

# La manovra di stabilizzazione finanziaria per il 2011: alcuni effetti riguardanti le società partecipate da enti locali e gli affidamenti di pubblico servizio

(D.L. 98/2011, convertito in Legge 111/2011)

di **Giuseppe Bassi**

## 1. Premessa

Il D.L. n. 98 del 6 luglio 2011, recante «*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*», è stato pubblicato nella G.U. n. 155 del 6 luglio 2011 ed è entrato in vigore il giorno medesimo della sua pubblicazione (6 luglio 2011).

La manovra, come è stato precisato da fonti istituzionali, persegue la finalità di raggiungere il pareggio di bilancio nel 2014 attraverso un'azione correttiva *in itinere* sui conti pubblici; la sua drasticità sarebbe tesa a rispettare sia gli impegni assunti in sede comunitaria, ma anche - e soprattutto - ad evitare che la speculazione finanziaria possa indurre tentativi di attacco alla credibilità e solidità del debito sovrano italiano e, conseguentemente, all'affidabilità complessiva del sistema economico per le garanzie di ripresa e di crescita programmate (e quindi la capacità di rimborsare il debito pubblico) del nostro Paese. La delicatezza del momento e la virulenza della crisi economico-finanziaria internazionale, unitamente alla permanente stagnazione dell'economia hanno determinato, in concomitanza di attacchi speculativi condotti propri nell'imminenza dell'entrata in vigore della manovra, uno sforzo politico generale che, grazie soprattutto all'intervento autorevole delle massime cariche istituzionali, ha portato al risultato di blindare la manovra in Parlamento, arrivando ad un'approvazione lampo della sua conversione che, in una sola settimana e con pochi emendamenti di fondo<sup>1</sup>, ha sostanzialmente sbarrato la strada ad ogni manovra speculativa sulla credibilità stessa dell'intervento correttivo dei conti pubblici. La legge di conversione n. 111 è stata quindi promulgata e pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 164 del 16 LUGLIO 2011; essa è entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione.

In questo breve intervento desideriamo analizzare le principali disposizioni, elaborate dal Governo e convalidate dal Parlamento, che interessano le partecipazioni societarie degli enti locali e le clausole anti elusive in tema di esternalizzazione di servizi, evidenziando elementi di incongruenza o di criticità ai quali il legislatore dovrà rapidamente porre rimedio, atteso che non vi è stato forse il tempo di intervenire in tal senso nel contesto della conversione lampo.

---

<sup>1</sup> Che peraltro hanno inteso modificare la composizione qualitativa della manovra di bilancio, soprattutto nei primi due anni del quadriennio di riferimento, andando ad agire sul versante delle entrate più di quanto non si intervenga su quello dei tagli di spesa, prova ne sia la riduzione lineare delle agevolazioni fiscali, ad ampio raggio, introdotta con la legge di conversione, che di fatto produce effetti di prelievo indotto, sul reddito di famiglie ed imprese.

## 2. Gli obblighi di trasparenza del portafoglio partecipazioni nelle pubbliche amministrazioni

La disposizione è recata dall'art. 8 della manovra, che così recita: «...Entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente decreto, tutti gli enti e gli organismi pubblici inseriscono sul proprio sito istituzionale curandone altresì il periodico aggiornamento, l'elenco delle società di cui detengono, direttamente o indirettamente, quote di partecipazione anche minoritaria indicandone l'entità, nonché una rappresentazione grafica che evidenzia i collegamenti tra l'ente o l'organismo e le società ovvero tra le società controllate e indicano se, nell'ultimo triennio dalla pubblicazione, le singole società hanno raggiunto il pareggio di bilancio...».

Va premesso che la norma, anche in questo caso, non brilla in chiarezza linguistica prima ancora che giuridica, e pare più informata a petizioni di principio che ad effettività reale di adempimento. Essa individua un preciso obbligo di trasparenza e di pubblicità, con aggiornamento periodico dei dati<sup>2</sup>, realizzato mediante la pubblicazione sul sito istituzionale, in tema di struttura del portafoglio partecipazioni sia dirette che indirette, di tutte le società possedute, anche in quote minoritarie. E' di immediata evidenza, tuttavia, come la norma non ponga alcun tipo di sanzione a fronte del mancato adempimento del precetto, rendendo così privo di sostanziale effettività l'obbligo prescritto, sia sul versante del termine fissato per il primo adempimento (tre mesi dall'entrata in vigore del decreto d'urgenza, quindi entro il 6 ottobre 2011) - che in tal modo andrà inteso come ordinatorio e non come perentorio - sia sotto il versante della cogenza dell'obbligo medesimo e dei successivi aggiornamenti.

I versanti che definiscono il perimetro di operatività della disposizione sono fondamentalmente due:

- **versante soggettivo**
- **versante oggettivo**

Il primo attiene all'individuazione dei soggetti interessati dal precetto normativo; il legislatore utilizza una terminologia generica ed atecnica, che si presta, inevitabilmente, a considerevoli dubbi interpretativi: si parla, infatti, di «enti ed organismi pubblici». Ora, il concetto di ente pubblico è assolutamente vasto e potenzialmente aperto sino a ricomprendervi una pluralità di soggetti, siano essi ufficialmente rientranti nell'alveo della pubblica amministrazione (Stato, Regioni, enti locali territoriali, enti pubblici economici e non economici, sia nazionali che locali, Università, ASL, autonomie funzionali, Aziende pubbliche di servizi alla persona, etc...), siano essi soggetti che, seppur formalmente dotati di personalità giuridica di diritto privato, presentano tuttavia una condizione di equilibrio gestionale sostanzialmente dipendente da risorse pubbliche o che comunque sono normativamente assoggettati al controllo di amministrazioni pubbliche (fondazioni, consorzi pubblicistici, aziende speciali, agenzie pubbliche, etc...). Del pari il concetto di «organismo» risulta ancora più indefinito: a prescindere dal fatto che si possa o meno assimilarlo a quello

---

<sup>2</sup> sebbene non dia alcuna indicazione in ordine alla cadenza temporale del predetto aggiornamento, sterilizzando, così, in gran parte, la finalità informativa che si prefigge di conseguire.

di derivazione comunitaria di «*organismo di diritto pubblico*» - cosa che escluderei stante la natura speciale della qualificazione, funzionale esclusivamente al campo della contrattualistica pubblica - qui rientrano anche tutta una serie di soggetti che, pur difettando del requisito della personalità giuridica di diritto pubblico, operano tuttavia con guarentigie di autonomia gestionale, organizzativa e contrattuale (es.: *Istituzioni comunali e provinciali*<sup>3</sup>, *aziende municipalizzate*, laddove ancora esistenti, costituite ai sensi del R.D. 2578/1925, etc...).

Il presupposto oggettivo appare meno indefinito nei suoi contorni. Si tratta, infatti, di inserire sul sito istituzionale di ogni ente od organismo rientrante nel perimetro soggettivo di applicabilità della norma, una serie di informazioni (di cui si dirà appresso) inerenti la struttura del portafoglio partecipazioni, sia direttamente che indirettamente possedute, indipendentemente dalla quota di interessenza (diretta o indiretta), che potrà essere minoritaria o finanche infima, nonché dal fatto che dette società siano o meno quotate in mercati regolamentati. L'estensione del perimetro oggettivo di operatività della norma è dunque relativo a due ordini di obblighi:

- *il primo riguarda un obbligo di pubblicità e trasparenza, che implica la pubblicazione sul sito istituzionale degli enti detentori delle partecipazioni societarie di una serie di informazioni, da rendere note per la prima volta entro tre mesi dall'entrata in vigore del decreto legge, e poi periodicamente aggiornate ogni qualvolta se ne ravvisi la necessità;*
- *il secondo riguarda il contenuto di dette informazioni e la modalità tecnica con cui esse debbono essere elaborate e rese fruibili. Circa il contenuto potremmo dire che questo attiene sia all'indicazione di una serie di dati identificativi (comprensivi della misura della quota riferibile all'ente) sulle società partecipate, direttamente o indirettamente, indipendentemente dalla quota di partecipazione diretta o di interessenza indiretta, sia all'indicazione di una serie di dati economici, desumibili, ad evidenza, solo dai bilanci d'esercizio o dai consolidati (laddove previsti), che mostrano la serie storica dei risultati reddituali di sintesi riferibili all'ultimo triennio dalla pubblicazione (comprensivo dell'anno di riferimento della stessa). Circa la modalità tecnica con cui i dati afferenti le relazioni di interessenza e quelle di gruppo debbono essere forniti, la norma parla anche di una «rappresentazione grafica», atta a dimostrare i collegamenti tra l'ente o l'organismo e le società ovvero tra le società controllate tra loro e, probabilmente, con le relative sottordinate.*

Come si vede, anche in questo caso, la disposizione non brilla in chiarezza e, soprattutto, non utilizza un appropriato linguaggio tecnico; infatti, premesso che non si capisce fino a quale livello nella piramide verticale di gruppo si debba

---

<sup>3</sup> Anche se occorrerebbe chiedersi come possa un'Istituzione, priva di personalità giuridica, decidere di acquisire una partecipazione societaria, scelta che è legislativamente riservata al Consiglio dell'ente da cui dipende e che, comunque, risulterà acquisita al patrimonio dell'ente stesso.

arrivare nel ricostruire la situazione dei rapporti di interessenza, atteso che nella disposizione non vi è alcun richiamo ai criteri previsti in tema di definizione dell'«**area di consolidamento**» (D. Lgs. 127/91 e s.m.i.), una ricostruzione integrale dell'architettura di gruppo forse non superebbe il *test* di convenienza in termini di **rapporto costo/beneficio**. Quanto detto va inteso nel senso che il valore dell'informazione incrementale - misurato in punto di effetto pubblicità e trasparenza - nel caso di partecipazioni indirette infinitesime o comunque minime (sotto il 10%) e situate ad un livello assai distante dal vertice del gruppo pubblico, sarebbe probabilmente assai inferiore rispetto al costo (misurato in termini di risorsa tempo e di oneri amministrativi per accedere alle predette informazioni).

Del pari non è chiaro se, nella richiesta rappresentazione grafica delle interrelazioni di gruppo, quando si parla di «... *collegamenti [...] tra le società controllate...*», si debba intendere che si vogliono messi in rilievo i collegamenti strutturali tra le sole società controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., dall'ente o organismo pubblico di vertice e le altre società sottordinate a queste ultime, ovvero solo le relazioni reciproche di interessenza tra le società sottoposte a controllo economico dell'ente di vertice, a mente dello stesso art. 2359. Probabilmente il legislatore intendeva far riferimento alla realtà di enti che posseggono un portafoglio concentrato in una *holding «cassaforte»*, o forse a quello in cui il gruppo pubblico, a prescindere dalla presenza o meno di una *holding «cassaforte»*, sia comunque articolato in *sub-holding* settoriali o operative<sup>4</sup>. Insomma, in attesa di un chiarimento, anche recato per via di prassi amministrativa, si ritiene che l'ente od organismo capofila che esercita un effettivo controllo economico, eventualmente anche mediante poteri di direzione e coordinamento ovvero mediante una *holding finanziaria o mista e/o sub-holding operative*, sia tenuto a rappresentare graficamente anche al sussistenza di tali relazioni, evidenziandole in maniera chiara e con connotazioni distintive rispetto alle altre relazioni «*non di controllo*», con indicazione dell'estensione potenziale dei legami di controllo anche lungo la catena verticale di gruppo, fino al punto in cui essa si viene ad interrompere. La figura che segue fornisce un esempio di possibile rappresentazione grafica di una gruppo complesso con struttura «*a catena*»<sup>5</sup>.

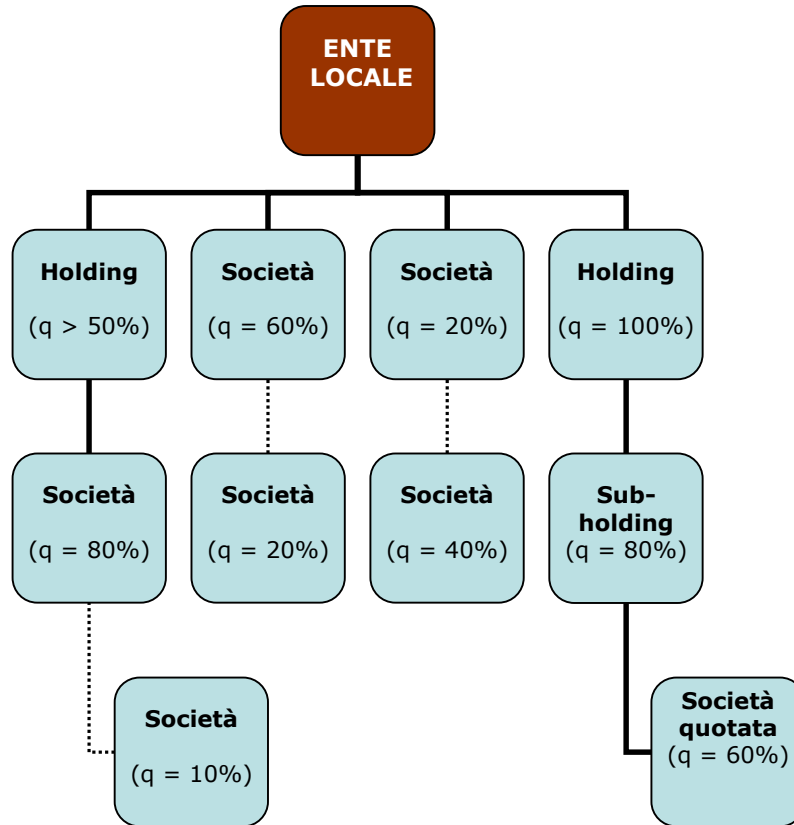
---

<sup>4</sup> La *sub-holding* svolge, di norma, una funzione di coordinamento delle società operative attive in un determinato settore, ovvero in settori o mercati omogenei o complementari di attività, in cui si articola un complesso gruppo diversificato. Laddove si tratti, invece, di una partecipazione meramente strumentale all'attività della singola società operativa questa non consente di essere qualificata anche come *sub-holding*, dal punto di vista tecnico-economico. Diversa è invece la soggezione all'esercizio dei poteri di cui all'art. 2497 e ss del codice civile, che tale posizione di controllo o di collegamento può determinare, quantomeno in virtù della presunzione relativa di cui all'art. 2497-*sexies*, c.c..

<sup>5</sup> Un gruppo si dice complesso, a struttura mista «a catena», quando la controllante di vertice partecipa sia direttamente sia indirettamente una pluralità di società, con presenza o meno di partecipazioni reciproche e/o circolari. Cfr., MELLA P. *Il bilancio consolidato*, ISEDI edizioni, Torino, 1985, pag. 15 e ss.

**Figura 1 - gruppo a struttura piramidale ed estensione del controllo pubblico**

[Legenda: *Linea tratteggiata* = *interruzione della catena verticale di controllo*]



### 3. Identificazione del perimetro delle società partecipate ai fini del calcolo dell'indicatore sul costo del personale

La disposizione richiamata, contenuta nell'art. 20, comma 9 del D.L. 98/2011, così recita: «...Al comma 7 dell'articolo 76 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 2008, n. 133, dopo il primo periodo sono inseriti i seguenti: "Ai fini del computo della percentuale di cui al periodo precedente si calcolano le spese sostenute anche dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, ne' commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. La disposizione di cui al precedente periodo non si applica alle società quotate su mercati regolamentari."...».

E' immediato notare come la disposizione in disamina, seppur malamente formulata sul piano esegetico e su quello meramente letterale, presenta rilevanti complessità interpretative che potranno esser risolte - auspicabilmente quanto prima - solo dal Legislatore ovvero in sede di interpretazione ministeriale. In questo contesto preliminare, pertanto, non possiamo che rifarci all'applicazione dei *principi generali del diritto* (R.D. 262/1942) ai fini di una plausibile interpretazione del dettato normativo. La disposizione è, ad evidenza, dettata con finalità di partecipazione delle autonomie locali al conseguimento degli obiettivi generali di finanza pubblica e quindi possiede chiari scopi anti-elusivi. Essa, come tutte quelle che impongono limiti, vincoli, divieti, è da considerarsi, pertanto, in forza dei citati principi generali di ermeneutica giuridica, «**di stretta interpretazione**».

Giova rilevare come il dettato normativo è simile, ma solo in parte, a quanto già recato dall'art. 19 del D.L. 78/2009, convertito in L. 102/2009 e s.m.i., che tuttavia, per certi aspetti, risulta finanche più chiaro della disposizione in disamina<sup>6</sup>. Infatti, in quel contesto si precisava che il regime vincolistico ed i divieti imposti dalle normative vigenti alle pubbliche amministrazioni partecipanti, transitano *ipso iure* in capo alle società partecipate che rientrano nel perimetro applicativo della norma, sulla scorta del **regime** «...previsto per l'amministrazione controllante...». Qui, invece, nulla si dice circa le modalità con cui le *spese di personale* delle partecipate rientranti nel perimetro di applicazione della norma dovrebbero risultare consolidate nel bilancio pubblico ai fini del computo dell'indicatore finanziario in disamina, partitamente in ipotesi di società pluricomunali o comunque di società miste a maggioranza pubblica.

In altri termini, ci pare legittimo porre e stigmatizzare le seguenti questioni:

---

<sup>6</sup> La disposizione richiamata, infatti, così recita: «...le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale ne' commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311...».

- A. **Le spese di personale delle partecipate interessate dal «consolidamento» vanno imputate pro-quota nel bilancio pubblico dei singoli enti soci ovvero per intero in quello dell'ente controllante ovvero, ancora, in quello dei soli enti affidanti in via diretta, ancorché non controllanti (singolarmente o in gruppo)?** E', infatti, verosimile pensare che la risorsa umana, in quanto fattore produttivo dell'*azienda* in forma societaria, sia strumentalmente funzionalizzata alla produzione/erogazione dei pubblici servizi affidati senza gara ovvero delle attività amministrative, o dei servizi strumentali gestiti per conto degli enti conferenti.
- B. **Laddove siano presenti dei privati è lecito non scorporare la quota parte di spese facenti loro capo in forza della quota di interessenza, ancorché la società sia affidataria diretta o comunque l'affidamento non corrisponda ai parametri comunitari della gara «a doppio oggetto» di cui alla comunicazione interpretativa della Commissione C.E. n. 6661/2008 (ex art. 23-bis, comma 2, lett. b) dell'abrogata L. 133/2008 e s.m.i.), soprattutto laddove il privato avesse specifica connotazione industriale e fosse comunque apportatore di un proprio «ramo industriale d'azienda», essenziale all'attività produttiva della società di servizi?**
- C. **E ancora, l'ente dovrà limitarsi a considerare le sole spese di personale, allocate al numeratore dell'indice finanziario di cui all'art. 76, comma 7 della L. 133/2008 o non dovrà, invece, per evidenti ragioni di omogeneità e significatività del rapporto  $\frac{\text{spese di personale}}{\text{spese correnti}} < 40\%$ , intervenire attraverso un opportuno consolidamento anche dell'aggregato posto a denominatore?** Ma in questo come si farà a trasformare i *costi operativi* da conto economico della società (che adotta una contabilità privatistica) nell'aggregato finanziario «*spese correnti*», senza disporre di un principio contabile ufficiale e condiviso di riclassificazione?

Crediamo che il tentativo di inventarsi una metodologia di conciliazione tra i due aggregati contabili, per quanto raffinata e plausibile possa essere sul piano dottrinale, si infranga, inesorabilmente, contro il dato testuale della norma secondo cui l'ordinamento della finanza locale è riservato alla legge dello Stato (art. 149 TUEL), nonché con gli ineludibili **principi di uniformità e coerenza contabile** (art. 2, comma 2, lett. e) della L. 196/2009<sup>7</sup>, del D. Lgs. 91/2011 e dell'art. 2, comma 2, lettera h) della L. 42/2009 e, da ultimo, l'appena promulgato D. Lgs. 23 giugno 2011, n. 118 recante "Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42); essi impediscono, in tale delicato settore, di generare una «**giungla di prassi operative**» autoreferenziali, lasciando ogni ente libero di formularsi i principi (e quindi di calcolare, esso medesimo, l'indicatore a suo uso e consumo), rendendo di fatto non

<sup>7</sup> L'art. 2, comma 2, lett. e) della legge generale di contabilità e finanza pubblica (L. 196/2009), sebbene non direttamente applicabile agli enti locali, delegava il Governo ad emanare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge stessa, uno più decreti legislativi per, tra l'altro, «...e) adozione di un bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche con le proprie aziende, società o altri organismi controllati, secondo uno schema tipo definito dal Ministro dell'economia e delle finanze d'intesa con i Ministri interessati...».

confrontabili i bilanci pubblici e forse vanificando, almeno in parte, anche i rigorosi obbiettivi sottesi alla manovra finanziaria. Ma se è così, tale disposizione sembrerebbe, allo stato, davvero inapplicabile<sup>8</sup>!

Procedendo nell'analisi occorre in primo luogo partire, in conformità dell'art. 14 del R.D. 262/42, dal dato letterale della norma; esso identifica un duplice presupposto atto a delineare le *variabili d'azione* che debbono esser assunte a riferimento per tracciare il perimetro di interesse all'interno del quale identificare le società rientranti nell'obbligo normativo. Si identificano i seguenti presupposti:

**A. presupposto soggettivo**

**B. presupposto oggettivo**

Il presupposto soggettivo (sub A), afferente cioè la natura dei soggetti che rivestono la qualità di socio - e quindi di parte attiva nel contratto di società - è riferibile al fatto che deve trattarsi di **«società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo»**. Circa il concetto di **«soggetto pubblico locale»** risulta assolutamente indeterminata, sulla scorta del mero dato letterale, la corretta definizione della fattispecie. Infatti, nel novero dei soggetti pubblici locali vi possono rientrare sia gli enti locali territoriali e non, sia le autonomie funzionali (CCIAA). Escludiamo, invece, che in detta categoria possano farsi rientrare le Regioni, poiché trattasi di livelli di governo aventi una autonoma connotazione costituzionale e che, anche rispetto ad altri analoghi casi rinvenibili in diverse disposizioni (cfr., L. 296/2006, art. 1, commi 725 e ss.; L. 248/2006, art. 13), sono state espressamente nominate, laddove il legislatore abbia voluto ricomprenderle. Ci soccorre, in tal senso, anche la posizione espressa dal Consiglio di Stato in merito all'interpretazione dell'art. 13 della L. 248/2006, ove il legislatore usa analoga locuzione (amministrazioni pubbliche locali); la magistratura amministrativa, infatti, così si esprime nel parere n. 322/2007: *«...pare dunque al Collegio che il riferimento normativo alle "amministrazioni pubbliche locali" ricomprenda le attività poste in essere dalla generalità delle amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici locali. In sostanza, è l'ambito spaziale – locale – dell'attività pubblica che rende operativa la norma e nulla più. Con la conseguenza che la disposizione in esame, nella sua complessità, si riferisce a tutte le amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici entro un dato ambito territoriale. In concreto – e per restare alla fattispecie che ha occasionato il quesito – appare irrilevante l'ascrivibilità, riconosciuta dalla dottrina, delle Camere di commercio nell'ambito delle cd. autonomie funzionali. Ciò che conta, ai fini della disposizione in esame, è che tale ente possa essere qualificato "amministrazione locale". D'altro canto - argumentum per absurdum – apparirebbe irragionevole in termini costituzionali l'assoggettamento alla nuova disciplina delle società costituite o partecipate, ad esempio, dalle amministrazioni regionali o comunali e non anche quelle che fanno riferimento alle altre amministrazioni che agiscono in ambito locale. In altri termini, se la ragione della disposizione è quella di ridurre i costi degli apparati pubblici*

---

<sup>8</sup> Concordiamo, in proposito, con quanto scrive sul tema un autorevole studioso: *«...paradigmatico quanto accade con la norma del D.L. 98/2011, condivisibile ma priva di indicazioni operative, che estende i limiti di spesa del personale alle società partecipate: siamo a fine luglio, dispiega i suoi effetti già sul 2011 ma nessuno si prende la briga di spiegarne la corretta applicazione. Difficile che in una situazione del genere gli enti locali possano funzionare al meglio e che non cerchino delle scappatoie, a fronte di una situazione di incertezza che rischia di penalizzare soprattutto che ha i bilanci in ordine...»*. POZZOLI S., «Il film già visto dei rimedi tardivi sui criteri di calcolo», articolo pubblicato sul quotidiano *Il Sole 24Ore*, n. 201 di lunedì 25 luglio 2011, pag. 5.

*regionali e locali e di tutelare la concorrenza, non v'è dubbio che tale esigenza sussiste anche per le società che fanno riferimento a tutti gli enti locali diversi dagli enti territoriali...».*

Tanto premesso riteniamo che non possano escludersi dal presupposto soggettivo le società in cui, oltre agli enti locali territoriali, siano presenti anche le CCIAA o altri enti pubblici a valenza locale (es.: aziende pubbliche di servizi alla persona, ex IPAB), ancorché non territoriali. Il secondo aspetto che connota il presupposto di cui sub A) è, invece, la natura del rapporto di *governance societaria* riferibile alla parte pubblica locale; esso infatti deve configurare una relazione **«totalitaria o di controllo»**. Circa il concetto di controllo, non essendo diversamente esplicitato nella norma, crediamo che ci si debba legittimamente riferire all'ordinamento societario rinvenibile nel codice civile e, nella fattispecie, nell'art. 2359 (applicabile, ex art. 2497-sexies, anche alle s.r.l.). Qui si identificano almeno tre tipologie di controllo economico sulle società di capitali:

1. **controllo di diritto:** il socio controllante dispone della maggioranza assoluta dei voti validi in assemblea (*gruppi di tipo «partecipativo»*);
2. **controllo di fatto:** il socio controllante dispone di una quota di voti validi che, pur inferiore al 50% + 1, è comunque superiore al 20% nelle società non quotate (10% per le quotate) e consente, per effetto della polverizzazione del rimanente capitale sociale non suffragata da patti di sindacato di voto, un controllo *di fatto* dell'assemblea (*gruppi di tipo «partecipativo»*);
3. **controllo sulla base di particolari vincoli contrattuali:** laddove il socio, pur non disponendo dei voti utili rispetto alle due fattispecie di cui ai punti precedenti, per effetto di particolari vincoli contrattuali con la società, atti a determinare la possibilità di esistenza in vita della stessa (es.: contratto di commessa pubblica che rappresenti la quasi totalità del fatturato), può determinarne l'effettiva attività di direzione e coordinamento; ipotesi, quest'ultima, di ben difficile applicazione operativa<sup>9</sup> (*gruppi di tipo vincolistico o contrattuale*).

Quanto al **presupposto oggettivo** (sub B), si deve rilevare come la disposizione faccia riferimento alla circostanza che dette società siano affidatarie di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni di interesse generale in regime di privativa o di esclusiva, ovvero ancora che esercitino attività amministrative o servizi strumentali in favore delle P.A. socie, indipendentemente dal fatto che l'affidamento si avvenuto con gara o senza gara. Sono escluse, in

<sup>9</sup> «...Il problema operativo dell'accertamento dei legami di gruppo si presenta, però, in tutta la sua complessità nell'ambito dei "gruppi vincolistici". I legami vincolistici si possono palesare solo in casi semplici, quando ad esempio:

1. La [società] A nomina la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione della [società] B. tale legame si può palesare se tali membri sono anche appartenenti al consiglio di amministrazione della A;
2. La A stipula un contratto di somministrazione con la B (somministrante) e fornisce a B il macchinario e il know-how necessario, oltre alle garanzie per ottenere finanziamenti. In questo caso, essendo la A sottoposta ai rischi di gestione della B, si potrebbe indurre facilmente (da provare, però) la dipendenza della B dalla A;
3. La A, pur non detenendo partecipazioni nella B, (o detenendole in percentuale non di controllo) presta garanzie patrimoniali per finanziamenti concessi alla B da Banche o da terzi finanziatori, sopportando direttamente il rischio economico dell'insolvenza della B...».

MELLA P., *Il bilancio consolidato*, cit., pag. 10.

ogni caso, le società quotate in mercati regolamentati. Non si fa qui riferimento, come invece avveniva nell'art. 19 del D.L. 78/2009, al fatto che dette società siano o meno «*..inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311...*».

Circa il livello di estensione della norma nell'ottica del «*gruppo pubblico locale*», si deve rilevare come il legislatore parli di «*...società a partecipazione pubblica locale...*», senza alcun riferimento al fatto che si debbano considerare anche eventuali partecipazioni indirette. Poiché deve valere il principio generale per cui «*quam lex voluit dixit*» (si veda, in proposito, quanto all'art. 8 dello stesso D.L. 98/2011), si dovrebbe ritenere, salve diverse interpretazioni successive, che il rapporto partecipativo interessato è solo quello diretto, anche se in tal modo rischiano di sfuggire alla norma le società affidatarie dirette legate all'ente da una partecipazione indiretta (es.: tramite una holding).

#### 4. La clausola «*antielusiva*» e gli effetti sulle esternalizzazioni fittizie

Il legislatore ha inteso rafforzare i vincoli di finanza pubblica imposti agli enti locali in tema di condizioni e parametri che presiedono al rispetto del «*patto di stabilità*» interno, presidio determinante ai fini del concorso delle autonomie locali al conseguimento degli obiettivi nazionali e comunitari di finanza pubblica su cui è imperniata l'intera manovra. Viene quindi prevista una pesante serie di sanzioni che vanno a colpire le manovre elusive dei saldi rilevanti ai fini della cosiddetta «*golden rule*» del patto.

Si tratta di una disposizione introdotta nel contesto della legge di stabilità e crescita per l'anno 2011 (L. 220/2010 e s.m.i.), dove all'art. 1, dopo il comma 111, vengono inseriti i seguenti nuovi commi:

*«...111-bis. I contratti di servizio e gli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli enti locali che si configurano elusivi delle regole del patto di stabilità interno sono nulli.». [...]*

*"111-ter. Qualora le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti accertino che il rispetto del patto di stabilità interno e' stato artificiosamente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio o altre forme elusive, le stesse irrogano, agli amministratori che hanno posto in essere atti elusivi delle regole del patto di stabilità interno, la condanna ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di dieci volte l'indennità' di carica percepita al momento di commissione dell'elusione e, al responsabile del servizio economico-finanziario, una sanzione pecuniaria fino a 3 mensilità del trattamento retributivo, al netto degli oneri fiscali e previdenziali."...».*

La previsione del divieto di stipulare «*contratti di servizio*» con finalità elusive dei vincoli del patto non è nuova nelle «manovre» degli ultimi anni; basterà ricordare che analoga disposizione è contenuta al comma 4 dell'art. 76 della L. 133/2008, dove espressamente si recita: «*...in caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno nell'esercizio precedente è fatto divieto agli enti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione continuata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto. E' fatto altresì divieto agli enti di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della presente disposizione...».*

A ben vedere, tuttavia, la regola «*antielusiva*» del divieto di assunzione in caso di mancato rispetto del patto nell'anno precedente, non risultava, in quel contesto, assistita da alcuna specifica sanzione, tanto da porsi quale mera esortazione, in perfetto stile da «*grida manzoniana*». Adesso, invece, il legislatore ha previsto specifici deterrenti per la violazione di tale obbligo, che si connotano sia sul piano «*reale*» che su quello «*personale*», con sanzioni pecuniarie a carico degli amministratori e del responsabile finanziario dell'ente, che adottano - o che consentono l'adozione - dell'atto o del contratto di servizio con finalità elusive; il tutto previa istruttoria della competente sezione regionale della Corte dei Conti, che qui è chiamata a controllare la corretta applicazione della norma.

E' dunque prevista la «nullità» radicale ed insanabile non solo dei contratti di servizio (tipologia ben definita sul piano oggettivo), ma anche di ogni altro «atto», posto in essere da Regioni ed Enti locali, che si configurino come elusivi dei vincoli e delle regole derivanti dal patto di stabilità.

Su questa norma si deve necessariamente operare un'attenta riflessione. Infatti, premesso che la nullità del contratto di servizio elusivo è qui disposta per via imperativa e quindi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418, ultimo comma, codice civile, essa produce i noti effetti ad essa riconducibili in campo civilistico: imprescrittibilità dell'azione, rilevabilità da parte di chiunque vi abbia interesse e anche d'ufficio, da parte del Giudice, inammissibilità della convalida per espressa disposizione di legge con conseguente imputabilità a carico di chi abbia stipulato il contratto nullo - o agito in forza di esso - delle relative responsabilità, anche patrimoniali, nei confronti dei terzi contraenti di buona fede.

Non possiamo, tuttavia, non rilevare come anche gli organi di amministrazione e quelli di controllo delle società di gestione che stipulassero il contratto nullo rischiano di vedersi imputare, laddove fosse provata la conoscenza - o anche la mera conoscibilità - sulla scorta della diligenza specifica che è connessa al loro mandato professionale, delle condizioni elusive dei vincoli del patto di stabilità, da parte dell'ente affidante, specifiche responsabilità per *mala gestio*.

Di particolare momento è anche la sanzione di nullità che colpisce gli «atti», non diversamente qualificati, posti in essere dalla P.A. in funzione elusiva dei vincoli e delle regole del patto. Qui l'ambito oggettivo di applicabilità della norma sanzionatoria - e della conseguente declaratoria di nullità - diviene finanche più vasto; infatti, il concetto di «atto» fa riferimento a qualsivoglia tipologia di strumento giuridico utilizzato dalla P.A. per il conseguimento delle proprie finalità, sia esso connotato da natura autoritativa (e quindi amministrativa) che di tipo non autoritativo (e quindi di natura privatistica, anche nella forma del negozio giuridico unilaterale<sup>10</sup>), secondo le note specifiche oggi identificate dalla L. 241/90 e s.m.<sup>11</sup> e comporta la nullità dell'atto principale, giusto art. 21-*septies* della L. 241/90, con gli effetti di caducazione degli eventuali atti conseguenti o che su di esso trovano fondamento giuridico (es.: una determinazione o deliberazione «a contrattare», se assunta in funzione elusiva delle regole del patto, finisce per determinare, per consolidata giurisprudenza, anche la caducazione dei contratti o delle concessioni che su di essa trovassero presupposto giuridico). Di tutta evidenza gli immaginabili e conseguenti effetti in termini di responsabilità, anche sul piano civilistico, per chi abbia posto in essere detti atti ovvero per chi vi abbia concorso in violazione di legge, oltre alla responsabilità erariale<sup>12</sup>.

Sul piano dell'efficacia temporale della norma sanzionatoria si rileva come essa si applichi sia ai contratti di servizio che agli atti posti in essere dopo l'entrata in vigore del decreto; tuttavia occorrerà prestare rilevante attenzione, poiché la garanzia di irretroattività potrebbe aprire a molteplici ed insidiosi scenari. Infatti, anche se un contratto di

---

<sup>10</sup> Si ricorderà, infatti, che, salvo diversa disposizione di legge, le norme che regolano i contratti risultano applicabili anche agli atti unilaterali *inter vivos*, aventi contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.).

<sup>11</sup> Cfr., in particolare, gli articoli 1, 11 e 15 della L. 241/90 e s.m.i.

<sup>12</sup> «...Sul piano sostanziale è da ritenere pacifico che l'atto nullo non sia capace di produrre effetti giuridici. Ciò comporta che ogni soggetto obbligato in virtù delle disposizioni dell'atto può rifiutarsi di ottemperare; che l'esecuzione materiale dell'atto da parte dell'Amministrazione, ove avvenuta, può essere rimossa, su domanda di chiunque, da parte del giudice ordinario, anche in sede possessoria; che l'esecuzione da parte dei terzi destinatari dell'atto, dà luogo all'esigenza di ripristino della situazione qua ante salve le note eccezioni elaborate dalla giurisprudenza (*factum infectum fieri nequit*)...», CERULLI IRELLI V., «Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – 5. Puntata», su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

servizio fosse stato stipulato precedentemente al 6 luglio 2011 (data di entrata in vigore del D.L. 98), questo non significa che ogni eventuale atto integrativo o modificativo di detto contratto, posto in essere dopo tale data, ancorché nella forma di atto politico-amministrativo (sebbene impropriamente adottato), qualora utilizzato per finalità elusive, non rientri tra quelli sanzionati da nullità!

**Particolare attenzione andrà dunque rivolta ad ogni atto o contratto o appendice di contratto, anche integrativa, che vada ad ampliare, palesemente o surrettiziamente, l'oggetto dell'originario contratto di servizio, scaricando sulla società di gestione attività o servizi che non rientrano rigorosamente tra quelli a suo tempo già affidati (e qui è irrilevante che siano stati affidati con gara o senza gara e che la società sia o meno quotata in mercati regolamentati!)**

**Attenzione, quindi, ad affidare attività o servizi, anche strumentali o istituzionali, che si configurino come obbligatori per le amministrazioni locali o regionali (tenute cioè a produrli ed erogarli, in via principale, con oneri a carico del proprio bilancio). Ogni eventuale esternalizzazione di tali servizi o attività, ancorché conforme a normative di settore, laddove tendesse a scaricare i costi di produzione del servizio su un eventuale soggetto partecipato, anche a prescindere dall'effettiva esternalizzazione del ramo d'azienda<sup>13</sup>, se operata al fine di evitare che detti costi, qualora correttamente imputati al bilancio pubblico, generino uno sfioramento delle regole del patto, comporterà nullità dei relativi atti e/o contratti, con le conseguenze sanzionatorie, reali e personali, già sopra ricordate.**

A questo punto qualcuno potrà lanciare un giusto ed ormai ricorrente grido di allarme: «**...ma allora come si fa a garantire i servizi, se non possiamo assumere personale e non possiamo neppure esternalizzare...**»?

Orbene, non è facile dare risposta a questa giusta istanza degli amministratori locali con poche parole; tuttavia, sul piano economico, crediamo che una possibile via d'uscita (forse l'unica, nel fosco quadro disegnato dalla manovra) è profilata all'art. 16, comma 4 del decreto, dove, sebbene in forma di facoltà decisionale, il legislatore indica, entro gli angusti vincoli della manovra, una prospettiva di superamento dei problemi sottesi all'angosciante domanda di cui sopra. La disposizione così recita: «*...fermo restando quanto previsto dall'articolo 11, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono adottare entro il 31 marzo di ogni anno piani triennali di razionalizzazione e riqualificazione della spesa, di riordino e ristrutturazione amministrativa, di semplificazione e digitalizzazione, di riduzione dei costi della politica e di funzionamento, ivi compresi gli appalti di servizio, gli affidamenti alle partecipate e il ricorso alle consulenze attraverso persone giuridiche. Detti piani indicano la spesa sostenuta a legislazione vigente per ciascuna delle voci di spesa interessate e i correlati obiettivi in termini fisici e finanziari...*».

Si tratta, dunque, di operare un seria, meditata e trasparente operazione di «**riorganizzazione aziendale**», scientificamente e tecnicamente supportata da analisi specifiche, volta a riformulare e costruire le «**vie organizzative**

<sup>13</sup> che comunque dovrà obbligatoriamente intervenire, giusto art. 3, comma 30 e ss. della L. 244/2007 - e quindi anche nei casi in cui detto ramo non esista.

**e gestionali**<sup>14</sup> più confacenti con la **struttura aziendale** dell'ente locale e con i vincoli che la normativa impone alla sua espansione ed alla sua potenzialità produttiva.

Ciò implica, a nostro giudizio, non tanto una asistemica ed irrazionale compattazione della struttura organizzativa attuale, attribuendo, magari con modalità casuali, funzioni ed attività a comparti dell'organizzazione dell'ente a prescindere da qualsivoglia competenza o *know-how* specifico, quanto piuttosto una ridefinizione «a cascata», a partire dal vertice, della stessa **mission**<sup>15</sup> dell'ente locale; si tratta, in altri termini, di riposizionare correttamente quei confini di ruolo che l'ente locale (comune o provincia) occupa nel sistema allargato della pubblica amministrazione locale, individuando, in primo luogo, le funzioni, i servizi e le attività che obbligatoriamente strutturano le «**aree strategiche fondamentali**» dell'azione dell'ente locale da quelle che, invece, sono state poste in essere nel tempo per mera valutazione politica delle amministrazioni di turno; scelte, queste ultime, che a prescindere da ogni valutazione di merito circa la loro bontà o meno, possono essere sicuramente perseguite in periodi di «*vacche grasse*», ma che non si conciliano più con le ristrettezze oggi imposte dai tagli alla finanza pubblica.

Solo attraverso una consapevole, scientifica e coscienziosa revisione della *mission* e del posizionamento proprio dell'ente locale, nel contesto delle funzioni costituzionalmente assegnate al suo livello di governo, si potrà realmente dare attuazione ad una corretta ed efficace operazione di razionalizzazione organizzativa, rispettando, così, la clausola anti-elusiva ed eliminando dal portafoglio aree d'azione «*non strategiche*» o comunque non centrate sul «*core business*», con recupero di efficienza, di stimolo e di capacità operativa per l'intera struttura aziendale.

---

<sup>14</sup> Sul concetto di *vie organizzative*, quali necessario complemento nell'impostazione dell'attività decisionale del vertice imprenditoriale, la sempre attuale opera di un nostro indimenticato Maestro insegna che «...Il mondo delle vie d'impresa ... assume la sua vera identità e la sua reale importanza in quanto sia inteso quale campo di applicazione delle idee del governo aziendale. Senza idee non si governa un'impresa; soprattutto, senza idee valide, e quindi votate al successo, non si raggiunge la "dominanza" in un mercato o, se posseduta, non può essere alla lunga difesa...» e, più oltre, che «...lo studio delle vie strategiche e delle vie gestionali rimane a livello di astratte ed isolate nozioni senza l'esame dell'altro grande ordine di vie, quelle "organizzative", intese quali strumenti essenziali, scelti dal vertice aziendale per porre in atto delle strutture, ai fini di comporre in forma organica di sistema, e gestirla, in regime di assiduo variare dei rapporti di forze con l'ambiente esterno...», FAZZI R., *Il Governo d'impresa*, vol. II, Giuffrè, 1984, pag. 17 e pag. 127.

<sup>15</sup> «...lo vedo nella "missione" e nella "visione" dei costrutti mentali che vengono usati deliberatamente per creare un'azione collettiva finalizzata. Esse perseguono questo scopo mettendo in evidenza le discrepanze. [...] La visione si colloca pacificamente nell'ambito temporale; riguarda il futuro. Implica cioè una discrepanza tra uno stato immaginato per il futuro e lo stato attuale. La missione è meno legata al tempo. Ha più a che fare con l'ambito di creazione del valore a cui partecipiamo e con le modalità con cui vi partecipiamo, cioè con il ruolo che occupiamo in un determinato sistema allargato...». Cfr, NORMANN R., *Reframing Business. When the map changes the landscape*, WILEY & SONS, LTD, 2001. Titolo dell'edizione italiana: *Ridisegnare l'impresa. Quando la mappa cambia il paesaggio*, ETAS, 2002, pag. 307.

## **Il ripristino dell'immediata operatività per i vincoli alla costituzione di nuove società da parte dei piccoli comuni**

Si rammenterà che l'art. 14, comma 32 del D.L. 78/2010, convertito, con modificazioni, nella L. 122/2010 e s.m.i., così disponeva: «...Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società'. Entro il 31 dicembre 2013 i comuni mettono in liquidazione le società' già' costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società' già' costituite: a) abbiano, al 31 dicembre 2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società', con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più' comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società'; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società' già' costituite...».

L'art. 20, comma 14, della manovra 2011 dispone adesso l'abrogazione dell'ultimo periodo della norma in questione, eliminando, così, una delle cause che ne impedivano la compiuta attuazione, anche dopo il correttivo introdotto con la L. 220/2010, e cioè il decreto interministeriale (che doveva esser emanato entro settembre 2010 e di cui ancora v'era traccia). Tale decreto, tuttavia, dovendo indicare modalità attuative ed ulteriori ipotesi di esclusione dall'obbligo di dismissione delle partecipazioni per i comuni sotto i 30.000 abitanti, rendeva di fatto improcedibile il percorso di *exit*. La conseguenza della disposizione abrogativa, fermo restando l'obbligo di dismissione rispetto alle società' ulteriori all'unica che possono detenere, per i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti, per quelli con popolazione sotto i 30.000, è invece l'operatività immediata del divieto generale di costituire o acquisire *ex novo* partecipazioni societarie, salvo che la quota di capitale sociale risulti paritaria ovvero proporzionale al numero degli abitanti di ciascun comune socio ed a condizione che la popolazione complessiva di tutti i comuni soci superi i 30.000 abitanti.

Ovviamente la condizione di divieto si applica non solo ai casi di costituzione di nuove società' da parte di comuni sotto i 30.000 abitanti, bensì anche alle situazioni in cui detti comuni, rispetto a società' già esistenti e partecipate prima dell'entrata in vigore del D.L. 78/2010 ed i cui bilanci non rispondano ai requisiti di performance economica previsti dalla norma (*bilancio in utile negli ultimi tre esercizi*), siano chiamati a sottoscrivere aumenti di capitale sociale atti ad alterare la garanzia richiesta, in ordine ai predetti rapporti paritari o proporzionali di *governance* tra i piccoli comuni soci.