

Avv. GIO. B. CALVIERI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. M. NOVELLA CALVIERI

CALVIERI & ASSOCIATI

Prof. Avv. CARLO CALVIERI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. GIANLUCA CALVIERI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. DANIELA CAPPONI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. CHIARA CALGARO
Avv. CARLO CHIAPPETTA

Dott. GIULIA BINAGLIA
Dott. FEDERICO PANI
Dott. LAURA TANGANELLI

Perugia, 02 dicembre 2016

Spett.le
PUBLIACQUA S.p.A.
Via Villamagna, 90/C
50126 Firenze

Alla C.A. del
Responsabile Servizi Legali
Avv. Sarah Fontana

anticipata via e mail
s.fontana@publiacqua.it

Rif. Vs. richiesta di parere del 04.11.2016

Faccio seguito a Vs. richiesta del 04.11.2016 per allegare il presente parere che, alla luce delle significative novità legislative sopravvenute in materia di società a partecipazione pubblica e di obblighi di *corporate accountability*, dovrebbe offrire un quadro complessivo dei principali adempimenti cui dovrebbe attenersi codesta Società in relazione alle sue caratteristiche.

Per ragioni di migliore comprensione organizzeremo l'articolato come segue:

1. *Premessa;*
2. *Le principali novità legislative sopravvenute;*
3. *Sulla necessità di intervenire alla modifica dello Statuto. Parziale rinvio al paragrafo 6;*
4. *Sull'assunzione del personale ed ulteriori adempimenti;*
5. *Sulla non obbligatorietà dell'adozione delle misure di cui al D.P.C.M. 3 dicembre 2013 in materia di protocollo informatico;*
6. *La composizione del C.d.A. incarichi e remunerazioni;*
7. *La Sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 25 novembre 2016 e suoi effetti sui decreti delegati e sull'efficacia complessiva delle relative disposizioni ai fini dell'economia del presente parere.*



1. Premessa.

Occorre offrire come primo punto di partenza, il parere già reso a Codesta Amministrazione in data 26 agosto 2015.

Sulla scorta di tali considerazioni veniva segnalato che a nostro avviso Publicacqua S.p.A. oltre a non essere assoggettata al c.d. “controllo analogo” proprio delle società *in house*, non poteva essere considerata nemmeno tra le società a controllo pubblico *ex art.* 2359 cod. civ. in senso stretto.

Sulla base di tali presupposti, si concludeva per l'insussistenza della piena applicazione dell'allora vigente art. 11 co. 2 lett. b) del D.lgs. n. 33 del 2013, ora abrogato dall'art. 43 co. 1 lett. b) del D.lgs. 25 maggio 2016 n. 97.

Tuttavia, le peculiari implicazioni della normativa in materia di trasparenza, con riferimento a tutte quelle attività di pubblico interesse svolte da Codesta società nel campo dell'erogazione del Servizio Idrico Integrato e disciplinate dal Diritto nazionale e/o dell'Unione Europea, ci orientavano a ritenere opportuno un coerente adeguamento e connessa revisione del MOG adottato dalla società *ex lege* n. 231/01 e s.m.i.

Ciò avrebbe determinato l'implementazione delle attività affidata all'ODV funzionali alla previsione di responsabilità, non solo connesse ad ipotesi di vantaggi o nell'interesse della società, ma anche a quelle in danno della stessa.

Ciò posto, in considerazione delle ulteriori deleghe inserite nella legge di riforma della P.A. (Legge n. 124/2015 c.d. Riforma Madia), in parte attuate nel corso del 2016 attraverso i Decreti legislativi n. 97 del 25 maggio 2016 e del successivo D.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016 (nuovo T.U. in materia di società a partecipazione pubblica), si conviene circa l'opportunità di valutare i riflessi che tali disposizioni producono sui contratti societari e sulle attività degli amministratori ed in particolare sulle loro remunerazioni, sulle modalità di assunzione del personale, sul protocollo informatico e su quant'altro impatti sull'organizzazione della società¹.

¹ Nel successivo paragrafo 7 si dovranno necessariamente tenere in considerazione gli effetti della Sentenza n. 251 del 25 novembre 2016 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle deleghe contenute nell'art. 18 lett. a), b), c), e), i), l) e m) e dei criteri direttivi indicati nei successivi numeri da 1 a 7 della stessa disposizione della legge 7 agosto 2015 n. 124 (delega al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche).

2. Le principali novità legislative sopravvenute.

Come anticipato, nel corso del corrente anno, sono sopravvenute significate novità legislative che hanno mutato il quadro legislativo esaminato nel corso del 2015.

In particolare, con il D.lgs. n. 97 del 2016 è stato inserito all'interno del D.lgs. n. 33 del 2013 un nuovo articolo, il 2 *bis*, rubricato: «***ambito soggettivo di applicazione***», che si sostituisce al precedente art. 11 del D.lgs. n. 33 del 2013 contestualmente abrogato dal successivo art. 43.

Tale nuova disposizione distingue l'ambito soggettivo di applicazione tra **Pubbliche Amministrazioni**, disciplinate dal comma 1, ove si comprendono tutte le Amministrazioni di cui all'art. 1 co. 2 del D.lgs. 165 del 2001 (T.U.P.I.) ivi comprese le Autorità portuali e le Autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.

Il secondo comma opera l'integrale estensione della disciplina riguardante l'accesso civico, gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni, in quanto compatibile, anche agli Enti pubblici economici e agli ordini professionali (comma 2 lett. a) e alle **società in controllo pubblico** come definite nel decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015 n. 124², con esclusione delle società quotate (comma 2 lett. b).

In forza del comma 3, la medesima disciplina di cui al comma 1 si applica anche **in quanto compatibile e limitatamente ai dati e ai documenti inerenti l'attività di pubblico interesse** disciplinata dal diritto nazionale o dall'Unione Europea, alle **società in partecipazione pubblica** come definite nel D.lgs. n. 175 attuativo dell'art. 18 della richiamata legge Madia (L. 124/2015).

Per quanto qui interessa dunque l'intento delle riforme è quello di distinguere tra misure applicabili alle Pubbliche Amministrazioni, alle società in controllo pubblico *ex art. 2359 cod. civ.* ed alle altre società a partecipazione pubblica, non caratterizzate da una posizione sovrana di controllo della P.A. così come individuate sulla base del più recente Decreto Legislativo n. 175 del 2016, per le quali ultime si applicheranno le misure sull'accesso civico, pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni, **solo in**

² Su cui, come già segnalato, pesa la declaratoria di illegittimità costituzionale della Sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016.

quanto compatibili ed in relazione alle attività di pubblico interesse disciplinate dalla legge nazionale e dall'Unione Europea.

A questo punto si tratta di capire se le disposizioni sul nuovo T.U., di disciplina delle società pubbliche, possa aver preso in considerazione ulteriori elementi tali da mutare l'originaria impostazione che si era offerta nel nostro precedente parere in forza del quale, come ricordato in premessa, si riteneva che Publiacqua non rientrasse nel novero delle società poste sotto controllo pubblico sovrano ex art. 2359 cod. civ.

A tale conclusione si era pervenuti in quanto *Publiacqua S.p.A.*, sulla base della documentazione fornita³, è composta da un socio privato selezionato attraverso procedura di evidenza pubblica, *Acque Blu Fiorentine S.p.A.*, titolare di una quota di maggioranza relativa pari al 40%, dal *Consorzio Intercomunale Acqua Gas e da Pubblici Servizi S.p.A.* titolare del 24,94% di azioni cui fa capo lo 0,43% del capitale e da 46 Comuni fra i quali assumono una significativa rilevanza il Comune di Firenze proprietario del 21,665% delle azioni, il Comune di Pistoia con il 3,95%, il Comune di Pontassieve con il 1,045% mentre i restanti 43 Comuni detengono quote largamente minoritarie comprese tra lo 0,865% e lo 0,060% per un totale complessivo pari al 7,965%.

Possiamo quindi inquadrare una soggettività congenere tra le società a partecipazione pubblica frazionata e mista dove tale partecipazione è divisa tra le partecipazioni detenute da Enti territoriali per una percentuale pari al 34,625% ed una partecipazione pubblica indiretta costituita dal *Consiag* e *Publiservizi S.p.A.* pari al 25,372.

La partecipazione diretta, a sua volta, è frazionata tra 46 soci, qualificabili come Enti pubblici territoriali e quindi vere e proprie pubbliche amministrazioni, ove fra queste solo il Comune di Firenze ha una partecipazione rilevante, mentre il restante 13% circa è di fatto polverizzato e suddiviso tra 45 Enti.

³ Alla richiesta di parere risultano allegati copia dell'atto costitutivo, dello Statuto, il patto parasociale tra soci pubblici del 2001 ed il successivo dell'11 luglio 2006 oltre le delibere del CONSIAG S.p.A. funzionali alla costituzione di Publiacqua S.p.A.

Tale stato di cose ci porta ad escludere che le pubbliche amministrazioni in senso stretto detengano partecipazioni dirette e ascrivibili al controllo di diritto di Publiacqua S.p.A.

Accedendo infatti all'analisi del contenuto statutario si noterà che anche ammesso che venga ad essere presa in considerazione l'intera partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, tale mera partecipazione maggioritaria al capitale non restituisce al socio pubblico alcuna posizione di effettivo controllo "sovrano" sulla società.

Infatti, sia per le decisioni affidate all'assemblea straordinaria che per quelle affidate alla ordinaria, ma esplicitate all'art. 17 ed aventi contenuto autorizzativo ai sensi dell'art. 2364 1° comma n. 5 cod. civ., occorrerà il voto favorevole espresso dalla maggioranza qualificata dei 2/3 che ovviamente il socio pubblico, anche calcolando la quota di partecipazione indiretta non è in grado di raggiungere.

Non solo, ma anche con riferimento alle delibere di maggior rilievo del Consiglio di Amministrazione ed enumerate da 1 a 15 dell'art. 19 le stesse dovranno essere assunte con il voto favorevole di almeno sei consiglieri, il chè preclude alla parte pubblica, rappresentata da 5 componenti, di imporsi sulla volontà del partner privato.

Ciò posto, occorre però estendere l'indagine al campo dei patti parasociali stipulati presumibilmente nel 2001 ed aggiornati nel 2006 e volti a costituire un vero e proprio "patto di sindacato di voto" onde meglio orientare le plurali componenti pubbliche agli indirizzi della maggioranza.

Il primo (la cui copia è priva di data, ma che si presume quantomeno anteriore al successivo, che invece porta la data dell'11 luglio 2006 ed ha durata di 5 anni e si ritiene rinnovato per analogo periodo se non prima disdettato), sembra decisamente superato dalle successive vicende societarie e soprattutto dalla sottoscrizione, da parte dei 43 Enti territoriali e delle due S.p.A. (Consiag e Publiservizi) a partecipazione pubblica, del nuovo patto del luglio del 2006.

Tali nuove pattuizioni esplicitano espressamente nelle premesse la necessità che tale sottoscrizione sia funzionale ad "assicurare un effettivo controllo sulla gestione di Publiacqua S.p.A." ed "individuare la forma giuridica più efficace d'espressione

unitaria della parte pubblica". Il ché ci induce a confermare che, altrimenti, in forza della mera partecipazione frazionata, diretta ed indiretta ciò non sarebbe stato possibile (id est, mancava un effettivo controllo di diritto).

Con tale pattuizione si istituisce tra i partner pubblici un'Assemblea di Patto di sindacato che potrà deliberare preventivamente sull'oggetto in discussione nell'assemblea di Publiacqua con la maggioranza dei 2/3 e si istituisce un organo ulteriore, il Collegio di vigilanza, disciplinato dall'art. 6, funzionale agli adempimenti comuni alle decisioni ed indirizzi deliberati dall'Assemblea di Patto e per offrire indirizzi ai consiglieri di parte pubblica in seno al C.d.A. di Publiacqua S.p.A. sulle materie all'ordine del giorno ove sia richiesta la maggioranza qualificata.

Nonostante tali articolate pattuizioni ed in disparte ad ogni possibile ulteriore analisi sulla legittimità delle stesse e sulla intervenuta loro scadenza temporale ai sensi dell'art. 2341 cod. civ., va segnalato, che dal suo complesso non emergono elementi tali da suffragare la sussistenza di un'effettiva situazione di controllo ex art. 2359 cod. civ.

D'altra parte l'opzione quantitativa (cioè il possesso di quote collegate di maggioranza che offrono una partecipazione pubblica diretta ed indiretta al capitale pari al 60%), comunque non soddisfa il presupposto codicistico richiamato ora anche nell'art. 11 del D. lgs. 33/2013 come novellato.

Evidenti sono infatti i peculiari quorum deliberativi fissati dallo Statuto che impediscono, in ordine alle scelte strategiche di maggior rilievo per la società, ai soci pubblici, pur attraverso il sindacato di voto, di porsi come titolari di veri e propri poteri sovrani.

Lo Statuto prevede infatti qualificate maggioranze di garanzia, che pongono il socio privato, detentore della maggioranza relativa, come titolare di poteri speciali, sia sul piano gestionale, potendo nominare l'amministratore delegato, ma anche nella titolarità di diritti speciali ed interdittivi, atteso che senza il suo consenso non potrebbero essere adottati provvedimenti fondamentali per l'intera vita della società.

Ciò posto possiamo passare ad alcune ulteriori considerazioni.

Tali considerazioni non ci sembrano superate dal D.lgs. 175/2016.

In particolare, applicando tale soluzione nella vigenza del nuovo TUSP il modello organizzativo *ex lege* 231/2001 adottato da Publiacqua S.p.A. ed integrato nel MOG, consentirebbe di affermare che la stessa non avrebbe necessità di ulteriori misure di trasparenza essendo escluse quelle previste per le pubbliche amministrazioni e le società a controllo pubblico con riguardo all'organizzazione ed all'attività svolta.

Né sarebbe tenuta ad integrare il MOG con tutte le misure idonee a pervenire fenomeni corruttivi e di illegalità ai sensi della L. 190/2012, predisponendo un nuovo documento unitario che tenga luogo del PTCP.

Trattandosi di una società a partecipazione pubblica **non di controllo**, dovrebbe valere il comma 3 in forza del quale sarebbe sufficiente che al modello organizzativo di cui al D.lgs. 231/2001 si applichino al MOG adeguati protocolli di legalità in grado di disciplinare la trasparenza delle proprie attività di interesse pubblico e prevedendo anche forme di prevenzione di condotte non solo "a favore e/o nell'interesse della società" ma anche "in suo danno" come previsto in via generale dalla L. 190/2012.

Ora, dall'esame dell'art. 2 del D.lgs. 175/2016 si possono segnalare le seguenti definizioni che contribuiscono all'individuazione del profilo soggettivo di applicazione del suddetto T.U.⁴

Tuttavia, al comma 9 dell'art. 4 è prevista la possibilità per il Governo di deliberare attraverso un D.P.C.M. su proposta del Ministro dell'Economia e Finanza o dell'organo di vertice dell'Amministrazione partecipante l'esclusione totale o parziale

⁴ Va sottolineato che il testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale non ha recepito i rilievi espressi dalle Commissioni parlamentari in data 27 luglio 2016 tra cui quello dell'esclusione dall'ambito di applicazione del T.U. delle società operanti in regime di mercato sulla base di affidamenti concessi sulla base di gara pubblica. Il Governo aveva motivato tale mancato accoglimento affermando che il mancato accoglimento e la conseguente esenzione era contraria alla logica del decreto che esclude che le società in partecipazione pubblica svolgano attività di impresa in assenza di un interesse pubblico e in regime di mercato; essa si applicherebbe a un gran numero di società a controllo pubblico, nonché parzialmente a tutte le società miste. Tuttavia, tale motivazione pare in contraddizione con le stesse finalità di tutela e prevenzione della concorrenza perseguite dalla legge delega ed anche dai decreti attuativi compreso il futuro decreto sui servizi pubblici locali.

Lo stesso art. 1 co. 2 del T.U.S.P. fa proprie tali finalità di promozione della concorrenza e del mercato in chiave di razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica.

Si veda tuttavia il paragrafo 7 ove dovrà essere analizzato l'effetto caducatorio operato sulla delega dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 25 novembre scorso.

dell'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 4 a singole società a partecipazione pubblica che può comportare anche la conseguente esclusione delle previsioni di cui agli artt. 4, 5, 6, 20 e 24 del TUSP.

Ciò posto (che nel nostro caso non offre particolari spunti di utilità) l'ambito soggettivo delineato dall'art. 2 si estende alle società sottoposte a: 1) **«controllo»**: la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo (lett. b); 2) **«controllo analogo»**: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante (lett. c); 3) **«controllo analogo congiunto»**: la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (lett. d); 4) **«partecipazione indiretta»**: la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica (lett. g); 5) **«società a controllo pubblico»**: le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b) (lett. m); 6) **«società a partecipazione pubblica»**: le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico (lett. n).

Da tale ambito di applicazione non sembra possano trarsi spunti significativi per mutare l'opinione già espressa con il parere del 2015 ed in forza del quale non poteva trarsi dalle disposizioni statutarie e parasociali, regolanti la *governance* della società, una posizione di vero e proprio controllo ex art. 2359 cod. civ. né di controllo analogo e/o di

controllo analogo congiunto da parte dei soci pubblici che detengono una partecipazione pubblica frazionata, sì maggiore rispetto al *partner* privato titolare di una quota di maggioranza solo relativa, ma in quanto tale, di maggior peso rispetto alle quote detenute direttamente e/o indirettamente da ogni altro socio pubblico.

Tale stato di cose, in uno con le maggioranze qualificate dei 2/3 cui è sottoposta ogni delibera di particolare rilievo per la vita stessa della società, ci convince della necessità di mantenere l'orientamento già espresso, escludendo la sussistenza di una partecipazione pubblica di controllo sovrano e sia invece preferibile parlare di una società a partecipazione pubblica maggioritaria frazionata⁵.

Ciò posto, possono ulteriormente svolgersi le seguenti considerazioni con particolare riferimento ai quesiti oggetto della Vs. richiesta di parere.

3. Sulla necessità di intervenire alla modifica dello Statuto. Parziale rinvio ai paragrafi 6 e 7.

La qualificazione di Publiacqua come società a partecipazione pubblica frazionata, connotata dalla presenza di un socio industriale di maggioranza relativa, ci fa propendere nel ritenere che la Società non risponde al “*topos*” di società sottoposta a controllo pubblico, il chè ci potrebbe far sbrigativamente concludere per il non assoggettamento a quei più stringenti vincoli normativamente imposti a tale tipologia societaria.

Tuttavia, avendo precisato che dal raccordo fra il Decreto Legislativo n. 97 del 2016 e il TUSP, si può trarre un principio generale utile anche alle società a partecipazione pubblica non di controllo, all'estensione anche a queste una serie di misure in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione, **per quanto compatibili e limitatamente alle attività di pubblico interesse**, coperte dalla legislazione nazionale e dell'Unione Europea, entro questi più ristretti limiti di principio può essere esteso il raggio applicativo del TUSP e quindi anche le correlate eventuali modifiche statutarie.

⁵ In questo contesto il patto di voto pubblico potrà svolgere un effetto unitario ed idoneo a far prevalere la volontà degli Enti territoriali, solo con riferimento alle ipotesi non decisive per la *governance* complessiva della società e non assoggettate a maggioranza qualificata.

Pertanto, se per le società sottoposte a controllo pubblico si imporrà la previsione, ex art. 11 del D.lgs. 175, dell'obbligo che i componenti degli organi amministrativi di tali società siano in possesso di "adequati requisiti di onorabilità e professionalità" sarebbe impensabile che a ciò si debbano considerare sottratti i componenti degli organi di società a partecipazione pubblica maggioritaria ma non di vero e proprio controllo.

Il fatto poi che il comma 2 della medesima disposizione preveda che l'organo amministrativo sia costituito (**di norma**) da un Amministratore Unico, non collide con la previsione statutaria di avere un organo collegiale più consono alla peculiare struttura di tale società.

Tanto è che anche per le società a controllo pubblico, l'obbligo di tale modello di amministrazione è al momento non obbligatorio atteso che il comma terzo rinvia ad un futuro D.P.C.M. volto alla definizione dei criteri in base ai quali, anche per tali società, potrà essere disposta l'amministrazione affidata ad un organo di natura collegiale, composto da tre o cinque membri, ovvero che siano adottati i sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI *bis* del capo V del titolo II del codice civile⁶.

Se la disposizione non esclude tale peculiare *governance* potrebbe però giustificarsi la modifica del numero degli attuali componenti in ottica di semplificazione anche con riferimento a società pubbliche non di controllo.

Altrettanto si potrebbe dire in ordine alla esclusione di un vicepresidente munito di deleghe operative. (Sul punto si rinvia al successivo paragrafo 6 ed alle considerazioni finali conseguenti alla declaratoria di illegittimità della delega di cui al par. 7).

Detto ciò, si ritiene ulteriormente confortati nel ritenere che l'attuale composizione collegiale non sia in contrasto con le nuove disposizioni in considerazione del fatto che lo stesso comma 4 fa riferimento a vigenti disposizioni statutarie che prevedono l'attribuzione di potere amministrativi ad organi collegiali.

4. Sull'assunzione del personale ed ulteriori adempimenti.

⁶ All'indomani degli effetti della Sentenza n. 251/2016 è assai improbabile l'adozione del D.P.C.M., prima che si sia trovata la soluzione per sanare l'illegittimità delle disposizioni deleganti. Sul punto si veda il successivo par. 7.

Con riferimento alle modalità di assunzione del personale, l'art. 19 del nuovo T.U.S.P. detta disposizioni per la relativa gestione.

Il comma 1 chiarisce che i rapporti di lavoro nel campo delle società a controllo pubblico vanno inquadrati tra quelli di lavoro subordinato nell'impresa secondo quanto previsto dal Codice Civile e dei relativi contratti collettivi.

Si tratta quindi di lavoro di natura privatistica.

Tuttavia, la peculiare natura giuridica di un'impresa partecipata da Enti o Amministrazioni pubbliche di controllo, determina l'esigenza di disciplinare, secondo criteri e modalità ispirate al rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità nonché ai principi di cui all'art. 35 del D.lgs. 165 del 2001 e s.m.i. (Testo Unico sul pubblico impiego) le fasi del reclutamento di detto personale.

A tale fine l'art. 19 comma 3 impone alle società a controllo pubblico che i principi su evidenziati siano recepiti in appositi provvedimenti in grado di individuare adeguate misure selettive del personale in linea con la cornice di principio nazionale ed europea volta a garantire trasparenza, pubblicità ed imparzialità nel campo delle modalità di assunzione.

Ora, va detto, che Publiacqua nel proprio sito istituzionale all'interno del link: "Amministrazione trasparente", rende pubblico il proprio regolamento per il reclutamento del personale adottato dal C.d.A. del 21 dicembre 2011, che indica come suo specifico scopo quello di *"... definire criteri e modalità da seguire nel processo di selezione del personale nel rispetto dei principi indicati dall'art. 35 comma 3 del D.lgs. 165/2001 in materia di norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, così come previsto dal D.P.R. 168 del 2010, regolamento di attuazione dell'art. 23 bis del D.L. 112/2008, come convertito dalla legge 133/2008"*.

Tuttavia, in considerazione delle profonde mutazioni normative sopravvenute in materia, si dovrà espungere da tale epigrafe quei richiami a segmenti normativi ormai abrogati a seguito di *referendum*, aggiornandoli sulla base delle novità in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione.

Ciò premesso, va preliminarmente segnalato che tale peculiare disciplina sembra indefettibile per le società a controllo pubblico, mentre per Publiacqua, per la quale come più volte rilevato sarebbe forse più consono parlare di “influenza notevole”, l’applicazione va riferita esclusivamente alle attività correlate alla gestione di attività di pubblico interesse.

La specifica regolamentazione adottata, che come detto richiama espressamente e prudentemente tutti i principi di cui allo stesso art. 19 attualmente vigente e che a sua volta rinvia all’art. 35 co. 3 del T.U.P.I., appare quindi corretta ed esauriente.

Complessivamente, quindi, la struttura del regolamento appare assolutamente in linea con i principi di cui all’art. 19 T.U.S.P. ma anche con l’art. 35 T.U.P.I., atteso che le procedure disciplinate nel regolamento oltre a richiamare espressamente tale disciplina, garantisce l’adeguata pubblicità (art. 2 co. 2 e art. 6 del Regolamento), l’adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti (art. 7 che disciplina la nomina di un’apposita commissione) il rispetto delle pari opportunità (art. 10) e la composizione di una commissione che esclude dai suoi componenti organi di direzione politica o che ricoprano ruoli di rappresenta sindacale e/o professionale (art. 7 comma 2).

Per il resto si ritiene ben congegnata e senz’altro adeguata anche alla novella legislativa la regolazione vigente in materia di assunzione del personale.

5. Sulla non obbligatorietà dell’adozione delle misure di cui al D.P.C.M. 3 dicembre 2013 in materia di protocollo informatico.

Come noto, con il D.P.C.M. 3 dicembre 2013 sono state adottate nuove disposizioni attuative degli artt. 40 *bis*, 41, 47, 57 *bis* e 71 del Codice dell’Amministrazione digitale.

In forza di tali disposizioni, le Pubbliche Amministrazioni sono chiamate ad implementare la propria gestione documentale, prevedendo l’obbligo della conservazione “a norma” del registro di protocollo informatico entro il giorno successivo alla sua formazione.

Sotto il profilo soggettivo, tale D.P.C.M. coinvolge tutte le Amministrazioni dello Stato, compresi gli istituti scolastici, le Aziende e le Amministrazioni dello Stato

ad ordinamento autonomo, le Regioni e gli altri Enti territoriali e loro Consorzi o associazioni, le Aziende e gli Enti del servizio sanitario, nonché **tutte le società interamente partecipate da Enti pubblici o a prevalente capitale pubblico, inserite nel conto economico consolidato della Pubblica Amministrazione.**

Tale ambito soggettivo, che a mio avviso non risulta in alcun modo modificato dalle disposizioni del D.lgs. 175 del 2016, ci porta a ritenere che Publiacqua S.p.A. sia esente da tali vincoli normativi.

Infatti, è assai difficile ascrivere tale Società tra quelle a diretto controllo pubblico che pur avendo veste privatistica svolge compiti a funzioni di natura pubblicistica, configurabili come veri e propri Enti pubblici in forma societaria, ovvero, in termini più generali, come organismi di diritto pubblico, assoggettati a regole di gestione e di controllo e al rispetto dei vincoli finanziari e generati per le Amministrazioni pubbliche.

A riprova di ciò potremmo notare che Publiacqua S.p.A. non è compresa nell'elenco analitico delle Amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della Pubblica Amministrazione, come individuate dall'ISTAT ai sensi del comma 3 dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009 n. 196 (e s.m.i)⁷.

Tale elemento soggettivo oltre a fugare ogni ulteriore dubbio sull'applicazione del protocollo informatico ci consente anche di escludere che il bilancio della Società possa essere inserito nel sistema europeo dei conti (SEC come definito dal Regolamento UE del Parlamento e del Consiglio 249/2013 e dalle interpretazioni SEC fornite nel *Manual on Government Deficit and Debt*) pubblicato da Eurostat Ed. 2016.

Infatti, nell'ambito delle statistiche di contabilità nazionale che comprendono le Amministrazioni e gli Enti inseriti nell'elenco ISTAT, viene compilato il conto economico consolidato che costituisce il riferimento per gli aggregati trasmessi alla Commissione Europea in applicazione dei parametri sui deficit di bilancio dei Paesi U.E.

⁷ Si veda l'aggiornamento del suddetto elenco pubblicato in Gazzetta Ufficiale 30 settembre 2016 n. 229.

Tale esclusione consente anche di escludere a mio avviso ogni possibilità che le Amministrazioni partecipi al capitale di Publiacqua possano rivendicare il consolidamento dei propri bilanci con quelli della Società⁸.

Il ché ovviamente evita anche il rischio di porre in essere comportamenti che, pur legittimi, possano essere strumentalmente utilizzati per aggirare vincoli di finanza pubblica, così come occorrerà anche che lo strumento societario non sia utilizzato per giustificare spese che, pur valide ai fini del patto di stabilità, possono essere poste fuori da tale perimetro per trovare evidenza in quello della società⁹.

Tale stato di cose dovrebbe all'evidenza consentire di rafforzare l'autonomia della società anche con riferimento agli obblighi ulteriori inerenti la composizione dell'organo di amministrazione e della remunerazione dei relativi incarichi, oggetto del successivo paragrafo.

6. La composizione del C.d.A. incarichi e remunerazioni.

In materia, un elemento di novità è rappresentato dall'art. 11 co. 8 del D.lgs. 175/2016 che fissa il divieto di nominare nei Consigli di Amministrazione delle società in controllo pubblico i dipendenti delle amministrazioni titolari della partecipazione, con evidente rovesciamento del principio di cui all'art. 4 del D.L. n. 95/2012 che invece prevedeva la prevalenza dei membri interni dell'amministrazione.

Il successivo comma 14 della stessa disposizione richiama poi le cause di incompatibilità e inconferibilità di incarichi ai sensi del D.lgs. n. 39 del 2013 per le P.A. e per le società a controllo pubblico, l'art. 1 co. 49 e 50 di cui alla L. n. 190/2012.

Tale comma comporta un evidente irrigidimento dei requisiti per la nomina degli amministratori degli organismi partecipati indipendentemente dalla loro natura di società interamente partecipate *in house* o miste.

⁸ Va in ogni caso considerata la prossima adozione del nuovo T.U. in materia di servizi idrici e di servizi pubblici locali attualmente in stato di avanzata evoluzione futura ma ancora non in veste definitiva e che dovrà essere oggetto di ulteriore analisi all'esito della sua emanazione e che al momento subisce un evidente rallentamento correlato alla necessità di meglio coinvolgere le Regioni nel rispetto del principio di leale collaborazione come ricavabile dalla Sent. Corte. Cost. n. 251/2016 su cui vedi par. 7.

⁹ Si veda circolari MEF- RGS n. 5/2016 e n. 6/2014).

Si rammenta quindi la disposizione tutt'ora in vigore dell'art. 1 co. 734 della L. n. 296 del 2006 secondo cui non può essere nominato amministratore anche di società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi.

Quanto invece alla novità introdotta dalla legge di stabilità 2016 in ordine al conferimento di incarichi in società pubbliche, ci sembrano di scarso rilievo.

Ad eccezione infatti delle società che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati i commi 675 e 676 dell'art. 1 della legge in parola riguardano la pubblicazione nei siti web degli incarichi conferiti e del rilievo economico del compenso. Il che integra gli obblighi di cui al D.lgs. 33/2013 con riferimento alle attività di pubblico interesse svolte dalla società partecipata.

Quanto al numero dei componenti, la disposizione di cui all'art. 11 del D.lgs. n. 175 del 2016 prevede la riduzione del numero dei componenti del C.d.A. rispetto alla regola dell'amministratore unico derogabile dalla volontà espressa dall'Assemblea dei soci sulla base di specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto dei criteri stabiliti con apposito Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministero delle Finanze, di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione (art. 11 co. 2 e 3).

Tuttavia al momento, in assenza di tale D.P.C.M., ogni decisione pare che non possa che essere rinviata all'atto dell'entrata in vigore di tale ulteriore normativa attuativa, ma anche alle modalità con cui il Parlamento e Governo intenderanno porre rimedio alla declaratoria di illegittimità costituzionale del presupposto contenuta nella delega, attraverso la riscrittura delle norme, **previa intesa** con le Regioni a seguito della Sent. n. 251/2016.

In relazione al contenimento dei compensi, va segnalato nella regolamentazione posta dalla legge di stabilità 2016 le società direttamente o indirettamente controllate da amministrazioni pubbliche, ad esclusione di quelle quotate, sono da comprendere in cinque fasce in relazione a determinati indicatori dimensionali, quantitativi e qualitativi fissati con Decreto del MEF.

P

La nuova disciplina di cui all'art. 11 co. 6 recepisce tale progetto di ripartizione in fasce e fissa il limite massimo di €. 240.000,00 secondo il principio di omnicomprensività della retribuzione.

Nelle more dall'emanazione del D.P.C.M. di cui all'art. 11 comma 6 del D.lgs. n. 175/2016 continua ad applicarsi l'art. 4 co. 4 secondo periodo D.L. n. 95/2012, come modificato dall'art. 16 del D.L. n. 90/2014.

Tale disposizione prevede, in merito ai compensi da corrispondere agli amministratori sia delle società a totale partecipazione che sotto controllo diretto o indiretto, che a decorrere dal 1° gennaio 2015 il costo annuale sostenuto per tali compensi non possono superare l'80% del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013.

Inoltre, per il principio dell'omnicomprensività della retribuzione e nel rispetto dei limiti di spesa, qualora vengano nominati dipendenti di enti o società controllanti i compensi debbano essere riversati alle società di appartenenza.

Tali principi normativi, intanto possono essere considerati di piena estensione a Publiacqua in quanto si volesse accedere alla configurazione di tale società tra quelle sottoposte a controllo pubblico, il che a mio avviso non è, con la conseguenza che quanto indicato dalle disposizioni in esame può essere considerato un valido parametro del proprio agire, ma connotato da contenuti non espressamente vincolanti.

Quanto infine ad eventuali limitazioni della spesa per il personale ci si può limitare a segnalare la sussistenza dell'obbligo da parte degli Enti locali partecipi al capitale di monitorare, tramite i propri rappresentanti la dinamica retributiva dei dipendenti della società e ciò nel più ampio quadro dei compiti che l'Ente deve esercitare sugli organismi partecipi ai sensi dell'art. 147 *quater* del D.lgs. n. 267/2000.

Quanto ad altri oneri comuni ai consumi intermedi e agli acquisiti centralizzati se ne esclude l'applicabilità essendo gli stessi chiaramente vincolanti per le sole società inserite nell'elenco ISTAT 2016 ove Publiacqua non compare.

Prima di concludere appare tuttavia indispensabile una riflessione sugli effetti della recentissima decisione della Corte Costituzionale n. 251 del 25 novembre scorso.

7. La Sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 25 novembre 2016 e suoi effetti sui decreti delegati e sull'efficacia complessiva delle relative disposizioni ai fini dell'economia del presente parere.

Espletata la ricognizione delle disposizioni contenute nel TUSP, non può non svolgersi una ulteriore riflessione sulla Sentenza con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della Legge Madia che pure costituivano la base per l'assetto delle partecipate, annullando con efficacia certamente retroattiva ed *erga omnes* fra gli altri anche l'art. 18 lett. a), b), c), h), i), l) e m) n. da 1 a 7.

Secondo il Giudice delle Leggi sono pertanto illegittimi tutti i principi indicati con le lettere da a) ad m), con l'unica eccezione di quello alla lett. d), nonché i criteri direttivi enumerati da 1 a 7, perché risultano adottati in dispregio del principio di leale collaborazione ricavabile dalle disposizioni 5 e 120 Cost., in quanto il legislatore statale ha omesso di addivenire alla imprescindibile intesa con le Regioni prima della articolazione dei contenuti impositivi dell'art. 76 Cost.

Occorre sottolineare innanzitutto che l'unico principio ritenuto non in contrasto con i principi costituzionali è quello indicato nella lett. d), cioè quello volto ad imporre al decreto delegato la tutela degli interessi pubblici e la gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, attraverso la definizione dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo della società. Anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari.

Il mantenimento di tale disposizione rende a nostro avviso esenti da censurabilità indiretta e consequenziale il contenuto dell'art. 11 del TUSP. Per cui, solo quanto esposto nel precedente paragrafo 6 dovrebbe essere letto in una prospettiva di consolidamento dei relativi contenuti.

Infatti, è pur vero che al punto 9 del considerato in diritto della Sentenza n. 251/2016, la Corte Costituzionale si premura di precisare che le pronunce di illegittimità restano circoscritte alle disposizioni di delegificazione contenute nella legge delega n. 124 del 2015 oggetto di ricorso e non si estendono automaticamente alle disposizioni attuative, tuttavia non può non pesare tale declaratoria di illegittimità che colpisce quasi per intero l'atto presupposto contenente i principi ed i criteri direttivi per l'esercizio della delega.

Nonostante la precisazione della Corte quindi è difficile non prendere atto che è assai arduo sostenere che il vizio che affligge il procedimento della legge, non possa estendersi necessariamente anche all'atto che sulla base della stessa sia formato.

Insomma, è piuttosto evidente che tutte quelle disposizioni del D.lgs. n. 175/2016, che traggono la loro ragione di esistenza, in forza dei principi e criteri ritenuti illegittimi, seppure possano essere considerate allo stato produttive di effetti giuridici, non potrebbero che subire in sede di applicazione limiti evidenti, connessi alla possibilità di impugnare innanzi ad un giudice i loro effetti, sollevando contestualmente una questione di pregiudizialità costituzionale dall'esito certo del suo futuro accoglimento.

Infatti, la Sentenza n. 251 di tipo "manipolativo- sostitutivo" rientra a pieno titolo nelle decisioni di accoglimento parziale, dichiarando l'incostituzionalità della delega sin dalla sua adozione.

E allora sarebbe da chiedersi: può ammettersi la compatibilità con il nostro sistema costituzionale dell'ultrattività di un decreto legislativo, privo della necessaria fonte delegante?

Anche a non voler accettare più quella diffusa teoria secondo la quale la fattispecie della legge di delega e del decreto delegato, debbano essere configurate come un unico procedimento complesso¹⁰, non può negarsi che la legge di delegazione costituisce il presupposto necessario per il decreto delegato ex art. 76 della Costituzione.

¹⁰ Si richiamano le autorevolissime storiche tesi di C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 768 e ss. e L. PALADIN, *Decreto legislativo, Novissimo Digesto e Commentario BRANCA*, art. 76 Cost.

Da ciò discende che i principi e criteri direttivi posti dalla legge di delegazione si pongono come elementi indefettibili per il corretto esercizio della delega, atteso che la stessa Carta Costituzionale stabilisce che il Governo non può adottare decreti che abbiano valore di legge senza una delegazione delle Camere (art. 77 co. 1 Cost.) e che: « *l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegata al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi...* » (art. 76 Cost.).

Attualmente tali principi e criteri risultano quasi totalmente annullati perché affetti da un vizio di forma!

E' pertanto assai arduo arrivare a sostenere che le disposizioni attualmente non espressamente censurate dalla Corte Costituzionale, possano ritenersi dotate di quella piena precettività propria di una qualsiasi altra fonte primaria dell'ordinamento.

Ci pare invece che essendo venuta meno la fonte "sulla produzione" del Decreto legislativo sia stata censurata la stessa attribuzione di competenza legislativa al Governo. E da ciò deriva una ulteriore conseguenza sulle disposizioni delegate.

Ci troviamo infatti oggi di fronte ad una serie di disposizioni delegate che, con la sola eccezione di quelle attuative della lett. d) dell'art. 18 della L. n. 124/2015, sembrerebbero allo stato "prive di delega", aprendo così la porta anche all'ulteriore sindacato da parte dei giudici ordinario e/o amministrativo.

E' evidente quindi la necessità che il Parlamento e il Governo corrano rapidamente ai ripari per trovare le forme più idonee a sanare l'evidente *vulnus* che si è aperto nell'ordinamento, rendendo allo stato assai poco stabile l'insieme delle disposizioni delegate, ad eccezione del solo art. 11.

La situazione, quindi, non consente ulteriori, facili e stabili previsioni, dovendosi rinviare l'analisi al futuro e imprescindibile riassetto dei contenuti una volta risolto il problema dell'intesa tra Stato e Regioni, allo stato mancante e presupposto ritenuto la ragione di incostituzionalità.

Tali considerazioni finali ci consentono allo stato di dover omettere l'approfondimento di ulteriori specifiche questioni che ci porterebbero fuori dall'economia del presente parere.

Questo è il *ns.* parere che si rilascia *pro veritate*, restando in ogni caso a disposizione per ogni eventuale chiarimento e approfondimento.

Con i saluti del

Prof. Avv. Carlo Calvieri

Professore di ruolo di Diritto
Costituzionale e Diritto Pubblico
dell'Economia presso
l'Università degli Studi di Perugia

