

2 LUGLIO 2025

Le società di ambito territoriale
ottimale come società legali?
Riflessioni a margine di alcune
pronunce del giudice amministrativo e
di alcuni pareri della Corte dei Conti

di Germano Scarafiocca
Avvocato

Le società di ambito territoriale ottimale come società legali? Riflessioni a margine di alcune pronunce del giudice amministrativo e di alcuni pareri della Corte dei Conti*

di Germano Scarafiocca

Avvocato

Abstract [It]: Lo scritto prende spunto da alcune decisioni dei giudici amministrativi e da alcuni pareri resi dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti al fine di affrontare il problema dell'adesione obbligatoria, da parte dei comuni appartenenti agli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei servizi pubblici locali, alla società *in house* o mista scelta dall'ente di ambito quale forma di affidamento del servizio. Si sostiene, in particolare, che, ove si affermi l'esistenza di un obbligo dei comuni di adesione alla società e di conservazione della partecipazione per l'intera durata dell'affidamento, saremmo in presenza di una fattispecie di società legali per le quali, tuttavia, si avanzano perplessità in ordine all'esistenza di un'adeguata copertura e disciplina legislativa.

Title: Optimal territorial area companies as “legal companies”? Reflections on some decisions of administrative courts and some opinions issued by the regional control sections of the Court of Auditors

Abstract [En]: The paper takes the moves from some decisions of administrative courts and some opinions issued by the regional control sections of the Court of Auditors, in order to address the problem of compulsory membership, for municipalities belonging to the optimal territorial areas for the management of local public utilities, to the in-house or mixed company chosen by the entity of the area as the form of service assignment. In particular, it is argued that, if it is affirmed that there is an obligation for municipalities to join the company and to maintain the shareholding for the entire duration of the assignment, it could be seen as a type of “legal companies”, for which, however, doubts are raised regarding the existence of an adequate legislative coverage and discipline.

Parole chiave: Servizi pubblici locali, Ambiti Territoriali Ottimali, Società in house o miste, Società legali

Keywords: Local public utilities, Optimal territorial area, In house or mixed companies, Legal companies

Sommario: 1. Le riflessioni di partenza. 2. Le decisioni e i pareri più recenti. 3. Le possibili problematiche delle società legali.

1. Le riflessioni di partenza

Alcune decisioni del giudice amministrativo ed alcuni pareri delle sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti c'inducono a ritornare su un argomento che, in altra occasione¹, avevamo avuto modo di affrontare, ovvero le modalità con cui si coniugano le tre note e più rilevanti forme di affidamento dei

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing negli Ambiti Territoriali Ottimali. Note a margine dell'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 18 novembre 2020, n. 7161*, in Giustamm.it, n. 4/2021, www.giustamm.it

servizi pubblici locali (affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica, affidamento a società mista e affidamento a società *in house*²) con le caratteristiche proprie degli enti di ambito territoriale ottimale.

In estrema sintesi, il punto di partenza della riflessione muoveva dall'applicazione del principio del voto a maggioranza che contraddistingue ormai pacificamente le deliberazioni degli organi degli enti di ambito, cui la scelta della forma di gestione è rimessa. Organi che, pur nella varietà delle soluzioni adottate dalle singole regioni, hanno generalmente natura assembleare e rappresentativa dei comuni dell'ambito territoriale ottimale.

Mentre nessun problema si pone per ciò che attiene all'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica, essendo pacifico che i comuni dissenzienti debbano sottostare alla decisione della maggioranza, un problema ci era parso si ponesse per l'affidamento in favore di società mista e di società *in house*.

In entrambi i casi il contratto di società viene stipulato dai singoli comuni e non dall'ente di ambito. Nel primo caso, tuttavia, pur in presenza di comuni dissenzienti, la scelta effettuata con voto a maggioranza può continuare a trovare applicazione. I comuni dissenzienti non parteciperanno al capitale della società, ma non potranno evitare che il servizio sul loro territorio sia svolto dalla società mista.

Alle medesime conclusioni non ci era parso potersi giungere in caso di società *in house*, per una irrisolvibile contraddizione che si verrebbe altrimenti a determinare. In questo caso, anche l'esercizio del "controllo analogo" fa capo necessariamente ai comuni soci, sotto la particolare forma del "controllo analogo congiunto", attualmente codificato all'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 175/2016. Non vi è, di norma, controllo analogo in assenza di partecipazione societaria³ e se questa non può essere imposta per legge,

² Attualmente, il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, di «riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» prevede quelle sopra menzionate quali uniche forme di affidamento consentite per i servizi pubblici locali a rete aventi rilevanza economica, mentre per i servizi aventi rilevanza economica, ma non a rete, sono altresì ammesse la gestione in economia e mediante azienda speciale (art. 14, comma 1, d.lgs. 201/2022, *cit.*). Sul commento dell'art. 14 del citato decreto di riordino, v. M. CLARICH – A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2023, 227 ss.

³ Sull'argomento torneremo, *infra*. È comunque pacifico che il "controllo analogo" debba consistere in una forma di controllo più penetrante dell'ordinaria nozione di controllo societario di cui all'art. 2359 c.c. Si tratta di un'acquisizione che origina, almeno, dalla nota sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. I, 11 gennaio 2005, C – 26/03, Stadt Halle e dall'ampio dibattito che ne è seguito. Attualmente la distinzione tra controllo societario e "controllo analogo" è codificata all'art. 2, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. 175/2016. Nella normalità dei casi, si presuppone che l'ente che intenda esercitare il "controllo analogo", anche in forma congiunta, ai sensi della lett. d) dell'articolo da ultimo citato, detenga una partecipazione societaria. Recentemente la Corte di Cassazione, con la pronuncia delle sezioni unite civili 8 luglio 2024, n. 18623, ha ritenuto, in un caso specifico, che i comuni possano esercitare il "controllo analogo congiunto" anche in difetto di partecipazione al capitale della società, mediante lo strumento di una convenzione di cui all'art. 30, d.lgs. 267/2000. Comprendere se la convenzione *ex art. 30*, d.lgs. 267/2000, costituisca strumento idoneo a realizzare detta forma di controllo, pur senza che tutti i comuni che aderiscono alla convenzione rivestano la qualità di socio, oltre ad implicare valutazioni di fatto, è questione che non può essere affrontata in questa sede e, tuttavia, ai fini delle considerazioni che stiamo svolgendo, non modifica i termini del problema: un comune che non intenda aderire alla scelta dell'affidamento *in house* su scala di ambito territoriale ottimale non farà nulla al fine di esercitare un controllo che non ha intenzione di svolgere, ivi compresa l'adesione ad una convenzione con gli altri enti locali. Ciò che intendiamo sostenere e che ci pare difficilmente smentibile è l'impossibilità di configurare un "controllo analogo" *invito domino*, salvo

la fattispecie dell'*in house providing* non si realizza. In questo caso appare difficile immaginare che una società *in house* partecipata e controllata dalla maggioranza dei comuni appartenenti all'ambito territoriale ottimale possa svolgere il servizio anche sul territorio dei comuni dissenzienti, attesa la semplice constatazione per la quale, in tale casistica, non saremmo più in presenza nè di un affidamento *in house*, né di una delle altre forme di affidamento previste dal legislatore.

Muovendo da tali premesse, a fronte della decisione maggioritaria dei comuni dell'ambito di ricorrere all'affidamento *in house* e del dissenso di alcuni degli enti locali, le soluzioni non possono che essere di due tipi: o si rinuncia all'unitarietà della gestione del servizio sull'intero ambito territoriale, come nella prassi accade in una molteplicità di casi, accontentandosi di un'estensione territoriale che pure abbraccia larga parte del territorio dell'ambito, oppure si opta per una forma di affidamento diversa dall'*in house providing*.

2. Le decisioni e i pareri più recenti

Come abbiamo anticipato, queste conclusioni non sembrano condivise da alcune pronunce del giudice amministrativo. La prima è una sentenza del Consiglio di Stato⁴ resa nell'ambito di un giudizio in cui il ricorrente poneva esattamente i quesiti che ci eravamo anche noi posti e che abbiamo sopra riassunto a proposito di un affidamento *in house* su scala di ambito territoriale ottimale, ovvero, se sia o meno «consentito imporre ad un comune [...] l'adesione ad una società consortile *in house* costituita per la gestione del servizio nell'intero territorio dell'ambito» e se sia possibile, per l'ente di ambito, «imporre

che vi sia una specifica norma di legge che l'imponga. Siamo, quindi, di fronte al problema delle "società legali", di cui, *infra*, nel testo.

Consideriamo qui già note le nozioni di *in house providing*, di controllo analogo e di controllo analogo congiunto, con le innumerevoli problematiche che le contraddistinguono, nè è possibile anche solo richiamare la sterminata giurisprudenza e la vastissima letteratura sull'argomento. Analoghe considerazioni valgono per le società miste. Solo quale minima indicazione bibliografica, possiamo rinviare a R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *Le società pubbliche, in house e miste*, Giuffrè, Milano, 2008; F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010 ed in particolare ai contributi di M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, p. 21 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Gli statuti delle società per la gestione "in house" dei pubblici servizi*, 59 ss.; R. CHIEPPA, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, p. 69 ss.; F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società a partecipazione mista, pubblico privata*, 97 ss.; A. VIGNERI - M. SEBASTIANI (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016; L. IMPARATO, *Il modello della società in house. Art. 16 del Testo Unico ed altre disposizioni dell'ordinamento*, in F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Giapeto Editore, Napoli, 2017, p. 251 ss.; N. AICARDI, *Società miste* e M. PIZZI, *Affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS, Giuffrè, Milano, 2019, I, rispettivamente p. 703 ss. e p. 744 ss.; E. STANIZZI, *Le società in house* e V. NERI, *La società mista pubblico privato*, entrambi in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI (a cura di) *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto, Molfetta, 2018, rispettivamente p. 73 ss. e p. 131 ss.; R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 157 ss.; F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 269 ss.; G. FARES e V. LOPILATO, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, *La riforma, cit.*, p. 283 ss.

⁴ Cons. Stato, sez. II, 10 novembre 2021, n. 7476.

comunque ai comuni non soci del gestore "unico" *in house* la gestione del servizio idrico integrato nel loro territorio». Il giudice amministrativo risponde affermativamente a entrambi i quesiti.

Il Consiglio di Stato, dopo aver ricostruito il quadro normativo – riguardante, nel caso di specie, il servizio idrico integrato - e richiamato la previsione dell'unicità della gestione, afferma che «non sussiste un'indebita costrizione operata nei confronti del comune appellante [e dissenziente, n.d.a.] perché la gestione a livello di bacino è stata correttamente individuata sulla base delle norme applicate e perché la volontà del singolo comune è salvaguardata dagli uguali diritti, spettanti a ciascun comune, di partecipare al capitale della società di gestione del servizio e dalla partecipazione all'assemblea dei comuni del distretto. [...] Un singolo comune non può rifiutarsi di concorrere alla gestione associata del bacino, pena l'inefficacia del sopra richiamato impianto normativo che, come sopra precisato, impone la gestione a livello di bacino».

Il Consiglio di Stato fa riferimento, con quest'ultimo richiamo, all'unicità della gestione stabilita dall'art. 147, comma 2, lett. b), d.lgs. 152/06, ricordando che «esiste un concorde orientamento legislativo statale e regionale che risale almeno al 1994, e che postula l'impossibilità di risolvere in modo efficiente ed economico il problema idrico posizionandosi al livello più basso dell'organizzazione amministrativa prevista in Costituzione; al riguardo soccorrono le disposizioni menzionate, che appaiono fare una corretta applicazione delle disposizioni di cui all'art. 118 Cost., rilevandosi che l'allocatione sovracomunale delle funzioni amministrative in materia risponde all'esigenza di adeguatezza».

Ulteriori rilevanti decisioni del giudice amministrativo sono costituite da quindici sentenze del T.A.R. Sicilia, Catania, contestuali e di eguale tenore, rese nell'ambito di una vicenda anch'essa dirompente. In un contesto particolarmente drammatico a causa della crisi idrica, l'art. 14, comma 1, del d.l. 9 agosto 2022, n. 115, convertito con modificazioni dalla l. 21 settembre 2022, n. 42, stabilisce che «Gli enti di governo dell'ambito che non abbiano ancora provveduto all'affidamento del servizio idrico integrato in osservanza di quanto previsto dall'articolo 149 *bis*, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, adottano gli atti di competenza entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto». Il comma successivo prevede, in caso di ulteriore inerzia, l'esercizio dei poteri sostitutivi del Presidente della Regione ed infine, il comma 4, in caso di inerzia del Presidente della Regione, appositamente diffidato, l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Consiglio dei Ministri. Si aggiunga che la mancata regolarizzazione degli affidamenti del servizio idrico su scala di ambito territoriale ottimale impedisce l'accesso alle fonti di finanziamento pubblico e, nel caso di accesso alle risorse del PNRR, la legge prevede un'ulteriore procedura di commissariamento.

Poiché l'Assemblea Territoriale Idrica (ATT) di Messina non ha provveduto, per una serie di contrasti all'interno dell'organo assembleare, alla scelta della forma di affidamento del servizio, il Presidente della

Regione Siciliana, con decreto del 4 gennaio 2023, dispone la nomina di un Commissario *ad acta*. Il Commissario così nominato approva una relazione ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 201/2022 con cui s'individua, quale forma di affidamento del servizio che motivatamente si ritiene meglio rispondente «agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza e di economicità, di qualità del servizio, di benefici per la collettività e di ottimale impiego delle risorse pubbliche», il ricorso alla società mista, ai sensi dell'art. 16 del citato decreto di riordino dei servizi pubblici locali. Con lo stesso provvedimento, il Commissario approva lo statuto della costituenda società e i patti parasociali tra soci pubblici.

Un ampio numero di Comuni appartenenti all'ATI di Messina, ritenendo di non condividere la scelta del Commissario, adottano altrettante deliberazioni di Consiglio Comunale con cui stabiliscono di non aderire alla costituzione della società. A fronte di ciò, con appositi decreti dell'assessore regionale competente, viene nominato, per ciascuno dei Comuni dissenzienti, un Commissario *ad acta*, il quale, sostituendosi al Consiglio Comunale, delibera di aderire alla costituenda società mista.

I Comuni impugnano la nomina del Commissario *ad acta* destinato a sostituire la mancata decisione dell'ATI, i provvedimenti da questo adottati, la nomina del Commissario destinato a sostituirsi ai Consigli Comunali e la propria deliberazione in ordine alla partecipazione alla società mista, ma il T.A.R. Sicilia, Catania, con sentenze di identico contenuto, respinge tutti i ricorsi. Nel motivare tale decisione, il TAR richiama una pluralità di norme, le quali impongono ai Comuni la loro partecipazione obbligatoria all'ente di ambito, la competenza di quest'ultimo in ordine alla scelta della forma di affidamento, l'attribuzione dei poteri sostitutivi in caso di mancato adempimento, da parte dei Comuni, agli obblighi conseguenti (art. 147, 153, 172 d.lgs. 152/2006 oltre al già citato art. 14, d.l. 115/2022). Sin qui, come vedremo, *nulla quaestio*. La parte più delicata della motivazione è quella successiva, ove si dichiara la legittimità del commissariamento dei Consigli Comunali e della decisione commissariale di aderire alla costituzione della società mista. Afferma il T.A.R. che «la descritta trama legislativa impone ai singoli enti locali l'adesione alla scelta effettuata a monte dall'ente di governo (o in sostituzione dal Commissario *ad acta* dell'A.T.I.), scelta che, per il singolo ente locale partecipante, costituisce atto vincolato». Nel formulare tale motivazione il T.A.R. cita espressamente la sentenza del Consiglio di Stato, sez. II, n. 7476/2021 di cui abbiamo già riferito.

Un ulteriore provvedimento che si segnala è costituito dalla sentenza del T.A.R. Abruzzo, sez. I, 19 novembre 2024, n. 477. La fattispecie è parzialmente diversa da quelle sinora esaminate. In questo caso non viene in discussione la partecipazione originaria di un comune ad una società d'ambito, bensì la legittimità del proprio recesso, esercitato, ai sensi dell'art. 2437 c.c., da tale società.

Il consiglio comunale di un comune socio di una società *in house* che gestisce il servizio idrico integrato di un ambito territoriale ottimale, a fronte di una modifica statutaria ritenuta idonea a integrarne i

presupposti, delibera di esercitare il proprio diritto di recesso. Il comune dichiara di non volersi sottrarre alla gestione del servizio sul suo territorio da parte della società, ma di non voler più far parte della compagine sociale.

La delibera è impugnata dalla società, sostenendo che il principio della gestione unica del servizio, stabilito dall'art. 147, d.lgs. 152/06, oltre che dalla legislazione regionale, implica la necessaria conservazione della partecipazione societaria e impedisce l'esercizio del recesso.

Questo convincimento è condiviso dal T.A.R., che accoglie il ricorso della società *in house*. Si afferma, in tale decisione, che il comune, «in quanto compreso nell'ATO [...] e partecipante *ope legis* (art. 147, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006) all'ente di governo dell'ambito [...] è socio di diritto» della società *in house*, ai sensi dell'art 149 *bis*, comma 1, d.lgs. 152/2006 «come si desume dall'avverbio *comunque* contenuto nella parte in cui stabilisce che l'affidamento in house del SII è conferibile solo a “*società interamente pubbliche comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale*”».

Il T.A.R. Abruzzo prosegue affermando che «la partecipazione degli enti locali alla società *in house* affidataria del SII deve ritenersi indispensabile, come si evince dall'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016, affinché ciascuna delle amministrazioni aggiudicatrici che, tramite l'ente di governo dell'ambito affidano e controllano la gestione del SII (art. 142 d.lgs. n. 152/2006), possano esercitare sul gestore, in quanto membri *uti socii* degli organi decisionali della società, il “*controllo analogo congiunto*”, condizione necessaria per procedere all'affidamento diretto del servizio (art. 16, comma 1, d.lgs. n. 175/2016; art. dall'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 50/2016). Simmetricamente è evidente», prosegue il T.A.R., che la società *in house* «non potrebbe gestire il servizio idrico in favore del comune [...] compreso nell'ATO receduto dalla compagine sociale, dovendo in tal caso lo stesso comune osservare le regole generali dell'affidamento del servizio mediante gara».

La sentenza ribadisce, innanzitutto, l'essenziale considerazione per cui, di norma, non può aversi controllo analogo senza partecipazione societaria⁵. L'obbligo del comune, in questo caso, non riguarda la fase costitutiva della società e non si traduce nell'imporre l'acquisizione necessaria di una partecipazione sociale, ma nella conservazione della qualità di socio per l'intera durata dell'affidamento. La decisione del T.A.R., in questo modo, completa il quadro: se l'ente di ambito ha scelto l'affidamento *in house* quale forma di gestione del servizio, i comuni appartenenti all'ambito territoriale ottimale sono vincolati ad acquisire una partecipazione in tale società, che non potranno altresì dismettere prima della cessazione

⁵ Abbiamo già detto della diversa conclusione cui sono giunte le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 18623/2024 (v. nota 2), ipotizzando una fattispecie di “controllo analogo congiunto” esercitato a mezzo di una convenzione *ex art. 30*, d.lgs. 267/2000. Nel caso esaminato dal T.A.R. Abruzzo, tuttavia, il problema di uno strumento alternativo alla partecipazione societaria per l'esercizio del “controllo analogo congiunto”, per quanto può evincersi dalla sentenza, non si era, infatti, neanche posto, ritenendosi verosimilmente pacifico che, cessata la sua qualità di socio, il comune non avesse più alcun rapporto con la società che non fosse quello derivante dall'affidamento del servizio.

dell'affidamento, essendo tale partecipazione un presupposto imprescindibile affinché tale affidamento conservi efficacia.

Non si riscontra una simile presa di posizione in ordine all'obbligo di conservare la partecipazione nel caso di società mista, ma se si muove dal comune presupposto della partecipazione vincolata del comune, come s'è visto affermato dalla giurisprudenza, non sarà difficile giungere alle stesse conclusioni.

I pareri della Corte dei Conti che abbiamo richiamato all'inizio di queste note affrontano la stessa questione, sia pur in via indiretta. La Corte s'è posta il problema della necessità del proprio parere, da rendersi *ex art. 5, comma 3, d.lgs. 175/2016*⁶, in caso di acquisizione, da parte di un comune, di una partecipazione in una società *in house* o mista costituita per la gestione di un servizio pubblico locale in un determinato ambito territoriale ottimale. Se la decisione del comune è vincolata, come la Corte sostiene, analogamente a quanto affermato dalla su menzionata giurisprudenza amministrativa, il parere potrebbe non essere necessario.

Le risposte delle sezioni regionali di controllo della Corte, tuttavia, sono diverse tra di loro. In alcuni casi si è ritenuto di non dover deliberare, assumendo che la fattispecie rientri nelle eccezioni di cui al comma 1, art. 5, d.lgs. 175/2016, trattandosi di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni effettuate "in conformità a espresse previsioni legislative"⁷. In altri casi la Corte ha valutato come i profili oggetto del controllo che la stessa è chiamata a effettuare ai sensi del citato art. 5, comma 3, sono molteplici e non tutti sono assorbiti dalla decisione assunta a monte dall'ente di ambito⁸. In altri casi ancora, la Corte, pur considerando applicabile l'eccezione di cui al citato art. 5, comma 1, d.lgs. 175/2016, ha ritenuto di essere esonerata dal rilascio del parere limitatamente alla conformità della delibera comunale alle previsioni di cui all'art. 4 del T.U.S.P., ferma restando la valutazione degli altri profili⁹. Ancora, in ulteriori

⁶ Il controllo della Corte dei Conti sull'atto deliberativo dell'amministrazione di costituzione di una nuova società di acquisizione, diretta o indiretta, di una partecipazione, è stato modificato, com'è noto, dall'art. 11, comma 1, lett. a), l. 118/2022 (legge annuale per il mercato e la concorrenza), sostituendo il precedente obbligo di invio dell'atto alla Corte ai soli fini conoscitivi, con la previsione di un parere che quest'ultima è tenuta a rilasciare, entro sessanta giorni, in ordine alla conformità della delibera alle previsioni degli articoli 4, 7 e 8 del T.U.S.P., oltre che all'onere di motivazione analitica previsto dal medesimo art. 5. La legge stabilisce, altresì, che, «In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni» (comma 4). Sulle caratteristiche e sull'estensione di tali poteri la Corte si è espressa con le deliberazioni delle sezioni riunite in sede controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/22 del 3 novembre 2022 e n. 19/SSRRCO/QMIG/22 del 23 novembre 2022. In argomento, v. B. INNOCENTI, *Società partecipate e controlli della Corte dei Conti ai sensi dell'art. 5 TUSP: un'analisi ragionata della giurisprudenza*, in *Riv. Corte conti*, n. 6/2023, I, p. 118 ss.; M. SCOGNAMIGLIO, *L'articolo 5 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica nel diritto vivente*, in A. GIORDANO, E. GUARNA ASSANTI (a cura di), *Diritto delle società pubbliche*, Pacini, Pisa, 2024, p. 297 ss.

⁷ Corte dei Conti, sez. reg. controllo per il Piemonte, deliberazione n. 34/2023/SRCPIE/PASP.

⁸ Corte dei Conti, sez. reg. controllo per il Molise, deliberazione n. 19/2023/PASP.

⁹ Corte dei Conti, sez. reg. controllo per la Sicilia, deliberazione n. 268/2023/PASP.

casi, la Corte ha reso il proprio parere prendendo atto degli scarsi margini di discrezionalità propri dell'ente locale, nel contesto di una decisione adottata in sede di ambito o bacino territoriale ottimale¹⁰. Senza addentrarci nelle problematiche relative al parere che la Corte dei Conti è chiamata a rilasciare *ex art. 5, d.lgs. 175/2016*, che non costituisce oggetto di queste note, interessa qui rilevare come quasi tutte queste deliberazioni muovono dal comune presupposto in base al quale l'adesione dei singoli comuni alla società *in house* o mista, prescelta quale forma di gestione del servizio dall'ente di ambito, costituisca atto vincolato¹¹.

3. Le possibili e problematiche società legali

Le decisioni di cui abbiamo riferito pongono il problema di comprendere se, tanto le disposizioni legislative attinenti alla disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, quanto quelle di settore, configurino effettivamente un obbligo dei comuni appartenenti ad un determinato ambito territoriale ottimale di aderire alla società *in house* o mista scelta dall'ente di ambito quale forma di gestione del servizio. L'obbligo di adesione dovrebbe essere poi accompagnato da un ulteriore obbligo di conservazione della partecipazione societaria sino alla cessazione dell'affidamento del servizio.

La gestione unitaria su scala di ambito territoriale ottimale costituisce un principio pacifico, valevole per tutti i servizi pubblici locali a rete aventi rilevanza economica. Altrettanto pacifica è l'obbligatoria adesione dei comuni ricompresi negli ambiti territoriali ottimali agli enti di ambito che le regioni hanno provveduto ad istituire successivamente alla soppressione delle Autorità d'Ambito di cui agli artt. 148 e 201 del d.lgs. 152/06, rispettivamente previste per la gestione del servizio idrico integrato e dei rifiuti urbani. Enti di ambito¹² che le regioni sono state inoltre chiamate ad istituire per tutti gli altri servizi pubblici locali a rete aventi rilevanza economica¹³.

¹⁰ Corte dei Conti, sez. reg. controllo per la Liguria, deliberazione n. 8/2024/PASP; Corte dei Conti, sez. reg. controllo per il Veneto, deliberazione n. 206/2024/PASP.

¹¹ Si afferma, ad esempio, nella citata deliberazione della Corte dei Conti, sez. reg. controllo per il Molise, che «la costituzione della s.c. a r.l. in esame non è semplicemente ammessa alla luce del canone generale di finalizzazione pubblica *ex* articoli 4 T.U.S.P. e 1 legge n. 241/1990, ma specificamente imposta dalla legge, la quale assegna al Comune - per la realizzazione delle finalità pubbliche del servizio idrico integrato - uno specifico obiettivo amministrativo, cui la delibera in esame risulta vincolata e preordinata. Infatti, la stessa trama legislativa sopra dipanata, di rango statale (articoli 142 e ss. decreto legislativo n. 152/2006) e regionale (legge Regione Molise n. 4/2017), impone ai singoli enti locali l'adesione all'Ente di governo dell'ambito (nel caso molisano l'EGAM), che assemblearmente delibera anche la forma di gestione del servizio idrico integrato (costituzione societaria e affidamento *in house* qui in esame), la quale, pertanto, rispetto al singolo ente partecipante è legislativamente vincolata». Analogamente, si legge nella menzionata deliberazione della Corte dei Conti, sez. reg. controllo per il Piemonte, che «le decisioni dell'ente di governo [di ambito, n.d.a.] sono vincolanti [...]. Ne deriva, pertanto, che, con riguardo al servizio idrico integrato, in relazione all'obbligo partecipativo alla società *in house* individuata dall'ente di governo, non paiono esservi dubbi [...]». Anche negli altri pareri la natura obbligatoria della partecipazione sociale è data per presupposto.

¹² Enti ormai diffusamente abbreviati con la sigla E.G.A.T.O. (Enti di Gestione di Ambito territoriale Ottimale).

¹³ La gestione per ambiti territoriali ottimali era già pervista per il servizio idrico integrato e per la gestione dei rifiuti urbani, rispettivamente dalla l. 36/1994 e dal d.lgs. 22/1997. Tali previsioni sono state poi confermate e rafforzate dal

Queste previsioni non sono in discussione e sin qui non v'è nulla che non fosse già noto. La novità è nel passaggio successivo, là dove si afferma, al fine di garantire la gestione unica del servizio sull'intero ambito territoriale ottimale, l'obbligatoria partecipazione dei comuni alla società. I due piani devono essere tenuti distinti, salvo poi verificare il rapporto esistente tra l'uno e l'altro.

Non v'è dubbio che, affinché possa imporsi ad un comune la partecipazione obbligatoria ad una società, occorra una disposizione di legge che lo preveda, attesa la limitazione che così si apporta all'autonomia negoziale dell'ente locale. Secondo un consolidato orientamento, l'autonomia negoziale, pur non essendo espressamente menzionata nel testo costituzionale, trova la sua indiretta tutela in quella della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.¹⁴ Accanto alla libertà d'iniziativa economica privata esiste la libertà d'iniziativa economica pubblica, la quale riceve altrettanta tutela, ancorché la relativa attività negoziale si svolga attraverso procedimenti amministrativi di evidenza pubblica. Così si affermava nelle più risalenti ricostruzioni e, nonostante il radicale mutamento del contesto ordinamentale derivante dal diritto dell'Unione Europea, il principio conserva una sua validità. L'autonomia negoziale degli enti pubblici costituisce poi manifestazione della loro capacità di agire, la quale è a sua volta espressione della

d.lgs. 152/2006 per essere infine generalizzate per tutti i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica dall'art. 3 *bis*, commi 1 e 1 *bis*, d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011 e più volte novellato. Quest'ultime disposizioni prevedono non solo l'obbligo dei comuni di adesione agli ambiti territoriali ottimali, la cui individuazione compete alle regioni, con l'esercizio di poteri sostitutivi in caso d'inerzia, ma stabiliscono anche che le deliberazioni degli enti di governo degli ambiti «sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive da parte degli organi degli enti locali». Si tratta di una previsione significativa, che accentua l'autonomia degli enti di ambito rispetto ai comuni che li compongono e ne agevola i processi decisionali i quali, soprattutto ove gli ambiti abbiano notevole estensione territoriale, sono sempre molto difficoltosi. In ultimo, l'art. 5 del d.lgs. 201/2022, di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevede meccanismi di incentivazione degli enti locali affinché adottino forme di gestione integrata dei propri servizi, stabilendo altresì che «Le regioni incentivano, con il coinvolgimento degli enti locali interessati, la riorganizzazione degli ambiti o bacini di riferimento dei servizi pubblici locali a rete di propria competenza, anche tramite aggregazioni volontarie, superando l'attuale assetto e orientandone l'organizzazione preferibilmente su scala regionale o comunque in modo da consentire economie di scala o di scopo idonee a massimizzare l'efficienza del servizio» (art. 5, comma 2).

Sull'obbligatoria partecipazione dei comuni agli enti di ambito, v. Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 246; Id., 28 marzo 2013, n. 50, Id., 7 luglio 2016, n. 160. Sull'impossibilità, per i comuni, di disporre autonomamente, in ordine all'affidamento del servizio, in difformità alle decisioni dell'ente di ambito, v. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 19 novembre 2009, n.2238; T.A.R. Umbria, sez. I, 9 luglio 2010, n. 402; T.A.R. Sicilia, Sez. III, 21 ottobre 2013, n. 154; T.A.R. Toscana, sez. I, 3 giugno 2014, n. 991; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 5.10.2016 n. 1229; T.A.R. Toscana, sez. I, 10 novembre 2017, n. 1367. Sugli ambiti territoriali ottimali e i relativi enti di governo, v. A. BIGNONE, *La natura giuridica degli enti di governo del territorio del servizio idrico integrato in Piemonte*, in *Diritto dei servizi pubblici*, www.dirittodeiservizipubblici.it, 18 luglio 2022; M. DE BENEDETTO, *Gli Ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in *Amministrazione In Cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it 31 maggio 2017; M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 13 gennaio 2016; J. BERCELLI, *La riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani. Il caso del Veneto*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2016, p. 227 ss.; A. BELLONI, *Alcune questioni operative afferenti il ciclo dei rifiuti: ambiti territoriali ottimali, affidamenti della gestione*, in *Diritto dei servizi pubblici*, www.dirittodeiservizipubblici.it, 25 marzo 2014; S. CIMINI, *Acqua e R.MONTANARO, Rifiuti*, entrambi in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008, rispettivamente p. 419 ss. e p. 363 ss.

¹⁴ A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 608 ss.

loro capacità giuridica, ritenuta, sino alle limitazioni introdotte dall'art. 4 del T.U.S.P. e, prim'ancora, dall'art. 3, comma 27, della l. 244/2007, di carattere generale¹⁵. La necessità di una legge, affinché possa imporsi la partecipazione ad una società è principio valevole, quindi, per tutte le pubbliche amministrazioni. Si tratta, ovviamente, di una riserva di legge relativa, sì che, posta la norma, questa potrà poi trovare ampia attuazione in sede regolamentare, come del resto dimostra la legislazione in materia di società legali di rilievo nazionale cui abbiamo di seguito faremo di seguito cenno, la quale demanda estesamente alle fonti di rango secondario la definizione anche di aspetti essenziali relativi all'organizzazione della società.

¹⁵ La generale capacità giuridica delle amministrazioni pubbliche è sempre stata affermata, sia dalla dottrina maggioritaria che dalla giurisprudenza, fatte salve le deroghe poste dal diritto pubblico. Sul punto, v. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, p. 71. V. anche F. MERUSI, *I principi costituzionali*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, p. 21 ss., il quale richiama l'opinione di S.ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, p. 102, secondo il quale «una separazione di una personalità privata dalla pubblica degli enti amministrativi non pare che si possa in alcun modo giustificarsi e nemmeno, se non in un senso tecnico, è da parlarsi di due diverse capacità che essi possiederebbero: si tratta invece di una sola personalità e di una sola capacità, che si esplica in campi distinti, ma il cui regolamento, anche quello di diritto privato, mette capo al diritto pubblico, che ne determina, se non altro, i motivi. Sembra del resto che una persona sia suscettibile di entrare nella sfera del diritto privato per la sua stessa qualità di pubblica, che non mai da tale suscettibilità si scompagna pel principio di logica che il più include il meno».

L'art. 4 del TUSP ha introdotto una duplice limitazione alla capacità delle pubbliche amministrazioni di costituire società, acquisire e mantenere partecipazioni societarie, attraverso l'introduzione di un vincolo di scopo di cui al primo comma e di un vincolo di attività di cui al comma 2 di tale articolo. Tali disposizioni sono state amplissimamente commentate e non è qui il caso di soffermarvisi. Mette tuttavia conto di evidenziare come tali vincoli abbiano introdotto una vera e propria limitazione della capacità giuridica delle amministrazioni pubbliche, derogando a quella capacità generale di diritto privato di cui abbiamo appena riferito e introducendo una vera e propria capacità giuridica di tipo speciale per la materia delle partecipazioni societarie. Che si tratti di limitazione della capacità giuridica e non della capacità di agire della pubblica amministrazione appare evidente dal fatto che ad essa non è impedito soltanto l'esercizio dell'attività negoziale connessa alla costituzione di società o all'acquisto di partecipazioni societarie, ma è radicalmente preclusa la titolarità di qualsiasi diritto connesso a tali partecipazioni al di fuori dei limiti di cui all'art. 4, tanto da essere impedito lo stesso mantenimento delle partecipazioni medesime. In questo senso, v. F. MERUSI, *I principi costituzionali*, cit.

L'art. 4 del TUSP introduce anche una notevole limitazione a quella libertà d'iniziativa economica pubblica che la dottrina riteneva implicitamente tutelata dallo stesso art. 41 Cost. ed alla quale abbiamo fatto cenno, poiché a tale libertà d'iniziativa economica è precluso, al di fuori delle fattispecie del citato art. 4 del TUSP, il ricorso allo strumento societario. È esplicito, sul punto, B.G. MATTARELLA, nella presentazione a *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. CERIONI, Giuffrè, Milano, 2017. L'Autore, a proposito dell'art. 4 del T.U.S.P., così afferma: «Le finalità perseguibili, ivi indicate, attengono tutte ad attività di rilievo pubblicistico: servizi pubblici, opere pubbliche, attività strumentali alle funzioni amministrative, servizi di committenza. Sono escluse, dunque, le attività d'impresa in quanto tali: le società a partecipazione pubblica non sono più una legittima forma di svolgimento dell'impresa pubblica». Tuttavia, a parte le possibili considerazioni sulla innumerevole quantità di deroghe che sino ad oggi sono state apportate ai vincoli posti dall'art. 4 del T.U.S.P., che potrebbero indurre ad una riflessione sulla tenuta di tale modello, l'attività d'impresa non è di per sé preclusa alla pubblica amministrazione, ma è solo impedito il ricorso alla forma societaria: «Ciò non implica di per sé un rifiuto del concetto di impresa pubblica, come dimostrato dalle eccezioni che il Testo Unico contempla, innanzitutto per le società quotate, oltre che dal fatto che rimangono legittime le altre forme di impresa pubblica (quelle aventi la forma dell'ente pubblico o dell'azienda autonoma). Implica, piuttosto, una sfiducia per il modo in cui il modello societario è stato recentemente utilizzato da molte amministrazioni [...]» (così, sempre B.G. MATTARELLA, *Op. cit.*). Independentemente dal merito di queste considerazioni, l'art. 4 del T.U.S.P., pur riducendone notevolmente gli spazi, limitandone il ricorso allo strumento societario quale mezzo notoriamente più diffuso, non cancella, quindi, l'iniziativa economica pubblica. Se per imporre tali limitazioni s'è resa necessaria una fonte di grado legislativo, tale fonte sarà altrettanto necessaria per imporre ad una pubblica amministrazione la partecipazione ad una società di capitali.

Svolta questa premessa, occorre dire che, nella legislazione, sia generale che speciale, relativa ai servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, una disposizione che preveda direttamente un obbligo dei comuni di partecipare al capitale delle società *in house* o miste di cui abbiamo trattato non sembra rinvenirsi. Le pronunce che ne affermano l'esistenza, la fanno discendere dall'obbligo di gestione unitaria¹⁶ dei servizi su scala di ambito territoriale ottimale, dalla necessaria adesione dei comuni agli enti di ambito e dall'obbligo dei primi di sottostare alle decisioni che i secondi sono chiamati ad assumere in ordine alle forme di affidamento del servizio¹⁷.

Si tratta, quindi, di un obbligo che viene ricavato indirettamente da altre disposizioni. Appare tuttavia dubbia l'idoneità di questi "frammenti" di legislazione ad offrire idonea copertura legislativa ad un tale obbligo. Il dubbio non può essere sciolto in questa sede, ma va osservato che, se così fosse, ci troveremmo di fronte ad una singolare fattispecie di "società legali".

Secondo la definizione risalente ad uno dei principali studi sull'argomento¹⁸, tali sono le società "la cui costituzione sia stata prevista o in qualche modo sollecitata da un apposito provvedimento legislativo". Sempre secondo tale dottrina, le società legali possono essere poi classificate in "autorizzate", "obbligatorie" e "coattive". Le prime sono quelle di cui il legislatore si occupa al fine di consentirne la costituzione, la quale resta, tuttavia, una semplice facoltà; le seconde sono quelle di cui il legislatore prevede obbligatoriamente la costituzione; le terze sono quelle che la legge stessa provvede a costituire, sì che la fonte legislativa sostituisce quella negoziale. "Secondo questa sequenza", si afferma, "la legge può astrattamente porsi: a) come fonte di una facoltà avente ad oggetto la costituzione della società

¹⁶ Il gestore unico di ambito è espressamente previsto dall'art. 149 *bis*, comma 2, d.lgs. 152/2006 per il servizio idrico integrato. L'unitarietà della gestione dei rifiuti urbani si ricava dalle disposizioni di cui agli artt. 199 – 204, d.lgs. 152/06, ed è diffusamente prevista, come per il servizio idrico, dalla legislazione regionale (v. ad es., art. 42, l.r. Toscana n. 61/2011: «Per garantire che la gestione unitaria risponda a criteri di efficienza ed efficacia, il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani è affidato ad un unico soggetto gestore per ciascun ambito territoriale ottimale [...]»).

¹⁷ Il T.A.R. Abruzzo, nella citata sentenza n. 477/2024, sembra ricavare tale obbligo dall'art. 149 *bis*, d.lgs. 152/06 ed in particolare dall'utilizzo dell'avverbio "comunque" contenuto nell'ultimo periodo del comma 2, là dove si afferma che «L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale». La norma sembra, tuttavia, voler soltanto affermare che, perché possa aversi un legittimo affidamento in favore di società *in house*, occorre che queste siano partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale, il che non equivale ad un obbligo dei comuni di partecipare alla società, ma ad una condizione di legittimità dell'affidamento. La convinzione del T.A.R. in ordine in alla partecipazione obbligatoria del comune alla società *in house* è comunque chiarissima. Il giudice amministrativo si spinge anche a considerare i comuni dell'ambito territoriale ottimale quali soci di diritto della società *in house*. Nel caso di specie, il comune, quale «partecipante *ope legis* (art. 147, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006) all'ente di governo dell'ambito è socio di diritto [della] società *in house* gestore del SII» (T.A.R. Abruzzo, *cit.*). L'affermazione lascia perplessi, poiché, se così fosse, ci troveremmo di fronte ad una costituzione *ex lege* del vincolo societario e, quindi, di fronte ad una fattispecie di società legale coattiva, secondo la classificazione di cui avremo modo di trattare, *infra*. Non sembra, tuttavia, potersi trarre dalla legge tale conclusione. Per questi profili, v. le considerazioni svolte di seguito nelle presenti note.

¹⁸ C.IBBA, *Le società legali*, Giappichelli, Torino, 1992. Sulle società legali, v. anche A. MALTONI, *Le società legali*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, UTET, Torino, 2022, 647 ss.; E. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a.*, Torino, 2009; M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 2005, 391 ss.

considerata; b) come fonte dell'obbligo, per i soggetti prescelti dalla legge stessa, di costituire o concorrere a costituire la società; c) come fonte diretta del rapporto sociale (tra i soggetti designati come soci), nonché della personalità giuridica del "gruppo". Ovviamente, è il medesimo Autore di questa classificazione ad avvertire dei limiti della stessa e degli incerti confini tra le varie tipologie di società legali così individuate. In particolar modo, per quanto riguarda le società legali qualificate come "autorizzate", spesso, nonostante il linguaggio del legislatore, il quale si esprime in termini di autorizzazione alla costituzione, siamo in presenza non già di una mera facoltà, ma di un vero e proprio obbligo.

Nel caso oggetto delle presenti note, la fattispecie alla quale le società di ambito, *in house* o miste, potrebbero essere avvicinati è quella delle società "obbligatorie", ma con una significativa differenza: l'obbligo di adesione alla società deriverebbe da una fattispecie complessa, costituita dalla previsione legislativa e dalla decisione dell'ente di ambito in ordine alla forma di affidamento. È quest'ultima che determinerebbe l'insorgenza dell'obbligo, che la legge si limiterebbe a prevedere per il caso in cui tale decisione venisse adottata. La legge, in altri termini, rimettendo agli enti di ambito la scelta della forma di gestione del servizio, aggiungerebbe implicitamente che, ove tale scelta dovesse ricadere su di una società *in house* o mista, tutti i comuni dell'ambito territoriale ottimale sarebbero tenuti ad aderire alla società.

È dubbio se questa costruzione abbia fondamento, ovvero se la partecipazione obbligatoria dei comuni alle società *in house* o miste di ambito territoriale ottimale abbia sufficiente copertura legislativa. La questione può essere qui posta soltanto in termini problematici, quale stimolo ad un ulteriore approfondimento.

Preme tuttavia rilevare come, in caso affermativo, si porrebbero una serie di problemi che non sono stati affrontati dalle su citate decisioni del giudice amministrativo e dai pareri della Corte dei Conti. Nella molteplice tipologia di società legali, il legislatore non si limita ad autorizzare o imporre la costituzione della società o a disporre la costituzione *ex lege*, ma ne stabilisce le regole fondamentali. La gamma della tipologia degli interventi è molto vasta ed eterogenea: in alcuni casi è la stessa legge a stabilire la composizione del capitale della società e le regole di *governance*¹⁹; in altri la legge definisce alcune caratteristiche fondamentali della società e rimanda, per il resto, a successive norme regolamentari o ad atti amministrativi²⁰; in ulteriori casi, attraverso questi atti, si provvede all'adozione dello statuto; in altri

¹⁹ V., ad esempio:

- art. 7, d.l. 15 aprile 2002, n. 63, convertito dalla l. 15 giugno 2002, n.112 per Patrimonio dello Stato s.p.a., successivamente posta in liquidazione in base all'art. 33, comma 8, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla l. 15 luglio 2011, n.111;

- art. 8, d.l. 8 luglio 2002, n. 138, come modificato dall'art. 1, comma 629, l. 30 dicembre 2018, n. 145, per Sport e Salute s.p.a.;

- artt. 63 e 64, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 per RAI s.p.a.;

- art. 535, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 per Difesa Servizi s.p.a.

²⁰ V., ad esempio:

casi ancora l'adozione dello statuto è rimessa alla decisione dell'assemblea dei soci²¹, cui si può aggiungere la successiva approvazione dell'autorità amministrativa, tipicamente quella ministeriale²² e così via.

Il minimo comune denominatore di questa casistica è costituito da una regolamentazione di tipo pubblicistico che investe sia le caratteristiche che le essenziali regole di funzionamento della società, tanto che, in dottrina, si è aggiunta questa definizione a quelle più tradizionali di società legali: “sono società legali tutte quelle società di diritto singolare, qualificate dalla legge come società di capitali (nella gran parte dei casi società per azioni), la quale detta per ciascuna di esse una particolare disciplina relativa all'organizzazione e al funzionamento o impone ad una preesistente società l'adozione di uno specifico statuto legale”²³.

Tale regolamentazione, nella quale sono contenute molteplici deroghe alla disciplina civilistica, è tipicamente connessa al particolare rilievo pubblicistico dell'attività societaria.

Tutto ciò manca nelle società d'ambito territoriale ottimale: la loro costituzione, le regole statutarie, la stipula e il contenuto dei patti parasociali, costituiscono atti rimessi alla volontà della maggioranza dei comuni appartenenti all'ambito territoriale. Alcuni vincoli sono imposti dagli stessi modelli della società *in house* o della società mista cui s'intende ricorrere. Si pensi al controllo analogo congiunto, su cui torneremo, il quale richiede che ogni ente locale abbia una rappresentanza, sia pur indiretta, nell'organo

- art. 1, comma 1, l. 24 aprile 1990, n. 100, per Simest s.p.a., poi passata sotto il controllo di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a.;

- art. 1., comma 2, d.l. 19 novembre 1997, n. 414 per Consip s.p.a.;

- art. 3, comma 4, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 per GSE s.p.a.;

- art. 10, l. 8 ottobre 1997, n. 352, come modificato dalla l. 16 ottobre 2003, n. 291 e dal d.l. 22 marzo 2004, n. 72, convertito dalla l. 21 maggio 2004, n. 128 per ARCUS s.p.a., la quale viene fusa *ex lege* in Ales s.p.a. ad opera dell'art. 1, comma 322, l. 28 dicembre 2015, n. 208;

- art. 8, comma 2, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12, per PagoPA s.p.a.;

- d.lgs. 9 gennaio 1999, n. 1 per Sviluppo Italia s.p.a., sostituita poi da Invitalia s.p.a. (art. 1, commi 460 e 461, l. 27 dicembre 2006, n. 296);

- art. 8, d.l. 15 aprile 2002, n. 63, convertito dalla l. 15 giugno 2002, n. 112, per Infrastrutture s.p.a., successivamente fusa per legge in Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. (art. 1, commi 79-83, l. 23 dicembre 2005, n. 266).

²¹ È il caso della Patrimonio dello Stato s.p.a., il cui art. 7, d.l. 63/2002, cit., ne rimette l'approvazione all'assemblea, unitamente alla nomina dei componenti degli organi sociali, ma si consideri che le azioni sono interamente attribuite al Ministero dell'Economia. Analogamente accade per la società Sport e Salute, ai sensi del comma 5 del citato art. 8, d.l. 138/2002.

²² È approvato dal Ministero della Difesa, di concerto con il Ministero dell'Economia, lo statuto della Difesa Servizi s.p.a. (art. 535, comma 5, d.lgs. 66/2010, cit.). È altresì sottoposto all'approvazione del Ministero dello sviluppo economico (attualmente Ministero delle Imprese e del Made in Italy) lo statuto di Invitalia s.p.a. (art. 1, comma 460, l. 296/2006, cit.). Si tratta, ovviamente, soltanto di alcuni esempi.

²³ A. MALTONI, *Le società legali*, cit., 622, nota 33. L'ultima parte di tale definizione richiama una particolare tipologia di società legali che C. IBBA, *Le società legali*, cit., 25, seguito dalla dottrina successiva, definisce “legificate”. Si tratta di una tipologia che non viene in considerazione nel caso oggetto delle presenti note, la quale si aggiunge a quella delle società “autorizzate”, “obbligatorie” e “coattive” di cui abbiamo riferito nel testo. Con tale espressione ci s'intende riferire al caso in cui il legislatore interviene su società già esistenti, dettando per esse una disciplina speciale di tipo pubblicistico al fine di esercitare il controllo sulla loro attività.

amministrativo della società.²⁴ Si pensi ancora alla società mista, nella quale non solo al socio privato di carattere industriale dev'essere riservata una partecipazione minima, che l'art. 17 del d.lgs. 175/2016 (T.U.S.P.) fissa in misura non inferiore 30%, ma al medesimo soggetto devono essere affidati compiti operativi, i quali presuppongono a loro volta l'attribuzione di un determinato grado di potere decisionale. Questi vincoli non appaiono però sufficienti. Se s'intende imporre ai comuni dissenzienti la partecipazione alla società *in house* o mista, scelta quale gestore unico del servizio dall'ente di ambito (ovvero dalla maggioranza dei comuni che vi sono rappresentati), occorre apprestare in favore di tutti i soci un quadro minimo di garanzie. Si consideri che, nella prassi, la *governance* delle società d'ambito territoriale ottimale è frequentemente caratterizzata dalla combinazione di criteri di natura strettamente civilistica, secondo le norme del diritto societario, con criteri di rappresentatività politico territoriale. Si tratta di equilibri complessi, che non possono essere interpretati soltanto sotto una luce deteriore di mera distribuzione di cariche societarie. Occorre ricordare che, se l'esigenza di una gestione industriale dei pubblici servizi impone che questa avvenga su scala sovracomunale, i comuni restano pur sempre titolari di tali servizi e, se per alcuni di essi il carattere locale ha ormai notevolmente perso di rilievo, per altri, viceversa, l'impatto sulla vita della comunità locale è sempre molto forte. Si pensi, quale esempio del primo tipo, alla distribuzione del gas e, quali esempi del secondo, alla gestione dei rifiuti urbani, al trasporto pubblico locale e, per molti versi, anche al servizio idrico integrato. Si consideri ancora che, in alcune realtà, gli ambiti territoriali ottimali raggiungono dimensioni di centinaia di comuni. Le regole statutarie e i patti parasociali costituiscono strumenti indispensabili affinché la partecipazione dei comuni di minori dimensioni non risulti priva di voce in capitolo, a maggior ragione se è obbligatoria²⁵.

²⁴ La nozione di "controllo analogo congiunto" è tuttora definita dall'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), il quale, tuttavia, contiene un rinvio all'art. 5 del previgente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016). Il nuovo codice non ha più riprodotto una disposizione analoga al predetto art. 5. L'art. 3, comma 1, lett. e), dell'All. I.1, nel definire l'affidamento *in house*, rinvia direttamente all'art. 12 della Direttiva 2014/24 UE ed alle analoghe disposizioni delle Direttive 2014/23 UE per le concessioni e 2014/25 UE per i settori speciali. La disciplina di quello che, nel lessico giuridico, è ormai noto come controllo analogo congiunto è contenuta nel paragrafo 3, lett. a) della citata Direttiva 2014/24 UE e nelle lett. i) e ii) del successivo capoverso. Stabiliscono tali disposizioni che un'amministrazione aggiudicatrice esercita "congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi", allorché "gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti". È altresì necessario che "tali amministrazioni aggiudicatrici [siano] in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica". Per la dottrina sull'argomento si rinvia alle indicazioni bibliografiche minime in materia di *in house providing* di cui alla precedente nota 4.

²⁵ La necessità di comporre il disallineamento tra la natura locale di alcuni servizi e la scala dimensionale più ampia in cui si realizza la loro gestione è ben presente anche alla Corte Costituzionale. L'art. 2, comma 186 *bis*, l. 191/2009, nel decretare, entro un anno, la soppressione delle Autorità d'Ambito, stabiliva che, entro lo stesso termine, «le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza». La Corte afferma a tale proposito che «il rispetto dei principi di sussidiarietà, di differenziazione e di adeguatezza, richiamati dal sopra citato art. 2, comma 186-*bis*, della legge n. 191 del 2009, implica che non possa essere trascurato, nella prefigurazione normativa regionale della struttura e delle funzioni dei soggetti attributari dei servizi, il

Com'è noto, all'articolo 1, comma 3, del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, al fine di contenere l'eccesso di deviazioni dagli schemi societari, è stato codificato il principio per cui, al di fuori di quanto stabilito dallo stesso Testo Unico, non sono ammesse ulteriori deroghe alle norme civilistiche. Tuttavia, gli articoli 16 e 17 del medesimo testo legislativo, rispettivamente in materia di società *in house* e di società mista, autorizzano un'importante gamma di tali deroghe, proprio al fine di consentire l'adattamento dello schema giuridico delle società di capitali alla particolarità delle funzioni che queste sono chiamate a svolgere. Al momento, tuttavia, tali deroghe sono rimesse esclusivamente all'autonomia delle parti. Nel caso delle società, *in house* o miste, d'ambito territoriale ottimale, ove si configuri una partecipazione obbligatoria dei comuni alla compagine sociale, il solo rinvio all'autonomia negoziale appare tuttavia insufficiente. Se la legge impone la partecipazione alla società, essa dovrà anche farsi carico di stabilire regole equilibrate di funzionamento di tale organismo, senza perdere di vista, ancorché non sia affatto semplice, le ragioni di carattere aziendale.

Questo problema non viene preso in considerazione dalla giurisprudenza amministrativa e dalla Corte dei Conti in sede consultiva di cui abbiamo riferito nel precedente paragrafo, ma non sembra ci si possa esimere dall'affrontarlo. Al legislatore dovrebbe far carico il compito di stabilire alcune regole e principi essenziali, per poi lasciare agli enti di ambito la regolamentazione di maggior dettaglio, che meglio può adattarsi alle singole specificità territoriali, oltre che alle caratteristiche del servizio da svolgere. Occorrerebbe poi comprendere se la competenza a stabilire tali regole è soltanto della legge statale o anche di quella regionale. Si tratta di un'indagine che qui non può essere svolta. Solo in via di prima approssimazione, soprattutto là dove vengano in considerazione profili di *governance* societaria, l'attrazione nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello stato per le materie sia della tutela della concorrenza che dell'ordinamento civile, di cui all'art. 117, comma 2, lettere e) ed l), Cost., parrebbe inevitabile²⁶. Resterebbe tuttavia da comprendere la necessità, anche in questo caso, dell'intesa in sede di Conferenza

ruolo degli enti locali e che debba essere prevista la loro cooperazione in vista del raggiungimento di fini unitari nello spazio territoriale che il legislatore regionale reputa ottimale" (Corte Cost., 50/2013, *cit.*). Subito dopo, però, aggiunge «La presenza attiva dei Comuni nell'organizzazione e nell'esercizio delle funzioni dell'ente regionale non può tuttavia privare quest'ultimo della potestà di decidere in via definitiva, operando una sintesi delle diverse istanze e dei concorrenti, e in ipotesi divergenti, interessi delle singole comunità territoriali sub-regionali». Occorre, quindi, trovare soluzioni equilibrate, che non privino i singoli comuni della possibilità di far valere le loro istanze, senza che questo si tramuti in un potere d'interdizione o in meccanismi tali da paralizzare la capacità decisionale dell'ente di ambito. La stessa esigenza di equilibrio s'impone relativamente alle regole proprie delle società partecipate dagli stessi comuni dell'ambito territoriale ottimale.

²⁶ Alla tutela della concorrenza e all'ordinamento civile si è richiamata la Corte Costituzionale con la sentenza 1 agosto 2008, n. 326, nel dichiarare la legittimità dell'art. 13, d.l. 223/2006, convertito dalla l. 248/2006 (Decreto Bersani) e così anche con la sentenza 8 maggio 2009, n. 148, che ha respinto una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 27-32, l. 244/2007. Al contrario, la Corte ha ritenuto violata la competenza legislativa regionale in materia di organizzazione amministrativa ad opera di alcune disposizioni dell'art. 4, d.l. 95/2012, convertito dalla l. 135/2012, che imponevano alle amministrazioni pubbliche lo scioglimento o la dismissione coattiva di determinate partecipazioni societarie (Corte Cost., 27 marzo 2013, n. 229).

Unificata o di Conferenza Stato - Regioni, sancita dalla nota sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016, n. 251²⁷, con il conseguente processo di concertazione che viene innescato da tale procedimento.

Ciò premesso, ove i presupposti legislativi che abbiamo ipotizzato dovessero realizzarsi, non dovrebbe costituire ostacolo alla configurazione di tali società legali l'ordinamento eurounitario, la cui attenzione è rivolta all'effettivo rispetto delle proprie norme, piuttosto che al grado di legificazione degli organismi societari.

Qualche perplessità potrebbe sorgere, a dire il vero, per gli affidamenti *in house* ed in particolar modo per l'esercizio del controllo analogo congiunto. Consideravamo in altra occasione come costituisse una sorta di ossimoro un controllo analogo *invito domino*, là dove l'ente locale non intendesse aderire alla società²⁸. Questa considerazione resta tuttavia valida sino a che l'adesione costituisce il frutto di una facoltà e non di un obbligo. In altri termini, se un comune non aderisce alla società *in house* di ambito - e può farlo poiché l'adesione è volontaria - viene a mancare il titolo in base al quale tale società possa svolgere il servizio sul suo territorio. Il problema smette tuttavia di porsi nel momento in cui si configuri un'adesione obbligatoria. Esistono, come abbiamo visto, una innumerevole quantità di società legali caratterizzate da tale vincolo, le quali non per questo si pongono necessariamente in contrasto con l'ordinamento eurounitario. Ove queste operino effettivamente all'interno della sfera pubblica e non sul mercato in condizioni di privilegio, come accade e dovrebbe sempre accadere per l'*in house providing*²⁹ e sempre che siano altresì rispettati i principi del TFUE, non si registra alcun contrasto con le norme europee.

La difficoltà nel considerare le società, *in house* o miste, di ambito territoriale ottimale quali società legali non sembra risiedere, quindi, nelle norme europee, quanto, piuttosto, nell'assenza di un'adeguata disciplina legislativa. In mancanza di quest'ultima, crediamo che l'alternativa non possa che esser quella che avevamo ipotizzato nel nostro precedente approfondimento: mentre in caso di società mista si può immaginare che la società costituita dalla maggioranza dei comuni appartenenti all'ambito territoriale ottimale e scelta dall'ente di ambito quale gestore del servizio estenda la sua attività anche sul territorio

²⁷ La sentenza, com'è noto, ha dichiarato l'incostituzionalità della c.d. legge Madia (legge delega 7 agosto 2015, n. 124) nella parte in cui prevedeva l'adozione dei decreti legislativi delegati con la mera acquisizione del parere e non già previa intesa in sede di Conferenza Unificata e di Conferenza Stato - Regioni. La necessità di tale intesa derivava, secondo quanto sostenuto nella motivazione della sentenza, dall'inestricabile intreccio di competenze statali e regionali proprie della disciplina legislativa. Resta da comprendere se ed in che limiti la necessità di tale intesa possa escludersi in presenza di disposizioni chiaramente appartenenti alla competenza legislativa esclusiva dello stato. Su tali argomenti, v. R. MICCÙ e G. ROMA, *Le società pubbliche tra competenza legislativa statale e regionale*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, 16 novembre 2018.

²⁸ G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing negli Ambiti Territoriali Ottimali*, cit.

²⁹ Per l'appartenenza dell'*in house providing* al perimetro della sfera pubblica, ovvero all'ambito di operatività dello stato e non del mercato e per un'indispensabile distinzione tra *in house providing* e impresa pubblica, sia consentito rinviare a G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 10 febbraio 2021.



dei comuni che non intendono parteciparvi, facendo applicazione del principio della deliberazione a maggioranza, altrettanto non può dirsi per l'affidamento *in house*. In tal caso, ove sia questa la forma di affidamento prescelta dall'ente di ambito, l'unità della gestione potrà essere assicurata limitatamente al territorio dei comuni che vi aderiscono.

Si tratta di una limitazione propria di tale forma di gestione dei servizi pubblici locali, particolarmente rilevante in un paese in cui la diffusione delle municipalità, che pur costituisce una straordinaria ricchezza della sua articolazione democratica, non può fare a meno di dimensionamenti su scala territoriale più ampia. Si tratta, tuttavia, di una limitazione che, quanto meno a legislazione vigente, non appare superabile.