, ha interpretato in termini sempre più estensivi il concetto di "rapporto di servizio" fino a ritenere del tutto "irrilevante il titolo in base al quale la gestione del denaro pubblico viene svolta, potendo consistere in un

¹⁶⁸ Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114; Corte Cass, sez. un. 5 giugno 2008 n. 14825 in *Riv. Corte conti*, 2008, 3, 276.

¹⁶⁹ Cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in www.astrid-online.it, 2008.; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008; P. TESAURO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica a seguito della recente Corte di Cassazione*, in www.giustamm.it, 2010.

rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto privato”.¹⁷⁰

In altri termini la differenza tra giurisdizioni è stata progressivamente spostata dalla natura del soggetto alla natura degli scopi perseguiti e del danno cagionato. Una questione ancora aperta è quella del rapporto fra l’eventuale qualificazione pubblicistica delle società e giurisdizione sulle azioni di responsabilità che si inserisce in un problema più ampio, quello del rapporto tra forma societaria e diritto pubblico.

Le teorie più diffuse riguardano il superamento della qualificazione societaria a beneficio di una riqualificazione in senso pubblicistico, o in alternativa, quella della coesistenza tra forma societaria e diritto pubblico. Entrambe le tesi affermano la volontà di applicare alle società partecipate norme di diritto pubblico.¹⁷¹

In merito al problema concernente la giurisdizione in ordine alle azioni di responsabilità esercitate nei confronti di amministratori o dipendenti di società in mano pubblica, per danni da esse direttamente subiti, si sono maturati nel tempo orientamenti oscillanti a partire dalla sentenza della Cassazione sezione unite n. 19667 del 2003.

E’ noto che tradizionalmente gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di interesse generale e quindi pubbliche, agiscono nelle forme del diritto privato, con eccezione per le cd. attività di autorganizzazione involgenti invece un potere autoritativo: pertanto, per l’attività imprenditoriale svolta da detti enti, si è sempre esclusa, in passato, la configurabilità di una responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti davanti alla giurisdizione contabile della Corte dei conti.

L’ordinanza delle Sezioni Unite n. 19667 del 2003 ha abbandonato questo principio, estendendo l’ambito della responsabilità amministrativa per danno erariale nei confronti di costoro, sul presupposto che comunque si tratta di “soggetti pubblici per definizione, istituiti per il raggiungimento di fini dal pari pubblici attraverso risorse di eguale natura”: quel che conta non è più il quadro di riferimento (diritto

¹⁷⁰ G. D’AURIA, *Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*, in Giorn. Dir. amm., 2006, 9, 969.

¹⁷¹ C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, in Giur. Comm, 2012, 5, 641.

pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno ma il fatto che l'evento si verifichi in danno ad una P.A.

Si è posto il problema se ciò consentisse di affermare tale responsabilità anche agli amministratori e dipendenti di società il cui capitale sia detenuto in tutto o in parte, da una P.A.¹⁷²

La sentenza della Cassazione Sezioni Unite del 2004 ritenne, successivamente sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità degli amministratori di una società partecipata in misura maggioritaria da un comune, che svolgeva un servizio pubblico, sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di servizio tra la società e l'ente pubblico. Ai fini della costituzione di tale rapporto, con il quale soggetti privati vengono funzionalmente inseriti nell'organizzazione amministrativa e partecipano delle relative attribuzioni, si prescinde sia dalla natura dell'atto di investitura sia dalla natura giuridica del terzo che riceve l'investitura. Importante è il rilievo, svolto dalla predetta sentenza, secondo cui, ai fini della giurisdizione, non sarebbe necessario accertare se il danno sia subito in via diretta dalla società o dall'ente pubblico-socio, ciò appartenendo al merito della domanda, sfuggendo così al sindacato della Cassazione in punto di giurisdizione.¹⁷³

La giurisprudenza della Cassazione ha così abbandonato l'indirizzo interpretativo precedente, affermando il tradizionale orientamento che fa leva sul rapporto di servizio tra agente responsabile e pubblica amministrazione, adottando per tale scopo, una definizione ampia di "rapporto di servizio". In particolare, il Giudice della Cassazione ha ritenuto che la Corte dei Conti dovesse conoscere la responsabilità amministrativa del dipendente di una società pubblica, non solo perché l'art. 1, comma 4 della l. 20 del 1994 ammettesse che il giudice contabile giudichi della responsabilità degli agenti anche quando il danno sia stato cagionato ad altra amministrazione, ma perché tra la società pubblica e l'Ente pubblico, sussiste un rapporto di servizio.

Tale orientamento è contrastato da un'opinione che evidenzia come le autorità sono pubbliche, l'impresa è privata, e tale resta anche se le azioni sono in

¹⁷² A. LAMORGESE, *La responsabilità degli organi delle società a capitale pubblico o misto: le principali tappe della giurisprudenza di legittimità in tema di giurisdizione*, Relazione tematica alla Corte suprema di Cassazione, 2012.

¹⁷³ Cass. sez. Un. n. 3899 del 2004.

proprietà di soggetti pubblici, senza che abbia comunque rilievo la circostanza che l'attività svolta consiste nella prestazione di servizi di interesse pubblico.¹⁷⁴

I percorsi argomentativi seguiti dalla giurisprudenza sono orientati ad allargare la giurisdizione della Corte dei Conti. Con riferimento alla problematica in esame deve comprendersi se, alla luce dell'evoluzione organizzativa ispirata ad esigenze di privatizzazione, il regime di responsabilità a cui devono essere assoggettati i dipendenti, e in particolar modo gli amministratori delle società pubbliche, debba essere quello amministrativo contabile. La Cassazione ha quindi sostenuto che agli amministratori delle società pubbliche può imputarsi la responsabilità amministrativa anche per i danni provocati alla società.

Per giungere a tale soluzione si è reso necessario modificare l'indirizzo interpretativo sul "rapporto di servizio", non intendendolo più come relazione organica, bensì come relazione funzionale. Ritenendo, così, il soggetto esterno quale partecipante dell'attività ai fini pubblici dell'ente pubblico.

Pertanto non è più rilevante la qualificazione dell'attività, sia essa amministrativa o di impresa, ritenendo sufficiente il mero impiego di risorse pubbliche, ne consegue che secondo tale orientamento la disciplina pubblicistica è prevalente rispetto al diritto comune in quanto l'utilizzazione di un modulo privatistico non porta con sé l'affermazione del relativo regime giuridico.¹⁷⁵

L'applicazione della responsabilità amministrativa alle società pubbliche si basa su un dato meramente formale, afferente alla natura del socio di maggioranza. Cosicché la scelta del regime giuridico da applicare non dipende dal tipo di attività svolta, ma dalla natura dei soggetti che costituiscono la società.

Tale questione giunge nuovamente all'attenzione delle Sezioni Unite della Cassazione, che con la pronuncia n. 26806 del 2009, modifica l'orientamento finora descritto, abbandonando l'indirizzo che indiscriminatamente riconosce alla Corte dei Conti la giurisdizione sulla problematica in esame.

Le sezioni unite con tale sentenza sono attente a specificare che la soluzione della questione di giurisdizione dipende dall'esame che riguarda la configurabilità del rapporto di servizio tra i dipendenti, gli amministratori, i sindaci della società

¹⁷⁴ D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?* in *Dir. amm.* 2006, 2, 264.

¹⁷⁵ G.F. NICODEMO, *Op. cit.*

privata e l'ente pubblico socio di maggioranza o socio unico; e la configurabilità del danno diretto allo Stato quale conseguenza dalla "mala gestio" dei soggetti indicati. Ciò perché tali elementi radicano la giurisdizione della Corte dei Conti.

La sentenza n. 26806 del 2009 afferma che la giurisdizione contabile sull'azione responsabilità degli amministratori dei dipendenti della società partecipata per i danni ad essa arrecati, residua in due ipotesi nelle quali la responsabilità per danno erariale concorre con quella civile.

La prima ipotesi di responsabilità contabile si ha nei confronti "di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritto di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione": si tratta di un danno arrecato all'ente pubblico non dall'amministratore della società ma dal rappresentante nella società, la cui responsabilità amministrativa sorge nel rapporto contrattuale organico con l'ente pubblico e non dà luogo a particolari problemi in punto di giurisdizione (spettante alla Corte dei conti).¹⁷⁶

La seconda ipotesi si verifica "nei confronti degli amministratori e dei sindaci che, compromettendo la ragione stessa della partecipazione dell'ente pubblico, causano un danno direttamente al socio pubblico: l'azione per danno erariale davanti alla Corte dei conti concorre con l'azione individuale del socio *ex artt.* 2395 e 2476 cc. "né si pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati artt. 2359 e 2476, sesto comma, poiché l'una e l'altra mirerebbero al medesimo risultato".

E' stata riconosciuta, inoltre, la competenza del Giudice contabile qualora lo statuto contenga previsioni tali da evidenziare la natura sostanzialmente assimilabile a quella di una pubblica amministrazione della società.

L'orientamento inaugurato dalla sentenza della Cassazione n. 26806 del 2009 è stato seguito dalla prevalente giurisprudenza delle Sezioni Unite, ma non dalle pronunce n. 20490 del 2011 e n. 3962 del 2012, le quali pur richiamando il precedente autorevole della sentenza del 2009, seguono un'impostazione divergente.

Tali pronunce hanno da ultimo, risolto il conflitto stabilendo che la giurisdizione spetta al Giudice ordinario e non al Giudice contabile, atteso che, da un lato, l'autonoma personalità giuridica della società porta ad escludere l'esistenza di

¹⁷⁶ A. LAMORGESE, *Op. cit.*, 3.

un rapporto di servizio tra amministratori, sindaci e dipendenti e P.A. e dall'altro, il danno cagionato dalla "mala gestio" incide in via diretta solo sul patrimonio della società, che resta privato e separato da quello dei soci.

Per le società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche vi è anche una previsione espressa di competenza del giudice ordinario, l'art. 16 bis, della legge 28 febbraio 2008, n. 31 (conversione del D.L. 248 del 2007 c.d. Mille proroghe), rubricato "responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche" secondo il quale "per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50%, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario".

3.3 *La mobilità del personale*

La legge prevede la possibilità di uno scambio di dipendenti della pubblica amministrazione, anche di diverso comparto, purché esista l'accordo delle amministrazioni di appartenenza ed entrambi i dipendenti posseggano un corrispondente profilo professionale, ovvero svolgano le medesime mansioni. Le norme in materia di mobilità del personale del pubblico impiego non offrono una previsione organica e dettagliata, lasciando ampia discrezionalità di organizzazione alle amministrazioni, le quali possono stabilire l'identità delle mansioni a proprio giudizio.

Le disposizioni intervenute nel settore pubblico hanno cercato di rafforzare lo strumento della mobilità, rendendolo strumento preferenziale per soddisfare i fabbisogni del personale e disciplinandolo, sia dal punto di vista delle procedure di individuazione del lavoratore da reclutare sia dal punto di vista dell'impatto economico finanziario. Il rafforzamento della normativa in materia di assunzioni ha portato a favorire la mobilità come soluzione di carattere gestionale.

Negli ultimi anni il problema della crescita della spesa pubblica ha portato le pubbliche amministrazioni a processi organizzativi di esternalizzazione, o internalizzazione, dei processi produttivi, al fine di superare fenomeni di duplicazione generatesi a seguito di processi poco organici. Per tale motivo, le pubbliche amministrazioni hanno cercato di gestire una serie di processi di razionalizzazione spostando personale da una partecipata ad un'altra, o facendo transitare il personale proveniente dalle società nella pubblica amministrazione stessa. Nell'ambito delle esigenze organizzative si sono verificate ipotesi in cui è necessario distaccare o far transitare in modo definitivo i soggetti dipendenti della pubblica amministrazione presso il soggetto partecipato.¹⁷⁷

I processi di managerializzazione della pubblica amministrazione e di strumentalizzazione per la gestione, nonché valorizzazione del capitale umano hanno portato a favorire l'utilizzo della mobilità per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni verso altri soggetti pubblici e privati.

¹⁷⁷ F. VERBARO, *La mobilità con riferimento alle società partecipate di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, relazione Progetto performance PA, giugno 2013.

Inizialmente la legge 145 del 2002, *“Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio delle esperienze e l’interazione tra pubblico e privato”*, ha introdotto l’art. 23 bis al d.lgs. n. 165 del 2001 che afferma la possibilità dell’utilizzo dello strumento della mobilità non solo verso il settore privato da parte dei dirigenti, ma anche nei confronti del personale non dirigenziale.

Dal 2009 il legislatore è tornato ad occuparsi di tale istituto diverse volte, con una serie di interventi legislativi che si possono, così brevemente, riassumere: 1) art. 30 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 cd. Riforma Brunetta, che ha revisionato la disciplina della mobilità volontaria; 2) l’art. 13, comma 2, della l. 4 novembre 2010, n. 183 cd. Collegato Lavoro, che ha circoscritto i margini di utilizzo dei comandi, distacchi e assegnazioni temporanee; 3) l’art. 1, commi 19 e 29, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011 cd. Manovra di Ferragosto, che ha ampliato gli spazi della mobilità d’ufficio anche per gli incarichi dirigenziali; 4) l’art. 16 della l. 12 novembre 2011 n. 183, cd. legge di stabilità 2012, che ha modificato la disciplina delle eccedenze di personale di cui all’art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001; 5) l’art. 2 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135 cd. spending review, che ha dato avvio ad un percorso di ulteriore riduzione degli organici delle amministrazioni centrali e periferiche, accompagnato tra l’altro, da un sistema di regole per la ricollocazione del personale eccedentario che conferma ancora una volta la recente tendenza a separare i destini del lavoro pubblico da quelli del lavoro privato; 6) art. 3, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni, il Governo è intervenuto in materia di mobilità delle società partecipate dalla pubblica amministrazione. Viene così, rafforzato il principio in base al quale il ricorso al lavoro flessibile nella pubblica amministrazione è consentito esclusivamente per rispondere a esigenze temporanee o eccezionali.

Il quadro di riferimento, pertanto, si presenta notevolmente arricchito e frammentario essendo la risultante di una pluralità di interventi contingenti e realizzati al di fuori di una visione strutturale, o prospettica dell’istituto della mobilità.

La riforma Brunetta ha novellato la disciplina in materia di mobilità, in particolare l’art. 49 del d.lgs. 150 del 2009 ha modificato le norme relative ai passaggi diretti di personale tra amministrazioni diverse contenuta nell’art. 30, d.lgs.

n. 165 del 2001, con l'obiettivo di rendere le procedure regolative sulla mobilità volontaria più trasparenti, snelle e funzionali all'esigenza di ottenere assetti dimensionali coerenti con i nuovi obiettivi di performance e produttività del personale pubblico. La riforma ha ottenuto un giudizio generalmente positivo, in quanto le modifiche in questione sono state ritenute idonee a garantire l'obiettività delle scelte che governano i processi di circolazione del personale tra le amministrazioni pubbliche, rendendo le determinazioni gestionali suscettibili di un ampio controllo, anche in sede giurisdizionale.¹⁷⁸

La finalità della norma è stata eseguita per mezzo di una procedimentalizzazione dell'istituto. Il nuovo testo dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, stabilisce che le amministrazioni hanno l'obbligo di rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso il passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, fissando preventivamente i criteri di scelta. E' stato aggiunto l'ulteriore vincolo, consistente nella necessità di ottenere il rilascio di un parere positivo e vincolante dei "dirigenti responsabili dei servizi degli uffici cui il personale è o sarà assegnato, sulla base della professionalità in possesso del dipendente in relazione al posto ricoperto o da ricoprire". Si è inteso ancorare espressamente il giudizio definitivo sui passaggi di personale alla verifica delle concrete competenze possedute dal dipendente e alla loro effettiva spendibilità sulla sede di destinazione, in modo da responsabilizzare la dirigenza nel fornire valutazioni coerenti con le reali esigenze funzionali dell'amministrazione e disincentivare, allo stesso tempo, valutazioni arbitrarie o di comodo.

Le modifiche all'istituto della mobilità si inseriscono in un disegno riformatore più ampio, che coincide con l'intento di rafforzare le prerogative manageriali della dirigenza pubblica, anche in merito al profilo della valutazione della distribuzione dell'organico negli uffici. Ai dirigenti viene riconosciuto il compito di contribuire alla determinazione della programmazione triennale del fabbisogno e delle dotazioni organiche,¹⁷⁹ nonché a quelle che ne presidiano l'effettiva osservanza mediante l'individuazione di una specifica forma di

¹⁷⁸ Cfr. BASENGHI, *Mobilità intercompartimentale e passaggio diretto di personale*, in Amoroso-Di Cerbo-Fiorillo-Maresca, (a cura di), *Diritto del lavoro*, III, Il lavoro pubblico, Milano Giuffrè, 2011, 348 e ss.; ESPOSITO – SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica"*, in L. Zoppoli, (a cura di), *Ideologia e tecnica del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, 339 ss.

¹⁷⁹ A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in GDLRI, 2010, 87 e ss.

responsabilità, collegata alla mancata individuazione delle unità di personale in esubero e alla susseguente attivazione delle procedure di mobilità collettiva.

Il legislatore del 2009 dimostra di essere consapevole che l'incapacità di ripartire il personale, in numero e competenze adeguate agli effettivi fabbisogni, delle amministrazioni non è imputabile ad una regolamentazione di settore tecnicamente farraginosa e poco trasparente, quanto, soprattutto, ad un difetto di cultura organizzativa e gestionale del *management* pubblico, ossia alla diffusa incapacità della dirigenza di interpretare il ruolo di datore di lavoro "seriamente" e al riparo da pressioni politiche e sindacali.¹⁸⁰

La portata precettiva delle nuove regole sulla mobilità deve essere valutata nell'ambito di un provvedimento che interviene sul pubblico impiego a tutto campo, con lo scopo di stimolare nei suoi attori principali una rinnovata cultura della *governance* nei rapporti di lavoro. Tuttavia, l'improvviso acuirsi della crisi ed il peggioramento della situazione economica dell'Italia hanno impedito la messa a regime della riforma Brunetta, soprattutto nella parte della rilevazione delle performance. Questo ha posto in rilievo un approccio marcatamente finanziario della gestione del personale, più che la volontà di ambire ad una amministrazione maggiormente efficiente.

Successivamente, il d.l. n. 138 del 2011, convertito dalla l. 14 settembre 2011, n. 148 ha determinato misure di austerità, stabilite per assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche in vista dell'anticipazione dell'obiettivo del pareggio di bilancio al 2013, destinate ad apportare una riduzione significativa dei costi del pubblico impiego.¹⁸¹

La disposizione citata, prevede l'obbligo di ridurre ulteriormente gli uffici dirigenziali di livello non generale e le dotazioni organiche del restante personale, in misura non inferiore al dieci per cento della spesa sostenuta in precedenza. Al fine di garantire il puntuale adempimento viene altresì stabilito un esplicito divieto, per gli enti non ottemperanti, di procedere ad assunzioni di qualsiasi tipo e con ogni genere di contratto.

L'art. 1, comma 29, della l. n. 148 del 2011 introduce un'inedita fattispecie di mobilità obbligatoria dei dipendenti pubblici, che tuttavia non viene innestata nel

¹⁸⁰ A. RICCOBONO, *La mobilità nel lavoro alle dipendenze della P.A. dalla "riforma Brunetta" alla "spending review"*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 06, 1073.

¹⁸¹ Cfr. D'ALTERIO, *I soliti tagli al pubblico impiego*, in *GDA*, 2012, 28 ss.

corpo del d.lgs. 165 del 2001. La norma afferma che “i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, esclusi i magistrati, su richiesta del datore di lavoro, sono tenuti ad effettuare la prestazione in luogo di lavoro e sede diversi sulla base di motivate esigenze, tecniche, organizzative e produttive con riferimento ai piani della *performance* o ai piani di razionalizzazione, secondo criteri ed ambiti regolati dalla contrattazione collettiva di comparto”. Viene altresì stabilito che, nelle more della disciplina contrattuale, la gestione dei trasferimenti avverrà sulla base di criteri datoriali, oggetto di informativa sindacale preventiva, e che gli spostamenti saranno consentiti nell’ambito del territorio regionale di riferimento, ovvero, per il solo personale del Ministero dell’interno anche in ambito extra regionale.

Nell’ambito di tale politica, il controllo sul reclutamento assume contorni più restrittivi, i margini di flessibilità organizzativa per la gestione delle risorse umane vengono recuperati attraverso il ricorso alla mobilità temporanea.¹⁸²

A fronte di un utilizzo eccessivamente disinvolto di comandi, distacchi e assegnazioni temporanee, l’art. 13 della l. 4 novembre 2010, n. 183 (cd. collegato lavoro) è intervenuto con l’inserimento del comma 2 *sexies* dell’art. 30, d.lgs. n. 165 del 2001. La norma ha come obiettivo la riduzione dell’utilizzo delle forme di impiego provvisorio dei dipendenti pubblici, sia attraverso la riconduzione delle assegnazioni temporanee a “motivate esigenze organizzative risultanti dai documenti di programmazione del fabbisogno” delle amministrazioni ospitanti, sia attraverso la limitazione della durata delle missioni “ad un periodo non superiore a tre anni, ferme restando eventuali discipline speciali”.

Questo per eliminare le situazioni di instabilità nell’uso della forza lavoro ed in particolare, con la disposizione più generale che, nell’obbligare le amministrazioni ad attivare le procedure di mobilità a domanda, prima di poter indire le procedure concorsuali finalizzate alla copertura dei posti vacanti in organico. Questo determina una priorità nei confronti dei dipendenti collocati in posizione di comando, o di fuori ruolo, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio (art. 30, comma 2 bis, d.lgs. n. 165 del 2001).¹⁸³

¹⁸² Cfr. M. NICOLSI, *Il lavoro esternalizzato*, Torino, Giappichelli, 2012, 252 ss.

¹⁸³ A. RICCOBONO, *Op. cit.*

Pertanto, vi è l'obbligo di dare prelazione alle domande di trasferimento inoltrate dal personale già assegnato temporaneamente presso l'amministrazione che abbia avviato la procedura di mobilità preventiva, promuovendo la stabilizzazione della precedente situazione di incertezza.

Successivamente la legge di stabilità del 2012¹⁸⁴, con l'art. 16 ha modificato l'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001. La novella interviene su un'area di interesse inizialmente lasciata sguarnita, ma di quest'ultima ripropone il medesimo approccio regolativo volto a comprimere gli spazi delle relazioni sindacali a vantaggio di una gestione unilaterale e autoritativa dei rapporti di lavoro. Difatti, la legge di stabilità del 2012 ha decretato che per l'attivazione di una procedura di mobilità collettiva è necessaria la sola verifica dell'individuazione di "situazioni di soprannumero" o "la rilevazione di eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria dell'amministrazione".

I tratti salienti della nuova fattispecie consistono piuttosto nella marginalizzazione dell'intervento sindacale e nel rafforzamento dell'obbligo di verificare periodicamente le eccedenze del personale. La nuova disposizione, di difficile coordinamento con la precedente, impone alle amministrazioni di procedere annualmente alla rilevazione del personale in servizio, al fine di accertare se sussistono situazioni di soprannumero.¹⁸⁵

Importante in merito alla questione in oggetto, è anche quanto previsto dalla Spending review, inserita nel d.l. n. 95 del 2012, convertito dalla legge n. 135 del 2012. Tale decreto ambisce in primo luogo ad intervenire sulle fonti di spreco che si sono realizzate negli ultimi anni nelle pubbliche amministrazioni. Il programma di riorganizzazione generale dei servizi pubblici, ivi delineato, ha infatti come obiettivo generale quello di conseguire risparmi di spesa attraverso il miglioramento dell'uso delle risorse finanziarie allocate nelle diverse amministrazioni, sì da mantenere il livello delle prestazioni erogate, ma a costi minori.

Con riferimento alle disposizioni in materia di lavoro, la legge si propone di agire direttamente sulle quantità di dipendenti impiegati negli uffici pubblici aggredendo gli eccessi di impiego delle risorse umane e favorendone una più efficiente redistribuzione.

¹⁸⁴ Legge 12 novembre 2011, n. 183.

¹⁸⁵ A. RICCOBONO, *Op. cit.*

Il decreto conferma una riduzione dei dipendenti, tracciando un percorso di riduzione degli organici delle amministrazioni centrali e periferiche, che sarà comunque accompagnato da un peculiare sistema di regole sulla mobilità per la ricollocazione del personale eccedentario.¹⁸⁶

¹⁸⁶ A. RICCOBONO, *Op. cit.*

3.4 *L'applicazione della mobilità nelle società partecipate*

Negli ultimi anni a seguito dei processi di managerializzazione della pubblica amministrazione e di introduzione di strumenti e tecniche gestionali di valorizzazione del capitale umano si è posto il problema, come analizzato, di favorire la mobilità dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni verso altri soggetti pubblici e privati.

Già la legge n. 145 del 2002 consentiva la mobilità verso il settore privato non solo del personale dirigente, ma anche nei confronti del personale non dirigente. Una mobilità vista con favore, dovuta all'esigenza di ridurre le società partecipate e di internalizzare in alcuni casi, i servizi o di salvaguardare i livelli occupazionali.

La possibilità di assumere il personale correlato alla funzione incontra nelle società a partecipazione pubblica due tipologie di ostacoli: normativo, in merito alla necessità di rispettare la disposizione costituzionale del concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni, e finanziario, con riferimento ai tetti di spesa sul personale. L'estensione del patto di stabilità alle società partecipate e il computo della spesa del personale di queste, nel tetto di spesa consolidato, porta le amministrazioni a dover rivedere le politiche di amministrazione delle società e ad individuare ogni strumento possibile concesso dall'ordinamento.¹⁸⁷

L'internalizzazione del personale nelle pubbliche amministrazioni è ammesso dalla Direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, recepita con l'art. 32, comma 2, del d.lgs. 276 del 2003, anche se permane il problema della possibilità di applicazione di esso dal settore privato al settore pubblico, in quanto ciò avverrebbe in violazione dell'art. 97 della Cost., che disciplina la regola imperativa del concorso pubblico per l'accesso all'impiego pubblico.

Un ipotesi simile è normata dall'art. 13, comma 1, della legge 183 del 2010 che afferma che “in caso di conferimento di funzioni statali alle regioni e alle autonomie locali ovvero di trasferimento o di conferimento di attività svolte da

¹⁸⁷ F. VERBARO, *La mobilità con riferimento alle società partecipate di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, relazione Progetto performance PA, giugno 2013.

pubbliche amministrazioni ad altri soggetti pubblici ovvero di esternalizzazione di attività e di servizi, si applicano al personale ivi adibito, in caso di esubero, le disposizioni dell'art. 33 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165”.

Le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, negli ultimi anni sono soggette a politiche di riduzione e contenimento della spesa e del loro sviluppo su piano nazionale. In particolare con l'art. 4 del d.l. 95 del 2012, prevede che tale tipologia di enti, deve avviare un processo di razionalizzazione che necessita la ricollocazione del personale. Ciò porta le società partecipate ad adottare una politica di internalizzazione del personale dipendente nelle pubbliche amministrazioni di riferimento in seguito alla incorporazione delle funzioni, e in alcuni casi, il venir meno delle stesse.

In merito, si è espressa la Corte dei conti che afferma che: *“Il principio di concorsualità nell'accesso a pubbliche funzioni – normativamente previsto dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001 e ribadito dall'art. 17, comma 10 del d.l. n. 78 del 2009 (convertito dalla legge n. 102 del 2009) che detta le condizioni e i presupposti per procedere a nuove assunzioni – trova, del resto, conferma nella costante e uniforme giurisprudenza costituzionale che àncora tale assunto al rispetto del principio di buon andamento, sancito dall'art. 97, terzo comma della Costituzione, e ne circoscrive in modo rigoroso le ipotesi di deroga (Corte Costituzionale sentenze 52/2011 e 293/2009)”*.¹⁸⁸

La Corte esclude la possibilità di internalizzare il personale assunto dalle società partecipare pur in presenza di una internalizzazione delle funzioni.

L'esigenza del singolo lavoratore a mantenere il proprio posto di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, con l'applicazione dell'istituto della mobilità, è una pratica tollerata dalle pubbliche amministrazioni negli ultimi anni che, tuttavia, non si concilia con le necessità e logiche manageriali di contenimento dei costi e di utilizzo ottimale dei fattori produttivi.

La logica che sottende l'istituto della mobilità è infatti, quella di favorire una ricollocazione dei lavoratori nel settore pubblico, senza grave pregiudizio economico, al fine di soddisfare comunque un'esigenza di funzionalità da parte di un datore di lavoro che è comunque pubblico.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Corte dei Conti, sez. riunite, n. 4 del 2012.

¹⁸⁹ F. VERBARO, *Op. cit.*

In merito alle modalità di riassorbimento del personale eccedentario, il legislatore detta le regole per la gestione dei lavoratori in esubero. L'art. 2, al comma 11, richiama la procedura di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001, ma articola un sistema graduale il cui obiettivo è appunto di reintegrare, e non espellere definitivamente, il maggior numero possibile del personale eccedentario.

La misura prioritaria per sfoltire la platea dei dipendenti già dichiarati in sovrannumero viene individuata in un prepensionamento riservato a coloro che, sulla base del regime normativo vigente prima della riforma attuata con la l. 214 del 2011, avrebbe maturato i requisiti per l'accesso alla pensione di vecchiaia o di anzianità entro il 31 dicembre 2014.¹⁹⁰

A questi lavoratori verrà applicata la disciplina del recesso libero di cui all'art. 72, comma 11, d.l. n. 112 del 2008, convertito dalla l. n. 133 del 2008. La disposizione è significativa perché neutralizza il principale effetto della riforma del sistema pensionistico evitando che nel settore pubblico si ripropongano le stesse distorsioni registrate nel settore privato con la questione "esodati". Per il restante personale, definito come non riassorbibile secondo i criteri del collocamento a riposo, è previsto l'avvio dei processi di mobilità guidata, il cui sbocco è la ricollocazione presso gli uffici delle amministrazioni in cui si presentano delle carenze nell'organico. In alternativa, è consentito l'utilizzo di forme contrattuali a tempo parziale, da definire in ogni caso in proporzione alle eccedenze, con graduale riassorbimento all'atto delle cessazioni dal servizio a qualunque titolo dei lavoratori rimanenti.¹⁹¹

Al fine di rendere più efficiente l'utilizzo della mobilità, la legge inoltre incentiva il meccanismo di mobilità volontaria, affidando al Dipartimento della funzione pubblica il compito di effettuare il monitoraggio dei posti vacanti presso ciascuna pubblica amministrazione e redigere un elenco da rendere pubblico in modo che il personale iscritto negli elenchi di disponibilità potrà presentare domanda di ricollocazione nei posti scoperti e le pubbliche amministrazioni, previa fissazione dei

¹⁹⁰ La relazione tecnica al d.l. n. 95 del 2012 precisa che dalla disposizione consegue "un anticipo del pensionamento sia per i soggetti che hanno maturato i requisiti al pensionamento al 31/12/2011 e che per propensione individuale hanno optato per un posticipo del pensionamento, sia per coloro che maturano i requisiti successivamente per i quali si prevede l'applicazione dei requisiti e del regime delle decorrenze vigenti prima della recente riforma pensionistica (l. n. 241 del 2011), a condizione che il diritto alla decorrenza del trattamento pensionistico venga comunque conseguito entro l'anno 2014".

¹⁹¹ A. RICCOBONO, *Op. cit.*

criteri di scelta saranno tenute ad accogliere le istanze, nei limiti delle disposizioni in organico, fermo restando il regime delle assunzioni previsto mediante reclutamento.

3.4.1 Il nuovo intervento del 2013

Con il decreto legge 31 agosto 2013, n. 101, recante “*Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*”, il Governo è intervenuto in materia di mobilità del personale delle società partecipate dalla pubblica amministrazione.

In particolare con l’art. 3 il legislatore interviene ancora una volta in materia di mobilità nelle società partecipate, al fine di effettuare un controllo della riduzione della spesa di tale settore, tradizionalmente esposto a gestioni economiche non propriamente rigorose.

Il comma 2 dell’art. 3 del d.l. 101 del 2013, disciplina la mobilità del personale nelle società partecipate, determinando per le società controllate direttamente o indirettamente dalla pubblica amministrazione, di realizzare, sulla base di un accordo tra esse e senza necessità del consenso del lavoratore, processi di mobilità di personale in relazione al proprio fabbisogno nonché ad esigenze di riorganizzazione delle funzioni o di razionalizzazione delle spese.

Il procedimento necessita in primo luogo l’accordo tra le società partecipate e ha inizio con la preventiva informativa alle rappresentanze sindacali operanti presso la società ed alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato, in coerenza con il rispettivo ordinamento professionale e senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica.

E’ inoltre previsto che i suddetti processi di mobilità non possano realizzarsi tra le società controllate e le pubbliche amministrazioni, restando escluse anche le società operanti in mercati regolamentati. In virtù del rinvio della legge ai commi 1 e 3 dell’art. 2112 c.c., il rapporto di lavoro prosegue con la società destinataria conservando tutti i diritti acquisiti durante il servizio.

Rilevante è il comma 3, in quanto prevede che gli enti controllanti sono tenuti ad adottare atti di indirizzo volti a favorire, prima di avviare nuove procedure di reclutamento del personale, il rientro del personale mediante le suddette procedure di mobilità. Per agevolare tale meccanismo, è inoltre concesso alle società controllate di farsi carico di una quota (non superiore al 30 per cento) del trattamento economico

del personale interessato dalla mobilità, sempre che questo non determini nuovi e maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Il comma 4, analizza un ulteriore profilo importante delle società controllate dalla pubblica amministrazione affermando che qualora *“rilevino eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o ai casi di cui al comma 3, nonché nell’ipotesi in cui l’incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 50% delle spese correnti, inviano un’informativa preventiva alle rappresentanze sindacali operanti presso la società ed alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato in cui viene individuato il numero, la collocazione aziendale ed i profili professionali del personale in eccedenza. Tali informazioni sono comunicate anche al Dipartimento della funzione pubblica”*, le posizioni dichiarate eccedentarie non potranno più essere ripristinate, neanche mediante nuove assunzioni.

Pertanto, in presenza di tali casi, sarà l’ente controllante che dovrà farsi carico della ricollocazione del personale, e come previsto al comma 5, entro dieci giorni dal ricevimento dell’informativa sulle eccedenze, l’ente controllante deve procedere alla ricollocazione totale o parziale del personale in eccedenza o nell’ambito della stessa società, mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro o presso altre società controllate del medesimo ente; o mediante la ricollocazione in società controllate da enti diversi, ma comprese nello stesso ambito regionale (sentite le organizzazioni sindacali e previo accordo tra gli enti e le medesime società); o infine, mediante il trasferimento presso altre società dello stesso tipo operanti anche al di fuori del territorio regionale, previ accordi collettivi con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

Il comma 7, al fine di incentivare le forme di mobilità, dispone che le società cedenti possono farsi carico, per un periodo massimo di tre anni, di una quota parte, non superiore al trenta per cento del trattamento economico del personale interessato dalla mobilità, compatibilmente con le proprie disponibilità di bilancio e senza nuovi e maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

In seguito all'approvazione del decreto legge la Commissione lavoro del Senato¹⁹² ha manifestato dei dubbi in merito alla disciplina inerente le eccedenze di personale nelle imprese controllate da una pubblica amministrazione.

La Commissione, invero, rileva che il decreto impone alle società controllate operanti in regime di diritto privato, regole e vincoli, quali quelli relativi all'organico, propri dell'amministrazione pubblica; ciò comporta, secondo la Commissione, che anche in riferimento a queste imprese si ritorna a un controllo sul rispetto di regole procedurali piuttosto che sull'economicità complessiva della gestione. Inoltre, si dovrebbe tener conto che a queste imprese, in virtù della loro natura privatistica, non può essere imposta dall'amministrazione pubblica la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro.¹⁹³

In seguito ai dubbi posti dalla Commissione del Senato in merito alla correttezza e all'utilità stessa dell'intervento normativo, in sede di conversione in legge¹⁹⁴ ha subito delle modifiche, prevedendo la soppressione dei commi dal 2 al 7 dell'art. 3 che, attualmente, disciplina al primo comma le procedure di mobilità del personale amministrativo del ministero della giustizia e i commi 7 *bis* e *ter*, la regolamentazione del rapporto di lavoro dei dirigenti.

¹⁹² Parere della undicesima Commissione Permanente del Senato della Repubblica – Lavoro e previdenza sociale.

¹⁹³ C. SANTORO, *La mobilità nel comparto Giustizia e nelle società partecipate*, in www.pubblicoimpiego.ilsole24ore.com, 2013.

¹⁹⁴ Legge 30 ottobre 2013, n. 125.

3.5 *Tutele del lavoratore in caso di esternalizzazione del servizio*

Con il termine “esternalizzazione” si intende un fenomeno generico, dai confini non sempre netti, all’interno del quale è possibile ricondurre politiche ed iniziative di diversa natura. Principalmente, si intende il processo di privatizzazione delle pubbliche amministrazioni che ha il fine di conseguire una maggiore efficienza dell’azione amministrativa, per una più elevata qualità dei servizi erogati conseguendo al contempo obiettivi di contenimento della spesa pubblica.¹⁹⁵

Negli anni, si sono determinate operazioni di privatizzazione che hanno determinato un mutamento della natura giuridica del soggetto che da pubblico è diventato privato; nonché ad operazioni in cui, il soggetto pubblico, pur restando tale, ha preferito intraprendere un percorso di arretramento da quelle attività meramente strumentali.

Tali operazioni hanno avuto naturalmente una ripercussione sulla sorte dei rapporti di lavoro pubblico dei dipendenti, addetti all’attività trasferita.¹⁹⁶ L’art. 31 del d.lgs. 165 del 2001 ha il fine di garantire e tutelare la prosecuzione dei rapporti di lavoro che attengano alla funzione o attività trasferita. La norma, dispone che: *“Fatte salve le disposizioni speciali nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l’articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all’articolo 47, commi 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428”*, pertanto nei casi di esternalizzazione si applicherà la disciplina lavoristica in tema di trasferimento di azienda.

Il pubblico dipendente, trasferito, avrà così la certezza non solo della prosecuzione del proprio rapporto di lavoro con il nuovo soggetto, sia esso pubblico o privato, ma anche la garanzia di un trattamento economico, normativo e previdenziale non inferiore a quello di cui godeva in precedenza.

¹⁹⁵ CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni, e tutele dei lavoratori*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di) *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2007, 136.

¹⁹⁶ MAINARDI, CASALE, *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale* in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2004, 726.

La norma appare idonea a garantire il contenimento degli effetti esterni prodotti sul rapporto di lavoro in materia di riorganizzazione e di dismissioni adottate dal titolare della funzione amministrativa, tuttavia presenta delle problematiche nell'ipotesi inversa di riappropriazione da parte della pubblica amministrazione delle attività da prima esternalizzate e se si applichi il medesimo meccanismo di tutela dei lavoratori dipendenti dal soggetto pubblico o privato, originario cessionario.

Il legislatore non indica nell'art. 31 d.lgs. 165 del 2001 una tutela particolareggiata per tali situazioni, richiamando solo il principio costituzionale in forza del quale il meccanismo ordinario di accesso ai pubblici uffici è il meccanismo concorsuale¹⁹⁷.

La *ratio* sottesa a tale scelta è stata quella di garantire l'imparzialità dei soggetti pubblici agenti, e il buon andamento dell'amministrazione, poiché lo strumento concorsuale dovrebbe, infatti, essere in grado di assicurare una rigorosa selezione del personale maggiormente idoneo all'espletamento di determinate funzioni.

La Corte dei conti in merito a tale questione giunge a conclusioni contrastanti tra loro. La sezione regionale Toscana, con il parere 31 del 2008, nel caso di ritrasferimento del personale, interpreta in modo restrittivo il principio dell'accesso per concorso quale strumento per accedere ai pubblici uffici ed esclude la sussistenza di un eventuale diritto per i lavoratori (ed obbligo per l'ente pubblico) all'assunzione presso la pubblica amministrazione. Deroghe potranno essere introdotte da espressa originarie previsioni, che al momento del primo trasferimento prevedono una tale possibilità¹⁹⁸.

Soluzione contrastante si ha dalla sezione Lombardia con il parere 68 del 2008, che afferma che, stante il vincolo costituito dall'art. 97 cost., non si pone alcun problema al reintegro dei lavoratori in forza alla società risolta, nel momento in cui questi fossero transitati al nuovo soggetto a seguito del trasferimento o conferimento di attività da parte del soggetto pubblico. In quanto originari dipendenti della pubblica amministrazione, questi avrebbero già dimostrato di possedere le qualità necessarie per lo svolgimento delle funzioni connesse al ruolo da ricoprire, attraverso il precedente espletamento del concorso pubblico.

¹⁹⁷ MAINARDI, CASALE, *Op. cit.*, 731.

¹⁹⁸ M.G. MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente torni a svolgere attività prima trasferite*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 667.

E' possibile infatti la reinternalizzazione dei lavoratori già dipendenti dell'ente pubblico sulla base di un'operazione di c.d. "riconduzione ad omogeneità".

La Corte dei Conti Lombardia, sez. controllo, parere n. 1014 del 2010, riprendendo la posizione delle sezioni riunite della Corte dei Conti, individua i presupposti alla cui ricorrenze è possibile procedere alla reinternalizzazione del personale. E' necessario "che vi sia stato trasferimento di personale al momento della costituzione della società o dell'affidamento del servizio alla medesima e sia stato previsto, a norma di statuto o di regolamento di servizio, ovvero mediante un protocollo d'intesa tra l'Amministrazione locale e le organizzazioni sindacali di settore, il reintegro nel ruolo dell'ente locale in caso di scioglimento della società o di parziale reinternalizzazione dei servizi pubblici locali, per quei dipendenti che, transitano dai ruoli dell'Ente locale, si presume siano stati assunti nel rispetto delle procedure selettive pubbliche previste dalla legge per l'instaurazione del rapporto pubblico d'impiego, in conformità al principio sancito dall'art. 97 della Costituzione. In particolare, l'ente locale può procedere al ricalcolo secondo i criteri di omogeneità solo qualora – dopo il trasferimento dei dipendenti presso le società *in house* – sia stata ridotta, o comunque, sterilizzata la dotazione organica del personale dell'ente locale in misura omogenea alla riduzione delle funzioni esternalizzate. Solo in questo caso, la riorganizzazione dei servizi resi in conseguenza alla reinternalizzazione consente l'assunzione del personale nella misura della riduzione già avvenuta in precedenza.

Dunque "condizioni necessarie perché si possa procedere alla riammissione in servizio sono: - la persistenza di una carenza organica nei ruoli e per le funzioni di competenza dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria; - la disponibilità di risorse economiche per sostenere gli oneri connessi al reinquadramento; - l'espressa volontà dell'amministrazione di procedere alla copertura dei posti scoperti mediante la riammissione dei dipendenti; - l'inquadramento dei dipendenti nella medesima posizione giuridico – economica rivestita anteriormente al trasferimento presso la società concessionaria.

In presenza di tali condizioni, anche a prescindere dall'applicazione dell'art. 2112 c.c. l'amministrazione, ove ritenga corrispondente all'interesse pubblico integrare il proprio organico, può disporre il reinquadramento dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionari senza ledere il principio di concorsualità".

Al contrario per i lavoratori assunti solo dalla società, senza l'adozione delle procedure selettive di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001 non è applicabile tale possibilità.¹⁹⁹

Nell'ipotesi di un soggetto pubblico, la regolamentazione delle eccedenze di personale dipendente è regolata dall'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001, che detta la disciplina della gestione degli esuberi e della collocazione del personale in mobilità collettiva ricalcando, anche se con aspetti di specialità come già analizzato, quella prevista dal settore privato.

¹⁹⁹ Corte dei Conti Sardegna, sez. controllo, parere 2 dicembre 2010, n. 109.

3.6 *La riforma Fornero: applicabilità del licenziamento alle società partecipate*

La legge n. 92 del 2012 c.d. Legge Fornero si occupa di disciplinare il licenziamento, il dibattito si è incentrato sull'interpretazione della nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nonché sull'ambito di applicabilità della speciale procedura giudiziale prevista per far valere l'illegittimità del licenziamento nei confronti dei lavoratori pubblici o privatizzati.

Il novellato art. 18 ha introdotto, in luogo della precedente ed unitaria sanzione reintegratoria prevista per il caso di licenziamento inefficace, discriminatorio, nullo e annullabile quattro diverse tutele, diversamente modulate in ragione del vizio addotto.²⁰⁰

In dettaglio, si è così previsto:

- tutela reintegratoria forte, assistita dalla reintegrazione nel posto di lavoro e da una tutela risarcitoria piena per il caso di licenziamento discriminatorio, dettato da motivo illecito, nullo ed inefficace perché intimato in forma orale;
- tutela reintegratoria debole, assistita dalla reintegrazione nel posto di lavoro e da tutela risarcitoria attenuata nel caso di licenziamento illegittimo in ragione dell'insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa;
- tutela indennitaria forte, assistita da tutela risarcitoria piena nel caso di illegittimità del licenziamento non rientranti tra le ipotesi precedenti;
- tutela indennitaria debole, assistita ad tutela risarcitoria ridotta nel caso di licenziamento viziato da errori procedurali.

Nell'ambito del dibattito dottrinale il licenziamento nel lavoro pubblico ha prodotto due orientamenti contrapposti: l'una favorevole all'immediata applicabilità dell'art.18, l'altro teso a conservare per il solo lavoro pubblico il vecchio articolo 18.

²⁰⁰ A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 6, 2012, 992.

Un primo orientamento, propende per l'applicabilità del novellato art. 18 anche al lavoro pubblico. Tale conclusione viene desunta dal rinvio operato dall'art. 51, comma 2, del d.lgs. 165 del 2001 alla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni e quindi al nuovo articolo 18, che andrebbe applicato anche alla pubblica amministrazione nella sua interezza, in mancanza di espresse deroghe.²⁰¹

La tesi volta a sostenere la sopravvivenza per rinvio materiale del vecchio articolo 18 è ritenuta carente di “un aggancio normativo testuale e coerente”.²⁰² Il Giudice monocratico con ordinanza del 9 novembre 2012 dopo aver richiamato il complesso disegno riformatore ha ritenuto che “allo stato, non possa negarsi l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico della disciplina attualmente vigente in materia di licenziamenti dal punto di vista sia sostanziale che processuale”. In tal senso deporrebbe il rinvio operato dall'art. 51 del d.lgs. n. 165 del 2001 allo Statuto dei lavoratori che in quanto “rinvio mobile” “recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime, dal che consegue l'applicazione del nuovo art.18 dello statuto (e del rito speciale che il predetto richiama) anche al pubblico impiego privatizzato.”

Del medesimo indirizzo il Tribunale afferma che accedendo alla tesi che vuole il nuovo articolo 18 non applicabile al pubblico impiego, si violerebbe l'art 51, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo il quale tale settore è disciplinato dalla legge 300 del 1970 come via via modificata”. Per superare tale ostacolo sarebbe necessario considerare abrogato tacitamente l'art. 51, con espunzione dalla norma del richiamo alle modifiche del solo art. 18, fermo restando il rinvio mobile alle altre parti dello Statuto dei lavoratori. Un'abrogazione che tuttavia non ha alcun appiglio testuale e che non può derivare da ragioni sostanziali.²⁰³

All'opposto vi è chi propende per la permanente applicabilità al settore pubblico dell'art. 18 pre-riforma Fornero. Secondo una prima prospettazione la permanente vigenza si basa sull'interpretazione della locuzione “e sue successive modificazioni” contenuta nel secondo comma dell'art. 51 e che è stato ritenuto

²⁰¹ Cfr. RIVERSO, *Indicazioni operative di rito Fornero (con una divagazioni minima finale)*, in LG, 2013, 22.

²⁰² RIVERSO, *Op cit.*

²⁰³ A. BOSCATI, *Op. cit.*, 997.

riferito alle modifiche intervenute tra il 1970 e il 2001. Si è così affermato che tale formulazione non “possa riguardare anche le recenti e radicali modifiche come quelle di cui alla legge n. 92 del 2012, attesa l'impossibilità di una valenza *ex post* contenuta in una norma – per l'appunto quella dell'art. 51 – in vigore nel lontano 2001”. Secondo tale ricostruzione non è ipotizzabile una lettura dell'art. 51 volta a ipotecare, anche per il futuro, l'applicazione di ogni modifica alle norme dello Statuto al pubblico impiego”.²⁰⁴

Un ulteriore interpretazione giunge alla coesistenza nel sistema di due articoli 18, uno, il nuovo testo risultante dalla modificazione della legge n. 92 del 2012, applicabile al settore privato, un altro, il vecchio testo, applicabile al settore pubblico.²⁰⁵

Secondo tale ricostruzione, i commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge 92 del 2012 rivelano l'intenzione di varare un corpo specifico di norme per il settore pubblico che dovrà avvenire, nel rispetto dei principi cardine della riforma, tramite un confronto con le organizzazioni sindacali. Pertanto resta vigente il testo dell'art. 18 nella sua formulazione antecedente la riforma Fornero. Ciò troverebbe conferma nella finalità stessa della legge che appare “a misura del lavoro privato”, cosicché l'art. 1, comma 7, restringe l'area di applicabilità della legge con esclusione dell'impiego pubblico, costruendo di conserva la nova disciplina contrattuale. Nondimeno, l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 18 riformato deriverebbe dalla continuità esistente tra la riforma Biagi e la riforma Fornero che si esprimerebbe sia nel voler “diversificare una disciplina che la c.d. privatizzazione avrebbe voluto rendere sempre più comune fra lavoro privato e impiego pubblico sia nel credere che trattasi di un'inversione di marcia solo temporanea”.²⁰⁶

Tuttavia si potrebbe ravvisare una difficile convivenza tra il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori e il lavoro pubblico, il che non esclude che il legislatore possa in futuro tornare a differenziare le tutele e affrancare il pubblico impiego dalle temibili conseguenze della riscrittura dell'art. 18 Statuto dei lavoratori: anzi sarebbe perfino auspicabile perché un provvedimento del genere

²⁰⁴ Cfr. ROMEO, *La legge “Fornero” e il rapporto di impiego pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 722.

²⁰⁵ F. CARINCI, *Art. 18 St. Lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 247.

²⁰⁶ F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *LG*, 2013, 27.

costituirebbe un prezioni *tertium comparationis* per sollevare altrettante discussioni in merito alla illegittimità costituzionale della norma ormai vigente per l'impiego privato.²⁰⁷

²⁰⁷ L. CAVALLARO, *L'art. 18 e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 1031.

Conclusioni

Negli ultimi dieci anni, come analizzato, il legislatore ha effettuato diversi interventi e riforme in tema di società pubbliche e miste partecipate da capitale pubblico e privato. La trattazione si è concentrata sulle novità introdotte dal punto di vista del lavoratore.

Il legislatore a partire dal decreto Bersani del 2006 ha cercato di regolare l'impianto normativo di tale modello societario, provando a conseguire un equilibrio fra l'organizzazione di stampo privatistico della società e i vincoli a cui devono sempre mirare: l'efficienza e l'interesse collettivo nel rispetto, pertanto, dei parametri e degli obblighi pubblicistici.

Le società a partecipazione pubblica nascono come forme di intervento dello Stato nell'economia del Paese, come mezzo per migliorare l'efficienza e l'economicità della pubblica amministrazione, attraverso l'uso di un modello e una forma organizzativa che volta allo scopo di lucro non presenta gli elementi di rigidità delle amministrazioni.

La dottrina sostiene la natura di stampo privatistico delle società pubbliche che si basa sul rapporto tra complesso normativo codicistico dello Statuto della società singolare a confronto con lo statuto dell'ente pubblico. Il problema della natura pubblica o privata delle società a partecipazione pubblica richiama diversi soggetti che, pur rivestendo una forma privatistica, quale è quella societaria, sono sottoposti ad una disciplina derogatoria.

Come ampiamente visto, le società partecipate sono disciplinate dalle norme del codice civile a meno che norme speciali non dispongano diversamente. La legislazione speciale ha come fine di evitare distorsioni concorrenziali, moralizzare il fenomeno della partecipazione introducendo vincoli per evitare sprechi da parte delle amministrazioni.

Così, da ultimo le norme in tema di "spending review" in merito le società pubbliche all'art. 4, del d.l. n. 95 del 2012, hanno il dichiarato scopo di razionalizzare la spesa pubblica attraverso la riduzione delle spese per beni e servizi garantendo al contempo l'invarianza dei servizi ai singoli cittadini.

Si registra nei diversi interventi del legislatore una tendenza di riavvicinamento tra soggetti pubblici e soggetti privati dai primi partecipati.

Inoltre, è rilevante sottolineare come il momento del reclutamento del personale offra il miglior angolo di visuale per poter registrare momenti di piena equiparazione tra le società partecipate ed enti pubblici partecipanti²⁰⁸.

L'amministrazione pubblica in veste societaria privatistica ha assunto notevoli dimensioni, e ciò ha portato ad innestare momenti pubblicistici nella regolazione del reclutamento del personale. Tuttavia, più aumenta l'amministrazione regolata attraverso moduli privatistici, più aumenta il rischio di rendere l'art. 97 cost. e il necessario accesso con concorso agli impieghi pubblici una formula vuota.

I diversi interventi del legislatore affermano con convinzione il momento pubblicistico della sola fase del reclutamento, sia per le pubbliche amministrazioni sia per le società da queste partecipate.

Le riforme adottate nel tempo sono, tuttavia, di difficile interpretazione e coordinamento, in quanto adottate senza preoccuparsi di determinare in modo preciso quali siano i destinatari, non specificando da quali elementi oggettivi risulti determinata la diversa gradazione dei regimi para-pubblicistici ai quali le società partecipate sono sottoposte.

Non sembra possibile accogliere la pretesa secondo la quale la scelta degli enti pubblici cade sugli strumenti del diritto societario, ciò automaticamente deve determinare che le regole giuridiche applicabili siano per lo più desumibili dall'impianto privatistico²⁰⁹. Manca infatti, l'individuazione da parte del legislatore di criteri oggettivi in presenza dei quali si possa determinare una limitazione alle società partecipate della loro capacità, e del loro campo d'azione ed un appesantimento in chiave pubblicistica del loro regime giuridico.

La mancanza di una disciplina specifica e dettagliata risulta palese anche nella analisi di ulteriori aspetti problematici, come emerge nel terzo capitolo.

Il legislatore per evitare la massiccia diffusione delle società partecipate, tradizionalmente esposte a gestioni economiche non propriamente rigorose, nel 2009 con l'art.71 della legge n. 69, prevede alcune disposizioni in materia di società pubblica in risposta all'esigenza di razionalizzazione e riduzione delle spese di funzionamento delle società pubbliche, nella prospettiva sia di una limitazione degli

²⁰⁸ G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009.

²⁰⁹ R. RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Le società*, 2005, 423.

sprechi di risorse statali, sia della fissazione di barriere alla proliferazione di società a partecipazione pubblica, soprattutto a livello locale.

Dal punto di vista del lavoratore, interessante è la possibilità di tutela del posto di lavoro attraverso l'utilizzo dell'istituto della mobilità, che ha permesso in seguito a processi organizzativi di esternalizzazione o internalizzazione dei processi produttivi, di spostare il personale da una partecipata ad un'altra o facendo transitare il personale proveniente dalla società nella pubblica amministrazione. Ma anche in questo caso il quadro è frammentario essendo la risultante di più interventi contingenti e realizzati al di fuori di una visione prospettica.

Infatti, ben potrebbe accadere che il personale trasferito e da riassorbire si presenti in un numero eccedente rispetto alle magari mutate esigenze dell'ente pubblico, con conseguente problematicità rispetto ai criteri di scelta da utilizzare .

Da ultimo nel 2013, con il decreto legge n. 101 il legislatore ha tentato di riformare l'istituto della mobilità nelle società partecipate, che tuttavia non è stato approvato in sede di conversione in legge, mancando di un reale respiro riformatore, e ancora una volta si scontra con gli stringenti vincoli pubblicistici a cui devono sottostare le società partecipate.

Bibliografia

AA. VV. Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, in www.assonime.it

M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008.

A. ASQUINI, in *I battelli del Reno*, ivi, 1959, 621.

C. BARISANO, *I vincoli gravanti sulle società partecipate*, in www.legaatutonomie.it.

F. BASENGHI, *Mobilità intercompartimentale e passaggio diretto di personale*, in Amoroso-Di Cerbo-Fiorillo-Maresca, (a cura di), *Diritto del lavoro*, III, Il lavoro pubblico, Milano Giuffrè, 2011, 348 e ss.

A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *GDLRI*, 2010, 87 e ss.

R. BIANCHINI, *Spending review: nuovo capitolo dopo la pronuncia della Consulta*, in www.altalex.it

A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 6, 2012, 992.

C. BUZZACCHI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza nel sindacato della Corte Costituzionale*, in *Le Regioni*, 2006, 797 ss.

L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, 1 e ss.

O.M. CAPUTO, commento a sentenza in *Urbanistica e appalti*, 2006, 551.

F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 959.

- *Art. 18 St. Lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 247.

- *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *LG*, 2013, 27.

S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, III ed., 2005, 8.

L. CAVALLARO, *L'art. 18 e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 1031.

V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in Aa. Vv., *Fondazioni e attività amministrativa*, a cura di S. Raimondi, R. Ursi, Torino, 2006, 13 e ss.

P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni, e tutele dei lavoratori*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di) *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2007, 136.

F. CINTOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governante delle società partecipate da enti pubblici*, in www.giustamm.it, 2010, 69.

M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra il diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, 2010, 2 e ss.

- *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2009, 2, 261.

G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2005, 94 ss.

R. COSTI, *Privatizzazione e diritto della società per azioni*, in *Giur. comm.*, I, 1995, 77 ss.

E. D'ALTERIO, *I soliti tagli al pubblico impiego*, in *GDA*, 2012, 28 ss.

G. D'AURIA, *Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2006, 9, 969.

A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, 2011, contributo in www.regione.emilia-romagna.it , 69.

- *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, 2011, in *Istituzione del federalismo/Quaderni*.

M. ESPOSITO – R. SANTAGATA, *La mobilità del personale tra “autonomia negoziale” ed “evidenza pubblica”*, in L. Zoppoli, (a cura di), *Ideologia e tecnica del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, 339 ss

F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche*, Milano, 2011, 57.

E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, tomo III, Finanza pubblica e privata. La disciplina dell'economia*, Milano, 2000, 3026.

F. GALGANO, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, 736.

R. GAROFOLI, *Servizio pubblico e società pubbliche: implicazioni in punto di giurisdizione*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 642.

F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. Clarich), 2007, 728 e ss.

- *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 1195 e ss..

- *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 317 e ss..

C. GRASSETTI, in *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro*, in *Riv. Soc.* 1958, p.1 e ss.; **MIGNOLI**, in *L'interesse sociale*, *ivi*, 1958, 725.

A. GRAZIANI, *Partecipazioni pubbliche e società per azioni* in *Riv. Int. Scienze ec. e soc.*, 1956, 401.

F. GUERRERA, *Le società a partecipazione pubblica*, 2010, ed. Quaderni Cesfin.

C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e disciplina*, in *Le società "pubbliche"*, 2011, 2.

- *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, t. 8, Torino, 1992, 674 e ss.

- *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in www.giustamm.it, gennaio 2011.

P.G. JAEGER, in *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.* 1992, I, 990.

P. JORI, *Le società pubbliche nell'ordinamento amministrativo vigente*, in relazione della Regione Lazio, Dipartimento Istituzionale, Direzione regionale affari

legislativi, Area “Studi e salvaguardia delle competenze normative della Regione – Biblioteca giuridica, 2008, 4 e ss.

A. LAMORGESE, *La responsabilità degli organi delle società a capitale pubblico o misto: le principali tappe della giurisprudenza di legittimità in tema di giurisdizione*, Relazione tematica alla Corte suprema di Cassazione, 2012.

M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica* a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 27.

B. LIBONATI, *La faticosa “accelerazione” delle privatizzazioni*, *ivi*, 20 ss.

E. LORIA, *Le società pubbliche dopo la legge 69/2009*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 10, 1164.

S. MAINARDI, D. CASALE, *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale* in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2004, 726.

L. MANASSERO, *Il costo del personale nelle società in house. Vincoli ed incertezze.*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2013.

G. MARASÀ, *Le “società” senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 353 e ss.

- *Società speciali e società anonime (ad vocem)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1993, Roma.

G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 191 e ss..

F. MERUSI, D. IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.* XXII, Roma, 1990, 4.

A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in Riv. Soc., 1958, 725.

G. MINERVINI, *Società a partecipazione pubblica*, GCO, 1982, 182.

- *Contro il diritto speciale delle società per azioni*, in Riv. soc., 1994, 740 ss.

A. MINGARELLI, *Società partecipate in Servizi pubblici e società partecipate* a cura di G. PERULLI, 2008, 50.

S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, 195.

G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 legge 241/1990 e dei principi generali del diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, 2010.

M.G. MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente torni a svolgere attività prima trasferite*, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2009, 667.

G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in Mercato concorrenza regole, 2003, 548.

G. F. NICODEMO, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: le sezioni Unite della Cassazione ritornano sulla questione di giurisdizione*, in Foro amm, CDS 2012, 6, 1948.

M. NICOLAI, *Regole organizzative e autonomia statutaria nella recente legislazione sulle società a partecipazione pubblica*, in Giur. Comm., 2012, 01, 90.

M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Torino, Giappichelli, 2012, 252 ss.

P. NOVELLI e L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto delle società*, Milano, 2008.

V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. Soc.* 1960, 144 e ss..

G. PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc.3-4, 2009, p. 629

P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, 314.

PIZZOFERRATO, *Sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 1045.

M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, 119.

G. RICCI, *Gli incarichi professionali e i rapporti di collaborazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 249 ss.

A. RICCOBONO, *La mobilità nel lavoro alle dipendenze della P.A. dalla “riforma Brunetta” alla “spending review”*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 06, 1073.

R. RIVERSO, *Indicazioni operative di rito Fornero (con una divagazioni minima finale)*, in *LG*, 2013, 22.

I. RIZZO, *Nelle partecipate da enti locali resta il nodo del lavoro*, www.ilsole24ore.com, 2013

C. ROMEO, *La legge “Fornero” e il rapporto di impegno pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 722.

R. RORDORF, *Le società “pubbliche” nel codice civile*, in *Le società*, 2005, 423.

G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Le privatizzazioni in Itali*, *Riv. Soc.* 1995, 385 ss.

- *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 180.

F. ROVERSI MONACO, *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, 1987, 478 e ss.

M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, Torino, 2004, 1.

P. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, Utet, 2006, 441 e ss.

C. SANTORO, *La mobilità nel comparto Giustizia e nelle società partecipate*, in www.pubblicoimpiego.ilsole24ore.com, 2013.

A. SAU, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche: recenti orientamenti*, in , 2011, contributo in www.regione.emilia-romagna.it , 112.

P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, ivi, 1992, 126 ss.

G. SCIULLO, *Sul riordino del quadro giuridico delle società pubbliche secondo il Rapporto Assonime*, in www.giustamm.it.

F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. Ec.*, 2005, 247.

M. T. SEMPREVIVA, *I Sucedanei dell'Ente Pubblico nell'epoca delle privatizzazioni*", *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 4, 2000.

D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione dell'amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?* in *Dir. Amm.*, 2006, 2, 251.

P. TESAURO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica a seguito della recente Corte di Cassazione*, in www.giustamm.it, 2010.

C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, in www.dirittodeiservizipubblicilocali.it

D. TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007.

L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, 93 e ss.

- *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Relazione al Convegno su “*Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*”, Roma, Luiss, 14 maggio 2009.

- *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in www.astrid-online.it, 2008.

G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra la tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2.

M. VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. Soc.*, 2009, 1050 e ss.

F. VERBARO, *La mobilità con riferimento alle società partecipate di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, relazione Progetto performance PA, giugno 2013.

B. VISENTINI, *Ancora sui limiti della disciplina privatistica della società per azioni*, *ivi*, 729 ss..

G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 174-175.

M.G. VIVARELLI, *Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica*, in *Rivista trimestrale degli appalti* 2011, fasc. 1, p. 114.

