



CONSIGLIO REGIONALE DELLA VALLE D'AOSTA
CONSEIL DE LA VALLEE
DIREZIONE AFFARI LEGISLATIVI, STUDI E DOCUMENTAZIONE
DIRECTION DES AFFAIRES LEGISLATIVES, DES ETUDES ET DE LA DOCUMENTATION

INFOLEG

**SEGNALAZIONI SULL'ATTIVITÀ NORMATIVA
REGIONALE, STATALE E COMUNITARIA**

COMMUNICATIONS SUR L'ACTIVITE NORMATIVE
REGIONALE, NATIONALE ET COMMUNAUTAIRE

**N. 174
2/2013**

Infoleg n.2

A cura di ANNY FONTANAZZI

Il mensile INFOLEG (informazione legislativa) è uno strumento di segnalazione dell'attività normativa degli organi regionali, statali e comunitari.

Nella Parte I "Legislazione", suddivisa in cinque settori (affari istituzionali, affari generali, assetto del territorio, sviluppo economico e servizi sociali), sono riportati gli estremi:

- di tutte le leggi e regolamenti e dei progetti di legge e di regolamento della Regione autonoma Valle d'Aosta;*
- di leggi delle altre Regioni;*
- di atti normativi ed amministrativi statali;*
- di progetti di legge statali;*
- di atti comunitari e di proposte di atti comunitari.*

Nella Parte II "Giurisprudenza" sono citate le principali sentenze degli organi giurisdizionali statali e comunitari.

Nella Parte III "Dottrina" sono indicati i titoli degli articoli di maggiore interesse pubblicati su riviste giuridiche in dotazione della Direzione Affari Legislativi.

Nella Parte IV "Segnalazioni" vengono riportati, infine, alcuni tra gli atti di maggiore rilevanza.

Le eventuali richieste di consultazione e di copia degli atti citati nella seconda e terza parte di questa pubblicazione possono essere rivolte alla

Direzione Affari Legislativi, Studi e Documentazione

via Piave, n. 1 - 11100 Aosta

E-Mail: infoleg@consiglio.regione.vda.it

Tel. 0165 526162

Fax 0165 526262

Le mensuel INFOLEG (information législative) est un instrument de communication de l'activité normative des organes régionaux, nationaux et communautaires.

La première partie "Législation", subdivisée en cinq secteurs (affaires institutionnelles, affaires générales, aménagement du territoire, développement économique et services sociaux), contient les données concernant:

- toutes les lois, les règlements, les projets de lois et de règlements de la Région Autonome de la Vallée d'Aoste;*
- les lois des autres Régions;*
- les actes normatifs et administratifs nationaux;*
- les projets de lois nationaux;*
- les actes communautaires et les propositions d'actes communautaires.*

La deuxième partie "Jurisprudence" concerne les principales sentences des organes juridictionnels nationaux et communautaires.

La troisième partie "Doctrines" présente les titres des articles les plus intéressants parus dans les publications en dotation à la Direction des Affaires Législatives.

La quatrième partie "Segnalazioni" propose quelques uns des actes les plus importants. Pour toutes demandes de consultation et de copie des actes cités dans la deuxième et troisième partie de la présente publication, vous pouvez vous adresser à la

Direction des Affaires Législatives, des Etudes et de la Documentation

1, rue Piave - 11100 Aoste

E-Mail: infoleg@consiglio.regione.vda.it

Tél. 0165 526162

Fax 0165 526262

PARTE I

LEGISLAZIONE

AFFARI ISTITUZIONALI

Atti normativi ed amministrativi statali

LEGGE COSTITUZIONALE 7 febbraio 2013, n. 1

MODIFICA DELL'ARTICOLO 13 DELLO STATUTO SPECIALE DELLA REGIONE FRIULI-VENEZIA GIULIA, DI CUI ALLA LEGGE COSTITUZIONALE 31 GENNAIO 1963, N. 1.

GU n. 40 del 16 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-16&atto.codiceRedazionale=13G00049&elenco30giorni=true

LEGGE COSTITUZIONALE 7 febbraio 2013, n. 2

MODIFICHE ALL'ARTICOLO 3 DELLO STATUTO DELLA REGIONE SICILIANA, IN MATERIA DI RIDUZIONE DEI DEPUTATI DELL'ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA. DISPOSIZIONI TRANSITORIE.

GU n. 41 del 18 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-18&atto.codiceRedazionale=13G00050&elenco30giorni=true

LEGGE COSTITUZIONALE 7 febbraio 2013, n. 3

MODIFICA DEGLI ARTICOLI 15 E 16 DELLO STATUTO SPECIALE PER LA SARDEGNA, DI CUI ALLA LEGGE COSTITUZIONALE 26 FEBBRAIO 1948, N. 3, IN MATERIA DI COMPOSIZIONE ED ELEZIONE DEL CONSIGLIO REGIONALE.

GU n. 50 del 28 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-28&atto.codiceRedazionale=13G00057&elenco30giorni=true

Presidente del Consiglio dei Ministri

DECRETO 21 dicembre 2012

RECEPIMENTO DELLE LINEE GUIDA SUL RENDICONTO DI ESERCIZIO ANNUALE APPROVATO DAI GRUPPI CONSILIARI DEI CONSIGLI REGIONALI, AI SENSI DELL'ARTICOLO 1, COMMA 9, DEL DECRETO-LEGGE 10 OTTOBRE 2012, N. 174, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE 7 DICEMBRE 2012, N. 213.

GU n. 28 del 2 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-02&atto.codiceRedazionale=13A00782&elenco30giorni=false

AFFARI GENERALI

Leggi e regolamenti della Regione autonoma Valle d'Aosta e delle altre Regioni

Valle d'Aosta

L.R. 12 febbraio 2013, n. 1

MODIFICAZIONI ALLE LEGGI REGIONALI 19 APRILE 1988, N. 18 (PROMOZIONE DI UNA FONDAZIONE PER L'ATTUAZIONE DI INIZIATIVE CULTURALI E L'ORGANIZZAZIONE DI CONVEGNI ATTINENTI I RAPPORTI TRA DIRITTO, SOCIETÀ ED ECONOMIA E CONTRIBUTO REGIONALE ALLA FONDAZIONE MEDESIMA), E 23 AGOSTO 1991, N. 33 (PROMOZIONE DELLA FONDAZIONE "CENTRO DI STUDI STORICO-LETTERARI NATALINO SAPEGNO).

B.U. n. 9 del 26 febbraio 2013

http://www.regione.vda.it/amministrazione/leggi/bollettino_ufficiale_new/archive/2013/9-2013-1.pdf#Page=1

L.R. 13 febbraio 2013, n. 2

MODIFICAZIONI ALLE LEGGI REGIONALI 23 LUGLIO 2010, N. 22 (NUOVA DISCIPLINA DELL'ORGANIZZAZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE REGIONALE E DEGLI ENTI DEL COMPARTO UNICO DELLA VALLE D'AOSTA. ABROGAZIONE DELLA LEGGE REGIONALE 23 OTTOBRE 1995, N. 45, E DI ALTRE LEGGI IN MATERIA DI PERSONALE), E 25 GENNAIO 2000, N. 5 (NORME PER LA RAZIONALIZZAZIONE DELL'ORGANIZZAZIONE DEL SERVIZIO SOCIO-SANITARIO REGIONALE E PER IL MIGLIORAMENTO DELLA QUALITÀ E DELL'APPROPRIATEZZA DELLE PRESTAZIONI SANITARIE, SOCIO-SANITARIE E SOCIO-ASSISTENZIALI PRODOTTE ED EROGATE NELLA REGIONE), E 20 DICEMBRE 2010, N. 44 (COSTITUZIONE DI UNA SOCIETÀ PER AZIONI PER LA GESTIONE DI SERVIZI ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE REGIONALE).

B.U. n. 9 del 26 febbraio 2013

http://www.regione.vda.it/amministrazione/leggi/bollettino_ufficiale_new/archive/2013/9-2013-1.pdf#Page=3

Regolamento regionale 12 febbraio 2013, n. 1.

NUOVE DISPOSIZIONI SULL'ACCESSO, SULLE MODALITÀ E SUI CRITERI PER L'ASSUNZIONE DEL PERSONALE DELL'AMMINISTRAZIONE REGIONALE E DEGLI ENTI DEL COMPARTO UNICO DELLA VALLE D'AOSTA. ABROGAZIONE DEL REGOLAMENTO REGIONALE 11 DICEMBRE 1996, N. 6.

B.U. n. 9 del 26 febbraio 2013

http://www.regione.vda.it/amministrazione/leggi/bollettino_ufficiale_new/archive/2013/9-2013-1.pdf#Page=22

Progetti di legge e di regolamento della Regione autonoma Valle d'Aosta

D.L. n. 221 presentato il 22 febbraio 2012

APPROVAZIONE DEL RENDICONTO GENERALE DELLA REGIONE PER L'ESERCIZIO FINANZIARIO 2012.

Giunta regionale

Atti normativi ed amministrativi statali

Presidente del Consiglio dei Ministri

DECRETO 16 gennaio 2013

ISTITUZIONE DEL COMITATO INTERMINISTERIALE PER LA PREVENZIONE E IL CONTRASTO DELLA CORRUZIONE E DELL'ILLEGALITÀ' NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

GU n. 32 del 7 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-07&atto.codiceRedazionale=13A01079&elenco30giorni=true

ASSETTO DEL TERRITORIO

Atti normativi ed amministrativi statali

LEGGE 14 gennaio 2013, n. 10

NORME PER LO SVILUPPO DEGLI SPAZI VERDI URBANI.

G.U. n. 27 del 1 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-01&atto.codiceRedazionale=13G00031&elenco30giorni=false

LEGGE 1 febbraio 2013, n. 11

CONVERSIONE IN LEGGE, CON MODIFICAZIONI, DEL DECRETO-LEGGE 14 GENNAIO 2013, N. 1, RECANTE DISPOSIZIONI URGENTI PER IL SUPERAMENTO DI SITUAZIONI DI CRITICITA' NELLA GESTIONE DEI RIFIUTI E DI TALUNI FENOMENI DI INQUINAMENTO AMBIENTALE.

GU n. 28 del 2 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-02&atto.codiceRedazionale=13G00036&elenco30giorni=false

TESTO COORDINATO DEL DECRETO-LEGGE 14 gennaio 2013, n. 1

TESTO DEL DECRETO-LEGGE 14 GENNAIO 2013, N. 1 COORDINATO CON LA LEGGE DI CONVERSIONE 1° FEBBRAIO 2013, N. 11, RECANTE: "DISPOSIZIONI URGENTI PER IL SUPERAMENTO DI SITUAZIONI DI CRITICITA' NELLA GESTIONE DEI RIFIUTI E DI TALUNI FENOMENI DI INQUINAMENTO AMBIENTALE."

GU n. 28 del 2 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-02&atto.codiceRedazionale=13A00934&elenco30giorni=false

SVILUPPO ECONOMICO

Leggi e regolamenti della Regione autonoma Valle d'Aosta e delle altre Regioni

Campania

L.R. 18 febbraio 2013, n. 1

CULTURA E DIFFUSIONE DELL'ENERGIA SOLARE IN CAMPANIA.

B.U. n. 12 del 25 febbraio 2013

http://www.consiglio.regione.campania.it/cms/CM_PORTALE_CRC/servlet/Docs?dir=leggivig&file=LeggiVig_1781.pdf

Sicilia

L.R. 22 gennaio 2013, n. 4

NORME IN MATERIA DI PERSONALE. DISPOSIZIONI CONTABILI.

Gazz. Uff. Reg. Sic. 23 gennaio 2013, n. 4

<http://www.gurs.regione.sicilia.it/Gazzette/g13-04/g13-04.pdf>

L.R. 22 gennaio 2013, n. 5

PROROGHE DI CONTRATTI DI LAVORO SUBORDINATO A TEMPO DETERMINATO.

Gazz. Uff. Reg. Sic. 23 gennaio 2013, n. 4

<http://www.gurs.regione.sicilia.it/Gazzette/g13-04/g13-04.pdf>

Umbria

L.R. 13 febbraio 2013, n. 4

TESTO UNICO IN MATERIA DI ARTIGIANATO.

B.U. n. 9 del 15 febbraio 2013

http://www.consiglio.regione.umbria.it/sicor/mostra_atto.php?id=66575&v=FL,SA,TE,IS,VE,RA,MM&m=5

Conferenza unificata

INTESA 24 gennaio 2013

INTESA SULLE LINEE GUIDA IN MATERIA DI CONTROLLI, AI SENSI DELL'ARTICOLO 14, COMMA 5, DEL DECRETO-LEGGE 9 FEBBRAIO 2012, N. 5, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE 4 APRILE 2012, N. 35.

GU n. 42 del 19 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-19&atto.codiceRedazionale=13A01382&elenco30giorni=true

Presidente del Consiglio dei Ministri

Decreto 14 novembre 2012, n. 252

REGOLAMENTO RECANTE I CRITERI E LE MODALITA' PER LA PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI E DEGLI ALLEGATI ELENCHI DEGLI ONERI INTRODOTTI ED ELIMINATI, AI SENSI DELL'ARTICOLO 7, COMMA 2, DELLA LEGGE 11 NOVEMBRE 2011, N. 180 "NORME PER LA TUTELA DELLA LIBERTA' D'IMPRESA. STATUTO DELLE IMPRESE".

GU n. 29 del 4 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-04&atto.codiceRedazionale=13G00033&elenco30giorni=false

SERVIZI SOCIALI

Leggi e regolamenti della Regione autonoma Valle d'Aosta e delle altre Regioni

Friuli-Venezia Giulia

L.R. 7 febbraio 2013, n. 2

MODALITÀ DI EROGAZIONE DEI MEDICINALI E DELLE PREPARAZIONI MAGISTRALI A BASE DI CANNABINOIDI PER FINALITÀ TERAPEUTICHE.

B.U. n. 7 del 13 febbraio 2013

<http://lexview-int.regione.fvg.it/fontinormative/xml/xmlLex.aspx?anno=2013&legge=2&fx=lex&db=DBC>

Marche

L.R. 5 febbraio 2013, n. 3

INTERVENTI REGIONALI PER IL RECUPERO, LA RESTITUZIONE E LA DONAZIONE AI FINI DEL RIUTILIZZO DI MEDICINALI IN CORSO DI VALIDITÀ.

B.U. n. 9 del 14 febbraio 2013

http://www.consiglio.marche.it/banche_dati_e_documentazione/leggirm/leggi/visualizza/vig/1765

Puglia

L.R. 23 gennaio 2013, n. 1

INTERVENTI PER FAVORIRE LO SVILUPPO DELLA MOBILITÀ CICLISTICA.

B.U. n. 14 del 25 gennaio 2013

[http://www2.consiglio.puglia.it/GISS9/9SagArchivio.nsf/%28InLinea%29/L.r.-127-IX/\\$File/lr%201-2013.pdf?OpenElement](http://www2.consiglio.puglia.it/GISS9/9SagArchivio.nsf/%28InLinea%29/L.r.-127-IX/$File/lr%201-2013.pdf?OpenElement)

L.R. 5 febbraio 2013, n. 4

TESTO UNICO DELLE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE IN MATERIA DI DEMANIO ARMENTIZIO E BENI DELLA SOPPRESSA OPERA NAZIONALE COMBATTENTI.

B.U. n. 18 del 5 febbraio 2013

[http://www2.consiglio.puglia.it/GISS9/9SagArchivio.nsf/%28InLinea%29/L.r.-138-IX/\\$File/LR%204.2013.pdf?OpenElement](http://www2.consiglio.puglia.it/GISS9/9SagArchivio.nsf/%28InLinea%29/L.r.-138-IX/$File/LR%204.2013.pdf?OpenElement)

Atti normativi ed amministrativi statali

DECRETO LEGISLATIVO 16 gennaio 2013, n. 13

DEFINIZIONE DELLE NORME GENERALI E DEI LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI PER L'INDIVIDUAZIONE E VALIDAZIONE DEGLI APPRENDIMENTI NON FORMALI E INFORMALI E DEGLI STANDARD MINIMI DI SERVIZIO DEL SISTEMA NAZIONALE DI CERTIFICAZIONE DELLE COMPETENZE, A NORMA DELL'ARTICOLO 4, COMMI 58 E 68, DELLA LEGGE 28 GIUGNO 2012, N. 92.

GU n. 39 del 15 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-15&atto.codiceRedazionale=13G00043&elenco30giorni=true

Ministero del lavoro e delle politiche sociali

DECRETO 22 dicembre 2012

INTRODUZIONE, IN VIA SPERIMENTALE PER GLI ANNI 2013-2015, DEL CONGEDO OBBLIGATORIO E DEL CONGEDO FACOLTATIVO DEL PADRE, OLTRE A FORME DI CONTRIBUTI ECONOMICI ALLA MADRE, PER FAVORIRE IL RIENTRO NEL MONDO DEL LAVORO AL TERMINE DEL CONGEDO.

GU n. 37 del 13 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-13&atto.codiceRedazionale=13A01373&elenco30giorni=true

Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano

ACCORDO 6 dicembre 2012

ACCORDO, AI SENSI DELL'ARTICOLO 4 DEL DECRETO LEGISLATIVO 28 AGOSTO 1997, N. 281, TRA IL GOVERNO, LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E DI BOLZANO SUL DOCUMENTO RECANTE: «PIANO PER LA MALATTIA DIABETICA».

Supplemento a GU n.32 del 7 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-07&atto.codiceRedazionale=13A00917&elenco30giorni=true

ACCORDO 20 dicembre 2012

ACCORDO, AI SENSI DELL'ARTICOLO 4 DEL DECRETO LEGISLATIVO 28 AGOSTO 1997, N. 281, TRA IL GOVERNO, LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E BOLZANO SUL DOCUMENTO RECANTE: «INDICAZIONI PER LA CORRETTA APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA PER L'ASSISTENZA SANITARIA ALLA POPOLAZIONE STRANIERA DA PARTE DELLE REGIONI E PROVINCE AUTONOME».

Supplemento a GU n.32 del 7 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-07&atto.codiceRedazionale=13A00918&elenco30giorni=true

INTESA 20 dicembre 2012

INTESA, AI SENSI DELL'ARTICOLO 8, COMMA 6, DELLA LEGGE 5 GIUGNO 2003, N. 131 TRA IL GOVERNO, LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E BOLZANO SUL DOCUMENTO RECANTE: «CONTROLLO DELLA TUBERCOLOSI: OBIETTIVI DI SALUTE, STANDARD E INDICATORI - 2013-2016».

Supplemento a GU n.32 del 7 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-07&atto.codiceRedazionale=13A00919&elenco30giorni=true

PARTE II

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 29 gennaio 2013, n. 9

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 29 gennaio 2013 (**del Presidente del Consiglio dei ministri**). **Ambiente - Norme della Regione Valle d'Aosta in materia di gestione dei rifiuti** - Previsione che, nel ciclo integrato dei rifiuti solidi urbani e dei rifiuti speciali non pericolosi, non si realizzano ne' si utilizzano sul territorio regionale impianti di trattamento a caldo, quali incenerimento, termovalorizzazione, pirolisi o gassificazione - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della disciplina regionale sul referendum propositivo e sull'esercizio dell'iniziativa popolare per le leggi regionali - Contrasto con lo Statuto speciale e con la normativa interposta - Contrasto con le disposizioni del codice dell'ambiente disciplinanti la gestione dei rifiuti e la localizzazione degli impianti - Violazione della competenza statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. - Legge della Regione Valle d'Aosta 23 novembre 2012, n. 33 (articolo unico). - Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. s); Statuto della Regione Valle d'Aosta (legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4), art. 15,

comma 2; legge della Regione Valle d'Aosta 25 giugno 2003, n. 19, art. 7; decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, art. 195, comma 1, lett. f), n), o) e p).

G.U. Corte Costituzionale n. 8 del 20 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-20&atto.codiceRedazionale=013C0059

N. 11 RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 31 gennaio 2013

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale n. 11 depositato in cancelleria il 31 gennaio 2013 (del **Presidente del Consiglio dei ministri**). Bilancio e contabilita' dello Stato - **Norme della Regione Valle d'Aosta - Adeguamento del bilancio di previsione per l'anno 2012 agli obiettivi previsti dal decreto-legge n. 95 del 2012** - Previsione che le disposizioni vigenti riguardanti il sistema di tesoreria unica non si applicano agli enti locali della Regione e alle istituzioni scolastiche ed educative dipendenti dalla Regione che non usufruiscono di assegnazioni finanziarie statali - Ricorso del *Governo* - Denunciato contrasto con il principio fondamentale in materia di coordinamento della finanza pubblica che prevede l'applicazione a Regioni ed enti locali, per un periodo limitato, del regime di tesoreria unica di cui alla legge n. 770 del 1984 - Violazione dei principi a tutela dell'unita' economica - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 311 del 2012. - Legge della Regione Valle d'Aosta 21 novembre 2012, n. 30, art. 2, comma 10. - Costituzione, artt. 117, commi terzo e sesto, 119 e 120; decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2012, n. 27, art. 35, comma 8.

G.U. Corte Costituzionale n. 9 del 27 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-27&atto.codiceRedazionale=13C00061

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 8 febbraio 2013, n. 16

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria l'8 febbraio 2013 (della **Regione Valle d'Aosta**). Bilancio e contabilita' pubblica - Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a Regioni, Province e Comuni, a norma degli artt. 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42 - Disciplina dei meccanismi di verifica amministrativo-contabile esercitata dal Ministro dell'economia e delle finanze, secondo modalita' definite di concerto con il Ministro per i rapporti con le Regioni, previa intesa con la Conferenza unificata - Estensione alle Regioni a statuto speciale - Ricorso della Regione

Valle d'Aosta - Denunciata violazione dell'autonomia finanziaria regionale per l'inosservanza dell'apposita procedura statutaria con l'intervento della Commissione paritetica e del parere del Consiglio della Valle - Denunciata violazione del principio di leale collaborazione - Denunciata violazione della sfera di competenza regionale in materia di ordinamento degli uffici e stato giuridico ed economico del personale, nonche' in materia di ordinamento degli enti locali - Denunciata violazione della sfera di competenza legislativa regionale in materia di finanze regionali e comunali, nonche' della sfera di competenza amministrativa regionale nelle medesime materie. - **Decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, nella legge 7 dicembre 2012, n. 213**, art. 1-bis, comma 4. - Costituzione, artt. 5, 117, comma terzo, 119, comma secondo, e 120; Statuto della Regione Valle d'Aosta, artt. 2, comma 1, lett. a) e lett. b), 3, comma 1, lett. f), 4, 12, 43, 48-bis e 50; legge 26 novembre 1981, n. 690.

G.U. Corte Costituzionale n. 10 del 6 marzo 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-03-06&atto.codiceRedazionale=13C00066

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 24 dicembre 2012, n. 195

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 24 dicembre 2012 (del Presidente del Consiglio dei ministri). Mafia e criminalita' organizzata - Norme della Regione Umbria - Previsione che la giunta regionale, sentite le organizzazioni imprenditoriali e sindacali operanti nel territorio, puo' adottare, con atto proprio, misure e criteri per l'attribuzione alle imprese, individuali o collettive, vittime di reati di mafia e di criminalita' organizzata, di posizioni preferenziali nei bandi per la concessione di finanziamenti pubblici e per l'affidamento di contratti con la Regione e gli enti, aziende e societa' regionali, individuando altresì i requisiti necessari per il riconoscimento della predetta qualita' - Previsione che le misure stesse possono consistere anche nell'affidamento in via prioritaria di contratti di cottimo fiduciario, secondo le disposizioni contenute negli artt. 125 e seguenti del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti) - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della sfera di competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza. - Legge della Regione Umbria 19 ottobre 2012, n. 16, art. 10,

commi 1, 2. - Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. e); decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, art. 4, comma 3.

G.U. Corte Costituzionale n. 6 del 6 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-06&atto.codiceRedazionale=13C00008

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 2 gennaio 2013, n. 1

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 2 gennaio 2013 (del Presidente del Consiglio dei ministri). Enti locali - Comunita' montane - Norme della Regione Molise - Disposizioni urgenti per la liquidazione ed estinzione delle comunita' montane - Previsione che la Regione, al fine di agevolare l'estinzione delle sopresse comunita' montane, favorisce la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro del personale in servizio a tempo indeterminato mediante corresponsione di un incentivo - Ricorso del Governo - Denunciata violazione del principio di uguaglianza - Denunciata violazione della sfera di competenza legislativa esclusiva statale in materia di ordinamento civile e di rapporti civilistici. - Legge della Regione Molise 19 ottobre 2012, n. 22, art. 2, comma 11. - Costituzione, artt. 3 e 117, commi secondo, lett. l), e terzo.

G.U. Corte Costituzionale n. 7 del 13 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-13&atto.codiceRedazionale=13C00024

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 10 gennaio 2013, n. 3

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 10 gennaio 2013 (del Commissario dello Stato della Regione Siciliana). Impiego pubblico - Norme della Regione Siciliana - Proroga sino al 30 aprile 2013 dei contratti di lavoro in essere alla data del 30 novembre 2012 - Mancata limitazione ai soli contratti di lavoro subordinato a tempo determinato - Conseguente applicabilita' anche ai rapporti di lavoro autonomo e parasubordinato, previa "verifica da parte dei dirigenti generali dell'Amministrazione regionale della imprescindibile esigenza del fabbisogno di risorse umane" - Ricorso del Commissario dello Stato - Denunciato contrasto con la normativa statale di riferimento - Invasione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile - Modificazione della causa e dell'oggetto dei contratti di lavoro autonomo (di natura occasionale o

coordinata e continuativa), con indebita assimilazione a quelli di lavoro subordinato - Refluenza negativa sul buon andamento della P.A. - Disparità di trattamento in melius dei lavoratori in servizio presso l'Amministrazione regionale rispetto a quelli delle altre pubbliche amministrazioni. - Delibera legislativa della Regione Siciliana 30 dicembre 2012, n. 58, art. 1, comma 1. - Costituzione, artt. 3, 97 e 117, comma secondo, lett. l); legge 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 400; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 7, comma 6, lett. c), come integrato dall'art. 1, comma 147, della legge 24 dicembre 2012, n. 228.

G.U. Corte Costituzionale n. 7 del 13 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-13&atto.codiceRedazionale=13C00023

SENTENZA 13 - 22 febbraio 2013, n. 27

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale. Commercio - Norme della Regione Toscana - Esercizi di commercio al dettaglio in sede fissa - Introduzione di nuovi limiti agli orari - Limite massimo di apertura oraria di tredici ore giornaliera e reintroduzione dell'obbligo di chiusura domenicale e festiva - Contrasto con la normativa statale che ha eliminato i limiti e le prescrizioni agli orari e alle giornate di apertura degli esercizi commerciali - Violazione della competenza legislativa statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza - Illegittimità costituzionale. - Legge della Regione Toscana 27 dicembre 2011, n. 66, art. 88. - Costituzione, art. 117, secondo comma, lettera e); d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito nella legge 2011, n. 214), art. 31, comma 1. Commercio - Norme della Regione Toscana - Esercizi di somministrazione di alimenti e bevande - Introduzione di nuovi limiti agli orari di apertura e chiusura al pubblico, da determinarsi dai Comuni previa concertazione con le organizzazioni imprenditoriali e sindacali del settore e le associazioni dei consumatori - Contrasto con la normativa statale che ha eliminato i limiti e le prescrizioni agli orari e alle giornate di apertura degli esercizi commerciali - Violazione della competenza legislativa statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza - Illegittimità costituzionale. - Legge della Regione Toscana 27 dicembre 2011, n. 66, art. 89. - Costituzione, art. 117, secondo comma, lettera e); d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito nella legge 2011, n. 214), art. 31, comma 1.

G.U. Corte Costituzionale n. 9 del 27 febbraio 2013

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-02-27&atto.codiceRedazionale=T-130027

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, sentenza 22 febbraio 2013, n. 1091 (sulla esclusione da una gara per collegamenti tra imprese).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%206/2011/201102661/Provvedimenti/201301091_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 18 febbraio 2013, n. 965 (sull'ammissibilità o meno nelle gare di appalto di un avvalimento implicito o postumo).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%205/2012/201203127/Provvedimenti/201300965_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 18 febbraio 2013, n. 976 (sulla legittimità o meno della esclusione da una gara di appalto di una ditta che, in contrasto con quanto richiesto dalla lex specialis, ha omissso di compilare una voce dell'elenco dei prezzi unitari).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%205/2012/201209236/Provvedimenti/201300976_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, sentenza 18 febbraio 2013, n. 953 (sui poteri del G.A. nel caso di azione verso il silenzio della P.A.).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%203/2012/201208294/Provvedimenti/201300953_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, sentenza 12 febbraio 2013, n. 847 (sulla competenza giurisdizionale in controversie riguardanti dipendenti in quiescenza).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%204/2006/200608191/Provvedimenti/201300847_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, sentenza 12 febbraio 2013, n. 846 (sui limiti del diritto di accesso dei consiglieri comunali o provinciali).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%204/2012/201209090/Provvedimenti/201300846_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, sentenza 5 febbraio 2013, n. 688 (sulla conservazione dei plichi nelle gare di appalto).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%203/2012/201205140/Provvedimenti/201300688_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, sentenza 19 febbraio 2013, n. 993 (circolazione dei rifiuti tra le Regioni).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%206/2002/200210057/Provvedimenti/201300993_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 11 febbraio 2013, n. 786 (sulla legittimità o meno dell'esclusione di una lista elettorale perchè le autenticazioni delle firme dei presentatori sono prive della data e del luogo dell'autenticazione).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%205/2013/201300836/Provvedimenti/201300786_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 30 gennaio 2013, n. 570 (sulla nozione di organismo di diritto pubblico e sulla giurisdizione in procedure selettive indette da una società partecipata comunale).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%205/2012/201205849/Provvedimenti/201300570_11.XML

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 30 gennaio 2013, n. 574 (sui requisiti dei componenti delle commissioni di concorso).

http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%205/2012/201206977/Provvedimenti/201300574_23.XML

PARTE III

DOTTRINA

Federalismi.it

N. 4/2013

LA CITTÀ METROPOLITANA E IL RIORDINO DELLE AUTONOMIE TERRITORIALI. UN'OCCASIONE MANCATA?

Filippo Patroni Griffi

<http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=21860&dpath=document&dfile=12022013182011.pdf&content=La+citt%C3%A0+metropolitana+e+il+riordino+delle+autonomie+territoriali.+Un%E2%80%99occasione+mancata?+-+stato+-+dottrina+-+>

IL FUTURO DEI DIRITTI FONDAMENTALI: VIAGGIO AVVENTUROSO NELL'IGNOTO O RITORNO AL PASSATO?

Antonio Ruggeri

<http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=21864&dpath=document&dfile=15022013101156.pdf&content=Il+futuro+dei+diritti+fondamentali:+viaggio+avventuroso+nell%E2%80%99ignoto+o+ritorno+al+passato?+-+stato+-+dottrina+-+>

ORDINE COSTITUZIONALE E VOCAZIONE SOLIDALE DELLO STATO.

Renzo Dickmann

<http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=21758&dpath=document&dfile=26022013130550.pdf&content=Ordine+costituzionale+e+vocazione+solidale+dello+Stato+-+stato+-+dottrina+-+>

IL «TEMPO» DELLA SUSSIDIARIETÀ. UN'INTRODUZIONE.

Vincenzo Tondi della Mura

<http://www.federalismi.it/App!OpenFilePDF.cfm?artid=21874&dpath=document&dfile=18022013152513.pdf&content=Il+C2%ABtempo%C2%BB+della+sussidiariet%C3%A0,+Un%E2%80%99introduzione+-+stato+-+dottrina+-+>

LA PROGRESSIVA EMERSIONE DI UN DIRITTO UMANO E FONDAMENTALE ALL'ACQUA IN SISTEMI DI DIRITTO INTERNAZIONALE E COSTITUZIONALE: PRINCIPI GENERALI E PROSPETTIVE DI IMPLEMENTAZIONE.

Fulvia Staiano

<http://www.federalismi.it/App!OpenFilePDF.cfm?artid=21823&dpath=document&dfile=12022013121236.pdf&content=La+progressiva+emersione+di+un+diritto+umano+e+fondamentale+all%E2%80%99acqua+in+sistemi+di+diritto+internazionale+e+costituzionale:+principi+generali+e+prospettive+di+implementazione+-+stato+-+dottrina+-+>

PARTE IV

SEGNALAZIONI

Seduta della Conferenza Stato-Regioni del 7 febbraio 2013

La Conferenza Stato-Regioni, presieduta dal Ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport, ha esaminato e discusso i seguenti punti all'ordine del giorno, con gli esiti indicati:

Approvazione del verbale della seduta del 24 gennaio 2013.

APPROVATO.

1) Intesa sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di consegna, da parte delle Aziende sanitarie, dei referti medici tramite web, posta elettronica certificata e altre modalità digitali, nonché di effettuazione del pagamento online delle prestazioni erogate.

SANCITA INTESA.

2) Intesa sullo schema di decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, recante: "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e requisiti di eleggibilità per il diritto allo studio universitario, ai sensi del decreto legislativo 29 marzo 2012, n. 68".

RINVIO.

3) Parere sullo schema di decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, concernente l'integrazione dell'Elenco nazionale delle opzioni degli Istituti tecnici con l'opzione "Tecnologie del legno", quale ulteriore articolazione dell'indirizzo "Meccanica, mecatronica ed energia" articolazione "Meccanica e mecatronica.

PARERE RESO.

4) Accordo tra le Regioni a Statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano concernente la ripartizione del contributo al concorso alla finanza pubblica per l'anno 2013 di cui all'articolo 16, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

RINVIO.

5) Accordo tra Governo e Regioni concernente modifica, per l'anno 2013, degli importi degli spazi finanziari ceduti dalle singole Regioni e attribuiti ai comuni ed alle province ricadenti nel proprio

territorio indicati nella tabella 1 allegata all'articolo 1, comma 122, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità 2013).

SANCITO ACCORDO.

6) Acquisizione della designazione in sostituzione di un rappresentante regionale in seno al Comitato interregionale di gestione dell'archivio nazionale delle tasse automobilistiche e l'erogazione dei servizi di cui all'articolo 5, comma 1, del protocollo di intesa approvato dalla Conferenza Stato-Regioni nella seduta del 19 dicembre 2002 (repertorio atti n. 1594).

DESIGNAZIONE ACQUISITA.

7) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante "Prevenzione della tubercolosi negli operatori sanitari e soggetti ad essi equiparati".

SANCITO ACCORDO.

8) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sul documento recante: "Linee guida per il funzionamento ed il miglioramento dell'attività di controllo ufficiale da parte del Ministero della salute, delle Regioni e Province autonome e delle AASSLL in materia di sicurezza degli alimenti e sanità pubblica veterinaria".

SANCITO ACCORDO.

9) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sulla definizione delle discipline nelle quali possono essere conferiti gli incarichi di struttura complessa nelle Aziende sanitarie, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 10 dicembre 1997, n. 484 - Individuazione della disciplina "Cure Palliative".

SANCITO ACCORDO.

10) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano concernente i criteri e le modalità per la formazione ed il relativo esercizio dell'agopuntura, della fitoterapia e dell'omeopatia da parte dei medici chirurghi ed odontoiatri".

SANCITO ACCORDO.

11) Intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sulla proposta del Ministero della salute di "Programma nazionale di ricerca sanitaria 2013-2015".

SANCITA INTESA.

12) Intesa sullo schema di decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, concernente il regolamento recante: "Definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera" in attuazione dell'articolo 1, comma 169, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 e dell'articolo 15, comma 13, lettera c) del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

RINVIO.

13) Intesa sullo schema di decreto del Ministro della salute recante: "Modalità tecniche per la realizzazione della infrastruttura di rete di supporto alle attività di libera professione intramuraria".

SANCITA INTESA.

14) Intesa sulla proposta del Ministero della salute di riparto tra le Regioni della somma di € 90.000.000,00 individuata per l'anno 2012 quale quota parte delle risorse residue di cui al programma pluriennale previsto dall'articolo 20 della legge 11 marzo 1988, n. 67 da finalizzare agli interventi per l'adeguamento della normativa antincendio.

SANCITA INTESA.

15) Intesa sulla proposta del Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, inerente "Accordo integrativo dell'Accordo di programma con la Regione Valle D'Aosta, sottoscritto in data 18 aprile 2011".

SANCITA INTESA.

16) Intesa sulla proposta del Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, inerente "Accordo integrativo dell'Accordo di programma con la Regione Friuli Venezia Giulia, sottoscritto in data 11 settembre 2009".

SANCITA INTESA.

17) Intesa sulla proposta del Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, inerente "Accordo integrativo dell'Accordo di programma con la Regione Liguria, sottoscritto in data 27 luglio 2000".

SANCITA INTESA.

18) Intesa sulla proposta del Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, inerente "Accordo integrativo dell'Accordo di programma con la Regione Toscana, sottoscritto in data 3 marzo 1999".

SANCITA INTESA.

19) Intesa sulla proposta del Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, inerente "Accordo integrativo dell'Accordo di programma quadro con la Regione Lombardia, sottoscritto in data 3 marzo 1999".

SANCITA INTESA.

20) Intesa sulla proposta del Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, inerente "Accordo integrativo dell'Accordo di programma con la Regione Veneto, sottoscritto in data 22 giugno 2000".

SANCITA INTESA.

21) Intesa sulla proposta del Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, inerente "Accordo integrativo dell'Accordo di programma con la Regione Umbria, sottoscritto in data 19 dicembre 2005".

SANCITA INTESA.

22) Intesa sulla proposta del Ministero della salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, inerente "Accordo integrativo dell'Accordo di programma con la Regione Emilia Romagna, sottoscritto in data 23 dicembre 1999".

SANCITA INTESA.

23) Parere sullo schema di decreto del Ministro della salute di attuazione dell'articolo 1, comma 136, della legge 24 dicembre 2012, n. 228

PARERE RESO.

24) Parere sullo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante riordino degli organi collegiali ed altri organismi operanti presso il Ministero della salute, a norma dell'articolo 2, comma 4, della legge 4 novembre 2010, n. 183.

PARERE RESO.

25) Intesa sullo schema di decreto che adotta un regolamento recante criteri tecnici per l'identificazione dei corpi idrici artificiali e fortemente modificati per le acque fluviali e lacustri per la modifica delle norme tecniche del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

SANCITA INTESA.

26) Intesa sullo schema di decreto concernente l'adozione di uno schema-tipo per la redazione della relazione di fine legislatura regionale, ai sensi dell'articolo 1, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149.

RINVIO.

27) Acquisizione della designazione di un componente del Consiglio di Amministrazione dell'Istituto superiore per la conservazione ed il restauro ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. e) del decreto del Ministro per i beni e le attività culturali 7 ottobre 2008.

RINVIO.

28) Acquisizione di designazioni di tre rappresentanti della Conferenza Stato-Regioni in seno a un Gruppo di lavoro tecnico-scientifico di supporto all'attività dell'Autorità Nazionale Competente in materia di organismi geneticamente modificati.

RINVIO.

29) Acquisizione della designazione di due esperti e di cinque rappresentanti delle Regioni nell'Osservatorio nazionale del paesaggio rurale, delle pratiche agricole e conoscenze tradizionali.

DESIGNAZIONI ACQUISITE.

30) Acquisizione della designazione, in sostituzione, di un rappresentante della regione Toscana in seno al Comitato Tecnico del Programma Frutta nelle Scuole.

DESIGNAZIONE ACQUISITA.

31) Parere sulle nuove linee guida per la formazione generale dei giovani in servizio civile nazionale

PARERE RESO.

32) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano concernente la definizione delle attività delle professioni sanitarie del Servizio Sanitario Nazionale.

SANCITO ACCORDO.

33) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sul documento recante: “Linee guida di indirizzo per la riorganizzazione del sistema di emergenza urgenza in rapporto alla continuità assistenziale”.

SANCITO ACCORDO.

34) Intesa sullo schema di decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, concernente il nuovo sistema di remunerazione da parte del Servizio sanitario nazionale della filiera distributiva del farmaco.

RINVIO.

35) Intesa sullo schema di decreto del Ministro della salute concernente i criteri per la composizione dei comitati etici e per il loro funzionamento.

SANCITA INTESA.

36) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano recante proroga del Piano nazionale per la prevenzione per gli anni 2010-2012.

SANCITO ACCORDO.

37) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano per la promozione ed attuazione di accordi di collaborazione per l’esportazione di prodotti plasmaderivati ai fini umanitari.

SANCITO ACCORDO.

37) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sul documento recante “Procedura operativa per la valutazione e gestione dei rischi correlati all’igiene degli impianti di trattamento aria”.

SANCITO ACCORDO.

38) Intesa sullo schema di decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali di approvazione del Piano riassicurativo agricolo 2013

SANCITA INTESA.

Seduta Conferenza Unificata del 7 febbraio 2013

La Conferenza Unificata, presieduta dal Ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport, ha esaminato e discusso i seguenti punti all'ordine del giorno, con gli esiti indicati:

Approvazione del verbale della seduta del 24 gennaio 2013.

APPROVATO.

1) Intesa sul decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca per la definizione delle priorità strategiche, delle modalità e dei termini per la predisposizione e per l'approvazione di piani regionali di interventi di edilizia scolastica, nonché i relativi finanziamenti.

RINVIO.

2) Parere sul decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare per l'adozione delle linee guida contenenti indirizzi progettuali di riferimento per la costruzione di nuove scuole, anche in linea con l'innovazione introdotta nell'organizzazione della didattica con la diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

RINVIO.

3) Intesa relativa al dimensionamento della rete scolastica.

RINVIO.

4) Intesa sullo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante: "Codice di comportamento dei dipendenti pubblici".

SANCITA INTESA.

5) Parere sullo schema di decreto legislativo recante il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche amministrazioni.

PARERE RESO.

6) Parere sullo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento in materia di riorganizzazione della presenza dello Stato sul territorio, a norma dell'articolo 10 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

PARERE RESO.

7) Intesa sullo schema di regolamento recante modifiche al D. M. 17 dicembre 2010, n. 256, concernente regolamento recante la disciplina del Fondo per l'accesso al credito per l'acquisto della prima casa da parte delle giovani coppie o dei nuclei familiari monogenitoriali.

SANCITA INTESA.

8) Acquisizione della designazione dei dodici componenti designati dalla Conferenza Unificata (sette dei quali indicati dalle Regioni e cinque dagli Enti locali), in seno all'Assemblea del Nuovo Osservatorio Nazionale sulla Famiglia, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lett. c) del DPCM 10 marzo 2009, n. 43.

DESIGNAZIONI ACQUISITE.

9) Acquisizione della designazione di un rappresentante delle Regioni e delle Autonomie locali, in seno al "Consiglio di indirizzo e vigilanza dell'INPS" ai sensi dell'art. 21, comma 6, del decreto legge 6 dicembre 2011 n.201, convertito con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 ed ai sensi del D.M. 2 aprile 2012 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

DESIGNAZIONE ACQUISITA.

10) Acquisizione della designazione dei rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, delle Province e dei Comuni nell'ambito del Comitato Interministeriale delle Politiche Urbane, ai sensi dell'articolo 12-bis del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

DESIGNAZIONE ACQUISITA.

11) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e le Autonomie locali sul documento recante: "Linee guida per l'applicazione del Regolamento (CE) n. 1069/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009 recante norme sanitarie relative ai sottoprodotti di origine animale e ai prodotti derivati non destinati al consumo umano e che abroga il regolamento (CE) n. 1774/2002".

SANCITO ACCORDO.

12) Parere sullo schema di decreto del Ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, concernente la definizione dei criteri per l'erogazione delle risorse finanziarie del Fondo per lo sviluppo e la capillare diffusione della pratica sportiva.

PARERE RESO.

13) Intesa sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante "Individuazione delle radio frequenze per il rilevamento dei dati idro-meteo-pluviometrici in telemisura da assegnare alle Regioni a titolo gratuito".

RINVIO.

14) Designazione in sostituzione di un rappresentante della Conferenza in seno al Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti.

DESIGNAZIONE ACQUISITA.

15) Parere su uno schema di decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro dell'economia e delle finanze, predisposto ai sensi dell'art. 20 del decreto legislativo n. 117 del 2008, concernente le modalità per la realizzazione dell'inventario delle strutture di deposito dei rifiuti di estrazione chiuse.

PARERE RESO.

16) Parere sullo schema di decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro dello sviluppo economico, recante modifiche alla parte prima dell'allegato IV alla parte quinta del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in relazione alle linee di trattamento fanghi, ai sensi dell'articolo 272, comma 1, dello stesso decreto legislativo.

PARERE RESO.

17) Intesa sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante la disciplina del sistema di monitoraggio e di verifica dell'attuazione delle misure contenute nelle ordinanze di cui all'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché dei provvedimenti adottati in attuazione delle medesime e delle ispezioni.

SANCITA INTESA.

18) Parere sullo schema di decreto di approvazione del Manuale per la compilazione della scheda per il rilievo del danno ai beni culturali, Chiese "Modello A-DC".

PARERE RESO.

19) Parere sullo schema di decreto del capo del Dipartimento per i trasporti, la navigazione ed i sistemi informativi e statistici in materia di modalità di trasmissione della certificazione medica per il conseguimento e il rinnovo della patente di guida.

RINVIO.

20) Intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e le Autonomie locali sulla proposta del Ministero della salute di deliberazione del CIPE concernente il riparto tra le Regioni, per l'anno 2013, delle risorse previste dall'articolo 3-ter, comma 7, del decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9.

SANCITA INTESA.

21) Intesa sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze recante la definizione dei criteri e delle modalità con cui ripartire e trasferire alle Regioni a statuto ordinario le risorse del Fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale.

SANCITA INTESA.

22) Parere sullo schema di decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti recante l'anticipazione tra le Regioni a Statuto ordinario dello stanziamento del Fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale, ai sensi dell'articolo 16-bis del decreto-legge 6 luglio 2012, n.95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n.135.

PARERE RESO.

23) Parere sullo schema di decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, concernente il rilascio della licenza di giardino zoologico in favore della struttura Butterfly ARC S.r.l. di Montegrotto Terme (PD), ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legislativo 21 marzo 2005, n. 73.

PARERE RESO.

24) Parere sullo schema di decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, concernente il rilascio della licenza di giardino zoologico al Parco faunistico Valcorba in località

Stroppare di Pozzonovo (PD), ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legislativo 21 marzo 2005, n. 73.

PARERE RESO.

25) Parere sullo schema di decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, concernente il rilascio della licenza di giardino zoologico in favore della Casa delle farfalle & Co. a Milano Marittima (RA), ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legislativo 21 marzo 2005, n. 73.

PARERE RESO.

Art. 4 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 (cd. spending review 2) e s.m.i. – profili interpretativi e riflessi sistematici in materia di società dei servizi pubblici (commi 1, 3, 4, 5, 7, 8).

di Simona Rostagno

1.- L'art. 4 d.l. 6 luglio 2012 n. 95 convertito in l. 7 agosto 2012 n. 135 cd. spending review 2, e s.m.i. richiede all'interprete una particolare cautela al momento di vagliarne i risvolti applicativi.

Ai severi giudizi in tema di tecnica legislativa che la norma ha meritato da parte degli Uffici Legislativi già durante il procedimento di conversione (1) si aggiunge la constatazione della palese distanza dell'articolato convertito rispetto all'originaria configurazione del d.l. n. 95/2012, che richiede di avere riguardo allo sviluppo del testo durante il procedimento di conversione del decreto in legge da vagliare alla luce della repentina riforma che la norma ha conosciuto.

A tal fine, è doveroso ripercorre i lavori dei due rami del Parlamento a partire dall'attività del Senato, la cui elaborazione in sede di V Commissione Bilancio referente è risultata decisiva per la formazione della norma in ragione delle successive scelte governative (2).

Ebbene, dai lavori preparatori emerge in primo luogo la condivisa consapevolezza che il riferimento alle società a partecipazione pubblica di cui all'art. 4 fosse circoscritto alle società "che svolgono servizi nei confronti della sola pubblica amministrazione" (3) e quindi alla componente di spesa dei "consumi intermedi delle pubbliche amministrazioni" (4), da analizzare nel contesto di una norma indiscutibilmente funzionale al solo contenimento della spesa.

Dalla discussione al Senato in sede di commissione referente che ha proceduto la presentazione della proposta di emendamento 4.1000 dei relatori, intesa a raccogliere gli spunti di molti fra gli emendamenti presentati e poi sostanzialmente confluita nel testo definitivo, risalta quindi la preoccupazione che un riferimento tanto generico e trasversale alle società a partecipazione pubblica come contenuto nell'art. 4 del d.l. 95/2012 potesse, indiscussa la sua natura di norma di contenimento della spesa, oscurare la peculiare impostazione del provvedimento di "revisione della spesa con invarianza dei servizi ai cittadini" che, invece, come giudicato dal relatore, doveva "essere adeguatamente valorizzata, così da distinguere chiaramente l'eliminazione di costi superflui rispetto alle garanzie di servizio da salvaguardare" (5).

Di qui, la volontà di chiarire adeguatamente la portata normativa della previsione che escludeva dalla portata dell'art. 4 soltanto "le società che erogano servizi in favore dei cittadini" in ragione della sentita necessità di presidiare la qualità e l'offerta dei servizi alla collettività, come rappresentata nei numerosi emendamenti presentati al comma 3 in sede di commissione e poi recepiti per la gran parte nella proposta dei relatori 4.1000 (6).

Nello stesso senso si collocavano gli inviti provenienti dalle Commissioni interessate in sede consultiva (7) a sottrarre alla portata della norma le società “che operano nei servizi pubblici locali” o che “svolgono servizi in campo culturale” e, secondo una indicazione di portata generale, a “tenere conto della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale con particolare riguardo alle sentenze n. 199 e n. 200 del 2012”, sulla base della riflessione che “lo scioglimento automatico delle società in house è suscettibile di determinare, in alcune ipotesi, un’impropria contrazione dell’offerta di servizi ai cittadini, in particolare nel caso di gestioni economicamente efficienti” e considerato altresì che “il ricorso alle società in house è stato incoraggiato dalle istituzioni comunitarie, quando esse siano capaci di agevolare l’attività delle pubbliche amministrazioni, garantendo tempestività, efficienza e trasparenza, in assenza di scopi di lucro” (8).

In questo contesto, quindi, il riferimento alla condizione dello svolgimento “di servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica”, secondo l’attuale dizione del comma 3 dell’art. 4, in luogo del precedente richiamo alle “società che erogano servizi in favore dei cittadini” si colora della volontà del Legislatore di adottare una formula più ampia ed onnicomprensiva dei servizi comunque riferibili alla collettività, proprio in ragione ed in contrapposizione al fatto che la norma doveva intervenire soltanto sulle società che si occupano di “consumi intermedi” della pubblica amministrazione o comunque riferibili alla “sola pubblica amministrazione” (9).

Ne consegue che l’art. 4 è una norma peculiare ed isolata il cui accostamento all’art. 13 d.l. 4 luglio 2006 n. 223 convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248 s.m.i. (cd. decreto Bersani), di cui certamente non costituisce una riproposizione, deve essere operato con estrema circospezione; nonostante l’apparente parallelismo strutturale le due norme non potrebbero essere più distinte per contesto, genesi e per obiettivi dichiarati come effettivi.

In estrema sintesi, l’art. 4 si dipinge come (10) norma per il contenimento della spesa mentre l’art. 13 cd. decreto Bersani è una espressione di politica della concorrenza.

L’art. 13 cd. decreto Bersani si rivolgeva ad una congerie di società (a totale partecipazione pubblica come miste e con il più svariato oggetto) per circoscriverne la capacità d’agire ed estrometterle dal mercato di riferimento in ragione di un bilanciamento di interessi, che ha consentito, fra l’altro, di legittimare, le cd. società miste in house secondo il modello italiano e tedesco respinto dalla Corte di Giustizia nel 2005 (11). Di qui il senso della fondamentale esclusione dalla portata della norma del settore dei servizi pubblici locali che parimenti intervenivano nel mercato e del successivo acceso dibattito funzionale a distinguere, nel contesto delle società partecipate dagli enti locali, le cd. società strumentali dalla capacità d’agire menomata ex lege rispetto agli operatori del comparto dei servizi pubblici locali.

L’art. 4 si rivolge invece ad una tipologia di società che, al contrario, non è stata pensata ab origine per interagire con il mercato e infatti si connota per un rapporto monodirezionale con la Pubblica Amministrazione di riferimento che ne costituisce il consumatore, come dimostra l’espressione “che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell’intero fatturato”, ove il parametro di riferimento è appunto il “fatturato” e non più l’oggetto sociale, secondo l’impostazione dell’art. 13 cd. decreto Bersani. Il riferimento al “fatturato” compiuto dall’art. 4 non è altro che la fotografia di una stabile vocazione.

La sottrazione del settore dei servizi pubblici locali rispetto alla portata applicativa dell’art. 13 cd. decreto Bersani era funzionale a tutelare, nel contesto del più ampio mercato di produzione di servizi

e beni funzionali alla soddisfazione di pubblico interesse, l'imprenditoria pubblica come progressivamente strutturatasi mediante l'imposizione del modello societario, secondo un disegno di piena coerenza rispetto al processo di valorizzazione degli strumenti privatistici perseguito dal Legislatore sin dagli Anni Ottanta.

L'art. 4 d.l. 95/2012, invece, è intervenuto in un quadro che già scontava la dicotomia tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per la pubblica amministrazione) ed attività d'impresa di enti pubblici secondo la sintesi della Corte Costituzionale che ebbe ad interpretare l'art. 13 (12), per concentrarsi sulla prima delle due all'apparente (ma non perseguito) scopo di circoscrivere l'utilizzo dello strumento societario in chiave funzionale al perseguimento delle finalità istituzionali e, dunque, sia pure con l'apparente neutralità che il richiamo al contenimento delle spese consentiva, in dichiarata (ma non effettiva) rottura con la precedente legislazione di valorizzazione dell'imprenditoria pubblica per la soddisfazione dei bisogni interni alla Pubblica Amministrazione.

In tale contesto, la comparsa dell'ampio richiamo ai "servizi di interesse generale anche aventi rilevanza economica" contenuto nel comma 3 dell'art. 4, che per sottrazione al comma 1 individua le società destinatarie dei processi di scioglimento e liquidazione forzata al di fuori delle condizioni di mercato, costituisce sicuramente uno dei passaggi più meditati del Legislatore in sede di conversione ma, in definitiva, anche di estremo rilievo sotto il profilo sistematico.

Ove il cd. decreto Bersani coltivava la divaricazione fra la missione della produzione di beni e servizi della Pubblica Amministrazione e quella dei beni e servizi funzionali alla collettività nel contesto della dialettica fra servizi di rilievo economico e servizi privi di rilievo economico, l'art. 4 supera quest'ultima e per l'effetto ridisegna anche le società cd. strumentali con effetti peraltro tutti da valutare.

Sicuramente, invece, l'art. 4 e l'art. 13 sopra citati, come tutte le disposizioni che segnano la limitazione della naturale capacità d'agire dei soggetti di diritto, condividono la natura eccezionale (13).

Quanto all'art. 4, in particolare, la considerazione trova conferma nel canone interpretativo espressamente delineato dal Legislatore nel terzo periodo del comma 13 (14). Si tratta dunque di norma insuscettibile di interpretazione estensiva, con il che l'applicazione richiede puntuale attenzione ai diversi elementi presi a prestito dal Legislatore da comparti giuridici molteplici per comporre la dizione normativa.

A tale profilo si salda la constatazione, che emerge nettamente dai documenti di analisi dei profili finanziari predisposti nel corso dei lavori preparatori dell'art. 4 (15), per la quale il meccanismo di cessione e liquidazione forzoso e fuori delle condizioni di mercato delineato dal comma 1 della norma in commento impone almeno l'assunzione dei costi dello smantellamento di una struttura organizzativa, a fronte dei possibili oneri che potrebbero derivare dal reperimento sul mercato di servizi già forniti a prezzi calmierati da società in house, con immediati risvolti dell'art. 4 anche sotto il profilo della responsabilità contabile, tanto più quando si consideri che la soppressione della società in house non determina certo il venir meno dei bisogni che la stessa era destinata a soddisfare.

Come rilevato dalla giurisprudenza, infatti, il modello dell'in house providing esclude tipicamente un potere di contrattazione del soggetto dedicato alla produzione sia sotto il profilo dell'accettazione

dell'incarico che della determinazione del corrispettivo (16) e tale elemento tipico fonda necessariamente l'analisi costi benefici che accompagna l'impiego di tale modello (17). Pertanto il rischio che "la cessione all'esterno della PA di società in house operanti di fatto in regime monopolistico e monopsonistico possa determinare l'applicazione di condizioni maggiormente onerose di quelle applicate in regime di società in house" (18) è fattore di imprescindibile considerazione e tale da conformare, in armonia con l'eccezionalità sopra ricordata, l'attività interpretativa di vaglio della ricorrenza o meno della fattispecie astratta dell'art. 4 ai fini dell'assunzione dei provvedimenti imposti dalla norma.

2. – L'art. 4 comma 1 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 s.m.i. si riferisce alle società in house rivolte alla soddisfazione dei consumi interni alla Pubblica Amministrazione e che non sono funzionali alla collettività, secondo una peculiare forma organizzativa che il Legislatore ha nella recente legislazione spesso promosso, consentendo, ad esempio, che "Le amministrazioni dello Stato, cui sono attribuiti per legge fondi o interventi pubblici, possono affidarne direttamente la gestione, nel rispetto dei principi comunitari e nazionali conferenti, a società a capitale interamente pubblico su cui le predette amministrazioni esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che svolgono la propria attività quasi esclusivamente nei confronti dell'amministrazione dello stato" (19), nel solco di scelte di politica della concorrenza che si constatano opposte a seconda che incidano sul tessuto statale o locale.

Prova di quanto sopra è la peculiare dizione normativa impiegata nel comma 1 dell'art. 4 che si rivolge alle società che sono titolari di "un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato".

Tale dizione riprende l'enunciato dell'art. 11 della proposta di direttiva in materia di appalti pubblici 20 dicembre 2011 (20) e per la precisione ricorre in una delle fattispecie di "relazioni tra amministrazioni pubbliche" che l'art. 11 della detta proposta espressamente sottrae all'applicazione della relativa normativa in materia di contratti pubblici, allorché stabilisce: "un appalto aggiudicato da una amministrazione aggiudicatrice a un'altra persona giuridica non rientra nel campo di applicazione della presente direttiva, quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) almeno il 90% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate per l'amministrazione aggiudicatrice controllante o per altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione privata".

Da notare immediatamente come l'art. 11 della proposta di direttiva "stabilizzi" il canone interpretativo della Corte di Giustizia sulle società in house e relativo alla prevalenza dell'attività in favore dell'ente controllante, fissandolo alla stregua di parametro quantitativo. Ma tale scelta delle istituzioni comunitarie, ancora provvisoria comunque, non significa che non esistano o non possano esistere società in house che sono tali pur connotandosi per una percentuale di fatturato inferiore, conclusione che nasce dalla considerazione che tale richiamo nel contesto della proposta di direttiva ha la sola funzione di fissare un parametro quantitativo (90%) al di sotto del quale si decide di non sottrarre la società in house alla disciplina proposta per gli appalti pubblici e che, pertanto, certamente non esaurisce il genus.

Il richiamo da parte dell'art. 4 1° co. ai componenti fondamentali del modello di organizzazione in house providing, secondo il paradigma giurisprudenziale da ultimo fissato nella proposta di direttiva

e gli assunti ribaditi dalla Commissione Europea nel 2011 in merito ai rapporti di cooperazione pubblico-pubblico (21), conduce a concludere per la preliminare sottrazione alla fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 4 dell'intero comparto delle società miste, intendendosi come tali quelle società che contemplano fra i titolari delle partecipazioni la presenza di soggetti a tutti gli effetti privati.

L'opinione di segno contrario (22) non tiene conto, da una parte, che la società mista costituisce una compagine sociale di struttura incompatibile con il modello in house a seguito dall'orientamento assunto dalle istituzioni oramai da più di un lustro e che, d'altra parte, l'art. 13 d.l. 223/2006 convertito in l. 248/2006 s.m.i. nel momento in cui ha consentito la sopravvivenza dell'affidamento diretto alle società miste di produzione di beni e servizi rivolti al consumo della Pubblica Amministrazione ne ha circoscritto la capacità di agire alla sola Amministrazione titolare della partecipazione, con il che ha escluso il rilievo del canone della prevalenza dell'attività che ricorre invece nell'art. 4. Anche in tal senso, dunque, l'art. 4 non è affatto sovrapponibile all'art. 13 cd. decreto Bersani.

Dal punto di vista della connotazione soggettiva, il riferimento della norma all'art. 1 2° co. d.lgs. 165/2001 s.m.i. individua fra le partecipazioni rilevanti, come noto, soltanto quelle di "tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300", quando siano tali da assicurare il controllo o la direzione e coordinamento rispetto ad una società che abbia conseguito nell'anno 2011 il fatturato indicato dalla norma come parametro quantitativo ("direttamente") oppure quando configurino la titolarità di una partecipazione di controllo in una società che a sua volta sia titolare di una partecipazione di controllo in un'altra società che abbia conseguito nell'anno 2011 di riferimento ovvero intervenga un fenomeno di direzione e coordinamento("indirettamente").

A parte gli interessanti interrogativi posti dal richiamo dell'art. 4 alla nozione di "controllo" diretto ed indiretto e alle correlate questioni in tema di direzione e coordinamento (23), è immediata constatazione che il modello in house normalmente si configuri anche quando della partecipazione sociale siano titolari soggetti diversi da quelli indicati nell'art. 1 2° co. d.lgs. 165/2001 s.m.i. ossia, ad esempio, quei soggetti di struttura privatistica che sono però espressione di entità di carattere pubblico..

In altre parole, se è ben vero che il riferimento al controllo anche indiretto da parte della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 1 2° co. d.lgs. n. 165 del 2001, che assume rilievo per il comma 1 dell'art. 4, di per sé comporta che la compagine sociale destinataria dell'applicazione della norma non debba necessariamente annoverare soltanto soggetti rispondenti all'elenco di cui alla d.lgs. 165/2001 menzionato, da tale constatazione non discende necessariamente che della fattispecie societaria rilevante ai sensi dell'art. 4 debbano essere parte dei privati "puri", configurandosi una società mista, perché la nozione di cui all'art. 1 comma 2 d.lgs. 165/2001 s.m.i. non contempla certamente quei soggetti di struttura privatistica ma di sostanza pubblicistica, le cui caratteristiche consentono comunque l'assunzione della qualità di socio della società in house, come a suo tempo già indicato dalla Corte di Giustizia (24).

In ultima analisi, l'interpretazione che si critica si pone in palese contrasto con la distinzione delineata dalle istituzioni comunitarie fra modello in house e partenariato pubblico-privato istituzionalizzato oltrechè rispetto alla nozione di soggetto "privato" enucleata nel contesto di quest'ultimo istituto, oltre a scontare l'immediata constatazione per cui molte delle regole introdotte dall'art. 4, ed in primis quelle relative alla disciplina di scioglimento e liquidazione forzata, sono inapplicabili nel caso della società mista, apparendo addirittura inconciliabili con la ratio del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato.

L'eccezionalità della norma di cui all'art. 4, d'altra parte, porta a circoscrivere la destinazione dei servizi di cui al "fatturato" rilevante per l'applicazione della norma alle sole "pubbliche amministrazioni", visto anche il richiamo contenuto nello stesso comma 1 al parametro identificatorio del d.lgs. 165/2001, con ciò escludendo il rilievo del fatturato per prestazioni di servizi a favore di soggetti, come ad esempio le società, la cui natura rimane comunque privata al di là della sottoposizione a regimi di diritto speciale e che quindi non possono coincidere con le "pubbliche amministrazioni" anche se alle stesse siano per determinati aspetti ricondotti.

3. - Per pervenire, alla definizione rilevante di "società di cui al comma 1" più volte ricorrente nelle singole disposizioni dell'art. 4, occorre peraltro debitamente e necessariamente "incrociare" le condizioni di cui al comma 1 con il regime di esclusione di cui ai commi 3 primo ed ultimo periodo e 13 dell'art. 4 e altresì con le deroghe di cui ai commi 3, secondo, terzo e quarto periodo e 3-sexies dell'art. 4 in commento.

Merita una specifica analisi, in particolare, la decisione del Legislatore di sottrarre alle procedure di scioglimento o alienazione forzata le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 2° co. d.lgs. 165/2001 s.m.i. e dotate dei requisiti di fatturato rilevanti che "svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica".

Tale dizione sopravvenuta in sostituzione della precedente locuzione "società che erogano servizi in favore dei cittadini" presente nel decreto-legge, a testimonianza e garanzia della ratio legis definitasi nei lavori preparatori della legge di conversione del d.l. 95/2012 e sopra ricordata, segna l'abbandono della visione del servizio pubblico in mera chiave di rapporto contrattuale gestore-utente (25) e colloca la norma nel solco tracciato dall'art. 3 27° co. l. 24 dicembre 2007 n. 244 allorchè ebbe ad operare una espressa riserva a favore delle "società che producono servizi di interesse generale".

Non sfugge il rilievo sistematico di tale approdo nel momento in cui l'esegesi delle condizioni di esclusione di cui al comma 3 dell'art. 4 finisce per riguardare anche la definizione dell'ambito operativo della società di servizio pubblico e quindi impone di ritornare sull'opera di determinazione dell'estensione della nozione di servizio pubblico rispetto all'esercizio della funzione amministrativa che contrassegna le società deputate al soddisfacimento dei bisogni della Pubblica Amministrazione; tanto più che la norma aggancia tale attività di interpretazione agli esiti e agli indirizzi complessivi dell'opera di affinamento della nozione di "servizio di interesse generale" condotta in sede comunitaria, illuminandone i nessi.

Il processo di progressiva apertura delle istituzioni comunitarie alla salvaguardia delle prerogative sociali a partire dal Trattato di Maastricht, che ha segnato con il Trattato di Amsterdam e poi con il Trattato di Lisbona la consapevole valorizzazione dei servizi di interesse (economico) generale non solo nel contesto della tutela della concorrenza ma anche sotto il profilo dei diritti connessi alla

promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione è strettamente connesso e parallelo alla valorizzazione, nell'opera di individuazione della nozione di servizio pubblico, del fattore unificante costituito dalla missione di interesse generale che prevale in questa ottica sulla precedente visione parcellizzata e focalizzata sulla sola attività di espletamento del servizio, come portato dell'evoluzione che ha nel tempo sostituito alla considerazione del servizio "industriale", il rilievo economico dello stesso.

Durante tale percorso, il bacino e quindi la nozione di "servizi di interesse generale" ha perso progressivamente le attività (sia pure di interesse pubblico) ma spiccatamente riconducibili a servizi disciplinati dalla direttiva 2006/123/CE ma allo stesso tempo non coincide più con il genere delle attività industriali, in quanto, in considerazione dell'incidenza dell'interesse pubblico piuttosto che del disequilibrio economico intrinseco al servizio stesso, è ben consentibile che un servizio sia pur di interesse economico generale sia comunque addirittura sottratto all'applicazione delle regole del Trattato nel caso in cui l'interesse pubblico sia comunque insanabilmente confligente (26).

La nozione di "servizi di interesse generale" che oggi richiama il Legislatore e che si trova ben condensata nella Comunicazione della Commissione Europea del 20 novembre 2007 (27) non si esaurisce nell'attività industriale direttamente erogata ai cittadini fruitori dei tipici servizi a rete ma ha portata più ampia e funzionale all'interesse della collettività (28) proprio perché parte dalla valorizzazione della nozione di interesse pubblico e così è stato volutamente utilizzata in sede di conversione del d.l. 95/2012, come attestano i lavori preparatori (29), in armonia, del resto con gli approdi dell'evoluzione giurisprudenziale.

Sotto questo profilo è interessante osservare, come testimonia la più recente giurisprudenza intervenuta sulla nozione di servizio pubblico (30), che conseguenza obbligata del processo evolutivo sopra rappresentato è il venir meno del rilievo della distinzione fra servizi divisibili ed indivisibili in luogo della precedente esclusiva riconduzione dei servizi di interesse generale alla prima categoria ed altresì il correlato approdo al giudizio di irrilevanza della previsione di un corrispettivo del servizio a carico del singolo utente, come confermato dal Consiglio di Stato in una recentissima decisione (31).

4. – Il Legislatore dell'art. 4 nel momento in cui individua le società di servizio pubblico incrociando le condizioni descritte nel comma 1 con il regime di esclusione di cui al comma 3 dà corpo proprio a tale processo evolutivo.

L'art. 4 infatti, prende in considerazione, per escluderle dall'applicazione del procedimento di scioglimento e liquidazione forzato, società titolari di fatturato per prestazioni a favore della pubblica amministrazione che svolgono un servizio di interesse generale, con cui è già il Legislatore a ricondurre con sicurezza alla nozione di servizio pubblico anche quelle società che prestano servizi senza il riconoscimento di un corrispettivo da parte dei fruitori diretti oppure servizi indivisibili e, quindi, anche, come testimonia il consapevole abbandono della dizione "erogazione" a favore di "svolgimento", i segmenti nei quali la prestazione del servizio pubblico può frammentarsi e che non possono integrare una attività strumentale al servizio in quanto momenti prestazionali concettualmente inscindibili dello stesso (32).

Dalla lettura testuale del comma 1 e del comma 3, primo periodo, dell'art. 4 emerge infatti che le società "che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato" non debbono essere

oggetto della procedura di liquidazione prevista dal comma 1 quando “svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica”.

Il rilievo della direzione del fatturato è dunque in questa prospettiva del tutto irrilevante in quanto la stessa costruzione dell'articolato normativo parte da tale dato (“fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni”) per poi richiedere l'analisi dell'attività svolta dalla società in esame.

In altre parole, la sottrazione delle società dalla disciplina liquidatoria del comma 1 dell'art. 4 non dipende dal fatto che le medesime fatturino direttamente ai cittadini ma dipende (perché la norma pone il problema di principio della sottoposizione o meno alla liquidazione pacificamente per le sole società che fatturano direttamente alla pubblica amministrazione) dal fatto che si possa concludere o meno che la singola società in esame svolga un servizio di interesse generale come un suo segmento ovvero comunque attività connesse all'erogazione del medesimo, come accade nel contesto dell'organizzazione dei gruppi di servizio pubblico, secondo un approdo confortato, del resto, nel tempo dalla Corte Costituzionale (33).

Sotto questo profilo, deve registrarsi una convergenza con gli approdi della giurisprudenza formatasi nel processo di applicazione dell'art. 13 d.l. 223/2006 convertito in l. 248/2006 s.m.i., che assume interesse in quanto il significato complessivo dell'espressione ricorrente in quest'ultima legge per identificare una delle tipologie di società destinataria della norma, ossia società “per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza” aveva consentito di concludere per il riferimento della norma alle società che, secondo l'accezione dell'economia degli enti locali, formano i c.d. beni intermedi previsti a favore esclusivo della sola pubblica amministrativa ed in funzione dei propri interni bisogni.

Come sancito dalla giurisprudenza, possono definirsi “strumentali” e come tali sottoposti all'art. 13, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali. La norma dunque distingue fra bisogni della Pubblica Amministrazione in quanto tale e bisogni della collettività. Le società strumentali rilevanti per l'art. 13 sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico nemmeno in forma mediata (come accade per i servizi indivisibili o per i servizi accessori all'erogazione diretta del servizio pubblico), come spesso sottolineato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (34), che ancor di recente ha ulteriormente ribadito che “Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche alle società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici, essendo posto, come sancito dalla Corte Costituzionale con sentenza n° 328 del 2008” (35).

A lato le problematiche di stretta pertinenza della peculiare norma dell'art. 13 del cd. decreto Bersani e che non interessano l'art. 4 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 s.m.i., trova conferma che il bene di consumo intermedio che costituisce elemento unificante delle due fattispecie normative non si riferisce alle società che offrono una attività di servizio pubblico direttamente al singolo cittadino ma certamente nemmeno quelle che offrono un servizio alla collettività o una prestazione

comunque finalizzata alla collettività, secondo la segmentazione del processo produttivo inerente i singoli servizi, come ha ricordato esplicitamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato in una importante sentenza (36) che espressamente chiarì il punto, respingendo una più restrittiva interpretazione.

5.- Di non poco momento appare sotto il profilo sistematico che il regime di esclusione di cui al comma 3 sia imperniato sul complessivo riferimento ai “servizi di interesse generale”, restando sullo sfondo alla stregua di carattere accessorio ed eventuale il parametro dell’economicità.

L’utilizzo di una nomenclatura precipua come quella di “servizio di interesse generale” induce a risolvere la questione dell’identificazione della categoria menzionata nel testo normativo nel senso di ritenere che il Legislatore abbia inteso, ai fini descrittivi del comma 3, riprodurre la nozione di servizio di interesse generale di matrice comunitaria, come conferma proprio la residuale importanza riconosciuta all’indice dell’economicità nella dizione normativa.

Tale interpretazione è del resto coerente con la sopra ricordata ratio del comma 3 di salvaguardia dell’invarianza dei servizi alla collettività, che è assicurata mediante la più ampia sottrazione delle società alle procedure di cui al comma 1 consentita dal richiamo alla notoria ampiezza dello spettro dei servizi di interesse generale nell’elaborazione delle istituzioni comunitarie (37) operata dall’art. 4.

La tecnica legislativa utilizzata comporta l’incastonatura nella struttura della norma di una nozione maturata in ben peculiare contesto giuridico (“servizi di interesse generale”) per identificarvi dal punto di vista funzionale degli operatori che sono descritti dal Legislatore ricorrendo, invece, ad un istituto tipizzato del diritto interno (“società”).

Il riferimento al servizio di interesse generale individua dunque l’attività delle società rilevante ai fini del regime di esclusione, come conferma il tenore della norma (“che svolgono”) e quindi ai sensi dell’art. 2328 cod. civ. l’”oggetto sociale” delle stesse, tenuto conto che sicuramente dopo la riforma del diritto societario del 2003 l’oggetto sociale deve identificare precisamente il tipo di attività economica che la società intende svolgere.

La nozione di servizio di interesse generale in sede comunitaria racchiude, come noto, sia i servizi di interesse economico generale che quei servizi assoggettati ad obblighi di diritto pubblico o mera espressione di pubblici poteri che sono privi di rilievo economico, come chiarito esplicitamente dalla Commissione Europea nel momento in cui ha riconosciuto alla categoria globalmente considerata dei servizi di interesse generale la caratura di strumento per l’attuazione del mercato unico (38).

Ne consegue che l’art. 4 comma 3 nel momento in cui connette il tipo societario con la categoria delle attività di interesse generale, utilizzando il criterio interpretativo funzionale di matrice comunitaria di identificazione dei soggetti mediante il rilievo della relativa attività, innesca inevitabilmente un confronto dialettico incentrato sull’analisi del concetto di economicità che, pur ricorrente nei due istituti, non riveste una pregnanza semantica unitaria e condivisa.

Nel contesto dei servizi di interesse generale, il concetto di economicità costituisce il veicolo interpretativo mediante il quale valutare l’incidenza del dato concreto della produzione e dello scambio di beni e servizi nonché gli effetti di tale produzione e scambio; e tale circostanza spiega perché in quella sede sia maturata una nozione di impresa che non coincide con i contorni assunti

nell'ordinamento nazionale. L'economicità dell'attività si sostanzia nell'offerta indipendente ed autonoma di beni e servizi dietro remunerazione con conseguente assunzione del rischio economico da parte del soggetto che la pone in essere in un contesto attuale o ipotetico di mercato. In questo contesto, il criterio di interpretazione funzionale prescinde dall'esistenza di un fine di lucro ma non elide il rilievo della finalità lucrativa (39), perché, come osservato dalla dottrina, "se il profitto implica naturalmente che il soggetto operi in un contesto di mercato, non è vero il contrario, cioè che la partecipazione al mercato debba sempre associarsi alla presenza di una finalità di carattere lucrativo" (40). Nella misura in cui sono le stesse finalità della concorrenza che attribuiscono rilevanza all'offerta di beni e servizi solo quando si rapporti ad un possibile mercato che, d'altra parte, richiede, per giustificarsi, la possibilità di un profitto, il concetto di economicità assume una valenza strettamente oggettiva che privilegia una analisi esterna all'ontologia del soggetto agente, dal momento che, anche se non viene perseguito alcun scopo di lucro da parte del medesimo, potrebbe comunque intervenire una partecipazione al mercato suscettibile di mettere in discussione gli obiettivi di attuazione della concorrenza.

Prospettiva del tutto opposta assume l'analisi del rilievo dell'economicità rispetto all'istituto societario, che, nel diritto interno, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2247 cod. civ., non è legislativamente concepito in modo tale da ricomprendere ogni forma di esercizio collettivo dell'impresa, occorrendo precipuamente perché vi sia società che l'attività sia funzionale alla formazione di un profitto mentre, per la mera qualificazione di una attività come impresa che è stato anteriore e presupposto a quello di società, lo scopo di lucro è requisito superfluo (41). Nel contesto del dibattito relativo alla natura dei gruppi associativi che perseguono con l'esercizio di attività economiche scopi di natura ideale, la migliore dottrina ha dimostrato come le norme sull'impresa e quelle sulla società operino su piani diversi: le prime attengono all'impresa in sé e per sé considerata, sia che si manifesti nelle forme dell'impresa individuale, sia che si manifesti in quelle dell'impresa collettiva e quale che sia l'abito di quest'ultima mentre le seconde si riferiscono invece all'impresa sociale, ossia all'impresa collettiva esercitata in forma di società (42). In disparte dunque l'innegabile fenomeno delle società di diritto speciale pur valorizzato da autorevole dottrina (43), il sistema del codice civile non offre degli argomenti che consentano la derogabilità statutaria dello scopo di lucro e quindi consentano di qualificare le società alla stregua di strutture organizzative causalmente neutre e quindi legittimamente utilizzabili dall'autonomia privata per la realizzazione di un qualsiasi scopo lecito lucrativo meramente economico o addirittura ideale (44).

La struttura del comma 3 dell'art. 4, dunque, dà origine ad una complessa dialettica in quanto il rilievo economico del servizio di interesse generale interviene quando l'esercizio dell'attività fonda una prospettiva di profitto, che peraltro non coincide con la mera economicità e, d'altra parte, nel contesto del diritto interno solamente la direzione al profitto consente l'utilizzo dello strumento societario in via generale e non, invece, la mera adozione del metodo economico di copertura dei fattori di produzione con i ricavi di cui alla nozione di economicità espressa dall'art. 2082 cod. civ. per l'imprenditore in generale.

In tale contesto, assume dunque lampante rilievo l'enucleazione ad opera del comma 3 dell'art. 4 della categoria delle società che svolgano servizi di interesse generale ma non di rilievo economico, e quindi distinte sia dalle attività di interesse generale fornite in un contesto di mercato e dietro remunerazione ma anche dai servizi sociali di interesse economico generale, la cui almeno potenziale apertura all'erogazione tramite canali differenti da quello tradizionale dello Stato ne comporta la necessità di diversificazione rispetto ai servizi che costituiscano esplicitazione di una missione generale, come confermato dal Parlamento Europeo nella sua recente risoluzione sul futuro

dei servizi sociali di interesse generale in Europa, ove perverso è stato severamente censurato il grave stato di incertezza giuridica nella quale versa la qualificazione e trattazione di tale categoria di servizi (45).

Il comma 3 dell'art. 4 sistematizza infatti nel nostro ordinamento con una accezione di portata generale quelle società a partecipazione pubblica, normalmente di statuto speciale, la cui attività, prima ancora che suscettibile di generare un profitto, non può nemmeno e prima ancora essere qualificata di impresa in quanto mancano gli estremi nelle sue modalità di esercizio per l'assunzione di un rischio imprenditoriale, "risultando essenziale all'attività di impresa, quand'anche pubblica, che lo svolgimento della stessa comporti, almeno tendenzialmente, che i costi di produzione siano compensati dalla cessione dei beni e dei servizi prodotti, il che rappresenta il contenuto minimo della economicità che deve caratterizzare l'impresa", come ancora ricordato dal Consiglio di Stato in una recentissima decisione (46).

Per questa via, imposta dal riferimento funzionale alla missione di interesse generale che costituisce il quadro nel quale si iscrive il regime di esclusione di cui al comma 3 dell'art. 4, è immediato constatare come risultino sottratte all'applicazione delle procedure di cui al comma 1 anche le società a partecipazione pubblica che esercitano attività amministrativa e non attività di impresa, quando l'attività amministrativa possa ascrivarsi ad una missione di interesse generale secondo l'accezione comunitaria, il che è configurabile non appena si ricordi che nell'ordinamento comunitario il criterio distintivo fra pubblici poteri e impresa si identifica in definitiva nell'accertamento dell'eventuale indole industriale o commerciale dell'attività degli enti pubblici alla stregua dei vari indici elaborati dalla giurisprudenza comunitaria.

Ne consegue allora la conferma dell'inadeguatezza dell'approccio che pretenda di analizzare l'art. 4 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 riproponendo apoditticamente schemi maturati nell'ambito dell'elaborazione interpretativa dell'art. 13 cd. decreto Bersani, ove, oltre alle tante differenze già sottolineate, il regime di esclusione aveva un carattere più limitato essendo imperniato sulla nozione di servizio pubblico locale.

Il riferimento ex art. 4 del parametro di economicità all'attività e non allo strumento societario consente poi ulteriori riflessioni sulla valenza dell'art. 4 comma 3, nel momento in cui comprende anche la categoria dei servizi pubblici privi di rilievo economico e conferma la società quale modalità per il loro esercizio.

Il criterio funzionale utilizzato dal Legislatore e la sicura connessione fra attività e economicità sopra rilevata inducono a ritenere che il caso della carenza di economicità rispetto al servizio da svolgere debba essere descritto e risolto alla luce dell'elaborazione delle istituzioni comunitarie e sopra ricordate, con il che ne deriva ancora una volta una imperfetta corrispondenza rispetto ai confini applicativi dello strumento societario di diritto interno, con esiti particolarmente incerti, ad esempio, nel campo dei servizi culturali. A tal proposito, la dottrina ha da tempo rilevato, ad esempio, che i cd. servizi aggiuntivi fra i servizi culturali suppongono l'esistenza di un mercato, al punto di metterne in dubbio la natura di servizi pubblici (47). Tale considerazione, se è accoglibile allorché si utilizzi il parametro dell'investitore privato in astratto individuato dalla giurisprudenza comunitaria per l'elaborazione della nozione di mercato ai fini della perimetrazione della categoria dei servizi di interesse generale, lascia certamente perplessi quando, nel caso concreto, si verifichi la remunerabilità di certi servizi, pur necessari per la fruizione del bene culturale, e se ne constati la strutturale perdita, che in certi casi non dipende né dalle modalità gestionali *rectius*

dall'obiettivo che l'Amministrazione intende ottenere ma proprio dall'intrinseca assenza di equilibrio dovuto alle caratteristiche dell'attività rispetto alle potenzialità del bene culturale. In tal caso, ove nuovamente la nozione di impresa societaria di diritto interno e la nozione di impresa comunitaria non coincidono, la dizione del comma 3 dell'art. 4 consacra con una accezione di portata generale l'utilizzo dello strumento societario al di fuori dello schema profitto-rischio economico, perverso dando atto di un fenomeno diffuso che interviene, ad esempio, nel caso dell'utilizzo costante di finanza derivata per la remunerazione dell'attività societaria.

Ancor più evidente è l'importanza sistematica della norma rispetto all'utilizzo dello strumento societario per l'esercizio dei servizi sociali, ove il parametro dell'economicità non ricorre del tutto. Appare, in tal caso, non del tutto soddisfacente la distinzione spesso operata fra attività amministrativa ed attività di impresa della pubblica amministrazione, in quanto l'attività svolta dalla società non può qualificarsi come meramente amministrativa ma nemmeno riveste i caratteri richiesti dall'impresa societaria (e forse anche dell'impresa tout court). Senza voler dimenticare la tesi per cui l'attuale ordinamento interno conosce società che, pur avendo natura pacificamente privata, debbono essere valorizzate alla stregua di enti pubblici (48), il tenore del comma 3 dell'art. 4 segna dunque un nuovo capitolo del favor per lo strumento societario nell'ambito dell'attività della pubblica amministrazione, suonando come conferma ex lege dell'impiego della società alla stregua di struttura causalmente neutra anche con finalità ideale. Se dunque il comma 3 dell'art. 4 non mette in discussione la generale osservazione della dottrina in ordine alla necessità dello scopo di lucro per l'esercizio dell'impresa societaria, tuttavia non è dubbio che enuclea e giustifica un'ampia categoria di società di diritto speciale che prescindono da tale elemento.

Ne consegue allora la necessità di diffidare da quegli approcci semplificatori, pur diffusi all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. 95/2012, che esaltano nell'art. 4 il segno di una volontà legislativa di rimeditazione dell'utilizzo dello strumento societario, in quanto il regime di esclusione di cui al comma 3 della norma non sancisce in concreto una inversione di tendenza ma semmai ne enfatizza l'adozione, anche al di fuori dei canoni della tradizionale impresa societaria del codice civile, per lo svolgimento di servizi non economici e l'espletamento di pubbliche funzioni, ponendo altresì le premesse per una correzione degli eccessi del processo interpretativo di "pubblicizzazione" di tali società attualmente in atto ad opera, in particolare, del giudice amministrativo e contabile.

La norma di interpretazione autentica contenuta nel comma 13 dell'art. 4, infatti, converge a restituire a tutte le società a partecipazione pubblica e quindi anche al comparto delle società che svolgono attività amministrativa e non di impresa la propria dimensione privatistica, stabilendo che non solo le disposizioni dell'art. 4 ma tutte le disposizioni in materia di società a totale partecipazione pubblica o miste, anche di diritto speciale, si debbano interpretare nel senso dell'applicazione della disciplina civilistica e in particolare in materia di società di capitali, salvo il caso di deroga espressa. Si tratta con tutta evidenza di un rovesciamento del canone interpretativo attualmente dominante.

6.- Fra le eterogenee misure che costellano l'art. 4, il Legislatore introduce ai commi 4 e 5 delle regole di composizione e trattamento economico dell'organo gestorio sociale, che, prima di ogni considerazione sulle gravi difficoltà applicative ingenerate (49), richiedono di individuarne i destinatari mediante una operazione ermeneutica tanto più necessaria e delicata per la constatata distanza dell'iniziale disegno di legge di conversione rispetto all'articolato normativo approvato e

altresì della carenza di un suo adeguato coordinamento rispetto al complessivo quadro normativo in cui le nuove norme si collocano.

Il comma 4 ed il comma 5 dell'art. 4 delineano rispettivamente per "i consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1" e, "fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge", altresì per "i consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta" un modello simile, pervero ricorrente nell'organizzazione delle società a partecipazione pubblica che svolgono attività amministrativa e non di impresa, fondato sulla prevalenza nell'organo gestorio di soggetti dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione ovvero titolare dei poteri di indirizzo e di controllo, allorchè intervenga dissociazione fra la titolarità di questi ultimi e la qualità di socio come spesso accade nel comparto delle società a partecipazione statale.

L'interprete è dunque chiamato a chiarire se le norme di cui ai commi 4 e 5 si rivolgano complessivamente alle società cd. strumentali o comunque tali da svolgere una attività amministrativa ovvero se il comma 5 nel momento in cui fa riferimento alle "altre società a totale partecipazione pubblica" individui un alius rispetto alle "società di cui al comma 1" per contemplare quindi anche le società a partecipazione pubblica che svolgono attività di impresa e quindi prima di tutto alle società del sistema dei servizi pubblici (50).

In ragione della peculiare dizione del comma 4 e dal comma 5 e del rilievo definitorio in quel contesto assegnato al richiamo alle "società di cui al comma 1", l'analisi deve necessariamente muovere dalla particolare configurazione del provvedimento normativo "consistente nel far seguire a numerose previsioni di carattere generale disposizioni che hanno carattere derogatorio ovvero condizionante rispetto a tali previsioni" e ove "all'art. 4 ... il comma 1 fa riferimento alle <<società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni>>, il comma 3 individua una serie di eccezioni a tale ambito applicativo" (51).

In ragione della peculiare tecnica legislativa utilizzata e della conseguente strutturazione del testo normativo costituisce allora conclusione coerente che "le società di cui al comma 1" indicate nel comma 4 dell'art. 4 sono le società "controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni ... che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato" al netto di quelle che "svolgono servizi di interesse generale anche aventi rilevanza economica" secondo il successivo comma 3 o che personificano le ulteriori condizioni là previste.

Ne consegue che il comma 5 dell'art. 4 quando si riferisce alle "altre società" non può che alludere a società che appartengono al medesimo genus (e quindi strumentali che non svolgano servizi di interesse generale) ma che si distinguono rispetto ai vari elementi di fattispecie descritti dalla norma e, quindi, in primis, rispetto ai parametri quantitativi che rappresentano l'unico elemento variabile della fattispecie dal comma 1.

Del resto, si è già ricordato che è società strumentale anche il soggetto che esprima un fatturato per attività prevalente inferiore al parametro del 90% che è soltanto indicato a fini liquidatori dall'art. 4 e che ad oggi quella stessa società ha anche valenza di società in house ai fini del diritto della concorrenza. In altre parole, non bisogna mai dimenticare che il comma 1 dell'art. 4 non ha l'obiettivo di individuare la fattispecie della società in house tout court ma esclusivamente, nel contesto della categoria delle società in house, quelle entità che, secondo una valutazione legislativa

tradotta nei parametri qualitativi e quantitativi individuati dal comma 1, si ritiene sia necessario sopprimere. Che, anzi, la tipologia della società in house permanga e trovi nella normativa che si commenta addirittura una generale giustificazione a contrario è confermato dalla peculiare norma del comma 8 dell'art. 4 che pareva altrimenti del tutto incomprensibile ed in contraddizione con la volontà liquidatoria del comma 1, già prima della modifica intervenuta ad opera della l. 221/2012.

Si ritiene allora che la norma del comma 5 non si riferisca e non sia pertanto applicabile alle società che svolgono servizi di interesse generale di rilievo economico o meno e quindi in primis servizi pubblici locali, risultando del resto difficilmente comprensibile ed illogico che tutte le società dei servizi di interesse generale (quotate, miste ecc. ecc.) siano sottratte al comma 5, salvo le controllate totalitariamente, vista l'esercizio di attività imprenditoriale e la peculiarità della missione di interesse generale che tutte accomuna.

Tale approdo interpretativo trova conferma in una serie di dati ed argomenti ulteriori rispetto alle risultanze dell'analisi del testo approvato in sede di conversione.

6.1. - A partire dall'analisi del processo di elaborazione del testo di legge di conversione, occorre considerare che l'art. 4 dell'originario disegno di legge di conversione, per quanto qui interessa, stabiliva al comma 1 che “nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni ... che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento si procede alternativamente ...” e al successivo comma 3 prevedeva che “Le disposizioni del presente articolo, salvo il comma 5, non si applicano alle società che erogano servizi a favore dei cittadini ...”. In tale contesto, il comma 4 si riferiva ai “consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1” mentre il comma 5, ai “consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta”, fatto salvo “quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge”.

Che, a fronte del riportato tenore del disegno di legge di conversione, la Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione (52) e la Relazione Tecnica affermassero che “i commi 4 e 5 stabiliscono la riduzione del numero dei componenti dei consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1 (massimo 3) e delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, comprese quelle di cui al comma 3 (da 3 a 5)” (53) costituiva dunque una mera descrizione del testo in allora proposto alla conversione, con il che non può certamente essere utilizzato odiernamente come argomento per propugnare l'applicazione del comma 5, nel testo approvato in sede di conversione, alle società dei servizi pubblici. Prova ne sia che gli stessi documenti preparatori citati danno atto con riferimento al comma 3 che “il comma 3, nell'ambito delle società individuate al comma 1 esclude dall'applicazione del presente articolo le società che svolgono particolari attività (servizi ai cittadini, centrali di committenza) e le società che saranno individuate ...” (54), con ciò ancorandone la valenza descrittiva al testo dell'originario disegno di legge di conversione.

Semmai, e non potrebbe essere diversamente vista la natura preliminare di tali documenti nel contesto del processo di conversione in legge, la Relazione Illustrativa e la Relazione Tecnica rimarcano la disciplina e il conseguente peculiare assetto del decreto-legge antecedentemente al procedimento di conversione.

Dall'esame dell'originario decreto emerge infatti che le società dotate delle caratteristiche di cui al comma 1 ma “che erogano servizi ai cittadini”, secondo una nozione di portata decisamente

ristretta rispetto alla dizione “società che svolgono servizi di interesse generale” poi comparsa in sede di conversione, non erano destinatarie della disciplina dell’intero art. 4 ad eccezione del comma 5, la cui applicazione alle società predette era invece espressamente rimarcata nel comma 3.

La necessità del decreto-legge di rimarcare l’applicabilità del comma 5 tramite la precisa indicazione contenuta nel comma 3 nasceva con evidenza dal fatto che la giustapposizione fra l’espressione utilizzata nel comma 4 “consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1” (e quindi società strumentali da sottoporre alle procedure là indicate) e il riferimento del comma 5 alle “altre società a partecipazione pubblica, diretta o indiretta” identificava in definitiva e al più il coacervo delle società che svolgono dei servizi destinati alla sola pubblica amministrazione (alcune da sottoporre alle procedure obbligatorie in ragione della rispondenza ai parametri quantitativi e qualitativi di cui al comma 1, altre escluse) e quindi, sicuramente, impediva già per il tenore letterale delle norme, che le società che erogavano servizi ai cittadini fossero comprese, come denota il peculiare tenore del comma 3 del decreto (“le disposizioni del presente articolo, salvo il comma 5, non si applicano”).

Deve ritenersi, peraltro, che il Legislatore, allorchè in quella sede menzionava le società che erogano servizi ai cittadini per applicare alle medesime il comma 5, intendesse riferirsi ad una peculiare sottocategoria delle società strumentali, da individuarsi in quelle “società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni ... che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento” e che “erogano servizi ai cittadini” (55).

Tale conclusione si impone perché, al momento dell’entrata in vigore del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, era perfettamente vigente l’art. 4 d.l. 13 agosto 2011 n. 138 convertito in l. 14 settembre 2011 n. 148 s.m.i. che ai commi 19-26 prevedeva una serie di divieti ed incompatibilità, fra cui la previsione del comma 19 per la quale: “Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell’ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti”.

E’ ovviamente impossibile che il Legislatore abbia emanato due provvedimenti perfettamente antitetici in materia di società di servizio pubblico, con il che si impone la conclusione per cui già l’art. 4 d.l. 95/2012 facesse riferimento a peculiari società strumentali caratterizzate dall’erogazione di servizi al cittadino e non certamente al comparto delle società dei servizi pubblici.

A seguito del processo di conversione, il testo normativo presenta novità rilevanti, come svelano le palesi modifiche che lo caratterizzano rispetto al testo del decreto-legge. Infatti, nel testo approvato a seguito del procedimento di conversione, si conferma che le “società di cui al comma 1” citate nel comma 4 corrispondono a “quelle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni ... che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento” e che non “svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica”. Tale conclusione deriva dalla constatazione che il Legislatore, a differenza di quanto stabilito in decreto, ove il riferimento alle “società che erogano servizi ai cittadini” identificava una peculiare sottocategoria di società strumentale che per il suo contatto con il cittadino era sottratta alla disciplina dell’intero articolo (salvo l’espresso richiamo al comma 5) per rispettare la ratio legis dell’invarianza del servizio, nella norma convertita ha affrontato invece il problema di applicare di applicare o meno soltanto “le disposizioni

del comma 1” alle “società che svolgono servizi di interesse generale anche aventi rilevanza economica”. Il problema è risolto dall’art. 4 negativamente ma la sottoposizione della questione in astratto, tenuto conto che le “disposizioni di cui al comma 1” sono rivolte ad una specifica tipologia di società che presta servizi a favore delle pubbliche amministrazioni e rispetta determinati parametri qualitativi e quantitativi, come appunto descritta nel comma 1, presuppone che le società oggetto dell’indagine (ossia le società che svolgano servizi di interesse generale) condividano i parametri quantitativi e qualitativi descritti nel comma 1. In altre parole, poiché la norma del comma 1 non ha affatto portata descrittiva generale delle società in house ma ne identifica una parte, che, per le sue caratteristiche, è ritenuta meritevole del trattamento di cui alle “disposizioni del comma 1”, non si può che concludere che il Legislatore affronti la questione di sottoporre al medesimo trattamento degli enti solo quando in presenza di soggetti che, sia pur differenti, ripropongano quei parametri quantitativi e qualitativi che il Legislatore ha deciso di “reprimere” al comma 1.

Anche nel testo di legge convertito opera il gioco di richiami già individuato in quanto il comma 5 tramite l’aggettivo “altre” rimanda alle “società di cui al comma 1” di cui rimane confermata la menzione nel comma 1.

Ma si nota immediatamente il deciso abbandono al comma 3 della ricordata precisazione presente nell’originario decreto in ordine all’applicazione del comma 5 alle (in sede di decreto definite) società “che erogano servizi ai cittadini”. E’ constatazione immediata che al momento della conversione, il Legislatore, confermata la struttura compositiva del comma 4 e 5, avrebbe potuto benissimo mantenere la puntualizzazione in ordine alla sottoposizione al comma 5 delle società che svolgono servizio di interesse generale (una volta abbandonata la dizione “che erogano servizi ai cittadini”) e invece il riferimento all’obbligatoria sottoposizione al comma 5 è scomparso.

Considerato che il comma 4 ed il comma 5 anche nell’attuale tenore ripropongono per un gioco di richiami la giustapposizione fra “società di cui al comma 1” e “altre società” e tenuto conto della dilatazione del regime di esclusione del comma 3 operato prima di tutto con l’impiego della nozione di “società che svolgano servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica” con conseguente riduzione palese della categoria delle società rilevanti ai fini del comma 1, il Legislatore avrebbe ben potuto sottolineare nuovamente l’applicabilità del comma 5 alle società interessate dal regime di esclusione ma ciò non accade e non accade nel contesto di una norma che si preoccupa addirittura di ridisegnare anche la base applicativa delle “società di cui al comma 1” come appena sottolineato.

E quantomai rilevante, sotto quest’ultimo profilo, è la circostanza che, come sottolineato dal Servizio Studi della Camera dei Deputati nelle schede di lettura, il testo del maxiemendamento del Governo – nel testo pubblicato in data 31 luglio 2012 – non riproduca la modifica, pure a suo tempo inserita in sede di coordinamento del testo dalla Commissione bilancio nel corso dell’esame in sede referente al Senato, la quale estendeva l’ambito di applicazione della norma restrittiva del numero dei componenti del Cda sostituendo il riferimento alle “società di cui al comma 1” – ossia le società in mano pubblica strumentali - con quello più ampio di “società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni” (56).

Dunque, il Legislatore ha inteso espressamente mantenere il riferimento al “comma 1” per individuare le società per gli effetti del comma 4 (società strumentali che non svolgono servizi di interesse generale), con il che tale impostazione non può che riverberarsi anche sull’interpretazione del richiamo alle “altre società” di cui al seguente comma 5. Si può escludere

con certezza che il comma 5 faccia riferimento alle società dei servizi pubblici sociali, in ragione dell'intervenuta modifica in sede di conversione del comma 3 con il sopravvenuto riferimento alle "disposizioni di cui al comma 1"; e, inoltre, perchè il comma 5 è connesso testualmente alla perimetrazione derivante dal comma 1 (che a sua volta non può prescindere da quella del comma 3) e, pertanto, all'interno della medesima deve sviluppare i suoi effetti, per riferirsi, quindi, in conclusione, alle "altre" società strumentali che non svolgono servizi di interesse generale.

6.2. - L'interpretazione fornita, rispettosa del testo di legge e della sua progressiva elaborazione durante il procedimento di conversione, è, d'altra parte, la sola che lenisca il vulnus al principio dell'autonomia locale nella regolazione delle società pubbliche e dei servizi pubblici altrimenti portato dall'art. 4 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012, che è norma per il contenimento della spesa e non per la concorrenza. Come del resto rilevato anche dal parere rilasciato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali in sede di conversione del d.l. 95/2012 (57), il potere di intervento statale non può comprimere l'autonomia regionale e locale in materia di composizione degli organi interni della società pubbliche da essere controllate e tanto più sotto il profilo della revisione della spesa che non può andare oltre la normazione di principio, secondo gli approdi recenti della Corte Costituzionale (58).

6.3. - Altro argomento non meno importante da considerare è che un diverso approccio interpretativo in merito al comma 5 si scontra con principi consolidati del nostro ordinamento a partire dal permanente divieto di gestione diretta da parte dell'ente locale del servizio pubblico di rilievo economico.

Come ben noto, l'art. 35 l. 28 dicembre 2001 n. 448, nel contesto della complessiva ridefinizione, secondo il principio della separazione, dell'assetto della proprietà e gestione di reti ed impianti e della erogazione dei servizi pubblici di rilievo economico (59), ebbe ad imporre agli enti locali di trasformare (60) entro un termine legislativamente previsto e poi prorogato (61) le aziende speciali ed i consorzi che gestivano servizi di rilievo economico in società di capitali, attuando così obbligatoriamente per il caso di specie la procedura già prevista in via facoltativa dall'art. 115 d.l.gs. 267/2000...

Come osservato dalla dottrina, "L'art. 35 ... opta per un modello di privatizzazione formale delle attività (compensato dall'affermazione – con il comma 2 dell'art. 113 – del principio della proprietà pubblica, c.d. demanializzazione, di reti, impianti ed altre dotazioni) e, dunque, imponendo (comma 8) ...la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società di capitali e condannando la gestione in economia" (62).

Tale normativa si iscriveva in un processo di progressiva eliminazione delle aziende speciali dal novero dei fornitori di servizi pubblici, come dimostra l'art. 9-bis d.l. 1° luglio 1986 n. 318 convertito in l. 9 agosto 1986 n. 488 allorchè limitava la costituzione di nuove aziende speciali, nelle more della riforma dell'ordinamento dei servizi pubblici locali, subordinandola alla dimostrazione della rispondenza a specifici obiettivi di efficienza..

La disposizione dell'art. 35 comma 8, parte delle corpose modifiche apportate al primigenio disegno di legge, era funzionale alla volontà di distinguere, perseguita dalla riforma stessa come punto di partenza per la privatizzazione degli operatori a partecipazione pubblica (63), tra l'attività di regolazione, indirizzo e programmazione del servizio e la fase di successiva gestione, quest'ultima da assegnarsi comunque a soggetto separato dall'ente locale.

L'innovazione si inseriva nel favor riconosciuto dal Legislatore, soprattutto a partire dagli anni Novanta, all'utilizzo dello strumento societario quale meccanismo centrale della privatizzazione formale come sostanziale nei più svariati settori dell'economia.

Tale disegno non poteva essere oggetto di contestazione da parte della Commissione Europea al momento della reiterazione della messa in mora di cui alla comunicazione 26 giugno 2002 nell'ambito della procedura di infrazione già aperta dalla istituzione comunitaria con riferimento all'art. 22 l. 8 giugno 1990 n. 142 (64), in quanto coerente con principi comunitari come la distinzione tra carattere (pubblico) del servizio e natura del gestore o la separazione tra regolazione e gestione, tutti riconducibili ai cardini comunitari della neutralità, della parità di trattamento e della trasparenza.

Tenuto conto che la revisione dell'art. 113 d.lgs. 267/2000 fu notoriamente operata dall'art. 14 d.l. 30 settembre 2003 n. 269 convertito in l. 24 novembre 2003 n. 326 sulla falsariga della trattativa condotta con le istituzioni comunitarie, si comprende come parimenti la riforma del 2003, pur rimuovendo l'obbligo generalizzato di gara a favore di una più equilibrata considerazione delle diverse tipologie di affidamento contemplate dall'ordinamento comunitario, non abbia messo in discussione la separazione tra regolazione e gestione introdotta dall'art. 35 l. 448/2001.

La successiva regolamentazione della disciplina dei servizi pubblici a partire dall'art. 23-bis d.l. 25 giugno 2008 n. 112 convertito in l. 6 agosto 2008 n. 133 s.m.i. è intervenuta, per quanto qui interessa, sulle modalità di affidamento, indicando quale formula organizzativa privilegiata l'affidamento all'esterno (65), confermando, quindi, il modello della separazione fra regolazione e gestione, secondo, peraltro un processo di progressiva esasperazione della compressione dei poteri organizzatori dell'ente locale via via più estraneo alle linee evolutive dell'ordinamento comunitario (66) e, quindi, svelandosene progressivamente la matrice più apertamente ideologica.

Come osservato dalla dottrina, “questa scelta normativa rappresenta un punto estremo di differenziazione fra la disciplina dell'iniziativa economica privata e quella dell'iniziativa economica pubblica: mentre per i privati l'autoproduzione è configurata come diritto soggettivo, esercitabile anche in regimi di monopolio legale di determinate attività ... per gli enti pubblici l'autoproduzione non solo non sarebbe oggetto di un diritto ma potrebbe essere legittimamente prescelta solo in caso di necessità, cioè dopo aver accertato l'insussistenza di qualsiasi impresa privata idonea e interessata a svolgere il servizio” (67).

L'art. 23-bis, nella sua originaria concezione e nelle sue successive modifiche (68), ha operato, dunque, esclusivamente una scelta di merito relativa alla modalità di gestione ed erogazione che si inseriva in un quadro di fondo peraltro già definito e consolidato, come sottolineato anche dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 325 del 17 novembre 2010.

In quella decisione la Corte sgombrava preliminarmente il campo da ogni suggestione, osservando che la disciplina dell'art. 23-bis nè violava né assumeva carattere necessitato rispetto all'ordinamento comunitario (69) “in quanto l'ordinamento comunitario, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici costituisce solo un minimo inderogabile per i legislatori degli stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di

favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento" (sentenza 325/2010 par. 13.2.1.) (70).

Chiarendo che l'art. 23-bis non era norma imposta dall'ordinamento comunitario ma semmai più rigorosa la Corte forniva le leve concettuali per la formulazione del successivo quesito referendario abrogativo ma anche chiariva, incidentalmente, che l'eliminazione dell'art. 23-bis non avrebbe comunque segnato il ritorno alla gestione diretta, in ragione della sussistenza nel nostro ordinamento di un "principio generale costituito dal divieto della gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale: divieto introdotto dai non censurati art. 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria del 2002) e art. 14 del decreto- legge 30 settembre 2003 n. 326" (71).

A tal proposito, la Corte precisava che "non può accogliersi l'assunto ... secondo cui l'unica disciplina della concorrenza che possa considerarsi proporzionale e adeguata è quella che non pone limiti (che non siano quelli evidenziati dalla giurisprudenza comunitaria) all'affidamento in house di servizi pubblici locali. Al riguardo, va innanzitutto osservato che non appare irragionevole, anche se non costituzionalmente obbligata, una disciplina quale quella di specie, intesa a restringere ulteriormente – rispetto al diritto comunitario – i casi di affidamento diretto in house (...). Come si è osservato ..., tale normativa si innesta coerentemente in un sistema normativo interno in cui già vige il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia (introdotto dai non censurati artt. 35 della legge n. 448 del 2001 e 14 del decreto-legge 269 del 2003)" (72).

La Corte Costituzionale ha dunque confermato che l'art. 23-bis si innestava su un assetto normativo interno precedentemente non censurato e quindi assolutamente stabile di divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia, con il che l'abrogazione dell'art. 23-bis non poteva che eliminare la sovrastruttura che l'art. 23-bis aveva installato ma non certamente mettere in discussione l'assetto precedente e consolidato.

Tali considerazioni fondano il percorso motivazionale delineato dalla Corte Costituzionale, durante il successivo giudizio di ammissibilità del quesito referendario relativo all'abrogazione dell'art. 23-bis, per escludere la formazione di un vuoto normativo in caso di abrogazione della predetta norma (73): "va rilevato che questa Corte, con la sentenza n. 325 del 2010, ha espressamente escluso che l'art. 23-bis costituisca applicazione necessitata del diritto dell'Unione europea ed ha affermato che esso integra solo <<una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare <<il primo comma dell'art. 117>>. La stessa sentenza ha precisato che l'introduzione, attraverso il suddetto art. 23-bis, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione Europea non è imposta dall'ordinamento comunitario <<e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost (...), ma neppure si pone in contrasto (...) con la (...) normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri>> ... va osservato che dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario. ... Nel caso in esame, all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (...); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della

normativa comunitaria (come si è visto meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”.

La Corte nella sentenza n. 24 del 2011, richiamando la precedente sentenza n. 325 del 2010, ha dunque affermato che l'abrogazione dell'art. 23-bis non avrebbe certamente comportato la reviviscenza delle norme che il medesimo art. 23-bis aveva sostituito ma altrettanto non avrebbe condotto ad un vuoto normativo sia in virtù dell'applicazione dell'ordinamento comunitario sia in virtù della resistenza di quelle norme che non erano state oggetto di sostituzione dall'art. 23-bis, come appunto le norme che avevano sancito il divieto di gestione diretta.

L'abrogazione dell'art. 23-bis a seguito dell'esito referendario non poteva segnare il ritorno al canone della gestione diretta da parte dell'ente locale tramite azienda speciale (74) in quanto, nel momento in cui le norme di legge tuttora vigenti hanno imposto un obbligo di “trasformazione” delle aziende speciali in soggetti di diritto privato entro un termine perentorio, hanno avuto l'effetto di precludere, a partire dalla scadenza di quel termine, la prosecuzione della gestione secondo le modalità precedenti e quindi hanno segnato il divieto di costituzione di nuove aziende speciali finalizzate alla gestione di servizi pubblici di rilievo economico.

Nè vale a mettere in discussione tale conclusione l'attuale vigenza dell'art. 114 d.lgs. 267/2000 s.m.i. Ben vero, infatti, che il Legislatore al momento dell'emanazione dell'art. 35 8° co. l. 448/2001 non ha abrogato l'art. 114 d.lgs. 267/2000 s.m.i. ma tale dato potrebbe acquistare oggi rilievo solo se il Legislatore all'epoca avesse anche contemporaneamente precluso l'utilizzo dell'azienda speciale per qualsiasi oggetto di gestione. Invece, il Legislatore della l. 448/2001 prevede espressamente l'utilizzo dell'azienda speciale per la gestione dei cd. servizi pubblici privi di rilevanza industriale ai sensi dell'art. 35 15° co. della legge, con il che la mancata abrogazione dell'art. 114 d.lgs. 267/2000, lungi dal legittimare un uso residuale dell'istituto per i servizi di rilievo economico, era precisamente funzionale all'utilizzo dell'istituto per la gestione di altri servizi. Né si può sostenere che l'obbligo di trasformazione di cui all'art. 35 8° co. l. 448/2001 s.m.i. valga solo ed esclusivamente per le aziende speciali sussistenti al momento dell'entrata in vigore dell'obbligo quando si consideri che, dopo l'attuazione di quell'obbligo, non possono sopravvivere ancora aziende speciali destinate alla gestione di servizi di rilievo economico, perché l'obiettivo del Legislatore era proprio eliminare dal mercato tale modalità di gestione. Insomma, anche se un ente esprimesse attualmente la volontà di costituire ex novo una azienda speciale per la gestione di servizi di rilievo economico e, dunque, superando l'ostacolo frapposto dal ricorso a soggetto di diritto pubblico che, come tale, non è mai utilizzabile al di fuori del perimetro che la legge indica (75), comunque dovrebbe misurarsi con una norma tuttora vigente che impone, mediante un procedimento di diritto speciale, ossia attraverso l'art. 115 d.lgs. 267/2000 s.m.i., la “trasformazione” in società (76).

Di quanto sin qui considerato, del resto, si rinviene consapevolezza, nel contesto dell'iter di ammissione del quesito referendario relativo all'abrogazione dello stesso art. 23-bis, anche allorché si sottolinea che l'abrogazione di tale articolo avrebbe meramente consentito “di optare per l'affidamento della gestione in house dei servizi pubblici locali, anche in assenza delle condizioni straordinarie imposte dall'art. 23-bis ... pur nel rispetto delle esigenze concorrenziali sottolineate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 325/2010” (77) ossia senza mettere in discussione il principio di fondo della separazione tra direzione di tipo politico e momento gestionale.

Sotto questo profilo, l'intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. 13 agosto 2011 n° 138 convertito in l. 14 settembre 2011 n. 148 e s.m.i. ad opera della Corte Costituzionale (78) ha semplicemente sancito in via generale e con riferimento a tutti i servizi pubblici di rilievo economico la possibilità del ricorso alla modalità della gestione in house, come da ultimo confermato anche dal Consiglio di Stato (79), senza mettere in discussione il substrato precedente che rimane intangibile.

L'art. 34 d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 convertito in l. 17 dicembre 2012 n. 221, che segue le reiterate modifiche legislative (80) all'assetto della disciplina dei servizi pubblici succedutesi all'esito della consultazione referendaria e poi cancellate dalla sentenza Corte Costituzionale n. 199/2012, conferma nuovamente, per quanto qui interessa, l'assetto delineatosi a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-bis, in quanto il richiamo all'ordinamento comunitario e la derivata eliminazione degli ostacoli all'affidamento in house esclude, proprio in forza del rinvio anche al principio di neutralità ex art. 345 TFUE, un intervento rispetto alle scelte gestionali di fondo a suo tempo assunte dal Legislatore e poi oggetto di ricognizione ad opera della Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 325 del 2010 e nelle successive sentenze sopra menzionate.

E, si badi bene, non esiste contraddizione fra l'abbattimento delle restrizioni all'affidamento diretto secondo il modello in house e la permanenza del divieto di gestione diretta tramite azienda speciale.

Sin dal primo rilievo del fenomeno da parte delle istituzioni comunitarie negli Anni Novanta, infatti, il modello dell'in house contraddistingue e giustifica una fattispecie in cui indefettibilmente interagiscono due soggetti distinti fra loro. Come ribadito dalla Corte di Giustizia in una nota sentenza: "il contraente è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice" (81). Perno dell'istituto è dunque la separazione strutturale fra i soggetti coinvolti, su cui si fondano concettualmente, del resto, sia la condizione del "controllo analogo" che quella della "prevalenza dell'attività" tipiche del modello.

La carenza della normale dialettica pubblico-privato nel contesto del rapporto fra ente affidante e fornitore che contraddistingue il modello in house come risolto unificante delle condizioni del "controllo analogo" e dell'"attività prevalente" (82), in assenza delle quali la presupposta condizione di separatezza fra gli enti comporta la sottoposizione degli affidamenti alle regole previste dalle direttive appalti, esalta l'alterità fra ente affidante e terzo fornitore in house. Si afferma la necessità di un controllo proprio perché l'affidatario è un soggetto distinto, si afferma la necessità della destinazione prevalente dell'attività proprio perché l'affidatario potenzialmente è in grado di svolgere, nella sua qualità di soggetto autonomo, anche attività per soggetti diversi dall'affidante.

Si ripropone in definitiva il tipico contraddittorio che interviene in caso di controllo societario in diritto o in fatto, secondo una constatazione che toglie sostanza alla tesi che critica l'utilizzo del modulo societario nel contesto dell'in house providing (83). Il modello societario, infatti, tollera già, secondo le regole generali, le più vincolanti restrizioni funzionali ed economiche di esercizio.

Tali considerazioni permettono di rispondere all'interrogativo sulla futura conformazione del modello in house indirettamente posto e risolto dalla Corte Costituzionale allorché ha escluso, a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-bis, la reviviscenza delle norme già abrogate da quest'ultima disciplina (84) nel segno della conferma della supremazia del modulo societario ai fini della gestione del servizio di interesse generale di rilievo economico, quale garante della separatezza fra scelte politiche e responsabilità operativo-gestionali e, a cascata, della valutazione di efficienza ed

efficacia della gestione oltrechè della distinzione fra responsabilità politiche e gestionali e della loro corretta allocazione e percezione da parte della collettività di riferimento.

Depone a favore di tale conclusione, del resto, il vaglio del percorso legislativo che ha condotto alla riforma delle aziende speciali attraverso la previsione degli artt. 114-120 d.lgs. 267/2000 secondo la ratio dichiarata di limitare le differenze fra il soggetto di diritto pubblico e lo strumento societario e funzionale all'obiettivo finale di consentire la progressiva sostituzione del primo con il secondo, poi accelerata dalla l. 448/2001.

Una logica evolutiva nella transizione che oggettivamente ha creato le basi per equiparare l'imprenditoria pubblica e la privata, al fine di consentire una corretta competizione sul mercato fra le due ovvero per consentire all'ente locale, nel caso in cui ritenesse di adottare la formula in house, di dotarsi comunque dello strumento più adatto per la produzione e gestione secondo criteri di economicità dei servizi pubblici, secondo un modello che ha consentito all'imprenditoria a partecipazione pubblica la possibilità di dialogare e di confrontarsi usando il medesimo linguaggio tecnico-economico degli altri operatori del mercato e quindi di crescere, anche investendo e innovando, e quindi in definitiva di recuperare risorse a favore della collettività di riferimento.

Pertanto, il rinvio ai principi comunitari ora contenuto nella norma dell'art. 34 d.l. 179/2012 convertito in l. 221/2012 priva il ricorso alla gestione in house di ogni crisma di eccezionalità ma non supera il divieto di gestione diretta del servizio (85), tanto più in un contesto normativo che segna l'abbandono del ricorso all'azienda speciale anche nel settore dei servizi socio-assistenziali (86), il che costituisce argomento ulteriore per contestare la tesi dell'applicabilità delle regole di cui all'art. 4 5° comma d.l. 95/2012 alle società che svolgono servizi di interesse generale e, tanto più, alle società che svolgono attività di impresa, come le società di servizio pubblico.

La norma ora citata, infatti, impone che la maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione della società rivestano la qualifica di "dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e controllo" per le società alla cui compagine sociale partecipa la pubblica amministrazione ("per le società a partecipazione diretta", secondo la dizione del comma 5) ovvero di "dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza ... e dipendenti della stessa società controllante", nel caso in cui la pubblica amministrazione partecipi alla società tramite la titolarità di partecipazione in altra società ovvero nel caso in cui eserciti una attività di direzione e coordinamento sulla stessa ("società a partecipazione indiretta", secondo l'espressione del comma 5).

La qualità di dipendenti della pubblica amministrazione di riferimento costituisce dunque il motivo fondante la scelta del Legislatore, il che deve essere valutato alla luce dei compiti e delle responsabilità che il codice civile per il canone interpretativo introdotto dall'art. 4 13° co. d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 assegna a tali soggetti nel momento in cui sono investiti della qualità di componenti del consiglio di amministrazione.

In estrema sintesi, gli amministratori sono l'organo cui è affidata in via esclusiva la gestione dell'impresa sociale ai sensi dell'art. 2380-bis cod. civ e come tali esercitano il potere gestorio, il potere di rappresentanza e altre fondamentali funzioni, fra cui il dovere di prevenire il compimento di atti pregiudizievoli per la società ai sensi dell'art. 2392 cod. civ. Ne consegue pertanto la scelta dell'amministratore nella persona del dipendente si traduce ed attua la gestione diretta ad opera dell'ente in quanto appunto il dipendente è chiamato ad esercitare la propria funzione di gestore in

ragione ed in attuazione della sua qualifica di dipendente, con il che l'estensione del comma 5 alle società di servizio pubblico si porrebbe in contrasto con un assetto oramai consolidato del nostro ordinamento.

Ma la scelta dell'amministratore nella persona del dipendente dell'amministrazione (socio o titolare dei poteri di indirizzo in caso di scissione fra la qualifica di socio e l'esercizio dei poteri di indirizzo e controllo) ed in ragione di tale sua qualifica, pur risolto ex lege l'ostacolo derivante dal principio di incompatibilità tra impiego pubblico e lo svolgimento in via continuativa di qualsivoglia altra attività remunerativa, è foriera di ulteriori gravi problematiche; e si scontra frontalmente in primo luogo con la circostanza per cui gli amministratori sono investiti per legge e non per mandato dei soci delle loro funzioni, che, come è stato osservato da autorevole dottrina sono chiamati ad esercitare in posizione di "formale autonomia rispetto all'assemblea e quindi ai soci sia "perché essi devono vigilare sul rispetto della legge anche da parte dell'assemblea ed hanno il potere dovere di astenersi dal dare esecuzione alle delibere della stessa qualora ne possa derivare un danno per la società; vuoi perché dell'adempimento dei loro doveri essi sono personalmente responsabili civilmente ... e penalmente" (87).

E nemmeno il palese conflitto che si intravede può essere sopito sostenendo che il dipendente si insedi nel consiglio di amministrazione come privato cittadino e al di fuori dell'orario di servizio, in quanto il meccanismo previsto dal comma 4 e dal comma 5 dell'art. 4 individua proprio nella qualifica di dipendente dell'amministrazione la condizione di nomina, con il che il dipendente fa della sua attività di amministratore null'altro che uno dei tanti compiti della propria qualifica di dipendente dell'amministrazione, che esercita agendo in nome e per conto dell'amministrazione medesima, tanto più nell'eventuale caso in cui l'incarico di amministratore della società in house possa astrattamente mai rientrare fra gli ordinari compiti d'ufficio del soggetto che viene designato.

In tale senso, appare anche palese il contrasto con il modello in house ove si ricordi che uno dei cardini del modello è proprio il "controllo analogo" che la disciplina di cui al comma 4 e al comma 5 dell'art. 4, attuando una forma di gestione diretta, mette in crisi, ingenerando una insanabile contraddizione.

Il "controllo analogo" infatti presuppone banalmente una distinzione fra controllore e controllato che viene superata forzatamente dall'art. 4 ma non per questo cessa di esistere e si riverbera in particolare nella permanenza della necessità di una verifica preliminare ad opera dell'ente di appartenenza dell'assenza di qualsivoglia conflitto di interesse fra attività societaria ed istituzionale del dipendente, secondo una analisi che la Corte dei Conti aveva peraltro già ritenuto doverosa (88).

Ebbene, l'analisi preventiva richiesta dalla Corte dei Conti o meglio i suoi esiti fondano, in caso di servizio di interesse generale, una criticità del tutto insuperabile, in quanto in questo caso si affaccia alla ribalta un terzo imprescindibile ossia la collettività destinataria del servizio e che, come tale, costituisce fattore che investe anche il dimensionamento dello stesso interesse sociale, con ciò offrendosi ulteriore argomento per l'infondatezza della tesi che estende il comma 5 alle società di servizio pubblico.

Costituisce, a tal proposito, constatazione che la definizione della causa societaria non si esaurisce nel solo art. 2247 cod. civ. ma, a partire da quella base comune, si sviluppa con esiti e sfumature diverse in ragione di ciascun tipo di società, raggiungendo il maggior grado di complessità ed autonomia nella società di capitali e in particolare nella società per azioni, in rapporto alla quale la

definizione della causa societaria si lega alla determinazione del concetto esplicito di “interesse della società” e di cui all’art. 2241 5° co. cod. civ.

A partire da tale constatazione dell’autonomia dell’interesse sociale, la migliore dottrina ha osservato che in particolare nel contesto della società di capitali lo scopo della divisione degli utili in cui si individua l’interesse primario del socio e di cui all’art. 2247 cod. civ. non rappresenta necessariamente lo scopo primario della società, rispetto al quale tutta l’attività sociale deve essere preordinata ma può collocarsi in posizione secondaria o meramente collaterale, prevalendo l’interesse sociale preliminare all’efficienza dell’impresa o quello intermedio alla realizzazione degli utili: “Sull’interesse del singolo socio alla percezione della sua parte di utili prevale, nella società di capitali, un diverso interesse della cui realizzazione è arbitra la maggioranza L’utile non realizzato e non distribuito ai soci va ad incrementare il patrimonio delle società, e gli amministratori potranno servirsene per potenziare l’impresa sociale, migliorandone o ampliandone gli impianti aumentando gli investimenti e, quindi, il volume della produzione” (89).

Tale assetto di principio è ulteriormente enfatizzato in concreto dalla riforma del diritto societario del 2003 che ha aggiunto al quadro appena descritto un rafforzamento dei poteri individuali e della responsabilità dei componenti il consiglio di amministrazione, con ciò creando le condizioni per un acuirsi del possibile conflitto di interesse fra esercizio dell’attività di amministratore della società e esercizio dell’attività istituzionale di dipendente pubblico ed in massimo grado quando la società svolga attività di impresa, come nel caso dei servizi pubblici e non mera attività amministrativa di rilievo esclusivamente interno, risultando la dialettica che si innesta relativamente all’esercizio del servizio nella prassi spesso complessa.

Dalla lettura della norma emerge con evidenza che il Legislatore, mutuando la soluzione offerta dal comma 4 dell’art. 4, ha ritenuto di risolvere le denunciate problematiche anche per il comma 5, investendo i componenti del consiglio di amministrazione che sono privi della qualifica di dipendenti dell’amministrazione di poteri delegati, e, dunque, valorizzando l’organo unipersonale costituito dall’amministratore delegato.

La soluzione offerta, qualora applicata alle società che svolgono attività di impresa e quindi ai servizi pubblici, secondo la tesi che si critica, tradirebbe una ben superficiale conoscenza da parte del Legislatore delle rilevanti modifiche introdotte dalla riforma del diritto societario del 2003 rispetto agli assetti della attività gestoria in caso di delega di poteri.

A tacere del fatto che esistono compiti fondamentali di amministrazione che non possono essere comunque delegati ex lege (90), come ad esempio la redazione del bilancio di esercizio, bisogna ricordare, infatti, che la riforma, memore, come dimostrano i lavori preparatori della riforma, dell’ostacolo e dell’alibi costituito dalla carenza di informazione degli amministratori privi di delega nell’esercizio delle attività di competenza, è intervenuta nella definizione dei rapporti fra gli organi delegati, di cui ha meglio precisato le funzioni, e gli altri componenti del consiglio di amministrazione, proprio al fine di consentire la circolazione delle informazioni sulla gestione.

Ai sensi dell’art. 2381 cod. civ., da un lato, gli organi delegati sono tenuti a curare che l’assetto organizzativo amministrativo e contabile sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell’impresa e a riferire al consiglio di amministrazione periodicamente sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue eventuali partecipate. Ma il compito di informazione in capo ai delegati non esaurisce il flusso

informativo che è ha un contrappeso nella previsione di un autonomo dovere degli altri amministratori di agire informati e quindi di informarsi, innescando con i delegati una dialettica costante sulla gestione della società (91).

Di qui la riforma del 2003 ha delineato con chiarezza degli autonomi poteri-doveri del consiglio di amministrazione di carattere gestorio da esercitare anche in presenza di amministratori delegati. Infatti, a tacere del fatto che il consiglio di amministrazione può sempre impartire direttive agli organi delegati e riportare a sé operazioni astrattamente rientranti nella delega conferita, il consiglio è chiamato, sulla base delle informazioni ricevute e di cui dunque deve essere in grado di operare la necessaria valutazione, a stabilire dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società come dei piani strategici, industriali e finanziari della società ed infine a valutare il generale andamento della gestione.

L'instaurazione di precisi doveri di contraddittorio all'interno del consiglio di amministrazione pur in presenza di conferimento di poteri delegati trova poi una precisa conferma nel contestuale ripensamento integrale ad opera del Legislatore del 2003 della disciplina dell'invalidità delle delibere del consiglio di amministrazione che ha fornito lo strumento a tutti gli amministratori assenti o dissenzienti per impugnare tutte le delibere del consiglio di amministrazione non ritenute conformi alla legge o allo statuto. E la concessione di uno strumento si traduce in un riconoscimento di responsabilità quando lo strumento non sia usato, da mettere in relazione con la previsione per cui gli amministratori sono "in ogni caso" solidalmente responsabili, ai sensi dell'art. 2392 cod. civ., quando, a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non si siano attivati per impedirne il compimento ovvero per attenuarne il le conseguenze dannose.

In altre parole, oggi la riforma societaria esclude che si possa, tanto per risparmiare, inserire nei consigli di amministrazione delle figure, di cui giustificare l'assenza o il silenzio tramite la ricorrenza di un amministratore delegato.

Sotto diverso profilo, l'estensione anche alle società di servizio pubblico delle previsioni di cui al comma 5 dell'art. 4 denuncerebbe altresì una decisa sottovalutazione rispetto alla percezione della vastità e complessità dei compiti che l'esercizio del servizio pubblico in certi casi comporta vuoi per la dimensione dell'impresa vuoi per la sua eterogeneità, come nel caso delle aziende multiservizi. In questa ottica, al Legislatore si farebbe introdurre una relazione fra articolazione della gestione e composizione della compagine sociale che è priva di qualsiasi fondamento tecnico prima ancora che giuridico, in quanto aziendalmente può essere ben più complessa la gestione di una società a totale partecipazione pubblica caratterizzata da una compagine sociale numerosa e volta all'esercizio di una impresa di ampie dimensioni rispetto alla gestione di una società mista dal perimetro di azione qualitativamente o territorialmente limitato. Il dettaglio della norma diventa talmente esasperato che imporrebbe addirittura la suddivisione dei poteri fra presidente del consiglio di amministrazione e amministratore delegato mediante una previsione che si dimostra palesemente inadeguata nelle realtà più complesse ed articolate e che tradisce una certa ingenuità rispetto alle complessità dei modelli organizzativi aziendali.

Simili soluzioni, qualora da riferirsi alle società di servizio pubblico, oltre alla sopra denunciata violazione di precisi assetti del nostro ordinamento giuridico, rappresenterebbero insomma una decisa mortificazione della cultura imprenditoriale di matrice pubblica oltrechè della tutela della collettività dei terzi destinatari del servizio medesimo, perché in definitiva si tradurrebbero nella privazione delle garanzie di un miglior servizio, laddove impediscono la ricerca del miglior assetto

gestorio mediante una inopportuna intromissione di tipo paternalistico da ritenersi altresì peculiarmente illegittima se rapportata alle autonomie locali, con il che si ritiene in definitiva che il comma 5 non possa essere esteso alle società di servizio pubblico, ostando importanti argomenti di ordine testuale e funzionale.

Ma la soluzione offerta dai commi 4 e 5 dell'art. 4 rimane foriera di perplessità estrema anche qualora confinata al contesto delle società strumentali di autoproduzione, in quanto, oltre a sottoporsi all'irrisolvibile conflitto innescato dalla materia delle funzioni e responsabilità degli amministratori societari, compromette, nel contesto del sistema in house, principi consolidati nel nostro ordinamento con riferimento alla separatezza dei ruoli tra momento politico e gestionale nello svolgimento dell'attività amministrativa (92). Se infatti la società in house rappresenta il momento gestionale, è immediato osservare che appare contrario ai detti principi che gli amministratori della società "incarnino" addirittura il soggetto che dovrebbe fornire gli indirizzi di tipo politico.

Alla luce delle tante questioni sopra sottolineate ingenera ulteriore perplessità la constatazione che, in definitiva, la norma non sembra poi nemmeno rispondere alla ratio legis della riduzione delle spese che dovrebbe almeno informare e giustificare soluzioni tanto dirimpenti.

Sotto questo profilo, infatti, le norme prevedono un compenso anche per gli amministratori che siano scelti obbligatoriamente fra i dipendenti dell'ente titolare della partecipazione o dei poteri di indirizzo e vigilanza, il che è senz'altro corretto e coerente con l'attività e le responsabilità autonome che l'assunzione della qualifica di amministratore della società in house comporta e con la disciplina del codice civile che prevede comunque il riconoscimento all'amministratore di un compenso. Ma, così generalmente prevedendo, la norma finisce per non distinguere l'eventuale caso in cui l'assunzione della qualità di amministratore possa rientrare fra gli ordinari compiti d'ufficio del soggetto dipendente pubblico che viene designato, caso che, secondo la Corte dei Conti, deve comportare l'esclusione della possibilità di riconoscere un compenso autonomo (93).

7.– Ad escludere l'applicabilità ai servizi pubblici dei commi 9, 10 (94), 11, 12 dell'art. 4 conduce l'esplicito riferimento alle "società di cui al comma 1", che, come già dimostrato in precedenza, incorpora il regime di esclusione di cui al comma 3.

Sicuramente applicabile al settore dei servizi pubblici locali è invece la norma contenuta nel comma 7 primo periodo dell'art. 4, che, apparentemente scontata per il suo tenore, ha invece un rilievo non indifferente per il mercato dei servizi pubblici, ove operatori in mano pubblica ed operatori privati, che sono sottoposti alle norme sui contratti pubblici solo in ragione dell'attività effettuata, operano insieme. E' appena evidente che diversi sono i costi di approvvigionamento se effettuati necessariamente con il rispetto delle norme in materia di contratti pubblici oppure al netto delle norme medesime. Il principio della parità di comportamento, seppure ben evincibile dal d.lgs. 163/2006 s.m.i. è ora espresso con una formulazione davvero inequivocabile e tale da consentire anche forme più attive di tutela per i soggetti globalmente tenuti al rispetto della normativa pubblicistica in materia di approvvigionamento.

8. – Ancora una riflessione merita il comma 8 dell'art. 4 che ha conosciuto, peraltro, rispetto al primo periodo una importante modifica in ragione della repentina soppressione del riferimento al parametro quantitativo che avrebbe dovuto condizionare l'ammissibilità dell'affidamento in house per la produzione di beni e servizi strumentali. a partire dal 2014, con il che la norma ora si limita a stabilire: "A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di

società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house”.

La norma, dunque, mantiene la propria valenza programmatica e di clausola aperta caratterizzata da un rinvio di contenuto variabile alle risultanze dell’elaborazione delle istituzioni comunitarie, lasciando poi all’interprete il vaglio dei noti contrasti fra le medesime in materia di public procurement e particolarmente visibili negli atti cd. di soft law.

La modifica dell’art. 4 8° co. non compariva fra le previsioni del d.l. n. 179/2012 e risale all’emendamento 34.122 presentato durante i lavori di conversione presso la X Commissione (Industria, Commercio, Turismo) del Senato in sede referente (95) poi confluito nel maxiemendamento presentato dal Governo durante i lavori del Senato in data 5 dicembre 2012, sul quale il Governo ha posto la questione di fiducia (96).

La modifica incide su una norma che ha ingenerato, sin dalla sua emanazione, gravi problemi di coerenza interna della struttura dell’art. 4 complessivamente considerato, tenuto conto della funzione di contenimento della spesa e non di norma per la concorrenza riconosciuta dallo stesso Legislatore all’art. 4 (97).

Il comma 8, d’altra parte, ha anche creato effettivi problemi di coordinamento con le altre previsioni dell’art. 4. A quest’ultimo proposito, il peculiare tenore della norma, vista la sorte imposta dall’art. 4 alle società di cui al comma 1, imponeva di concludere che la stessa intendesse alludere a società strumentali in house diverse da quelle di cui al comma 1, risultando diversamente incomprensibile come la norma sia pure per effetti economicamente irrilevanti consentisse il ricorso ad un modello che il comma 1 si preoccupava di eradicare. Il comma 8 dunque sembrava esprimere la volontà del Legislatore di confinare l’in house nel contesto dei servizi strumentali ad ipotesi limitate ed economicamente irrilevanti, risultando invece espressamente impedita tale impostazione quanto al servizio pubblico locale dalle decisioni della Corte Costituzionale n° 199 e 200 del 2012.

L’interpretazione ora offerta era del resto la sola che consentisse la necessaria coerenza del comma 8 dell’art. 4 rispetto alla stessa disciplina dei contratti pubblici e, in particolare, le previsioni, come ad esempio il disposto dell’art. 218 d.lgs. 163/2006 s.m.i., in materia di approvvigionamento in house nei settori speciali che tradizionalmente esprimono parte del comparto dei servizi pubblici.

La modifica introdotta dall’art. 34 d.l. 179/2012 convertito in l. 221/2012, espungendo il parametro quantitativo ha liberato il ricorso al modello in house anche nel campo delle attività strumentali da ogni qualifica di eccezionalità con ciò operando finalmente una armonizzazione fra la disciplina del settore degli appalti e quella dei servizi pubblici, a fronte dell’evidente parallelismo fra la dizione dell’art. 4 8° co. 1° periodo novellato ed il tenore dell’art. 34 20° co. d.l. 179/2012 convertito in l. 221/2012 (98) in materia di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica e al riferimento là contenuto alla “sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta” (99).

Tuttavia, proprio l’espunzione, peraltro del tutto auspicabile, del parametro quantitativo dal tenore del comma 8 dell’art. 4 segna la definitiva difficoltà di comprendere l’aprioristica condanna delle società di cui al comma 1 a procedure di liquidazione e cessione forzata e fuori mercato e quindi pacificamente antieconomiche a fronte di vantaggi del tutto ipotetici sotto il profilo del contenimento

della spesa, come più volte denunciato dai documenti relativi all'esame del profilo finanziario del provvedimento di conversione.

Per tale ragione e in conclusione si ritiene che la riforma dell'art. 4 8° co. primo periodo d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 costituisca il viatico per il complessivo ripensamento dell'art. 4 secondo logiche più meditate e lontane dal coup de théâtre della decretazione d'urgenza, finalmente attente alla valorizzazione, mediante analisi con metodi scientifici su dati concreti, dei costi standard (se non effettivi) degli apparati in ragione della loro utilità e, in definitiva adottando una strategia distante dai tagli orizzontali di matrice pregiudiziale, che il Parlamento, durante l'attività di conversione del d.l. 95/2012, ha comunque cercato di evitare al fine di salvaguardare la dichiarata ratio legis del provvedimento.

oooooooooooooooo

Note:

(1) Cfr. Parere del Comitato per la Legislazione sul ddl n. 5389 alla Camera dei Deputati, che per il peculiare iter di conversione del provvedimento è riferibile anche al testo dell'art. 4 nella sua attuale formulazione: "introduce una articolata normativa ... in molti casi ... formulata in modo generico, senza inserirla in un idoneo contesto normativo ed in assenza di clausole di coordinamento (abrogazioni/novelle) con la normativa vigente".

(2) Si ricorda sinteticamente che l'art. 4 del disegno di legge n° 3396 assegnato alla V Commissione Bilancio del Senato in sede referente è stato oggetto della presentazione di 264 emendamenti, seguiti, dopo la discussione, dalla proposta dei relatori 4.1000 poi oggetto della presentazione di ulteriori sub-emendamenti. Il Governo ha quindi posto la questione di fiducia sull'approvazione dell'emendamento 1.900 (testo corretto) interamente sostitutivo dell'articolo unico del disegno di legge n. 3396 di conversione del decreto-legge n. 95/2012 secondo la proposta di coordinamento C1. La questione di fiducia è stata poi proposta dal Governo anche alla Camera. Di qui la centralità degli assunti della V Commissione Bilancio del Senato.

(3) Cfr. V Commissione Bilancio Senato, 731° seduta del 12 luglio 2012, considerazioni del relatore Pichetto Fratin.

(4) Cfr. V Commissione Bilancio Senato, 736° seduta del 19 luglio 2012, considerazioni dei senatori Agostini e Mascitelli, secondo una terminologia che viene costantemente impiegata sia in sede di commissione che in sede di Assemblea sia al Senato che alla Camera.

(5) Cfr. V Commissione Bilancio Senato, 731° seduta del 12 luglio 2012, considerazioni del relatore Giaretta.

(6) Cfr. V Commissione Bilancio Senato 737° del 23 luglio 2012, 739° del 24 luglio 2012, 743° del 25 luglio 2012.

(7) Cfr. XIII Commissione Territorio, Ambiente, Beni Ambientali Senato 358° seduta del 18 luglio 2012 e gli apporti alla discussione là effettuati.

(8) Così il parere della I Commissione Affari Costituzionali Senato 417° seduta del 24 luglio 2012.

(9) In tal senso, anche la lettura del Servizio Studi – Dipartimento Bilancio della Camera dei Deputati nelle Schede di lettura con riferimento all'A.C. 5389 – disegno di legge di conversione del d.l. 95/2012, pag. 108.

(10) Estremamente significativa è l'analisi condotta nel dossier redatto alla Camera dei deputati per l'esame del progetto di legge in merito ai profili finanziari del 31 luglio 2012, ove dopo aver ricordato che "Alla disposizione che ridefinisce l'ambito delle società escluse dal campo di applicazione del comma 1 non sono ascritti effetti sui saldi di finanza pubblica in quanto alle disposizioni di cui all'art. 4 non sono associati effetti sui predetti saldi" considera che "In merito ai profili di quantificazione si osserva che la norma non prevede una procedura di monitoraggio che consenta di verificare a consuntivo il conseguimento effettivo degli effetti finanziari positivi evidenziati dalla relazione tecnica né dispone vincoli in merito alla relativa destinazione, al fine di evitare che gli eventuali risparmi conseguiti siano destinati ad alternative finalità di spesa ..."

(Servizio Bilancio, Camera dei deputati - Documentazione per l'esame dei progetti di legge D.L. 95/2012 – A.C. 5389 Profili finanziari n. 672 parte II 31 luglio 2012 pag. 30).

(11) Si consenta sul punto, vista l'economia del presente lavoro, il rinvio a S. Rostagno, "Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ovvero della deriva dell'interpretazione dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n° 223 convertito in l. 4 agosto 2006 n° 248 (cd. decreto Bersani) lontano dai principi del Trattato UE e dai modelli di comunitari di collaborazione fra pubblico e privato", in questa Rivista 2008.

(12) Corte Cost. 1° agosto 2008 n. 326 in questa Rivista che ebbe a delibare le questioni di costituzionalità sollevate nei confronti dell'art. 13 del cd. decreto Bersani.

(13) Per l'art. 13 d.l. 223/2006 convertito in l. 248/2006: Tar Lazio II, 5 gennaio 2010 n. 36.

(14) Così l'art. 4 13° co. terzo periodo d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 s.m.i.: "Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, 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". Il rinvio generalizzato al codice civile operato dalla norma fa risaltare quelle disposizioni che costituiscono deroga del medesimo, come appunto è il procedimento di scioglimento o di liquidazione forzata dell'art. 4 1° co., che risulta in contrasto con il principio della sopravvivenza della società animatore del codice civile e della riforma del 2003 in materia di diritto societario.

(15) Servizio Bilancio, Camera dei deputati - Documentazione per l'esame dei progetti di legge D.L. 95/2012 – A.C. 5389 Profili finanziari n. 672 parte II 31 luglio 2012 cit. pag. 31. Cfr. altresì la nota di lettura del Servizio del bilancio del Senato in merito all'A.S. 3396 pagg. 64-65 a commento delle affermazioni contenute nella Relazione tecnica al disegno di legge di conversione con riferimento ai commi 1/3 e 6.

(16) Corte di Giustizia CE II 19 aprile 2007 C- 295/2005 ove si constata: "Giova osservare che, se la Tragsa non dispone di alcun margine di libertà, né in merito al seguito da dare ad un incarico da parte delle amministrazioni competenti in parola, né quanto alle tariffe applicabili alle sue prestazioni, il che spetta al giudice del rinvio accertare, la condizione per applicare le direttive di cui trattasi relativa all'esistenza di un contratto non è soddisfatta".

(17) Cons. Stato VI, 11 febbraio 2013 n. 762.

(18) Servizio Bilancio, Camera dei deputati - Documentazione per l'esame dei progetti di legge D.L. 95/2012 – A.C. 5389 Profili finanziari n. 672 parte II 31 luglio 2012 cit. pagg. 30-31.

(19) Così l'art. 19 5° co. d.l. 1° luglio 2009 n. 78 convertito in l. 3 agosto 2009 n. 102, sul quale si rinvia a E. Loria, "Le società pubbliche dopo la legge 69/2009" in "Urbanistica e Appalti" 2009 pag. 1164, ivi pag. 1165.

(20) Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sugli appalti pubblici del 20 dicembre 2011 COM (2011) 896 def.

(21) Cfr. Commissione Europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico"), SEC (2011) 1169 def.

(22) Cfr. S. Fantini, "Le novità della spending review", in *Urbanistica e appalti* 2012, pag. 1115 ivi pag.

1120 per il quale "sono escluse le società miste nelle quali l'Amministrazione non eserciti una posizione di controllo diretto o indiretto (ad esempio le società a partecipazione pubblica minoritaria, come pure le società in house senza controllo analogo)".

(23) La definizione di "controllo" rilevante nel caso di specie si può ricavare a partire dalla nozione delineata nell'art. 2359 cod. civ., che peraltro individua solamente il cd. controllo "diretto", ossia il caso della società A che controlla la società B, che, a sua volta, controlla la società C, secondo una catena che può allungarsi senza limiti. Il "controllo" ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., come noto, è rilevante sia in fatto che in diritto e ricorre quando: 1) una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società; 2) una società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria dell'altra società; 3) una società esercita una influenza dominante in un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Tenuto conto che normalmente gli affidamenti ricorrono tramite procedura ad evidenza pubblica salvo il caso che l'amministrazione appunto ricorra all'in house providing (il che richiede comunque la titolarità di una partecipazione rilevante da parte dell'ente affidante nella società affidataria), il terzo caso di controllo sopra individuato rappresenta una fattispecie del tutto residuale, ai fini della normativa che si commenta.

Come notorio, la ricorrenza di una fattispecie di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. ha per conseguenza che la società A, controllando la società B, che a sua volta controlla la società C, controlli anche direttamente la società C. Ma tale risultato interviene appunto nel caso in cui i tre soggetti della catena siano tre società mentre nel caso di specie l'ente di riferimento per il Legislatore è, come sopra chiarito, una pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1° co. d.lgs, 165/2001 s.m.i. Ne risulterebbe, per l'impostazione del nostro ordinamento giuridico, che il fatto che l'Ente A controlli la società B che a sua volta controlla la società C non consentirebbe di concludere che l'Ente A controlli anche la società C. Nel caso di specie, il Legislatore prevede invece espressamente la fattispecie del controllo "indiretto", che appunto sarà quello che esercita l'Ente A rispetto alla società C, per via del fatto che l'Ente A controlla la società B che a sua volta controlla la società C. . In tal modo, il Legislatore ha attribuito rilievo ai fini dell'applicazione della norma sotto il profilo soggettivo non solo al caso in cui la società portatrice del fatturato sia controllata dalla pubblica amministrazione ma anche al caso in cui intervenga una società controllata da una società, che, risalendo la catena delle partecipazioni, sia infine controllata da un Ente. La nozione di partecipazione indiretta rilevante, come noto, è stata riconosciuta legislativamente nel contesto della disciplina delle società pubbliche dall'art. 3 27° co. l. 24 dicembre 2007 n. 244, riprendendo un contestato orientamento giurisprudenziale formatosi nell'interpretazione dell'art. 13 d.l. 223/2006 convertito in l. 248/2006 s.m.i., di cui, al termine di un acceso dibattito, il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria ha riconosciuto il rilievo solamente nel caso in cui l'Ente sia titolare di una partecipazione di controllo in una società strumentale (ai sensi della detta norma di legge), che a sua volta controlli un'altra società e quest'ultima operi mediante attività inerenti a settori preclusi alla società controllante: cfr. Cons. Stato, Ad. Plenaria 4 agosto 2011 n° 17. Risulta immediato constatare come l'art. 4 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 reintroduca la rilevanza della partecipazione di controllo indiretta dopo che l'art. 71 comma 12-bis lett. b) l. 18 giugno 2009 n. 69 aveva sancito l'indifferenza della stessa partecipazione indiretta. Suscita infine rilevanti interrogativi, a fini di perimetrazione della nozione di "controllo" rilevante per la norma che si discute, il ricorso alla nozione di "direzione e coordinamento" ai sensi dell'art. 2497 cod. civ., norma che, come noto,

individua il controllo societario di cui all'art. 2359 cod. civ. come caso principe di direzione e coordinamento. La questione, pur sollevata dalla dottrina (cfr. C. Ibba, Società pubbliche e riforma del diritto societario in Riv. Società 2005 pag. 1 e ss.) sconta indubbiamente il fatto che con l'art. 19 1° luglio 2009 n. 78 convertito in l. 3 agosto 2009 n. 102 il Legislatore ha stabilito che "l'articolo 2497, primo comma, del codice civile, si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria", con ciò almeno chiarendosi la ratio dell'espunzione dalla disposizione di cui all'art. 3 comma 27 l. 244/2007 s.m.i. del riferimento alla partecipazione indiretta. Secondo V. Cariello, "Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello stato dall'applicazione dell'art. 2497 1° comma, c.c. (art. 19 6° comma d.l. n. 78/2009)", in "Le società a partecipazione pubblica" a cura di F. Guerrera, Torino 2010, pag. 167 ivi pagg. 169-170, "l'esonero non pare costruito come conseguenza di una preclusione per lo Stato, che partecipi a società, di esercitare su di essa l'attività di direzione e coordinamento. Lo scenario finale che si dischiude a valle dell'intervento interpretativo prodotto con l'art. 19 6° comma d.l. 78/2009, al contrario pare identificare lo Stato quale soggetto legittimato ad esercitare un'attività connotabile dal punto di vista tipologico, come di direzione e coordinamento, senza però doverne subire le conseguenze giuridiche che l'art. 2497 1° comma c.c. collega ad un esercizio illegittimamente dannoso di questa attività".

(24) Corte di giustizia II, 17 luglio 2008 C-371/05.

(25) Cfr. ex multis, Cass. S.U. ord. 22 luglio 2002 n. 10726 in Urbanistica e Appalti 2002, pag. 1426 e ss. Contra ex multis, Cons. Stato IV, 5 ottobre 2004 n. 6489 in Servizi pubblici e Appalti 2005, pag. 440 e ss.

(26) E' accaduto puntualmente con il servizio di trasporto pubblico locale tramite il Regolamento 1370/2007/CE entrato in vigore il 3 dicembre 2009.

(27) Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e la Comitato delle Regioni 20 novembre 2007 COM (2007) 725 def. ove al par. 2 si legge: "i servizi di interesse generale comprendono un'ampia gamma di attività, che spaziano dalle grandi imprese di rete quali l'energia, le telecomunicazioni, i trasporti, gli audiovisivi e i servizi postali, all'istruzione, all'approvvigionamento idrico, alla gestione dei rifiuti, ai servizi sociali e sanitari. Si tratta di servizi essenziali per la vita quotidiana di cittadini ed imprese e rispecchiano il modello europeo di società Benché presentino considerevoli differenze di portata e organizzazione in funzione della storia e della cultura dell'intervento statale, possono essere definiti come i servizi – economici e non economici – che le autorità pubbliche classificano di interesse generale e soggetti a specifici obblighi di servizio pubblico. Ciò significa che spetta fondamentalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello, decidere sulla natura e sulla portata di un servizio di interesse generale. Le autorità pubbliche possono decidere di erogare esse stesse i servizi oppure di affidarli ad altri soggetti, pubblici o privati, che possono agire a scopo di lucro o ppure no".

(28) cfr. il "Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema <<Una valutazione indipendente dei servizi di interesse generale>>" del 14 febbraio 2008 C 162/10 in GUUE 25 giugno 2008.

(29) Cfr. chiarimento reso in seduta 743° Commissione Bilancio del Senato dal relatore Giaretta alla senatrice Carloni.

(30) Così Cons. Stato VI, 12 ottobre 2012 n° 5268: "Si verte in materia di attività obbligatoria ex lege (al ricorrere di determinati presupposti di fatto) disciplinata da fonti di rango primario, che è svolta (anche) a favore di una collettività indeterminata di beneficiari, mira al perseguimento di un interesse pubblico ... e, infine, consiste in attività produttiva e di rilievo economico, con conseguente indubbia qualificabilità come servizio pubblico Infatti, per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del

gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili) vale ribadire che nemmeno la circostanza, che per le attività in esame non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari ..., è idonea a inficiare i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico, in quanto, per un verso, la previsione di un corrispettivo (così come di un profitto del gestore del servizio) non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico". cfr. altresì Ibid. 5 aprile 2012, n. 2021; Cons. G.A. Sicilia, 6 ottobre 2010 n° 1266.

(31) Cons. Stato V, 14 febbraio 2013 n. 911.

(32) Si pensi, ad esempio, con riferimento al servizio pubblico casa, la gestione della fase di sportello ovvero della manutenzione del bene casa assegnato ai singoli fruitori; si pensi con riferimento ai servizi di mobilità, l'elaborazione e la raccolta dei dati funzionali alla gestione elettronica dei servizi semaforici ecc. ecc.

(33) Cfr. Oltre alle recenti sentenze n° 199 e 200 del 20 luglio 2012, anche la sentenza n° 325 del 17 novembre 2010 e la sentenza 8 maggio 2009 n° 148.

(34) Cons. Stato V 12 giugno 2009 n. 3766.

(35) Cons. Stato IV, 29 dicembre 2011 n° 6974.

(36) C. Stato V, 7 luglio 2009 n° 4346.

(37) Cfr., fra i documenti fondamentali, Comunicazione della Commissione Europea, "I servizi di interesse generale in Europa", in GU C. 281 del 26 settembre 1996; Comunicazione della Commissione "I servizi di interesse generale in Europa" in GU C 17 del 19 gennaio 2001 pagg. 9-10; Relazione al Consiglio Europeo di Laeken 17 ottobre 2001 Com (2001) 598 def.; Libro verde sui servizi di interesse generale 21 maggio 2003 Com (2003) 270; Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Libro bianco sui servizi di interesse generale, 12 maggio 2004 COM (2004) 374. Comunicazione della Commissione "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo" 20 novembre 2007 (COM (2007) 0725).

(38) Comunicazione della Commissione Europea, "I servizi di interesse generale in Europa", del 26 settembre 1996 cit., ove peraltro la riflessione si soffermava sui servizi transfrontalieri di rilievo economico e tradiva un sostanziale disinteresse verso i servizi non di mercato, come le attività socio-assistenziali, l'edilizia sociale, i servizi culturali, in quanto privi di particolare impatto sul mercato e troppo funzionali alle singole politiche sociali degli Stati membri dell'Unione.

(39) Cfr. Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006 C 222/04, in questa Rivista.

(40) D. Gallo, "I servizi di interesse economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto dell'unione europea" Milano 2010, pagg. 274-275.

(41) Per una posizione assolutamente condivisa in dottrina, cfr. V. Buonocore, "L'Imprenditore in generale" in AAVV. Manuale di diritto commerciale, Torino 2005, pag. 55-56.

(42) F. Galgano, Diritto commerciale. Le società, Bologna 2009 pag. 18.

(43) G. Santini, "Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali", in Riv. dir. civ. 1973 I, pag. 151 ss.

(44) G.F. Campobasso, "Diritto commerciale. Diritto delle società", Milano 1995, pag. 24.

(45) Parlamento Europeo, Risoluzione del 5 luglio 2011 sul futuro dei servizi sociali di interesse generale in Europa, in GU C 33 del 5 febbraio 2013 punto 27.

(46) Cons. Stato VI, 11 gennaio 2013 n. 122. Dall'esito dell'indagine sull'esercizio di attività di impresa ad opera della società la giurisprudenza, come ribadito con pronuncia recentissima, fa discendere la qualificazione della società alla stregua di organismo di diritto pubblico: "Notoriamente una società privata ... può qualificarsi quale organismo di diritto pubblico se sussistano cumulativamente le seguenti condizioni: 1) sia istituita per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) sia dotata di personalità giuridica; 3) la sua attività sia finanziata in modo maggioritaria dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure alternativamente la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure, ancora alternativamente, il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà sia designata dallo Stato, da dagli enti pubblici o da altri organismi di diritto pubblico (C.d.S., sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6835). E' stato sottolineato che per stabilire se un organismo soddisfi specifiche esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, occorre accertare che esso agisca in situazione di concorrenza sul mercato, poiché ciò è un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale; che detti bisogni siano di regola soddisfatti in modo diverso dall'offerta dei beni o servizi sul mercato e che si tratti di bisogni al cui soddisfacimento, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere una influenza dominante (Cass. Civ. SS.UU. 9 maggio 2011, n. 10068). In definitiva, solo la dimostrazione che l'attività della società venga svolta con metodo non economico, senza rischio di impresa, e che la stessa opera in un mercato non concorrenziale è utile al fine della qualificazione quale organismo di diritto pubblico: la circostanza che in concreto i compiti siano svolti non con metodo economico, ma mediante l'esercizio di una attività che non implichi assunzione del rischio di impresa può desumersi innanzitutto da una connotazione interna dell'assetto societario <<...e, in particolare, dalla esistenza di relazioni finanziarie con l'ente pubblico che assicurano, secondo diverse modalità, la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'organismo>>, nonché da un elemento esterno, indiziario, costituito <<...dal contesto in cui l'attività viene esercitata e cioè dall'esistenza o meno di un mercato di beni e servizi oggetto delle prestazioni erogate>>, con la precisazione che <<la mancanza di un mercato non può ovviamente derivare dal fatto che in esso operi la sola società pubblica ma occorre stabilire se un mercato abbia la possibilità di esistere valutando le caratteristiche dei beni e dei servizi offerti, i loro prezzi, nonché la presenza anche solo potenziale di più fornitori">>" (C.d.S., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574)>>" (Cons. Stato V, 31 gennaio 2013 n. 571).

(47) Cfr. S. Foà, "Art. 117-Servizi aggiuntivi", in "Il Codice dei beni culturali e del paesaggio" a cura di

M. Cammelli, Bologna 2004 pag. 459 e ss.

(48) Cfr. G. Rossi, "Gli enti pubblici in forma societaria" in "Servizi pubblici e appalti" 2004 pag. 223 e ss.; Id., "Gli enti pubblici", Bologna 1991. In tale prospettiva, recentissima giurisprudenza ha escluso la fallibilità di società siffatte: Trib. Palermo IV, 8 gennaio 2013 n° 99.

(49) Cfr. R. Nobili "Consigli di amministrazione di società partecipate dagli enti locali ed emolumenti dei loro dirigenti-membri", in La Gazzetta degli Enti Locali 11 gennaio 2013.

(50) Per la tesi dell'applicabilità dell'art. 4 comma 5 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 alle società di servizio pubblico, G. Bassi "Nuove disposizioni in materia di dismissione di società a partecipazione pubblica e di composizione dei relativi organi di amministrazione", in Public utilities rivista on line 5 settembre 2012, pag. 22, ove peraltro l'assunto è dato per presupposto e in alcun modo giustificato.

(51) Così il Servizio Studi – Osservatorio legislativo e parlamentare della Camera dei deputati, “Disposizioni per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini – D.L. 95/2012 – A.C. n. 5389 - Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto-legge” 1° agosto 2012 pag. 15.

(52) Relazione Illustrativa del disegno di legge di conversione A.S. 3396 del Senato, pag. 16.

(53) Relazione Tecnica del disegno di legge di conversione A.S. 3396 del Senato, pag. 67.

(54) Relazione Tecnica del disegno di legge di conversione A.S. 3396 del Senato, pag. 67

(55) Si pensi, ad esempio, al caso dei centri per la formazione e l’impiego.

(56) Servizio Studi – Dipartimento bilancio – Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini D.L. 95/2012 A.C. 5389 – Schede di Lettura (Articoli da 1 a 12) Parte I, Tomo 1, 31 luglio 2012, pag. 112, che si riporta: “Si ricorda che il testo del maxiemendamento del Governo – nel testo pubblicato in data 31 luglio 2012- non riproduce la modifica, inserita in sede di coordinamento del testo dalla Commissione bilancio nel corso dell’esame in sede referente al Senato, la quale estendeva l’ambito di applicazione della norma restrittiva del numero dei componenti del CDA sostituendo il riferimento alle “società di cui al comma 1” - ossia le società in mano pubblica strumentali, con quello, più ampio, alle “società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni”.

(57) In sede di conversione del d.l. 95/2012, la Commissione parlamentare per gli Affari Regionali ha rilasciato parere favorevole condizionato. Fra le condizioni ritorna la richiesta che “sia precisato, all’articolo 4 inerente la riduzione di spese, messe in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche, che gli obiettivi ivi perseguiti siano attuati con il pieno coinvolgimento delle regioni interessate in relazione agli enti pubblici controllati dalle amministrazioni locali e regionali; sia altresì salvaguardata la competenza regionale e delle autonomie locali a definire parametri sulla composizione degli organi interni delle società pubbliche da esse controllate”.

(58) Cfr. recentemente Corte Cost. 7 giugno 2012 n. 148; Id. 22 luglio 2011 n. 232.

(59) La contestata definizione di servizi pubblici locali “di rilevanza industriale” introdotta nell’art. 113

1° co. d.lgs. 18 agosto 2000 n° 267 ad opera dell’art. 35 1° co. l. 448/2001 fu poi abbandonata a favore della classificazione in servizi pubblici locali di “rilevanza economica” in forza dell’art. 14 d.l. 30 settembre 2003 n. 269 convertito in l. 24 novembre 2003 n. 326 ad abbracciare la nozione comunitaria di “servizi di interesse economico generale”.

(60) Così l’art. 35 8° co. l. 448/2001: “Gli enti locali, entro il 31 dicembre 2002, trasformano le aziende speciali e i consorzi di cui all’art. 31 comma 8 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, che gestiscono i servizi di cui al comma 1 del presente articolo, in società di capitali, ai sensi dell’articolo 115 del citato testo”.

(61) Il termine del 31 dicembre 2002 fu prorogato al 30 giugno 2003 dal comma 7-ter dell’art. 1 d.l. 8 luglio 2002 n. 138 come introdotto dalla legge di conversione l. 8 agosto 2002 n. 178.

(62) G. Severini, “L’affidamento dei servizi pubblici: caratteri e procedure” in “Servizi pubblici e appalti” 2003, pag. 173 ss. ivi pag. 174. Cfr. anche A. Travi, Note introduttive, La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria 2002), a cura di A. Travi, in “Nuove leggi civili”, 2003, p. 8 ss.

(63) M. Roli “La privatizzazione delle società di gestione di servizi pubblici locali dopo l’art. 35 l. n. 448 del 2001” in “Servizi pubblici e appalti” 2003 n. 3 pag. 349 e ss. ivi pag. 359.

(64) Lettera 26 giugno 2002 C (2002) 2329 della Commissione Europea, ove, infatti, si contesta invece, fra l’altro, la disposizione di cui all’art. 35 5° co. l. 448/2001.

(65) C. Tessarolo, “Appalti, concessioni di servizi e art. 23-bis”, in “Diritto dei servizi pubblici” 2009 (rivista on line). Secondo R. De Nictolis, “La riforma dei servizi pubblici locali”, in “Urbanistica e appalti” 2008, pag. 1109 e ss. ivi pag. 1113, l’art. 23-bis, sin dalla sua prima

formulazione, avrebbe addirittura inteso precludere la scelta discrezionale dell'ente locale circa la migliore formula organizzativa; effetto, per chi scrive, perseguito soltanto dalla normativa successiva poi finalmente abrogata a seguito del referendum.

(66) Si ricordi, del resto, la costante smentita da parte della Corte di Giustizia alle tesi restrittive assunte dalla prevalente dottrina e giurisprudenza interna in materia di affidamento in house e fondate sulla pretesa negazione della libertà organizzativa dell'ente pubblico ad opera del diritto della concorrenza: Ad es., in questa Rivista, Corte Giust. III 10 settembre 2009 C-573/200707; Ibid. 13 novembre 2008 C-324/2007; Id. II 17 luglio 2008 C-371/2005; Ibid. 19 aprile 2007 C-295/2005 ecc.). Con più generale riferimento alla libertà organizzativa degli enti pubblici: cfr., Corte di Giustizia G.S. 9 giugno 2009 C-480/2006, in questa Rivista.

(67) M. Libertini, "Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria" in "Le società a partecipazione pubblica" a cura di F. Guerrera, Torino 2010, pag. 30.

(68) Il d.l. 25 settembre 2009 n. 135 convertito in l. 20 novembre 2009 n. 166 si è limitato a regolamentare l'affidamento in favore di società miste e a ritornare sul periodo transitorio e sul divieto di partecipazione alle gare: cfr. ex multis, B. Giliberti, L. R. Perfetti, I. Rizzo "La disciplina dei servizi pubblici alla luce del d.l. 135/2009", in "Urbanistica e Appalti" 2010 pag. 257 ss.

(69) Corte Cost. 17 novembre 2010 n. 325 in questa Rivista, par. 6: "le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost."

(70) Corte Cost. 17 novembre 2010 n. 325, cit., par. 13.2.1.

(71) Corte Cost. 17 novembre 2010 n. 325 cit. par. 6.1.

(72) Corte Cost. 17 novembre 2010 n. 325 cit. par. 8.1.2.

(73) Corte Cost. 26 gennaio 2012 n. 24 in questa Rivista.

(74) Nello stesso senso e con particolare riferimento al settore idrico, G. Caia, "Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali", in Foro Amm 2011, p. 663.

(75) Dirimente rispetto a quanto sin qui sostenuto è che il Legislatore, nel contesto dei tentativi di riforma precedenti all'art. 23-bis, ha anche pensato di reintrodurre fra le modalità di gestione l'azienda speciale mediante una esplicita norma di legge (cfr. ddl 772 Delega per la riforma dei servizi pubblici locali nella versione revisionata).

(76) In quest'ottica, si ritiene illegittima la diversa impostazione volta a "trasformare" la società-gestore in azienda speciale, mediante il ricorso all'istituto della trasformazione ex art. 2500 – septies cod. civ. e alle norme del codice civile, che, d'altra parte, sconta un insormontabile ostacolo nel fatto che l'istituto è contemplato dal Legislatore per l'utilizzo fra due soggetti privati e non fra un soggetto privato ed un soggetto di diritto pubblico, quale è l'azienda speciale.

(77) Corte Cost, 26 gennaio 2011 n° 24, cit.

(78) Corte Cost. 20 luglio 2012 n° 199, in questa Rivista.

(79) Cons. Stato VI, 11 febbraio 2013 n. 762 cit.

(80) Per un esame ragionato delle diverse modifiche intervenute a seguito dell'esito referendario, C. Volpe, "Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine" in www.giustizia-amministrativa.it

(81) Corte di Giustizia II 19 aprile 2007 C-295/2005, in questa Rivista.

(82) Per una chiara illustrazione di tale caratteristica del modello in house cfr. Corte di Giustizia II 19 aprile 2007 cit.

(83) Per tutti, cfr. P. Novelli – L. Venturini, “La responsabilità amministrativa di fronte all’evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società”, Milano 2008 pag. 429 e ss.

(84) Corte Cost. 26 gennaio 2011 n° 24 cit.

(85) Con particolare riferimento al servizio idrico integrato, ove il dibattito si è formato, si osserva per completezza che fra i quesiti referendari sottoposti al vaglio della Corte Costituzionale era presente anche la consultazione popolare sull’abrogazione dell’art. 150 d.lgs. 152/2006. Come osservato dalla Corte, il quesito referendario si proponeva “l’obiettivo ... di rendere inapplicabile la servizio idrico integrato la disciplina concernente le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (SPL)”. Con sentenza 26 gennaio 2011 n° 25, in questa Rivista, la Corte ha affermato espressamente l’inammissibilità del quesito, con il che, per definizione, l’ostacolo alla gestione diretta permane. 1 Sul tema cfr. anche C. Tessarolo, “L’affidamento della gestione del servizio idrico integrato”, in “Diritto dei servizi pubblici” rivista on line, per il quale “l’abrogazione dell’art. 23- bis del d.l. 112/2008 non ha determinato la “pubblicizzazione” della gestione del SII, ma, come si vedrà, reso solo più agevole l’affidamento in house del servizio stesso, che le disposizioni dell’art. 23- bis (v. commi 3 e 4) e quelle dell’art. 4 del d.l. 138/2011 (v. comma 13) rendono praticamente impossibile”.

(86) Cfr. il d.l. 31 maggio 2010 n. 78 convertito in l. 30 luglio 2010 n. 122 come il d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 hanno compromesso il ricorso all’azienda speciale anche nel campo dei servizi socio-assistenziali.

(87) G.F. Campobasso, “La riforma delle società di capitali e delle cooperative”, Torino 2003 pag. 112.

(88) Corte Conti Lombardia Sez. Reg. Controllo, parere 14 febbraio 2011 n. 78; Ibid, parere 17 febbraio 2010 n. 228.

(89) F. Galgano, “Diritto Commerciale. Le società”, Bologna 2009, pag. 20.

(90) Cfr. art. 1381 3° co. cod. civ.

(91) Cfr. la previsione dell’art. 1381 6° co. cod. civ.

(92) Si pensi alla l. 15 marzo 1997 n. 59 e al d.lgs. 15 maggio 1997 n. 127.

(93) Corte Conti Lombardia Sez. Reg. Controllo, parere 17 febbraio 2010 n. 228 cit.

(94) Il comma 10 dell’art. 4 è stato modificato dall’art. 1 148° co. l. 24 dicembre 2012 n. 228 che ha aggiunto infine il seguente periodo: “Le medesime società applicano le disposizioni di cui all’art. 7 comma 6 e 6-bis del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 e successive modificazioni, in materia di presupposti, limiti e obblighi di trasparenza nel conferimento degli incarichi”.

(95) L’emendamento proposto dai sen.ri Fioroni e Mercatali risulta illustrato nella seduta n. 341 del 13 novembre 2012 della X Commissione del Senato in sede referente e ripreso testualmente dalla proposta di coordinamento (testo 2) dei relatori approvato nella seduta n. 355 del 4 dicembre 2012 e poi dal maxiemendamento presentato dal Governo in data 5 dicembre 2012 sul quale è stata posta la questione di fiducia.

(96) Trattasi dell’emendamento 1.800 integralmente sostitutivo dell’art. 1 del disegno di legge di conversione che costituisce l’allegato A del resoconto della 850° seduta pubblica del 5 dicembre 2012 del Senato. La prima versione dell’emendamento è stata superata da una seconda (cd. testo corretto) che peraltro non conosce modifiche rispetto alla norma che interessa.

(97) Dimentica la matrice della norma C. Acocella, “Riflessioni sugli attuali limiti delle partecipazioni pubbliche tra attività amministrativa e attività d’impresa”, in questa Rivista pag. 29, che ascrive all’art. 4 esclusivamente la valenza di regola della concorrenza.

(98) Sul tema della riforma dei servizi pubblici a rilevanza economica di cui al d.l. 179/2012 convertito in l. 221/2012 si rinvia alla puntuale e sapida analisi di C. Volpe, “La nuova normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto Lazzaro. Ma è vera resurrezione?” in questa Rivista. Fra i primi commenti cfr. altresì C. Contessa, “Ricerca, grandi

infrastrutture e servizi pubblici locali: il governo Monti tenta un “tris d’assi” sulla via dello sviluppo” in *Urbanistica e Appalti 2013* pag. 140 e ss. ivi pag. 143 ss., che peraltro non si sofferma sui contenuti più apertamente innovativi della riforma alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n° 199 del 2012, illustrando soltanto i (pochi e discutibili) elementi di continuità della legislatura in materia di servizi pubblici.

(99) Così l’art. 34 20° d.l. 179/2012 convertito in l. 221/2012: “Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l’affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”. Sul tema della riforma dei servizi pubblici a rilevanza economica di cui al d.l. 179/2012 convertito in l. 221/2012 si rinvia alla puntuale analisi di C. Volpe, “La nuova normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto Lazzaro. Ma è vera resurrezione?” in questa Rivista.

ANTONIO FUSCO [*] e STEFANO GLINIANSKI [**]

**Autonomia negoziale della P.A. ed obblighi di approvvigionamento di beni e servizi mediante
CONSIP SPA e centrali di committenza regionale**

SOMMARIO: 1. I limiti all'attività negoziale della p.a. introdotti dalla L. 135/2012. 2. Sorte del contratto e responsabilità in caso di violazione delle regole dettate dalla L. 135/2012. 3. La natura delle convenzioni Consip. 4. Gli obiettivi perseguiti dalla riforma attraverso la centralizzazione degli acquisti delle pubbliche amministrazioni: critiche e vantaggi. 5. Il nuovo ruolo dei buyers pubblici.

1. Il tema dell'attività negoziale della pubblica amministrazione, specie con riferimento agli acquisti di beni e servizi di modesto valore (cd. sotto soglia) - per i quali le stazioni appaltanti possono non ricorrere alle procedure concorrenziali disciplinate dal codice dei contratti pubblici - è stato al centro del dibattito politico degli ultimi decenni ed in particolare dell'ultima esperienza governativa.

Il crescente aumento della spesa pubblica (che ha assunto proporzioni insostenibili rispetto al PIL) e le esigenze connesse ai vincoli di bilancio, derivanti dagli impegni assunti in sede europea dal nostro Paese, hanno indotto, infatti, il legislatore, a dettare - con il D.L. 95/12 (c.d. spending review), convertito, con modificazioni, dalla L. 135/12 - una profonda riforma dei meccanismi di approvvigionamento di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche funzionale ad una più razionale gestione delle risorse economiche ed un più efficace controllo dell'andamento della spesa pubblica.

Gli obiettivi di razionalizzazione della spesa pubblica testé citati si è inteso perseguirli, dunque, attraverso l'introduzione di una disciplina vincolistica della capacità d'agire negoziale della pubblica amministrazione che ha ridotto fortemente i margini di discrezionalità amministrativa dei c.d. buyers pubblici, con particolare riferimento alla libertà di determinazione del contenuto dei contratti e della libertà di scelta del contraente [1].

Più precisamente, l'art. 1 del D.L. 95/12, convertito con modificazioni dalla legge 135/12, ha statuito che, per determinate categorie merceologiche, in particolare, per energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile, è fatto obbligo alla stazione appaltante che intenda acquisirle di avvalersi delle convenzioni all'uopo stipulate dalla Consip S.p.a., ovvero dalle centrali di committenza regionale, oppure di esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione sul mercato elettronico ed i sistemi dinamici di acquisizione messi a disposizione dai soggetti anzidetti.

Nell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1, sono ricomprese tutte le amministrazioni pubbliche (comprese le Regioni ed enti locali) e le società partecipate dallo Stato, inserite nel conto economico consolidato dello Stato pubblicato dall'Istat.

Sotto il profilo oggettivo, invece, è appena il caso di rilevare che, la disposizione in parola, contiene in sé già le premesse di una futura applicazione generalizzata di tale sistema di approvvigionamento, demandando, in effetti, ad un successivo decreto ministeriale, la determinazione di ulteriori categorie merceologiche, per le quali si dovrà fare ricorso alle centrali di acquisto (ex art. 1, comma 9, legge cit.).

Nel caso in cui la convenzione non sia ancora disponibile e in caso di motivata urgenza, le amministrazioni pubbliche possono precedere allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria e sottoposti alla condizione risolutiva dell'eventuale sopravvenuta disponibilità di una convenzione (ex art. 1, comma 3, legge cit.).

In deroga al generale obbligo di avvalersi degli strumenti di aggregazione della domanda, la normativa (cfr. art. 1, comma 7) fa salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle modalità testé accennate, a condizione però che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali. I contratti, in tali casi, sono comunque condizionati, risolutivamente, all'evento della possibile successiva disponibilità di convenzioni Consip, contenenti condizioni economiche migliorative rispetto a quelle ottenute attraverso le autonome procedure dei acquisti.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 26, commi 3-bis e 4 della L. 488/1999, in caso di contratti extra-consip, il dipendente che ha sottoscritto il contratto, deve allegare al provvedimento una dichiarazione sostitutiva con la quale attesti il rispetto dei parametri prezzo qualità indicati dalle convenzioni, costituendo, peraltro, l'effettivo rispetto di tale rapporto, oggetto di controllo da parte degli uffici preposti al controllo di gestione ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286. Le strutture che deliberano di procedere in modo autonomo a singoli acquisti di beni e servizi devono, altresì, trasmettere i relativi provvedimenti d'acquisto agli uffici preposti al controllo di gestione a fini "di sorveglianza e di controllo".

La disciplina legislativa in esame incide, tra l'altro, oltre che sulla libertà di determinazione del contenuto del contratto e sulla libertà di scelta del contraente, altresì, sull'autonomia privata delle parti e sulla forza di legge dei contratti, attribuendo all'amministrazione pubblica il potere di recedere dai contratti già conclusi, nel caso in cui la Consip S.p.a. e le centrali di committenza regionali stipulino convenzioni caratterizzate da condizioni economiche migliorative rispetto a quelle che disciplinano un rapporto contrattuale già instaurato e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica, proposta da Consip, s.p.a., degli elementi economici, tale da rispettare il limite di cui all'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488. Tale facoltà di recesso è di diritto inserita nei regolamenti contrattuali già esistenti, attraverso il meccanismo dell'inserzione automatica di norme imperative ex art. 1339, prevalendo, eventualmente, su clausole difformi.

2. L'obbligatorietà del ricorso agli strumenti di acquisto centralizzati è, peraltro, assistito dalla comminatoria di una serie conseguenze pregiudizievoli che si applicano in caso di inosservanza delle norme.

E segnatamente, in caso di conclusione di contratti senza il rispetto delle procedure prestabilite dalla legge (consip o centrali di committenza), è, *in primis*, espressamente prevista la nullità [2] e, pertanto, l'inefficacia originaria, ovvero *ex tunc*, del negozio concluso (cfr. art. 1, comma 1), con effetti restitutori a carico delle parti [3], la cui relativa azione di accertamento è imprescrittibile e può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse.

Di poi, la violazione delle norme *de quibus* è fonte di responsabilità disciplinare del dirigente responsabile ed ha, conseguentemente, una incidenza sul rapporto di lavoro [4].

In coerenza, poi, con una tecnica legislativa sempre più frequente, la legge prevede, infine, una forma di responsabilità erariale del dipendente per cui, ai fini della determinazione del danno erariale, si tiene conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, dei detti strumenti di acquisto e quello dedotto nel contratto (vedi art. 1, commi 1 e 8, legge cit.).

3. Alla luce del nuovo quadro normativo si può, pertanto, affermare che il ruolo dei *buyers* pubblici, con riferimento all'attività amministrativa di approvvigionamento di beni e servizi, risulta sostanzialmente modificato.

Sotto il profilo strettamente negoziale, nella fase genetica del rapporto contrattuale, le norme della *Spending review* hanno introdotto limiti e vincoli stringenti all'azione amministrativa delle amministrazioni pubbliche, limitando la libertà di scelta dei contraenti e la libertà di negoziazione del contenuto dei contratti.

L'obbligo di avvalersi delle convenzioni stipulate da Consip determina, infatti, un sostanziale restringimento dei margini di discrezionalità amministrativa, residuando, in capo alla stazione appaltante, un mero un potere di scelta tra le offerte preventivamente valutate e negoziate dalle centrali di acquisto.

Ne consegue, pertanto, che le convenzioni stipulate da Consip e dalle altre centrali di committenza assurgono a dei e veri e propri "contratti normativi" [5], in quanto predeterminano la disciplina alla quale dovranno conformarsi tutti i futuri ed eventuali rapporti contrattuali che abbiano ad oggetto le categorie merceologiche individuate dal legislatore.

Atteso che le convenzioni *de quibus* sono destinate a regolare non già futuri ed eventuali rapporti tra le parti contraenti di esse (consip e fornitori), ma gli eventuali e futuri contratti tra le imprese contraenti e le pubbliche amministrazioni interessate all'acquisizione dei beni e servizi, è da ritenere che, alla stregua delle tradizionali classificazioni operate *in subiecta materia* dalla dottrina, le convenzioni in parola rivestano carattere e natura giuridica di contratti normativi unilaterali [6].

Ne discende che l'autonomia negoziale delle singole amministrazioni sarà limitata alla sola libertà di concludere o non concludere il contratto, fermo restando che, in caso di esercizio positivo di tale facoltà, essa si tradurrà, sostanzialmente, in una sorta di adesione al regolamento negoziale recepito nella convenzione.

Alle singole amministrazioni, dunque, sarà attribuito un diritto potestativo di opzione [7] alla conclusione dei contratti predeterminati dalle centrali di acquisto, mentre sull'impresa contraente graverà un obbligo di concludere gli stessi alle condizioni prestabilite e sino a concorrenza della quantità individuata dalla convenzione.

Logico corollario di tale prospettazione giuridica sarà, non solo la sostanziale acquiescenza delle amministrazioni pubbliche agli accordi stipulati dalle centrali di acquisto e agli standards di prezzo e di qualità predeterminati nelle convenzioni, ma l'uniformazione delle acquisizioni che consentirà, in futuro, di ovviare alle significative differenze di corrispettivi - spesso rilevate a seguito di controlli - corrisposte da diverse amministrazioni per l'acquisto di una stessa unità di prodotto o servizio.

A rafforzare ulteriormente la prospettiva dianzi delineata contribuirà, tra l'altro, il concreto disincentivo introdotto per il ricorso alle procedure autonome di acquisto, essendo queste vincolate al rispetto dei parametri di prezzo fissati nelle convenzioni stipulate dalle centrali

acquisto. Ed è prevedibile che, nell'ambito di una trattativa privata, ovvero nell'ambito di una procedura negoziata ristretta, risulterà sempre più difficile per la stazione appaltante scontare condizioni economiche più favorevoli di quelle ottenute dalle centrali di committenza che, sostanzialmente, tendono a realizzare delle vere e proprie economie di scala.

4. La preferenza accordata dal legislatore ad un modulo gestionale ed organizzativo volto all'approvvigionamento, in forma aggregata, di beni e servizi, da parte di tutte le pubbliche amministrazioni, è, senz'altro, potenzialmente in grado di consentire il raggiungimento degli obiettivi appresso sinteticamente illustrati:

- eliminazione di sprechi e inefficienze, anche attraverso il conseguimento di una economia di gestione.
- Valorizzazione dei canali telematici di negoziazione dei contratti e trasparenza dell'azione amministrativa.
- Controllo dell'andamento della spesa pubblica.
- Conseguimento di risparmi derivante da una maggiore concorrenza delle imprese offerenti.

Tuttavia, il sistema centralizzato degli acquisti di beni e servizi, non è immune dal rischio di determinare effetti distorsivi del libero mercato. Le centrali di committenza, infatti, avvantaggiando gli operatori di notevoli dimensioni, potrebbero favorire la creazione di forme di oligopolio. Bene ha fatto, pertanto, il legislatore della spending review, a prevedere, nell'interesse delle piccole e medie imprese, che nei bandi relativi a procedure di acquisto ad evidenza pubblica non possano essere inserite clausole restrittive connesse al fatturato aziendale (introduzione del comma 2-bis all'art. 1 del D.Lgs. 163/2006).

Ciò non esclude, tuttavia, la necessità di un'attenta vigilanza per scongiurare il rischio che, ad una progressiva riduzione dei prezzi, non corrisponda una altrettanto diminuzione della qualità dei prodotti.

5. Alla luce delle considerazioni di carattere normativo e pratico svolte nei paragrafi che precedono, può, pertanto, affermarsi una sostanziale modifica delle prerogative e, pertanto, del ruolo assunto dai *buyers* pubblici.

Può, infatti, ritenersi che, assunta l'importanza dei soggetti deputati agli approvvigionamenti pubblici, le abilità che gli stessi dovranno possedere, non siano più quelle connesse, esclusivamente, all'attività negoziale e redazionale dei contratti: in tale ambito, come detto, l'operatività dei *buyers* è stata fortemente ridimensionata.

Ciò che invece sarà maggiormente richiesta, è l'attività di pianificazione delle spese dell'amministrazione pubblica, con adeguato temperamento dei fabbisogni di ciascuna di esse e, soprattutto, la capacità di saper valutare e profittare delle economie di scala realizzate dal sistema accentrato di acquisto dei beni e servizi, senza trascurare però l'aspetto qualitativo dei prodotti e dei servizi acquistati.

La compressione dell'autonomia negoziale delle p.a., nella fase della concreta determinazione degli assetti di interessi, non esclude, peraltro, che gli effetti giuridici dei contratti, una volta conclusi, si producano nella sfera giuridica delle stazioni appaltanti, che, pertanto, restano l'unico centro di

imputazione degli interessi.

Ciò comporta che, all'amministrazione contraente, continuino a competere tutti quei poteri di vigilanza sulla corretta esecuzione della prestazione dedotta nel contratto e tutte le possibili azioni giudiziali dirette al riequilibrio del rapporto sinallagmatico, in caso di inadempimento contrattuale dell'impresa.

Attraverso l'esercizio di questi poteri, nella fase successiva alla conclusione dei contratti, le singole stazioni appaltanti potranno, indirettamente, incidere sull'attività negoziale della Consip, ed, in particolare, sulla scelta dei contraenti, segnalando, eventualmente, alla centrale di committenza, le inadempienze delle imprese contraenti della convenzione.

Un efficace monitoraggio nella fase di esecuzione dei rapporti ed un completo interscambio di informazioni tra le centrali di committenza e le singole amministrazioni costituisce, invero, il presupposto indispensabile per l'effettivo raggiungimento delle finalità di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica che sono alla base degli interventi riformatori.

E rappresentano, altresì, le condizioni necessarie per un progressivo ravvicinamento degli *standards* di qualità fissati dalle centrali di committenza alle reali esigenze ed aspettative delle pubbliche amministrazioni.

[*]

Avvocato.

[**] *Magistrato Corte dei conti.*

[1] Sul tema, si rinvia a Glinianski, L'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione, in *Il Contratto* (a cura di P.Fava), cap. XXXV, 2175 e ss., Giuffrè, 2012.

[2] Sul tema, si rinvia a Di Pietro, La nullità, in *Il Contratto* (a cura di P. Fava), cap. XXXIII, 2086 e ss., Giuffrè, 2012.

[3] In caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, quali i contratti di somministrazione di energia elettrica, gas etc., evidentemente, gli effetti restitutori non si estendono alle prestazioni già eseguite.

[4] Non essendo espressamente escluso dalla normativa, è da ipotizzare che, in caso di gravi violazioni, possano essere assunte dal datore di lavoro anche misure estintive del rapporto di lavoro.

[5] L' istituto del contratto normativo, generato dalle esigenze e dalla prassi degli affari, è frutto di una elaborazione esclusivamente dottrina e giurisprudenziale. Il progressivo affermarsi delle produzioni industriali seriali e più in generale dello sviluppo di tutta l'economia, ha indotto una velocizzazione dei rapporti commerciali. Ciò ha comportato la necessità di strumenti giuridici parimenti rapidi, alla quale il contratto normativo corrispondeva pienamente, permettendo di evitare la trattativa negoziale ogni qual volta si rendesse necessaria la stipulazione di un contratto. Anche altre esigenze hanno richiesto l' utilizzo del contratto normativo, e segnatamente quelle sottese ai casi in cui la disparità di forze tra i singoli contraenti suggeriva il ricorso ad un contratto tipo stipulato da loro rappresentanze, tra le quali il rapporto di forza risultava più equilibrato. E' il caso, ad esempio, dei contratti collettivi di lavoro.

Il contratto normativo, in sostanza, costituisce un accordo tra due o più parti per mezzo del quale le stesse si obbligano reciprocamente a dare determinati contenuti ad un futuro o a futuri ed eventuale/i contratto/i stipulabili tra le stesse ovvero tra una di esse e terzi.

Sul contratto normativo si rinvia a Messineo, *Il contratto in genere*, t.1, in *Trattato di dir.civ. e comm.*, dir. da Cicu-Messineo, vol.XXI, Milano, 1973, p.669; Guglielmetti, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p.265; Betti, *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1950, p.290; A. Orestano, *Accordo normativo ed autonomia negoziale*, in *Quaderni romani di diritto privato*, a cura di Carlo Angelici, Adolfo Di Majo, Giopvanni Battista Ferri e Antonio Masi, Padova, Cedam, 2000.

[6] In dottrina, si è soliti distinguere la figura del contratto normativo bilaterale da quella del contratto normativo unilaterale. Si considera bilaterale il contratto normativo stipulato dalle parti in vista di una futura stipulazione di contratti particolari tra le parti stesse. Si qualifica, invece, contratto normativo unilaterale l'accordo tra le parti del contratto normativo finalizzato all'applicazione delle clausole ivi contenute nel rapporto tra una di esse e terzi. Sul punto si veda G. Guglielmetti, *op. cit.* 2, e F. Messineo, *op. cit.* 126-127.

[7] L'opzione, prevista dall'art. 1331 c.c., relativamente alla ricostruzione della stessa in termini pattizi, è un contratto, con il quale una parte si impegna a mantenere ferma una proposta per un certo tempo nell'interesse dell'altra parte. Nella fattispecie contrattuale *de qua*, dunque, il solo proponente rimane vincolato alla propria dichiarazione, mentre la controparte è libera di accettare o meno la proposta stessa.

Nell'opzione il vincolo della irrevocabilità della proposta consegue non ad un impegno assunto unilateralmente dal proponente, ma ad un accordo stipulato tra le parti. Ovviamente, tale vincolo non può essere temporalmente illimitato e, quindi, se non è stato fissato un termine di efficacia dell'opzione, questo sarà individuato dal giudice.

Le caratteristiche predette consentono, dunque, di distinguere tale fattispecie dal contratto preliminare, perché se da quest'ultimo deriva un obbligo per le parti di stipulare il contratto definitivo, nell'opzione il beneficiario è libero di avvalersene o meno, ma, se decide di esercitarla, il contratto è perfezionato e non occorre altra manifestazione di volontà.

In definitiva, l'opzione determina in capo all'opzionario la nascita di un diritto potestativo che, se esercitato, conclude automaticamente il contratto, mentre la posizione del concedente si concreta in una soggezione a mantenere ferma la sua proposta contrattuale, senza ricevere alcuna tutela giuridica che assicuri la effettiva conclusione dell'affare oggetto della sua proposta. In generale, sul tema del contratto di opzione si veda "Il contratto di opzione. 1, Struttura e funzioni / Elisabetta Panzarini; Cesaro E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 563 e ss.; Gabrielli G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.

INDICE

PARTE I	5
LEGISLAZIONE	5
AFFARI ISTITUZIONALI.....	5
AFFARI GENERALI.....	7
ASSETTO DEL TERRITORIO.....	9
SVILUPPO ECONOMICO.....	10
SERVIZI SOCIALI.....	12
PARTE II	15
GIURISPRUDENZA	15
PARTE III	24
DOTTRINA	24
PARTE IV	26
SEGNALAZIONI	26

Riproduzione e diffusione ad uso interno.