



*Dipartimento di Giurisprudenza*

*Cattedra di Diritto delle Società*

*Le responsabilità del “socio pubblico” nel nuovo testo unico  
delle società partecipate*

**RELATORE:**

*Chiarissimo Prof. Andrea Palazzolo*

**CANDIDATO:**

*Roberto Retina*

*matr. 128373*

**CORRELATORE:**

*Chiarissimo Prof. Gustavo Visentini*

**ANNO ACCADEMICO 2017 - 2018**



*Ai miei genitori,  
i punti di riferimento  
nei momenti di difficoltà.*

*Ai miei nonni e a zio Virgilio,  
con la speranza che in qualche modo  
possano vedermi ed essere felici con me.*

# INDICE

**Indice.....4**

**Introduzione.....6**

## **Capitolo primo: TUSPP (d.lgs. 175/2016): classificazione, differenze e analogie con il diritto comune delle società a partecipazione pubblica.**

1. La nuova classificazione delle società a partecipazione pubblica.....	11
1.1. Tipi di società ammissibili.....	17
1.2. Categorie di società pubbliche.....	21
2. Partecipazioni e diritti sociali.....	26
2.1. La “stretta necessità” come invito alla dismissione.....	29
2.2. Disciplina dell’acquisto e circolazione delle partecipazioni.....	36
2.3. Art. 9 del TUSPP e Diritto comune.....	42
2.4. Patti parasociali nelle società pubbliche.....	46
3. Governance, struttura societaria e trasparenza nelle società pubbliche.....	50
4. Le peculiarità delle società in house.....	59
4.1. Le caratteristiche delle società in house.....	63
4.1.1. Il controllo analogo.....	67
4.1.2. Attività svolta per l’amministrazione di riferimento.....	71
4.2. Differenze fra società in house ed altre società pubbliche.....	73
5. Cenni alle società quotate.....	74
5.1. Limiti di partecipazioni.....	78
5.2. Principi fondamentali in tema di governance.....	81
5.3. Particolarità in tema di quotazione.....	83
6. La crisi d’impresa nelle società pubbliche.....	84

## **Capitolo secondo: I danni al patrimonio dello Stato.**

1. Attuale disciplina delle responsabilità nelle società partecipate.....	89
2. Le possibili responsabilità del socio pubblico nel controllo sugli organi sociali....	92
3. Il danno legato alle partecipazioni sociali.....	98
3.1. L'ipotesi della mancata dismissione.....	100
3.2. L'ipotesi della violazione delle norme di acquisto e cessione delle partecipazioni.....	105
4. Ruolo e responsabilità del socio pubblico nel fallimento.....	112
5. La delicata questione delle società quotate.....	120

## **Capitolo terzo: Le responsabilità civili nel TUSPP.**

1. Le responsabilità civili alla luce della recente riforma.....	128
1.1. Il socio pubblico e le responsabilità civili.....	135
2. Il vuoto normativo delle S.r.l.....	139
3. Il danno non erariale nelle società in house.....	144
4. Responsabilità da direzione e coordinamento e società partecipate: una difficile convivenza?.....	149
4.1. Applicabilità dell'art. 2497 dal punto di vista soggettivo e oggettivo.....	156
4.2. Le conseguenti responsabilità del socio pubblico.....	159
4.3. La questione delle società in house.....	162

**Conclusioni.....165**

**Bibliografia.....170**

## Introduzione

La principale fonte d'ispirazione di tale elaborato è rappresentata dal nuovo Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, D.lgs. 175 del 2016 (TUSPP), emanato a seguito della Legge delega 124 del 2015 (c.d. Riforma o Legge Madia).

Tuttavia, sarebbe riduttivo ricordare solo l'ultimo dei numerosi interventi legislativi susseguitesesi nel nostro ordinamento giuridico in merito alle società partecipate dallo Stato o da altre amministrazioni pubbliche, che peraltro rappresentano solo una delle forme tramite le quali nel corso del tempo il soggetto pubblico è intervenuto nell'economia del nostro paese; infatti le radici di queste tematiche sono profonde e segnate da riforme che nel corso degli anni hanno cercato di risolvere non pochi problemi, posti in particolare proprio dalle società partecipate. Citandone alcuni, oggetto anche di trattazione in questa tesi, ci sovviene senza dubbio il più complesso: come coniugare la disciplina speciale posta dai vari interventi legislativi e le norme comuni in tema di Diritto societario, la cui fonte principale è il codice civile; ma accanto a questo se ne potrebbero ricordare molti ancora, come il problema della natura delle società in house, enti in cui il "nome società" è tutt'altro che sinonimo di effettiva estrinsecazione privatistica e su cui la Corte di Cassazione stessa si è spinta, anche in un recente passato, verso definizioni tutt'altro che societarie. Esistevano poi, prima dei recenti interventi, problemi di disciplina legati alle società quotate, all'eccessiva stratificazione normativa e ultimo, ma non certo per importanza, la questione della responsabilità.

Proprio quest'ultimo rappresenta il nostro principale punto di partenza, poiché più volte in passato si è sentita la necessità di avere chiarezza su un aspetto basilare: quali poteri, controlli e competenze ha la Corte dei conti, il giudice contabile che deve accertare le responsabilità erariali di dipendenti e funzionari pubblici, e su si è sempre reclamato a gran voce un potere giurisdizionale verso gli organi, in particolari amministrativi e di controllo, delle società partecipate soprattutto se a dominio pubblico, basandosi sull'idea che un danno alle stesse colpisse di riflesso il patrimonio dello Stato. La questione non era più suscettibile di essere lasciata in balia dei mutamenti giurisprudenziali, perciò la Legge Madia chiese, nel dettare una nuova organica disciplina di tali società, di prendere posizioni su tale aspetto, cosa che il legislatore ha fatto nell'attuale articolo 12 del TUSPP,

norma che però non ha risparmiato nuove diatribe e controversie, risolvendo alcuni problemi ma aprendone, come vedremo a conclusione del nostro percorso, molti altri.

Uno di questi nuovi aspetti discussi è rappresentato proprio dalla responsabilità del socio pubblico, che trapela leggendo la rubrica dell'articolo 12, in cui si parla di responsabilità degli enti partecipanti e non solo degli organi, per poi però soprassedere, almeno all'apparenza, sulla questione, tanto che alcuni autori parlano di una rubrica che non rispecchia il contenuto della norma, dando per assodato che la *voluntas* del legislatore non abbia trovato concretizzazione nella stessa<sup>1</sup>.

Trattasi, perciò, di un fine tutt'altro che agevole da raggiungere proprio a causa della scelta, a dir la verità poco felice, di questo nuovo testo legislativo di limitarsi a risolvere vecchie diatribe giurisprudenziali e dottrinali circa la configurazione o meno di una giurisdizione erariale. Da qui la collocazione all'interno di questa scarna norma, l'articolo 12, di una semplice presa di posizione sul fatto che gli organi e i dipendenti delle società partecipate saranno sottoposti alla giurisdizione ordinaria, salvo che per le società in house, accennandosi poi a ulteriori competenze della Corte dei conti in merito ad un non ben precisato danno erariale e citando, quali potenziali autori, i rappresentanti degli enti pubblici partecipanti, utilizzando quindi formule lessicali tutt'altro che chiare e prive di dubbi interpretativi.

La sfida che ci proponiamo è quindi quella di andare oltre questo “*velo di Maya*” e cercare di capire dove potrebbero rintracciarsi queste responsabilità degli enti partecipanti a cui si accenna ma che poi non si sviluppano.

Per fare ciò sarà necessaria una breve ma esaustiva ricostruzione della disciplina che ci ha consegnato il Testo unico, a cui viene dedicato il primo capitolo, il quale si soffermerà sulle peculiarità delle varie tipologie di società a cui partecipano soggetti pubblici, concentrandosi sia sui tipi, in senso di categorie di società di diritto comune che possono essere utilizzate, analizzando anche i motivi di tale scelta, e poi le società che concretamente e storicamente ruotano intorno allo Stato (dette sottocategorie): le società quotate, quello più vicine in assoluto al diritto comune e su cui la necessità avvertita, ma tutt'altro che soddisfatta, era quella di una disciplina chiara e poco discordante dal diritto

---

<sup>1</sup> V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, capitolo XI “le responsabilità”, Zanichelli Editore, 2018.

comune, essendo destinate a interfacciarsi sui mercati; le società meramente partecipate, quelle controllate ed infine, quale soggetto poco coerente con il concetto di società nel nostro ordinamento giuridico, le società in house e le loro fondamentali caratteristiche.

Ci si soffermerà poi sugli aspetti societari di maggior interesse a fini comparativi, le questioni legate alla circolazione e gestione delle partecipazioni, che rappresenterà il terreno più fertile per trattare uno dei pilastri della riforma: il bisogno di dismettere queste partecipazioni, l'obbligo che la titolarità delle stesse si basi su un concetto di "stretta necessità" positivizzato dall'articolo 4 del TUSPP e con degli obblighi conseguenti a carico del socio pubblico che si riveleranno essere fondamentali per il tema principale delle sue responsabilità. Si accennerà agli aspetti di governance e fallimentari, ma soprattutto a come interagisca oggi il diritto comune con quello speciale, aspetto che, salvo per le quotate, rappresenta una delle più grandi conquiste della riforma, tramite il terzo comma dell'articolo 1 del TUSPP a portare maggiore chiarezza e vicinanza al diritto comune in un'ottica di efficienza e concorrenza maggiori. Si è dedicato anche spazio ad un iniziale breve *excursus* storico su queste società e in generale su come lo Stato sia da sempre intervenuto nella nostra economia, perché solo ripercorrendo tali dinamiche si può comprendere il motivo di certe scelte attuali.

Concluso questo percorso ci si tufferà a pieno nel tema delle responsabilità del socio pubblico, ricordando anche come queste colpe non vadano ricercate solo nel rapporto con gli organi sociali, ma anche in merito ad altri profili quali la dismissione delle partecipazioni, che è appunto il fulcro della nuova disciplina delle società pubbliche o in ambito di fallimento e di procedure concorsuali, su cui si è presa una posizione netta rispetto ad un passato poco nitido.

Verrà perciò dedicato un capitolo, il secondo, ai danni erariale che possono discendere sia dalla formula dell'articolo 12, a cui tenteremo di dare un'esegesi complessiva che sia chiara e soprattutto che porti a conclusioni logiche e razionali che permettano di individuare chi effettivamente possa essere autore di un danno al patrimonio dello Stato, e che sembra porre obblighi di controllo in capo al nostro socio pubblico, ma anche dal mancato rispetto delle norme in tema di dismissione, acquisto e cessione delle partecipazioni o del fallimento, indagando in tutti questi casi il ruolo del socio pubblico e le conseguenti responsabilità che ne discendono.

Tutto ciò verrà fatto senza dimenticare i profili di responsabilità più strettamente legati al diritto societario privatistico, oggetto di analisi nel terzo capitolo, dove cercheremo di capire, alla luce della tendenza a considerare le società a partecipazione pubblica al pari di società private vere e proprie, come si atteggino le norme sulla responsabilità poste dal diritto comune, quali sono le conseguenze della scelta del legislatore del 2016 in merito a organi e dipendenti e ancora le conseguenti responsabilità del socio pubblico dal punto di vista civilistico; in particolare nelle S.r.l., uno dei due principali tipi di società utilizzabili attualmente in ambito pubblicistico, ci accorgeremo di una “vuoto normativo” nel Testo unico che porta a conseguenze importanti proprio a livello di responsabilità dei soci.

Le società che ancora una volta più di altre ci forniranno spunti di riflessioni saranno quelle in house, su cui proprio la natura societaria discussa e il particolare ruolo degli amministratori rappresentano punti di estremo interesse per le colpe dei soci. Senza dimenticare i profili legati alla c.d. responsabilità da direzione e coordinamento ex articolo 2497 del codice civile, di cui si ripercorrerà l’evoluzione e l’attuale rapporto con tutte le società partecipate e i relativi enti soci, valutando poi se la sua applicabilità possa essere a rischio alla luce del fondamentale requisito del controllo analogo nell’*in house providing*.

In conclusione, il lavoro produrrà due blocchi, di cui il primo sulle responsabilità del socio pubblico da un punto di vista erariale, derivanti dal rapporto con amministratori e altri organi sociali, in ambito di partecipazioni e fallimentare, l’altro basato sui profili più privatistici e in particolare legati alla disciplina delle colpe civilistiche nelle società pubbliche e conseguenti responsabilità a carico del socio.

Mi preme ricordare, infine, come ci siano stati interventi molto recenti sul Testo unico a seguito della Legge finanziaria del 2019, che tuttavia hanno avuto una portata residuale ai fini del nostro discorso e non stravolgono nella maniera più assoluta l’impianto complessivo dell’elaborato.



## Capitolo I

### **TUSPP (d.lgs. 175/2016): classificazione, differenze e analogie con il diritto comune delle società a partecipazione pubblica.**

**SOMMARIO:** 1. La nuova classificazione delle società a partecipazione pubblica. 1.1. Tipi di società ammissibili. 1.2. Categorie di società pubbliche. 2. Partecipazioni e diritti sociali. 2.1. La “stretta necessità” come invito alla dismissione. 2.2. Disciplina dell’acquisto e circolazione delle partecipazioni. 2.3. Art. 9 TUSPP e Diritto comune. 2.4. Patti parasociali nelle società pubbliche. 3. Governance, struttura societaria e trasparenza nelle società pubbliche. 4. Le peculiarità delle società in house. 4.1. Le caratteristiche delle società in house. 4.1.1. Il controllo analogo. 4.1.2. Attività svolta per l’amministrazione di riferimento. 4.2. Differenze fra le società in house e le altre società pubbliche. 5. Cenni alle società quotate. 5.1. limiti di partecipazioni. 5.2. Principi fondamentali in tema di governance. 5.3. Particolarità in tema di quotazione. 6. La crisi d’impresa nelle società pubbliche.

#### **1. La nuova classificazione delle società a partecipazione pubblica.**

La storia delle società pubbliche ha radici profonde, poiché lo Stato ha da sempre avvertito, soprattutto in periodi di sviluppo o difficoltà economiche del nostro paese, il bisogno di intervenire come imprenditore nel nostro sistema economico. La dottrina in ambito amministrativo<sup>2</sup> concorda nel ritenere tale storia suddivisibile in tre fondamentali periodi:

- 1) Fra la fine degli anni '20 e l'inizio degli anni '30 lo Stato si pose come imprenditore, istituendo o partecipando in società pubbliche, con l'intento di garantire la corretta erogazione di servizi pubblici necessari. Fenomeno che però vedrà un definitivo scoppio a partire dagli anni '60, quando lo Stato ritenne di dover intervenire nel sostentamento di imprese strategiche per la nostra economia o lo sviluppo di aree più economicamente depresse del nostro paese, intervenendo anche nei settori non

---

<sup>2</sup> V. Clarich M. “*Manuale di diritto Amministrativo*”, il Mulino Editore, 2018.

sottoposti a monopoli o non etichettabili come servizi pubblici: insomma un vero esercizio di attività di impresa<sup>3</sup>.

- 2) All'inizio degli anni '90 lo Stato, soprattutto su spinta delle visioni liberistiche di derivazione comunitaria, intervenne liberalizzando numerosi servizi quali telefonia, elettricità, gas e servizi postali<sup>4</sup>. Pur contenendo la disciplina comunitaria (artt. 345 e 106 del TFUE) un atteggiamento assolutamente neutrale in tema di partecipazione pubblica o privata, fu l'inizio del periodo delle grandi privatizzazioni: prima "fredde o formali", con la mera trasformazione da enti pubblici a modelli societari di diritto comune (soprattutto S.p.a), successivamente "calde o sostanziali", con la vera e propria cessione delle partecipazioni pubbliche a soggetti privati e in alcuni casi addirittura, per esempio ENI o ENEL, la quotazione in borsa.
- 3) Il terzo periodo, che forse potremmo definire come il "Big Bang" del mondo su cui è intervenuta la recente Riforma del 2016, viene a coincidere con l'intento di razionalizzazione ed efficienza dei fondamentali servizi pubblici da parte dello Stato, il quale decise di esternalizzare tali funzioni e servizi a società possedute o in cui era anche solo un azionista di minoranza. Lo Stato diede vita a enti (aziende locali), cominciò ad accordare concessioni ad altri soggetti in orbita pubblica, elaborò il concetto di società miste, in cui la sua presenza può essere maggioritaria o minoritaria<sup>5</sup>, infine costituì società in house, che sono fra le società pubbliche più discusse perché molto lontane dalla disciplina comune di Diritto societario.

Sarebbe stato senza dubbio interessante e costruttivo analizzare più specificatamente la storia di questo fenomeno partecipativo dello Stato nell'economia del nostro paese e in particolare i modi che oggi lo stesso utilizza per l'esternalizzazione dei servizi pubblici, tuttavia trattasi di un discorso che avrebbe richiesto numerose pagine ed esula dal nostro tema principale. Ciò che si coglie comunque, ai fini del nostro studio

---

<sup>3</sup> Esempio emblematico è rappresentato dalla vicenda dell'"IRI", vera e propria holding finanziaria di natura pubblica, sottoposta a vigilanza da CIPE e CIPI. L'IRI dal 1937 agli anni '60 passò dall'essere incaricata di una gestione efficiente delle proprie partecipazioni in imprese private, all'essere incaricata di supportare (e non solo sostituirsi all'imprenditoria privata) lo sviluppo di basilari settori industriali del nostro paese (emblematicamente nel settore siderurgico).

<sup>4</sup> Servizi definiti a "rilevanza economica", poiché suscettibili di essere organizzati imprenditorialmente. Al contrario di servizi quali sanità o istruzione.

<sup>5</sup> Possiamo vedere in tal caso partenariati pubblico-privato di tipo istituzionale, con una forte presenza dello stato, oppure contrattuale in cui lo stato è molto meno presente, operando una esternalizzazione quasi estrema.

sulle ragioni della nascita del “Testo Unico in Materia di Società a Partecipazione Pubblica”, è che proprio i fenomeni della privatizzazione prima e delle esternalizzazioni dopo, hanno prodotto un costante nascere, mutare e morire di vari enti e società controllate dallo Stato; nei confronti di tali soggetti c'erano (e in parte ancora ci sono) numerose questioni insolute, legate storicamente al rapporto con il Diritto societario comune, alle peculiarità degli azionisti di tali società e anche alle responsabilità (tematica a sua volta connessa a questioni giurisdizionali anche). Insomma, si riteneva necessario un intervento volto a ordinare e razionalizzare tutta questa materia. Attorno a tale ratio nasce il “Testo Unico in Materia di Società a Partecipazione Pubblica” D.lgs. 175/2016 (d'ora innanzi semplicemente TUSPP), sulla base degli artt. 16 comma 1, lett. b e 18 della Legge Delega 124/2015 “Delega al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche” (d'ora innanzi “Legge o Riforma Madia”)<sup>6</sup>. In particolare, il capo IV di tale legge, intitolato “Deleghe per la semplificazione normativa”, si apre con l'art. 16 che imponeva al Governo di adottare delle norme di semplificazione in varie materie ivi elencate, tra cui alla lett. b «Partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche», nel termine di dodici mesi o dell'art.17. Nella realizzazione di tale obiettivo il legislatore si doveva servire di «Principi e criteri direttivi generali» (art. 16 comma 2), fra i quali spiccano ai fini del nostro discorso: l'adozione di un testo unico per ciascuna materia, garantendo un coordinamento formale e sostanziale di tale testo unico con le leggi vigenti (specificando quali dovessero ritenersi abrogate), risoluzione di antinomie fra principi generali dell'ordinamento giuridico e le leggi generali; tutto ciò avrebbe dovuto condurre a ciò che più volte, in un clima così cangiante e complesso come quello delle società pubbliche, abbiamo detto essere una necessaria «... coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa...» art. 16 comma secondo, lett. b.

Tuttavia, è più specificatamente l'art.18 della Legge Madia ad essere dedicato a tale riordino e razionalizzazione, tanto che tale articolo viene rubricato «Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche» e parla chiaramente nel suo primo comma di «chiarezza della disciplina» e «semplificazione normativa». L'obiettivo dell'art. 18 è anche quello di promuovere e tutelare la

---

<sup>6</sup> Come noto la Legge Madia è stata dichiarata parzialmente incostituzionale dalla sentenza 251/2016, è opportuno sottolineare come tale sentenza non abbia rilievo ai fini del nostro tema.

concorrenza e sulla scia di tutte queste finalità poste vengono elencati una serie di altri principi e criteri che si aggiungono a quelli dell'art. 16, di cui in particolar modo ci interessano i primi tre:

- 1) La distinzione delle società a seconda degli interessi e delle attività di riferimento; ma anche e soprattutto della presenza o meno delle “gare ad evidenza pubblica”, che si legherà al tema delle società in house. Infine, in base all'emissione di titoli, strumenti finanziari e quotazione in borsa.
- 2) Razionalizzare e ridurre le partecipazioni pubbliche, secondo criteri di efficacia, efficienza ed economicità, ridefinendo i limiti di costituzione, assunzione e dismissione delle partecipazioni. Questo punto sarà di fondamentale importanza ai fini della norma forse più importante dell'attuale TUSPP, vale a dire quell'art. 4 comma 1, che tramite il criterio della “stretta necessità” vuole circoscrivere la costituzione di società da parte delle pubbliche amministrazioni, l'acquisto o il mantenimento delle partecipazioni anche se minoritarie.
- 3) Definizione delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti, sindaci e fintanto anche dipendenti. Tale punto sarà nevralgico ai fini del tema principale della tesi: la Legge Madia voleva che si ponesse fine all'aspra discussione circa il riparto giurisdizionale (amministrativa o civile) e configurazione della responsabilità civile o erariale. Il legislatore si è mosso proprio in tale direzione, creando una norma nel TUSPP, l'art. 12, più procedurale che sostanziale. Il risultato è secondo l'opinione diffusa alquanto deludente, in quanto si sostiene come venga disciplinata la responsabilità degli organi, in particolare quello amministrativo, ma si glissi completamente sul tema delle responsabilità del socio pubblico o non si chiarisca se la stessa sia legata a quella degli amministratori scelti quale responsabilità oggettiva o *culpa in vigilando*, nonostante la rubrica di tale articolo facesse sperare diversamente.

In conclusione questo bisogno avvertito di razionalizzazione si muove in più direzioni: rendere chiara una disciplina stratificatasi negli anni, eliminare incertezze e antinomie, capire quando si può avere una disciplina sostanzialmente simile a quella comune e quando invece quest'ultima viene ampiamente derogata, ma soprattutto manifestare il bisogno di una riduzione per non dire vera e propria dismissione di tali

partecipazioni, tra bisogni di efficienza, economicità ma soprattutto di una vera concorrenza sul mercato.

Chiariti i fondamentali obiettivi che il legislatore si pose nel 2015 è sicuramente importante soffermarsi a questo punto sulla classificazione delle società pubbliche emerse a seguito della Riforma Madia e dell'emanazione del TUSPP. Trattando tale questione si coglie anche meglio il motivo dell'analisi degli articoli 16 e 18 della Legge Madia, dove ratio principale di quest'ultima era quella di portare ordine dal punto di vista delle partecipazioni in mano allo Stato <sup>7</sup> e raggiungere una disciplina completa e coerente in ogni punto, soprattutto a seguito della stratificazione normativa derivante dalla già analizzata e travagliata storia delle società a partecipazione pubblica. Non mancava nella Legge Madia una richiesta di chiarire le differenti caratteristiche delle società pubbliche, in particolare ai fini della questione delle gare ad evidenza pubblica o per essere più precisi di quando un'amministrazione possa esternalizzare un servizio pubblico senza passare per tali gare; la richiesta vera quindi era quella di una delineazione di interessi e attività perseguibili dalle differenti entità che nel corso degli anni hanno roteato intorno allo Stato. Sicuramente perciò, come già sottolineato, le società a partecipazione pubblica non sono uguali dal punto di vista strutturale e proprio partendo da tali peculiarità che probabilmente il legislatore si è spinto oltre nel TUSPP, delineando quello che forse è una vera e propria disciplina societaria speciale che si contrappone, derogandola, a quella comune. Traendo un'immagine da una ricostruzione generale che la dottrina offre in modo molto emblematico<sup>8</sup>, dobbiamo pensare alla disciplina societaria comune come un punto fermo su una retta da cui progressivamente si allontanano i vari tipi di società a cui lo Stato partecipa, sicuramente le società quotate saranno le più vicine a tale disciplina comune, poi verranno le società meramente partecipate, poi quelle su cui lo Stato ha partecipazioni di maggioranza e per finire le società in house, le quali risultano essere le più particolari e diverse dalle forme societarie comuni<sup>9</sup>. Insomma, le differenze strutturali, di quotazione, di destinazione delle società pubbliche, comportano

---

<sup>7</sup> O per la precisione creare una disciplina restrittiva per non dire esortativa alla dismissione delle partecipazioni stesse.

<sup>8</sup> V. Ferrari G. e Garofalo R., in *Manuale di Diritto Amministrativo*, nel Diritto Editore, 2018.

<sup>9</sup> Non potrebbe essere differente visto che nell'ambito di tali società vediamo la deroga di basilari principi di Diritto amministrativo in tema di concessioni ed esternalizzazioni, in particolare quindi con riferimento al venir meno delle gare ad evidenza pubblica.

conseguenze pratiche, che forse solo riduttivamente possono essere definite come mere deroghe al diritto comune, al contrario sono vere condizioni applicative di diritto speciale.

Viene perciò ad essere opportuno capire in quali tipi di società attualmente il TUSPP consente la partecipazione da parte delle pubbliche amministrazioni, quali motivi hanno spinto il legislatore a tale scelta e quali ripercussioni pratiche vengono a crearsi in merito al rapporto con la disciplina comune, ma soprattutto ai fini del discorso che più ci interessa sulle responsabilità. Concluso tale passaggio potremmo giungere a quelle che la dottrina nomina come sub-fattispecie o sottocategorie di società pubbliche<sup>10</sup>, quali le società controllate e quelle partecipate dallo Stato. Colgo l'occasione per chiarire che sarebbe stato sicuramente più razionale effettuare già in queste prime battute una ricostruzione delle società in house e delle società quotate, tuttavia le particolarità di quest'ultime (in particolar modo le più volte citate e a questo punto quasi "famigerate" società in house) sono talmente numerose da richiedere una trattazione separata, che verrà effettuata nei paragrafi e sotto-paragrafi 5 e 6 di questo primo capitolo. Risulta momentaneamente utile ribadire come al legislatore sia stata richiesta chiarezza e coerenza, non disciplina speciale e differenziata, ma tant'è ormai non ci si può esimere dall'analizzarla per i fini della responsabilità che a noi premono, ma ovviamente anche in riferimento a tematiche altrettanto stimolanti connesse a questo nuovo TUSPP.

Bisogna però concludere tale discorso con un ulteriore dato che verrà ribadito nel prossimo sotto-paragrafo, la dottrina è sì concorde nel considerare il TUSPP come fonte di una disciplina speciale, allo stesso tempo però gli va dato atto di come, ai fini di coerenza, razionalità e riduzione delle differenze, sia emblematica la previsione contenuta nell'art. 1, comma 3°, del TUSPP stesso « *per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*». Potremmo definire tale norma come un salvataggio in "extremis" di quelle richieste di cui agli artt. 16 e 18 della Legge Madia, in particolare della proporzionalità nel derogare la disciplina comune in tale materia in presenza di interessi pubblici da salvaguardare.

---

<sup>10</sup> Cfr. Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Editore, 2016 e *le società a partecipazione pubblica*, Zanichelli Editore, 2018.

Insomma, da un lato il legislatore ammette di aver introdotto una disciplina speciale, facendo salve le deroghe, dall'altro però ribadisce forte e chiaro come senza quest'ultime, quindi per quanto non previsto espressamente dal TUSPP, non si potrà derogare la normativa societaria. Tutto ciò offre un risultato senza dubbio ancora complesso ma meno disordinato del passato. Discorso diverso si dovrà fare per le quotate invece.

### **1.1. Tipi di società ammissibili.**

Chiarito come il legislatore abbia probabilmente “tradito” l'aspettativa della legge delega, andando oltre la mera razionalizzazione e indicazione degli interessi e attività di riferimento e creando una vera e propria disciplina speciale, prima di analizzare quest'ultima è importante chiarire quali tipologie di società il TUSPP ritiene idonee alla partecipazione pubblica.

Le indicazioni in questo senso sono contenute nel nuovo art. 3, comma 1° del TUSPP, ma prima di analizzare ciò che questa norma ci dice bisogna partire da un inappuntabile dato di fatto. Nel nostro ordinamento giuridico tradizionalmente sussistono vari criteri di classificazione dei modelli organizzativi delle società<sup>11</sup>: possono esserci società lucrative o che perseguono uno scopo mutualistico, società semplici che a norma dell'art. 2249 del cod. civ. possono porre in essere solo un'attività non commerciale e si contrappongono alle società lucrative, società con personalità giuridica o senza e ancora, partendo proprio dal dato che le prime ne sono privi mentre le seconde provviste, le società di persona e le società di capitale. Tuttavia, nessuno o ben pochi di questi criteri classificatori sono rilevanti ai fini della comprensione della ratio di questo art. 3 del TUSPP circa le tipologie di società utilizzabili dalle amministrazioni pubbliche, il canone che veramente ci interessa è l'ultimo citato dalla dottrina: il regime di responsabilità per

---

<sup>11</sup> La dottrina, in particolare Campobasso G.F., *Diritto Commerciale 2 Diritto delle Società*, sostiene l'importanza della classificazione ai fini di problemi legati in primis all'organizzazione interna, con tutte le questioni annesse alla governance, partecipazione dei soci alle decisioni, ruolo e competenza di amministratori, sindaci e altri organi sociali. In secondo luogo, per l'altrettanto basilare tema dei rapporti con i terzi, particolarmente della responsabilità per le obbligazioni sociali.

le obbligazioni sociali. Secondo questo criterio gli otto tipi società presenti nel nostro ordinamento giuridico sono classificabili in tre gruppi:

- 1) Società semplici (s.s.) e società in nome collettivo (s.n.c.): in queste i soci rispondono solidalmente e illimitatamente delle obbligazioni sociali, insieme al patrimonio sociale. La previsione è inderogabile, salvo patto contrario per le società semplici a norma dell'art. 2267 cod. civ., che in ogni caso attribuisce inderogabilmente la responsabilità a chi ha agito in nome e per conto della società.
- 2) Società in accomandita semplice (s.a.s.) e società in accomandita per azioni (s.a.p.a.): in entrambe vediamo come, rispettivamente art. 2313 cod. civ. e art. 2452 cod. civ., esistano sia dei soci che risponderanno illimitatamente vale a dire i soci accomandatari, sia soci che rispondono nei limiti nei limiti della quota conferita vale a dire i soci accomandanti.
- 3) Società per azioni (s.p.a.), società a responsabilità limitata (s.r.l.), società cooperative: il minimo comun denominatore di quest'ultima categoria è la regola base in tema di responsabilità per le obbligazioni sociali: per quest'ultime risponde soltanto la società col proprio patrimonio (artt. 2325 e 2462 c.c.).

Conclusa questa scolastica ma necessaria classificazione possiamo passare all'analisi dell'art 3, comma 1°, in cui viene chiaramente previsto come le amministrazioni possano partecipare solo a società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortili e in forma cooperativa. Circa le società consortili preme molto fare una precisazione utile ai fini di quanto si dirà in conclusione del terzo capitolo, viene dichiarato da un'illustre dottrina<sup>12</sup> come le società consortili di cui parla il legislatore sarebbero diverse da quelle del codice civile, dove l'art. 2615 ter, tramite rinvio all'art. 2602, porrebbe dei vincoli soggettivi e di scopo in grado di tagliare fuori le Pubbliche Amministrazioni. A mio modesto parere l'idea risulta essere ancora attuale per quanto riguarda lo scopo, se oggi una società pubblica nasce deve essere in conformità all'art. 4 del TUSPP e di conseguenza anche le organizzazioni consortili devono rispettare tale fine; ma il limite soggettivo, vale a dire l'idea per cui il 2602 del cod. civ. chiedendo che a tali consorzi partecipino solo imprenditori taglierebbe fuori le PA che non lo sono, può

---

<sup>12</sup> Marasà G., in VIII convegno annuale dell'associazione italiana dei Professori di Diritto Commerciale "Il Diritto Commerciale verso il 2020, i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti", Roma febbraio 2017.

risultare anacronistico alla luce delle nuove tendenze giurisprudenziali, che invece qualificano soggetti pubblici territoriali come imprenditori, ponendo un interrogativo circa il venir meno delle restrizioni, all'indomani nell'entrata in vigore del TUSPP, valutate da questi interpreti. Per tali ragioni viene ad essere necessario quanto meno distinguere fra quei consorzi in cui partecipano enti territoriali, che potrebbero astrattamente essere considerati imprenditori, ed altri consorzi in cui, invece, partecipano enti pubblici che non sono qualificabili come imprenditori (enti pubblici non economici). Il passo successivo è quello di capire se come sostiene parte della dottrina<sup>13</sup> si possa aprire la strada a un'idea di consorzi atipici che sia stata introdotta dal TUSPP, riferendosi anche ma non solo a quelli a partecipazione mista, oppure bisogna considerare come insufficiente la qualificazione di consorzi ad opera di leggi speciale, come sostenuto da altra autorevole dottrina<sup>14</sup>. Probabilmente si è costretti ad accettare la prima conclusione per ragioni pratiche, sarebbero infatti lasciati fuori quasi tutti i consorzi a partecipazione pubblica dalla disciplina del TUSPP; trattasi comunque di un dibattito molto interessante ma defilato rispetto ai fini del nostro tema, per questo non si è ritenuto opportuno approfondirlo ma solo esporlo sinteticamente per far capire gli enormi dubbi e i rapidi cambiamenti nei temi delle società pubbliche.

Circa le cooperative bisogna chiarire, invece, che non essendoci questioni legate alla presenza di imprenditori, dubbi in tal senso non si pongono; rimane in ogni caso fermo il limite di cui all'art. 4 del TUSPP applicabile a tutte le società che comportino partecipazioni pubbliche e che verrà analizzato successivamente.

Conclusa questa piccola parentesi, balza subito all'occhio come il legislatore abbia attinto dal punto 3 del nostro elenco precedente, per cui da quelle società in cui per le obbligazioni sociali risponde solo il patrimonio sociale. Risulta allora abbastanza evidente, soprattutto a parere di studiosi in tempi più recenti<sup>15</sup>, come il legislatore abbia chiaramente voluto escludere che lo Stato o le amministrazioni pubbliche partecipino in società in cui si può andare in contro a un qualsiasi tipo di responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali. Addirittura, lungo questa scia, il legislatore si astiene dal citare le

---

<sup>13</sup> V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 21-22, Zanichelli Editore, 2018.

<sup>14</sup> V. Mosco G.D., *Consorti per il coordinamento della produzione e degli scambi*, sub art. 2603, pagine 82-86, Zanichelli Editore, 2017.

<sup>15</sup> V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, capitolo introduttivo, Zanichelli Editore, 2018.

società in accomandita per azione dove, come già sottolineato al punto numero 2, l'art. 2452 c.c. non garantisce la stessa responsabilità limitata delle s.p.a e s.r.l, almeno per quanto concerne i soci accomandatari. Tuttavia, lo stesso articolo 2452 del c.c. ci dice che invece i soci accomandanti rispondono nei limiti della quota conferita, insomma una responsabilità c'è ma è sostanzialmente limitata, ragion per cui risulta essere complicato, a parere della medesima dottrina, escluderne l'utilizzabilità. Molto meno affrontato, ma altrettanto problematico, è il tema circa la utilizzabilità delle società in accomandita semplice dove alcuni comportamenti dei soci accomandati, di cui agli artt. 2320 e 2314 c.c., possono far acquisire la qualifica di soci accomandatari e quindi far perdere il beneficio della responsabilità limitata. Va detto in ogni caso come, se consideriamo le responsabilità insiste nell'art. 2325, comma 2, del cod. civ. in merito al socio unico che non rispetti le norme su conferimenti e pubblicità in caso di insolvenza della società, ci rendiamo perfettamente conto di come, qualora il legislatore avesse voluto veramente proteggere il socio pubblico da ogni minima responsabilità per obbligazioni sociali, probabilmente sarebbe stato necessario inventare un nuovo tipo di società! Possiamo concludere quindi che sostanzialmente solo le società di cui al primo punto del nostro elenco sono precluse allo Stato e alle pubbliche amministrazioni, secondo l'attuale disciplina del TUSPP.

Si tratta di un aspetto quindi assolutamente cruciale ai fini del nostro discorso, quando si parla infatti di responsabilità del socio pubblico si nota già dalle prime norme del Testo Unico come il legislatore abbia un atteggiamento di assoluta diffidenza verso quelle norme societarie, nuove o vecchie che siano, in grado di accollare una qualsiasi tipologia di responsabilità al socio pubblico stesso, ma qui ovviamente parliamo di responsabilità per obbligazioni sociali, che non escludono altra tipologia di colpe oggetto della nostra indagine.

Manca solo un ultimo punto da chiarire, a chiusura del cerchio aperto alla fine del paragrafo 2, ricordando come il legislatore nel TUSPP abbia introdotto deroghe considerate come Diritto societario speciale, ma abbia anche chiarito che laddove non derogata la disciplina societaria generale si applica, scegliendo questi tipi di società nell'art. 3 va anche nella direzione di richiamare con più precisione la disciplina societaria comune applicabile, salvo deroghe. La medesima dottrina già citata sul tema ritiene anche che, alla luce dell'art. 3, potrebbe sembrare superflua la norma di cui all'art 1 comma 3 o

che se volessimo dargli un'importanza sarebbe da scorgere nel nuovo intento del legislatore di abbandonare l'idea per cui la disciplina societaria si applica solo qualora sia coerente con quella pubblica.

Sarebbe opportuno però non ridurre l'importanza dell'art.1, comma 3 a una mera lotta di supremazia tra il Diritto societario o privato che sia e il Diritto pubblico, i quali sono sicuramente temi di estremo interessi per i giuristi, sempre curiosi di capire che norma si applichi e come si interpreti, ma ciò che emerge chiaramente è che la Legge Madia voleva in primis la “promozione e tutela della concorrenza”, insomma un sistema in cui ognuno gioca con le stesse regole e non ci sono soggetti privilegiati<sup>16</sup>. Ciò ci porta a considerare tale clausola come una forte attenuazione alla specialità del TUSPP.

## **1.2. Categorie di società pubbliche.**

Si è precedentemente sottolineato la necessità di analizzare le varie specifiche disposizioni che il legislatore ha voluto introdurre nel TUSPP a proposito delle società pubbliche, ricordando come, laddove non diversamente previsto, opererà sempre la disciplina societaria comune. Si è poi passati a dire come però tali differenze siano comprensibili solo tramite un chiarimento circa la nuova classificazione delle società pubbliche. Precisato anche come la questione classificatoria sia una sorta di “*Giano Bifronte*”, con il legislatore che ha voluto da un lato chiarire quali tipi di società saranno utilizzabili<sup>17</sup>, dall'altro invece dettare delle nozioni propedeutiche a definire sostanzialmente le varie sottocategorie di società a partecipazione pubblica, possiamo passare all'analisi di tale ultimo tema, che a sua volta ci permetterà di comprendere ancora meglio questa continua tensione fra disciplina speciale del TUSPP e societaria comune.

Va detto come sia la dottrina amministrativa<sup>18</sup> che commerciale<sup>19</sup>, partendo dall'idea che lo Stato possa esercitare in forma imprenditoriale i servizi pubblici e che

---

<sup>16</sup> Bisogna ricordare come sia sempre stato denunciato dalla dottrina più schietta che il proliferare delle società pubbliche sia stato non soltanto per la buona volontà dello Stato di aiutare le aree più povere e depresse del paese o le società in crisi, ma anche e soprattutto nel senso di eludere norme in tema di finanza, contratti, dipendenti e sfruttare un vantaggio in settori concorrenziali.

<sup>17</sup> In pratica quell'art. 3 del TUSPP analizzato nel precedente paragrafo.

<sup>18</sup> Clarich. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, il Mulino Editore, 2017.

<sup>19</sup> Visentini G. e Palazzolo A., *Manuale di Diritto Commerciale*, Dike Giuridica Editore, 2017.

siano diverse le strutture con le quali si realizza l'esternalizzazione, sottolinea la presenza di enti pubblici legati alla Pubblica Amministrazione, ma ai fini della disciplina del TUSPP interessano solo i fenomeni societari in forma stretta.

Risulta essere interessante partire da una forma societaria molto particolare, le cosiddette società di diritto singolare, definiti come «enti meta-individuali»<sup>20</sup> in quanto vestiti da società per azioni da degli atti legislativi *ad hoc* (leggi o regolamenti governativi o ministeriali), che dettano anche una normativa individuale per ciascuna di esse<sup>21</sup>. La presa di posizione del TUSPP su tali società è più che altro rivolta al passato, non perché sia ormai desuetudine da parte della PA la costituzione di enti *ad hoc* per particolari servizi pubblici o altre finalità, quanto perché i connotati di tali soggetti hanno sempre portato a dibattere sul solito tema: che rapporto sussiste fra la disciplina pubblica e privata, ma soprattutto fra la disciplina dettata *ad hoc* e quella invece societaria comune, a cui fra l'altro oggi si aggiunge quella speciale del TUSPP, che complica ancora di più il discorso. L'idea di alcuni autori in passato era che la mera veste di una società per azione non fosse sufficiente a escludere fra le norme speciali richiamate anche quelle pubbliche, le quali risultavano essere prevalenti sulle norme privatistiche in quanto incaricate di realizzare finalità a loro volta di natura pubblica<sup>22</sup>.

Oggi il legislatore chiarisce, in ossequio alle richieste della Legge Madia, anche quest'ultimo punto tramite un combinato disposto (art. 1 comma 3 e comma 4), in grado di farci capire come queste particolari società verranno ancora disciplinate da leggi e regolamenti ministeriali o governativi *ad hoc* (sono escluse tutte le altre fonti non legislative) a norma del comma 4 dell'art.1, ma con un occhio che guarda sempre al comma 3 del medesimo articolo, per cui queste, così come tutte le altre società pubbliche, saranno disciplinate dalle norme societarie codicistiche e di diritto privato in generale, in assenza di deroghe dello stesso TUSPP.

Insomma per queste società viene introdotto un terzo livello: quello dello statuto singolare *ad hoc*, dopo se conformi a quest'ultimo le norme societarie comuni e per finire

---

<sup>20</sup> Pizza P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè Editore, 2007.

<sup>21</sup> Caso emblematico l'ENAV divenuta s.p.a. nel 2009, controllato da Ministero dell'Economia e delle Finanze, sottoposto a regolamentazione del Ministero dei Trasporti. Altri storici esempi susseguitesi sono: Banca del Mezzogiorno s.p.a., Gestore del Mercato s.p.a., Riscossione s.p.a., Acquirente Unico s.p.a.

<sup>22</sup> Güner G., *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Giappichelli Editore, 2009.

le norme speciali del TUSPP; si può considerare pacifico che le norme specifiche negli atti legislativi *ad hoc* prevalgono, ma nessun'altra norma pubblica presumibilmente richiamata potrà essere considerata applicabile, tutto ciò garantisce anche meglio l'idea di promozione e tutela di concorrenza del mercato, evitando discipline particolari ( se non quelle già poste in passato *espressamente*), che possano alterarlo.

Concluso questa complessa discussione, si può giungere a quella che oggi viene proposta come una sorta di triade delle società pubbliche: le società meramente partecipate, le società a controllo pubblico e infine le società in house, ma a queste tre dobbiamo aggiungere delle riflessioni che saranno fondamentali circa le società quotate. Sarebbe stato, come in parte già annunciato, assolutamente riduttivo fare dei cenni alle società in house e a quelle quotate, che al contrario pongono una disciplina più complessa e particolare e meritevole di essere trattata in sede opportuna (paragrafi quarto e quinto di questo capitolo). Del resto, come richiamato sopra, quando parliamo del rapporto fra le società pubbliche e la disciplina applicabile c'è un'immagine che potremmo utilizzare, che è quella di porre la disciplina societaria comune ad un estremo e quella societaria-pubblicistica all'altro di una retta su cui collocare le società pubbliche, ai due estremi ci saranno rispettivamente le società quotate (con pochissime deroghe) e le società in house (con tantissime peculiarità e differenze strutturali e legislative). Su quest'ultime si possono momentaneamente citare i due inderogabili requisiti affinché si possa parlare di "*longa manus*" della pubblica amministrazione, derogando le gare ad evidenza pubblica nell'esternalizzazione dei servizi pubblici:

- 1) Il controllo analogo, inteso a norma dell'art. 2 lett. c come «la situazione in cui l'amministrazione esercita...un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata...». Norma che vedremo può comportare pesanti deroghe al diritto societario comune, in particolare con riferimento all'art. 2380 bis del codice civile.
- 2) Attività svolta per conto dell'amministrazione di riferimento, con percentuali orientative di fatturato da perseguire per tale amministrazione secondo la giurisprudenza, al fine di non alterare il mercato di riferimento.

Fatta questa doverosa precisazione sul maggior tempo e spazio richiesto dalle società quotate e dalle società in house, possiamo analizzare le società semplicemente

partecipate dalla Pubblica Amministrazione<sup>23</sup>, dove sono rilevanti le previsioni delle lettere “f” e “g” dell’art. 2, in cui rispettivamente viene definito il concetto di “partecipazione” come alternativamente la titolarità di rapporti da cui si desume la qualifica di socio o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi, mentre “partecipazione indiretta” quella detenuta tramite società o organismi comunque soggetti a controllo da parte delle amministrazioni stesse<sup>24</sup>.

Ci sono quindi le società controllate dallo Stato, dove l’art. 2 lett. b del TUSPP pone due possibili fattispecie:

1. Una delle situazioni di influenza dominante di cui all’art. 2359 c.c.:
  - 1.1. Maggioranza dei voti esercitabili dell’assemblea ordinaria (controllo di diritto).
  - 1.2. Partecipazione minoritaria, ma comunque con un numero di voti sufficienti ad esercitare influenza dominante nell’assemblea ordinaria (controllo di fatto).
  - 1.3. Influenza dominante per il tramite di vincoli contrattuali (controllo contrattuale).
2. Casi in cui la legge, lo statuto o dei patti parasociali impongono che le decisioni finanziarie e gestionali strategiche siano adottate con il consenso unanime dei soci.

Se parliamo di società partecipate quindi non abbiamo forme di controllo statale, se invece ci riferiamo a quelle sottoposte a controllo, quest’ultimo non comporta comunque una situazione paragonabile a quella dell’*in house providing*, cioè di una vera e propria degradazione della società ad organo interno della Pubblica Amministrazione.

Va da sé che nella nostra retta immaginaria le società a partecipazione saranno le più vicine a quelle quotate, a loro volta molto più simili dal punto di vista della disciplina alle società comuni, mentre quelle a controllo pubblico saranno vicine a quelle *in house*, pur non ponendosi nel modo estremamente peculiare di quest’ultime.

Converrà via via che si analizzano singole tematiche, in particolare sulla responsabilità, cogliere le ripercussioni di tali differenze, ma intanto si può emblematicamente citare un dato contenuto nel TUSPP che ci fa cogliere tali sfumature.

---

<sup>23</sup> Dal punto di vista lessicale è importante non confondere la dicitura “società a partecipazione pubblica”, che indica il fenomeno delle partecipazioni dello Stato in società di capitale, con quella “società semplicemente partecipate dallo Stato”, nelle quali gli enti pubblici hanno delle partecipazioni, dirette o indirette, non di controllo.

<sup>24</sup> Va segnalato come illustri autori quali Donativi ritengono che quando il legislatore etichetta una disciplina come destinata alle partecipazioni, vada considerata applicabile alle società con partecipazione indiretta anche. Sicuramente si tratta di una precisazione importante per quella questione lessicale già segnalata nella nota superiore.

Gli articoli 2380 bis e 2409 novies del cod. civ. prevedono rispettivamente che la gestione dell'impresa sia affidabile rispettivamente agli amministratori e al consiglio di gestione, a seconda che ovviamente si tratti di un sistema tradizionale o dualistico di amministrazione e controllo. Ebbene entrambe queste norme vengono a essere considerate derogabili ex art. 16, comma 2°, lett. a, per quanto concerne le società in house, dove a parere della dottrina viene considerato comunque vivo il divieto di istituire organi atipici, ma comunque viene dal legislatore, in nome del concetto di controllo analogo, aperta la strada a una vera e propria rivisitazione delle competenze gestorie.

Tuttavia, il legislatore si è guardato bene dalla possibilità di speculazioni circa possibili applicazioni analogiche nelle altre società pubbliche, quindi ha chiarito a norma dell'art. 11, comma 9°, lett. d come ci sia un divieto generale di istituzione di organi diversi da quelli previsti dalla legge in tali società. La dottrina giustamente sottolinea come tale divieto sia propedeutico a scacciare dubbi interpretativi circa la possibilità di istituire organi dalle competenze atipiche nelle società pubbliche, soluzione peraltro già negata nelle stesse società in house nonostante la deroga di cui all'art. 16<sup>25</sup>.

Ciò nonostante, potrebbe essere opportuno pensare a tale divieto posto nell'art. 11 come ad un modo per specificare la non derogabilità da parte delle altre società pubbliche degli articoli 2380 bis e 2409 novies, contrariamente a quanto avvenga in quelle in house. In ogni caso, considerando la ratio di tali deroghe per le società in house, vale a dire il rispetto di quella particolare forma di controllo richiesta, ci rendiamo conto di come il dubbio potesse sorgere e di conseguenza la specificazione fosse necessaria solo per le società a controllo pubblico e risulti invece superflua per quelle semplicemente partecipate. Allora ecco che cogliamo a pieno, ancora una volta, l'estrinsecarsi della disciplina nelle varie società pubbliche, in quelle quotate e in quelle meramente partecipate il legislatore non ha bisogno di chiarire che non possono esserci organi atipici o differenti attribuzioni di competenza amministrativa, in quelle a controllo pubblico invece deve farlo, perché sono vicine a quelle in house, dove ha previsto la possibilità di un diverso riparto dei compiti amministrativi, pur, secondo la dottrina, non aprendo la strada alla possibilità di derogare il divieto di costituzione di organi atipici. Quindi tutto

---

<sup>25</sup> V. Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, Zanichelli Editore, 2018.

questo impianto ci mostra il progressivo allontanarsi e il necessario chiarimento che ne deriva per le società pubbliche, da quelle più vicine al diritto comune a quelle più lontane.

Un ultimo aspetto riguarda un tipo di società non citato in questa classificazione, la società mista pubblico-privata dove può esserci un partenariato istituzionale o contrattuale a seconda della prevalenza partecipativa del socio pubblico o privato, non verrà approfondita in quanto riguarda più che altro il tema legato all'esternalizzazione dei servizi pubblici e in particolare dei soggetti che possono riceverli in concessione, era comunque opportuno citarla per avere una classificazione quanto più completa possibile.

Terminato questo lungo discorso su rapporto fra norme dei vari settori del diritto, categorie di società utilizzabili e tipi concretamente conosciuti si potrà analizzare la normativa che riguarda temi vitali per tutte le società e che saranno utili ai fini del discorso della responsabilità del secondo capitolo.

## **2. Partecipazioni e diritti sociali.**

Concluso il discorso sullo sforzo compiuto dal legislatore nel TUSPP di consegnarci una disciplina lineare o comunque di elaborare una metodologia volta ad evitare dubbi interpretativi, antinomie o vuoti normativi, non si può fare a meno di trattare il tema delle partecipazioni e dei diritti sociali che ne derivano. Si tratta, infatti, di una questione a cui il legislatore ha voluto dedicare grande risalto nel Testo unico, sulla scia delle richieste della Legge Madia in quegli articoli 16 e 18 più volte citati e che va analizzato partendo da quello che è il cuore, la ragione fondante di tutta la nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica: i motivi e le condizioni da rispettare per poter dar vita a tali società (di cui agli articoli 4 e 5), le disposizioni e le regole in tema di acquisizione conseguenti; solo in un secondo momento sarà possibile capire come si possano gestire tali partecipazioni, come si possano esercitare i diritti sociali da esse attribuiti e per concludere le ripercussioni sul tema delle responsabilità. Prima di arrivare a questo, in particolare prima di arrivare a quell'articolo 4 che è veramente la ratio di tutta questa nuova disciplina, è importante capire come il legislatore sia giunto ad elaborare il bisogno di queste norme.

All'uopo è necessario sempre cominciare dalla Legge Madia che è la base di tutto il Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica, ma soprattutto dal suo articolo 18, poiché in questa norma il legislatore non ha semplicemente voluto dettare i principi, le linee guida e gli obiettivi a cui ci si sarebbe dovuto attenere nel TUSPP, ha anche espresso in maniera chiara e inequivocabile la nuova ideologia che vige in tema di società a partecipazione pubblica: lo Stato o la Pubblica Amministrazione in generale devono partecipare a delle società solo se ciò risulta essere strettamente necessario e di conseguenza le partecipazioni pubbliche vanno diminuite. Al fine di capire questo importantissimo passo avanti serve fare qualche passo indietro, in particolare ai primi anni '90, quando, come abbiamo già sottolineato nel breve *excursus* storico di tali società, si avvertì il bisogno di privatizzazione del mercato, soprattutto in quei settori dove in realtà non era così necessario che lo Stato intervenisse nel garantire servizi pubblici, ma al contrario c'era ampio spazio per la concorrenza<sup>26</sup>. Seguirono quindi due processi di privatizzazione, uno freddo o formale con la dismissione di diverse partecipazioni sociali e la trasformazione di numerosi enti pubblici in società per azioni, l'altro invece caldo o sostanziale con l'attribuzione di partecipazioni a soggetti privati e quotazioni di società quali ENEL e ENI<sup>27</sup>. Ne fece le spese il Ministero delle Partecipazioni Statali, nato con la Legge 1589 del 1956 per garantire vigilanza su IRI, ENI EGAM e coordinamento con il comitato interministeriale per la politica economica e la programmazione industriale, si cominciò ad avvertire ben presto il suo contrasto con le politiche comunitarie europee di divieto di aiuti di stato (dati ufficiali gli attribuiscono circa 30.000 miliardi di lire di aiuti per l'industria italiana, soprattutto nel mezzogiorno), attualmente negli artt.106-107 del TUE; per tali motivi, dopo aver perso molte competenze che furono attribuite al Ministero del Tesoro, venne abrogato con referendum nel 1993<sup>28</sup>. Diversa era invece l'esigenza avvertita nella terza fase di vita di queste società, vale a dire quella dell'esternalizzazione dei servizi pubblici essenziali, la quale si concretizza nel bisogno di

---

<sup>26</sup> Pensiamo ancora una volta a quei servizi come luce, gas, linea telefonica, etichettati come di rilevanza economica in quanto organizzabili in forma imprenditoriale, pur con tutte le necessarie garanzie di doverosità, continuità, parità di trattamento, universalità ed economicità.

<sup>27</sup> Emblematica è la Riforma Amato legge 218/1990 che avvierà un processo di privatizzazione dell'attività bancaria definita all'art. 10 del Testo Unico delle Leggi in materia Bancaria e Creditizia (d.lgs. 385/1993), su cui la conclusione che si trattasse di una attività privata e di impresa era tutt'altro che scontata.

<sup>28</sup> <http://www.bankpedia.org/index.php/it/115-italian/m/21138-ministero-delle-partecipazioni-statali>

razionalità ed efficienza e porterà ad affidare tali servizi a numerosi soggetti, in particolar modo societari, di cui abbiamo già parlato in apertura di questo capitolo; il problema è nei numeri che tale passaggio porta: circa 8.000 società con partecipazioni pubbliche<sup>29</sup>! Comincia a farsi strada quindi quel concetto di “stretta necessità” che viene espressamente enunciato oggi nel TUSPP e ciò accade circa sette anni prima della Legge Madia, con la Finanziaria del 2008 e in particolare con l’articolo 3 della Legge 244 del 2007, la quale impose la dismissione di partecipazioni di enti pubblici territoriali (in particolare Province e Regioni, art. 1 co. 2 del d.lgs. 65/2001) non rientranti nei tre casi:

- 1) Produzione di beni o servizi “*strettamente necessari*” alle varie finalità istituzionali degli enti.
- 2) Servizi di “*interesse generale*”.
- 3) Società che dovessero occuparsi di servizi di committenza o che agissero come centrali di committenza, conformemente al codice dei contratti pubblici.

Successivamente è la Legge del 2013 numero 147 a stabilire un termine entro cui realizzare tale obiettivo e a introdurre un divieto espresso di costituire società nei settori precitati da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

Arriviamo finalmente al nostro punto di partenza, la Legge Madia del 2015, che ha il compito di realizzare quelli che fino a quel momento erano stati solo obiettivi appunto, il termine di cui alla Legge 147 del 2013 venne infatti più volte prorogato e sembrava essere ben lontana una soluzione al tema delle tante, toppo partecipazioni che il soggetto pubblico ha. Per questo abbiamo parlato in apertura di passo in avanti fatto dal legislatore del 2015 e di una vera e propria ideologia che lo stesso ha voluto porre sul nostro tema, l’articolo 18 infatti è rubricato «Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle Amministrazioni Pubbliche», ma non si limita a questo, non si limita cioè a quell’opera di chiarimento della disciplina applicabile di cui abbiamo esaurientemente trattato, va anche ad affermare chiaramente nel punto “b” di tale articolo come le partecipazioni vadano ridotte per garantire efficienza, efficacia e razionalità. Non è più sufficiente aprire il mercato a soggetti privati come negli anni ’90, non basta esternalizzare i servizi se poi proliferano società a partecipazione pubblica, non è neanche

---

<sup>29</sup> Dati coincidenti in: Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Editore, 2016 e Clarich. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, il Mulino Editore, 2017

più soddisfacente porre degli obiettivi programmatici come nella finanziaria del 2008 se poi si protrae sempre il termine di realizzazione degli stessi: il legislatore deve porre dei divieti di costituzione di società pubbliche che non siano strettamente necessarie e stabilire un'analitica disciplina di acquisizione e dismissione di tali partecipazioni. Quindi per usare un'immagine suggestiva, dal 2015 si realizza definitivamente quella "rivoluzione Copernicana" iniziata negli anni '90 e si arriva a quello che è il nuovo pensiero in merito alle partecipazioni statali: le società pubbliche possono esistere solo se e in quanto strettamente necessarie, non semplicemente a discrezione del soggetto pubblico. Capito questo passaggio fondamentale è ora possibile analizzare più da vicino la disciplina in cui è espresso tutto ciò.

Approfittando di questo primo *step* introduttivo vorrei chiarire un punto di non secondaria importanza, quando parliamo di partecipazioni pubbliche (come avvenuto in questo paragrafo e come avverrà nei prossimi), dobbiamo rifarci alla nozione dettata nell'articolo 2, comma primo, lettera "f" del TUSPP, dove si parla di «titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi». Nonostante la semplicità e la coerenza dimostrata dal legislatore in questa nozione, sicuramente attuale vista la riforma del 2003 che ha consentito nell'articolo 2346, co. 6°, del c.c., l'emissione di strumenti finanziari dotati di diritti patrimoniali o amministrativi a seguito di conferimenti anche di opere o servizi da parte di soci o terzi, la nozione ha sollevato comunque critiche e dibattiti in merito alle norme del TUSPP legate ai temi dell'acquisto e cessione delle stesse, che saranno oggetto di analisi nei prossimi paragrafi. In effetti, ricordando quanto già detto circa la portata dell'articolo 1 comma terzo, non si capisce perché il legislatore abbia dettato esplicitamente una nozione se il suo intento era quello di allinearsi al diritto societario comune.

## **2.1. La "stretta necessità" come invito alla dismissione.**

Nel 2015 la lunga Odissea delle partecipazioni pubbliche sembra terminare, l'Itaca di quest'ultime è proprio rappresentata dall'introduzione nel TUSPP del criterio della "stretta necessità", che sostituisce quelli che la dottrina, sia amministrativa che

commerciale, da tempo considerava come criteri da soddisfare per avere una partecipazione societaria da parte dello Stato o di un qualsiasi altro soggetto pubblico: funzionalità, strumentalità e congruità<sup>30</sup>. La Legge Madia decide di intervenire in questa direzione sia per la già enunciata ratio di portare a termine il lavoro iniziato dalla Legge finanziaria del 2008<sup>31</sup>, che però a seguito delle varie proroghe della Legge 147/2013 rispetto agli iniziali 36 mesi era tutt'altro che ultimata, sia per andare a realizzare lo scopo degli interventi legislativi passati: garantire quella maggiore efficienza e concorrenza sul mercato, che rientra proprio fra i principali obiettivi della Legge Madia stessa; insomma la Legge delega prima e il Testo unico poi hanno inglobato e sostituito tutti i vari interventi legislativi, rispettando le attese di un criterio sicuramente più rigido in merito al possesso di tali partecipazioni e allo stesso tempo evitando un superfluo e dannoso proliferare di testi normativi.

Attualmente la disciplina dell'assunzione delle partecipazioni pubbliche viene costruita attorno a una serie di condizioni<sup>32</sup>:

- 1) Sussisterebbero in prima battuta dei limiti di natura sostanziale contenuti negli articoli 3, comma 1 e nei primi due commi dell'articolo 4. Il primo limite è stato abbondantemente esposto nei primi paragrafi di questo capitolo, si concretizza nelle tipologie di società adottabili con tutti i dibattiti in tema di consorzi e accettabilità o meno di società in cui si può, seppur limitatamente ai propri conferimenti, essere responsabili per le obbligazioni sociali. Il secondo è quello che qui ci interessa del concetto di "stretta necessità", con il comma primo ad enunciare espressamente tale concetto (vincolo di scopo) e il comma secondo a chiarire quando, nel rispetto del primo comma, possano essere assunte delle partecipazioni da soggetti pubblici (vincolo di attività)<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 32 ss., Wolters Kluwer Editore, 2016.

<sup>31</sup> Con tutte ovviamente le varie implicazioni politiche legate a concetti di riduzione della spesa pubblica e spending review, non solo avvertiti dal Governo Renzi ma anche dai suoi predecessori, soprattutto per il clima di austerità in cui siamo abituati ormai a vivere.

<sup>32</sup> V. Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 41 e ss. Zanichelli Editore, 2018.

<sup>33</sup> Non si è ritenuto necessario fare un chiarimento circa il concetto di "assunzione di partecipazioni" che più volte tornerà in questo paragrafo, perché il tema è quello di come il legislatore sia intervenuto per ridimensionare il concetto di partecipazione, più che come si realizzi la stessa (per quanto risulti essere inevitabile un esame almeno dell'art. 4 del TUSPP). Volendo comunque per precisione chiarire tale punto, il concetto di assunzione di partecipazioni da parte delle pubbliche amministrazioni viene ad essere inteso, per stessa ammissione dell'articolo 4 comma 1, come di: costituzione di società, con tutte le conseguenze

- 2) Condizioni procedurali contenute negli articoli 5, 7 e 8 del TUSPP. Ciò che risulta essere rilevante ai fini del nostro discorso è ricordare come la decisione debba avvenire alternativamente per decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (su proposta del Ministro dell'economia e della finanza e degli altri Ministri competenti, previa deliberazione del Consiglio dei ministri), provvedimento dell'organo regionale competente, deliberazione del consiglio comunale o infine dell'organo amministrativo dell'ente.

Attorno a tali condizioni giustamente la dottrina ricostruisce la disciplina dell'assunzione delle partecipazioni pubbliche, ma il vero elemento interessante e che ritorna anche nei limiti procedurali dell'assunzione di tali partecipazioni è proprio quello che viene citato nell'articolo 4, comma primo. In tale norma si dice chiaramente che l'unico motivo per cui le pubbliche amministrazioni potranno costituire società, acquistare o mantenere partecipazioni sociali è che queste siano «...strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali...», ciò sembrerebbe un paradossale passo indietro rispetto ai tre casi considerati tassativi della Legge 244 del 2007 prima citati, in realtà proprio circa la tassatività o meno di quegli stessi e le possibili deroghe per le società cosiddette "strumentali" sussistevano aspri dibattiti, che ad oggi sembrano essere stroncati dalla seconda parte dell'articolo 4 che enuncia i vincoli di attività di tali società a partecipazione pubblica:

- 1) Produzione di servizi di interesse generale (fra cui reti e impianti funzionali).
- 2) Progettazione e realizzazione di un'opera pubblica (con tutta una serie di ulteriori requisiti ex. lett "b" della norma in esame).
- 3) Realizzazione e gestione di opere pubbliche o organizzazione di servizi di interesse generale.
- 4) Autoproduzione di beni o servizi che siano strumentali agli enti pubblici partecipanti.
- 5) Servizi di committenza, anche ausiliari (destinati ad una serie di soggetti con diversi requisiti, fra i quali l'assenza di scopo di lucro).

---

che ciò comporta come aumenti di capitale, liquidazione per recesso o esclusione di soci, fusioni, scissioni e acquisto o mantenimento di partecipazioni, anche minoritarie.

Quindi la stretta necessità di cui si parla nell'articolo 4 del TUSPP è sì atipica rispetto a quella del 2007, ma viene puntellata da un serie di attività che contribuiscono a definirne l'ambito di applicazione.

Inoltre il legislatore non si limita come in passato a darne una visione astratta, ma la concretizza in tutta una serie di obblighi che ne conseguono per tali società, in primis, e sempre in riferimento al tema dell'assunzione delle partecipazioni, proprio il combinato disposto degli articoli 5, 7 e 8 del TUSPP che detta i limiti procedurali a tale processo richiedendo che l'atto deliberativo, da qualsiasi soggetto provenga, contenga un'analitica motivazione della «necessità di partecipare alle società per conseguire le finalità istituzionali di cui all'articolo 4», oltre a tutta una serie di ulteriori indicazioni circa efficienza ed economicità e ragione e finalità di tale scelta. Il legislatore rispetto al 2007 non limita solo l'oggetto sociale di tali società, ma chiede che ci sia un'attenta riflessione circa la presenza o meno della stretta necessità, la quale godrà della trasparenza richiesta dall'articolo 5 comma secondo che pone obblighi di pubblicazione sul sito internet degli atti deliberativi.

Tuttavia le ripercussioni applicative dell'articolo 4 non finiscono qui, esistono nel TUSPP quanto meno altre due norme degne di nota in merito a tale argomento, la prima è l'articolo 20 rubricato «Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche» in quanto prevede, entro il 31 dicembre di ogni anno (comma terzo), la presentazione da parte delle amministrazioni pubbliche di un'analisi circa le partecipazioni detenute e qualora si rivelasse necessario «...un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione...»; questo viene previsto dal primo comma, ma quando tale piano di riassetto è necessario? Leggendo il secondo comma della norma in questione emerge chiaramente lo spirito della *spending review* portato avanti sulla base del «Piano Cottarelli»<sup>34</sup>, si parla infatti di «società prive di dipendenti», fatturati sotto determinate soglie, «...contenimento dei costi di funzionamento» e via dicendo; tuttavia il primo caso che viene elencato da questo secondo comma, rimarcando ancora di più questo *fil rouge* che caratterizza tutta la

---

<sup>34</sup> Dal nome del noto economista Carlo Cottarelli nominato nel 2013, sotto il Governo Letta, Commissario straordinario per la revisione della spesa pubblica. Il suo piano di tagli alla spesa pubblica, indirizzato fra le altre cose proprio al ridimensionamento delle partecipazioni e delle conseguenti spesi in società non emittenti strumenti quotati sui mercati regolamentati, sarà punto di riferimento importante per la Riforma Madia da cui poi nascerà lo stesso Testo Unico delle società pubbliche.

riforma, è quello della lettera “a”: partecipazioni non strettamente necessarie ex art. 4. Invero la norma parla di “categorie”, cosa che potrebbe far pensare ad una circoscrizione alle attività di cui al secondo comma, però per la dottrina è abbastanza evidente che si richiami l’articolo 4 *in toto*, con le sue finalità di stretta necessità, per rimarcare la centralità dello stesso in questo compito affidato dal legislatore alle amministrazioni pubbliche. L’articolo 20 del TUSPP pone in sostanza un controllo “quotidiano” da effettuare circa il rispetto da parte delle pubbliche amministrazioni del criterio della stretta necessità, proprio tale norma fa comunque salvo quanto previsto dall’altra disposizione su cui la condizione che stiamo esaminando ha ripercussioni, vale a dire l’articolo 24. Tale norma può essere definita come transitoria e sostitutiva della vecchia disciplina già citata delle Leggi del 2007 e 2013 che avevano più volte prorogato il termine di quella dismissione mai veramente realizzata dallo Stato fino a questo momento, in quanto prevede come, entro sei mesi dall’entrata in vigore dello stesso Testo Unico, le varie amministrazioni pubbliche avrebbero dovuto effettuare un ricognizione propedeutica all’accertamento di partecipazioni non rispondenti alle condizioni di cui agli articoli 4 e 5, per poi procedere a norma del quarto comma ad alienarle entro un anno da tale ricognizione; a titolo di esempio si possono riportare le informazioni fornite dal sito dell’ASI (Agenzia Spaziale Italiana) circa le dismissioni di ASITEL S.r.l. e consorzio GEOSAT Molise<sup>35</sup>.

Risulta sicuramente condivisibile quanto sostenuto da illustre dottrina<sup>36</sup> ovvero che l’articolo 24, comma primo, parla del rispetto delle fondamentali condizioni circa l’assunzione di partecipazioni, già esposte sopra, in modo alternativo fra loro quindi la violazione di una qualsiasi di esse, anche una diversa dall’articolo 4 sulla stretta necessità, avrebbe dovuto condurre alla dismissione e ciò porta ad affermare come il legislatore abbia posto sullo stesso piano tutte le condizioni; in realtà si tratta semplicemente dell’ennesima forte presa di posizione circa la necessità di dismettere partecipazioni che alle amministrazioni non sono necessarie, anche e perfino quando a non essere rispettati sono requisiti di natura formale o procedimentale come quelli presenti nell’articolo 5 del Testo Unico.

---

<sup>35</sup> <https://www.asi.it/it/agenzia/partecipazioni/partecipazioni-dismesse-o-in-corso-di-dismissione>

<sup>36</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 129 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016.

Come però più volte sottolineato dal 2015 il legislatore ha voluto evitare che tali previsioni rimanessero “lettera morta”, proprio per questo è intervenuto con sanzioni conseguenti al mancato rispetto di queste due norme appena analizzate. La prima sanzione è contenuta nell’articolo 20 co. 7°, ed è una sanzione di tipo amministrativo<sup>37</sup>, che in ogni caso non pregiudica il configurarsi del danno erariale previsione che vedremo essere fondamentale per il nostro discorso sulla responsabilità e sulla previsione di riferimento in tal senso dell’articolo 12, ribadendo la possibile giurisdizione della Corte dei conti, a cui peraltro devono essere comunicate tutte le analisi e i conseguenti provvedimenti di cui agli articoli 20 e 24. Ma è all’articolo 24 che il legislatore fa un altro importantissimo passo avanti, prevedendo al comma quinto come la mancata alienazione delle partecipazioni che non fossero risultate in conformità all’analisi richiesta ex primo comma, ma non alienate successivamente, avrebbero visto la sospensione dei diritti sociali attribuiti, salvo la facoltà dell’alienazione. Prima di cogliere le importanti innovazioni che tale norma ha introdotto bisogna sottolineare come in questo caso non ci sono problemi analoghi nel diritto societario comune, ovviamente le società private non richiedono obblighi di dismissioni come quelle pubbliche, tuttavia mi sembrava opportuno segnalare, visto il fine di questo primo capitolo di cogliere differenze ed analogie col diritto societario, di ricordare come il legislatore stabilisca, quale sanzione del mancato rispetto delle norme sulle azioni proprie, l’alienazione entro un anno dal loro acquisto o in mancanza di tale cessione l’annullamento e la conseguente riduzione del capitale sociale (art. 2357 del c.c.); il legislatore nel TUSPP invece, probabilmente per i problemi che ne deriverebbero a livello di soggetti titolari delle partecipazioni e presenti in assemblea, ha appunto previsto la sospensione dei diritti sociali e non l’automatico annullamento e riduzione del capitale sociale.

Chiusa questa parentesi, per capire le novità dell’articolo 24, co.10°, bisogna partire dalla vecchia normativa, prendendo come primo termine di paragone la Legge del 2007 sicuramente il passo è enorme, visto che nella Legge 244 il legislatore non aveva previsto la ben che minima sanzione per il mancato rispetto degli obblighi di dismissione, se invece prendessimo la legge del 2013 ci accorgeremmo che l’articolo 1 prevedeva (anche se disperso nei meandri dello stesso, visto che parliamo del comma 569!) la

---

<sup>37</sup> I minimi e i massimi edittali sono 5.000 e 50.000 euro.

cessazione “ad ogni effetto” dei diritti attribuiti da partecipazioni non dismesse. Tuttavia anche qui abbiamo un duplice passo in avanti, non tanto sotto l’aspetto che più ci interessa della stretta necessità e dell’invito alla dismissione, quanto sotto il profilo della chiarezza che comunque la Legge Madia si era raccomandata, in quanto la Legge del 2013 aveva fatto scaturire una serie di lunghi dibattiti circa la portata di tale sanzione che, senza dilungarsi troppo, avrebbe avuto un effetto bloccante di quelle stesse società, con le amministrazioni non in condizione di capire a chi quelle partecipazioni dovessero andare a seguito della scadenza del termine.

Attualmente invece l’inciso che fa salva la possibilità di cedere le partecipazioni, pur sospendendo gli altri diritti, dà l’alternativa ai titolari delle stesse di ricercare acquirenti all’interno o all’esterno della società, con il richiamo poi dell’articolo 2437 ter in tema di liquidazione. L’altro grande passo in avanti è fissare anche una sanzione amministrativa e presupporre comunque la configurazione del danno erariale, *leitmotiv* della nuova disciplina della responsabilità, prevedendolo esplicitamente all’articolo 20 comma settimo, che anche se non richiamato espressamente dall’articolo 24, viene considerato dalla dottrina applicabile ad entrambe le fattispecie<sup>38</sup>, con tutte le fondamentali conseguenze a cui arriveremo grazie a tale inciso.

In conclusione, sussistono diversi appigli normativi e dottrinali che certificano una centralità della “stretta necessità” di cui all’articolo 4 del TUSPP in grado di imporre, a suon di sanzioni, le dismissioni da anni richieste e di comportare per le amministrazioni pubbliche una ben ponderata riflessione circa la costituzione di società o l’acquisto di altre partecipazioni sociali. Molte volte il nostro legislatore viene criticato per andare oltre le richieste dell’Unione Europea, anche su questo tema è interessante segnalare come si sia rilevato un atteggiamento neutrale dell’articolo 106 del TFUE, rispetto a quello spiccatamente contenitivo del nostro legislatore circa la proprietà pubblica o privata in campo societario<sup>39</sup>, in realtà se riprendessimo i dati esposti all’inizio del terzo paragrafo (circa 8.000 società con partecipazioni di soggetti pubblici presenti dai primi anni 2000!), ci renderemmo perfettamente conto di come il legislatore fosse con le spalle al muro e

---

<sup>38</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 133 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016.

<sup>39</sup> Clarich. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, il Mulino Editore, anno 2017, in cui parla di ordinamento europeo con un “...atteggiamento di neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese, sempre che siano assicurate condizioni di parità di concorrenza...”.

non potesse fare a meno di adottare questo tipo di atteggiamento. Ai proclami mai veramente rispettati si sono sostituite misure volte a ridurre quella che secondo parte della dottrina è la capacità del soggetto pubblico di divenire socio assumendo delle partecipazioni sociali<sup>40</sup>, mentre secondo altra parte della dottrina della stessa capacità giuridica del soggetto pubblico, che non vedrebbe solo limiti nell'agire, cioè nel disporre di determinate situazioni giuridiche soggettiva, ma anche nella possibilità di assumere la titolarità di tali situazioni<sup>41</sup>; in realtà la differenza è più sfumata di quanto possa sembrare, si tratta solo di prendere posizioni più o meno forti, in ogni caso si è comunque concordi nel ritenere che ormai il soggetto pubblico abbia una "capacità speciale" e non più "generale" a livello imprenditoriale, da qui l'idea che la stretta necessità, con tutti i suoi presidi, le sue condizioni annesse, sia un invito alla dismissione e che la capacità limitata di farsi imprenditore della PA sia attualmente la più grande o comunque una delle più rilevanti differenze fra il diritto societario comune e quello speciale contenuto nel TUSPP.

## **2.2. Disciplina dell'acquisto e circolazione delle partecipazioni.**

Concluso il lungo discorso legato all'impatto che il criterio della "stretta necessità" ha avuto sul possesso delle partecipazioni pubbliche, il passaggio successivo non può che essere rappresentato dall'analisi della disciplina dell'acquisto e cessione delle partecipazioni in mano a soggetti pubblici, dovendosi chiarire in merito al primo punto solo alcune questioni non ancora affrontate nei paragrafi precedenti di cui principalmente all'articolo 8 del TUSPP, mentre in merito al secondo le differenze dal diritto societario comune a livello di competenza deliberativa, necessità di motivazioni e i limiti alla circolazione delle stesse.

Cominciando dal primo tema dobbiamo sottolineare che l'operazione di acquisto di partecipazioni in società da parte di soggetti pubblici rientra ovviamente nel più ampio "genus" delle operazioni di assunzione di partecipazioni di cui all'articolo 4 comma primo del Testo Unico, dove si parla in generale di costituzione di società, di acquisto o

---

<sup>40</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 42, Zanichelli Editore, 2018.

<sup>41</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 34, Wolters Kluwer Editore, 2016.

mantenimento di partecipazioni sia in modo diretto che indiretto; bisogna ricordare come sotto il termine “assunzione” di partecipazioni rientri qualsiasi forma di investimento e non soltanto una delle tre categorie di operazioni prima citate, pensiamo a operazioni straordinarie quali fusioni, scissioni oppure a liquidazione dei soci o ancora aumenti di capitale. Tale precisazione è sicuramente opportuna alla luce del fatto che l’articolo 8 del TUSPP apre la disciplina dell’acquisto di partecipazioni sociali da parte di soggetti pubblici citando espressamente anche «aumento di capitale» e «operazioni straordinarie».

L’articolo 8, comma primo, prosegue nel delineare la disciplina dell’acquisto di partecipazioni operando un serie di rinvii, in particolar modo ai primi due commi dell’articolo 7, i quali prevedono rispettivamente l’adozione di un atto di deliberazione dai soggetti citati nei paragrafi precedenti, a seconda della tipologia di partecipazioni di cui parliamo<sup>42</sup> e un ulteriore rinvio a quello che è il primo comma dell’articolo 5; tale ultima norma, salvi i casi in cui la decisione di acquisizione venga presa da una Legge dove evidentemente le finalità sono giudicate dal legislatore in persona, richiede espressamente la valutazione e l’indicazione analitica di una serie di requisiti, tra i quali ragioni e finalità alla luce di efficienza, efficacia, economicità e sostenibilità finanziaria, facendo tornare in auge quell’intenzione di contenimento della spesa pubblica del “Piano Cottarelli” da un lato e della promozione e tutela della concorrenza del mercato della Legge Madia dall’altro. Ai fini dell’esegesi delle norme risulta essere senz’altro opportuno che sia il primo comma dell’articolo 8 sia quello dell’articolo 5 richiama le operazioni straordinarie e gli aumenti di capitale, in quanto in merito alla possibilità di applicare il secondo comma dell’articolo 8 a tali operazioni sussistono vivaci dibattiti dottrinali<sup>43</sup>. In particolare, il secondo comma dell’articolo 8 prevede chiaramente come il contratto di acquisto di partecipazioni sarebbe inefficace per mancanza o invalidità dell’atto deliberativo e di tutte le conseguenti giustificazioni e finalità nel medesimo contenuto, tuttavia in questo caso non si ribadisce l’applicabilità in senso oggettivo alle operazioni straordinarie o agli aumenti di capitale. Probabilmente ancorandosi al dato letterale la dottrina precedentemente citata viene a interrogarsi circa l’applicabilità

---

<sup>42</sup> Per esempio, l’organo regionale competente per le partecipazioni regionali, oppure del consiglio comunale per quelle comunali e via dicendo.

<sup>43</sup> Riportati in particolare da Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 371, Wolters Kluwer Editore, 2016.

ristretta all'acquisto di partecipazioni vero e proprio, vanno però sottolineate due ragioni che, nostro modesto parere, potrebbero portare a considerare applicabile tale comma in senso più ampio anche agli aumenti di capitale e alle altre operazioni citate dal primo comma dell'articolo 8.

La più attuale e forte argomentazione ci viene fornita dalla sentenza del Tribunale di Milano n. 5792/2017, dove viene chiaramente sottolineata la competenza del giudice ordinario nell'accordare un risarcimento danni per responsabilità aquiliana o più specificatamente precontrattuale a un socio privato autore di aumento di capitale in una società pubblica a seguito di mancata enunciazione di informazioni fondamentali in merito a quella che, a norma dell'articolo 5 primo comma, potremmo etichettare come "sostenibilità finanziaria dell'affare" o ancora "perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4"; più specificamente nel caso citato mancavano da parte della società pubblica CAP Holding s.p.a chiarimenti circa l'assenza di concessioni ambientali che garantissero la possibilità di espletare forniture di servizi idrici, si potrebbe facilmente obiettare che in questo caso però il giudice si è limitato a sostenere la configurabilità di un risarcimento danni e non si è espresso esplicitamente su questo secondo comma, tanto più che il soggetto autore di questo aumento di capitale è privato. Tuttavia, risulta evidente che l'insufficienza o l'incoerenza rispetto alle finalità dell'atto deliberativo di quell'aumento di capitale hanno portato il giudice a esprimersi in questo modo, sottolineando l'importanza dell'atto deliberativo anche negli aumenti di capitale e aprendo la strada a una riflessione più profonda sulla necessità di considerare applicabile tale norma a queste operazioni. Ciò costituirà anche un esempio tangibile di uno dei casi di responsabilità da parte degli enti pubblici di cui ci andremo ad occupare.

L'altro argomento è sistematico, in quanto sarebbe abbastanza paradossale che il legislatore richiedesse l'atto deliberativo e le motivazioni anche per tali operazioni e poi non vi riconducesse la sanzione dell'inefficacia in caso di violazione.

Infine va chiarito come i soggetti tenuti per l'articolo 7 a prendere decisioni in merito a tali operazioni non sono considerati competenti qualora gli acquisti siano effettuati da società controllate da quelle partecipate, anche se poi la stessa dottrina che supporta tale idea rileva come «*Non possono dirsi invece estranee a queste operazioni le esigenze di razionalizzazione e trasparenza dell'azione dell'amministrazione*

*pubblica...»*<sup>44</sup>, risulta quindi abbastanza evidente come la libertà attribuita alle società controllate in merito all'acquisto di partecipazioni sia più apparente che reale e dimostri l'intento del legislatore di anteporre sempre e comunque il rispetto dei nuovi vincoli partecipativi delle società pubbliche alla libertà imprenditoriale. Atteggiamento che si riscontra anche in chiusura dell'articolo 8, che al terzo comma rende tali disposizioni applicabili anche alle società quotate, qualora l'operazione comporti l'acquisto della qualità di socio; si tratta di una norma che analizzeremo meglio nel paragrafo dedicato alle peculiarità delle società quotate, ma conviene fin d'ora sottolineare come perfino nelle società più vicine al diritto societario comune e operanti sui mercati regolamentari il legislatore voglia mantenere controllo e garanzie di trasparenza.

Conclusa esaustivamente l'analisi dell'assunzione e in particolare dell'acquisto di partecipazioni da parte di società pubbliche, bisogna chiudere il discorso con il tema della cessione di tali partecipazioni, da cui si capisce, se ancora non fosse abbastanza chiaro, come le preoccupazioni che hanno portato a strutturare nel modo esaminato la disciplina del Testo Unico sussistono solo se e nella misura in cui ci siano partecipazioni societarie in mano a soggetti pubblici, mentre nel momento in cui le stesse escono dalla sfera di controllo pubblico tali limiti automaticamente si allentano. Infatti l'articolo 10 del TUSPP prevede chiaramente come per la cessione e la costituzione di vincoli su partecipazioni pubbliche sia sufficiente l'atto deliberativo di cui all'articolo 7 primo comma, senza richiamare l'articolo 5 e tutte le analitiche motivazioni finalistiche ivi contenute, ma soltanto di principi quali la trasparenza, la pubblicità e la non discriminazione, senza però chiudere la porta all'idea di alcuni autori che avevano ipotizzato la possibilità di prescindere da procedure competitive e gare ad evidenza pubblica per tali cessioni, prevedendo la possibilità di cessione diretta in presenza di un'analitica motivazione della "convenienza economica"<sup>45</sup>. Viene in ogni caso ad esserci un altro surrettizio invito del legislatore a cedere queste partecipazioni, non tramite sanzioni, termini o vincoli di scopo, ma semplicemente con una disciplina molto più elastica e anche meno a rischio di inefficacia dei negozi di alienazione stessi<sup>46</sup>. Va poi ricordato come da un lato per

---

<sup>44</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 54, Zanichelli Editore, 2018.

<sup>45</sup> Salafia V., *Le società a partecipazione pubblica: l'allargamento della compagine sociale*, in *Soc.*, 2010, 170 s.

<sup>46</sup> Per quanto infatti anche all'articolo 10 co.3 sia previsto chiaramente che l'invalidità o la mancanza dell'atto deliberativo comporterà inefficacia del negozio, va da sé che il minor numero di requisiti,

partecipazioni si intendano a norma della lettera “f” dell’articolo 2 del TUSPP anche gli strumenti finanziari, sui quali nonostante oscillazioni dottrinarie si deve concludere che rientrino in tutta questa disciplina appena esposta, pena il rischio di una violazione del dato letterale espresso dal legislatore e di sottrazione a quelle garanzie, seppur inferiori rispetto all’acquisto, di trasparenza e pubblicità imposte dall’articolo 10; di converso sussiste una disciplina diversa sulle azioni di società quotate per cui si rinvia alla trattazione in separata sede.

L’altro tema di estremo rilievo in merito alla cessione delle partecipazioni è quello dei suoi limiti di circolazione, che va esaminato partendo da come tradizionalmente sono classificati i limiti alla circolazione di azioni nel diritto commerciale<sup>47</sup>:

- 1) Limiti legali: fra i quali artt. 2343 comma 3, 2345 comma 2.
- 2) Limiti convenzionali:
  - a. Patti parasociali o anche detti sindacati di blocco.
  - b. Limiti statutari: i quali essendo inseriti ex art. 2355 bis del c.c. nello statuo hanno efficacia reale. Sono in primis le clausole di prelazione, che impongono di offrire le azioni preventivamente ai soci e di preferire gli stessi a parità di condizioni (in particolare legate al prezzo). Clausole di gradimento che si dividono fra quelle che richiedono determinati requisiti (es. la cittadinanza italiana) e quelle che richiedono il cd. “*placet*” di un organo sociale. Poi le clausole di mero gradimento, non viste di buon occhio poiché sussiste una forte discrezionalità accordata ai vari organi sociali, che viene equilibrata da obblighi di acquisto o diritti di recesso. Per finire le clausole che danno diritto di riscatto.

In merito a tali condizioni statutarie nelle società pubbliche, tralasciando quelli che vengono inserite per motivi legati al particolare risalto dell’attività perpetrata dall’ente, va segnalato come da tempo si ritenga che siano configurabili delle clausole di prelazione propria, mentre non lo siano quelle di prelazione impropria<sup>48</sup>. Questo perché, indipendentemente dalla previsione attuale che fa espressamente salve le clausole di

---

soprattutto finalistici, che vengono richiesti dal combinato disposto delle varie norme riducono di molto la probabilità di incappare in tale sanzione.

<sup>47</sup> G.F. Campobasso, *Diritto commerciale- Vol. II Diritto delle società*, pagine 235 e ss., UTET Giuridica Editore, 2015.

<sup>48</sup> Guerrera F., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 97 e ss. Giappichelli Editore, 2010.

prelazione di soci (art. 10 comma 3), non si è mai dubitato circa la necessità di contemperare tali diritti con le gare ad evidenza pubblica per la selezione degli acquirenti, ragion per cui non si potranno accettare prelazioni improprie che addirittura attribuiscono il diritto/dovere di acquistare/vendere le partecipazioni a condizioni diverse e spesso più favorevoli: pensare infatti ad un modo per rispettare la condizione di procedura competitiva e condizioni diverse per i soggetti destinatari dell'offerta è alquanto complicato, se poi aggiungiamo che tali condizioni comporterebbero una perdita per il cedente a livello economico non si rientra nemmeno nel caso della “convenienza economica”, che autorizzerebbe a prescindere dalle gare.

Non diversi sarebbero i problemi cagionati da clausole di mero gradimento che infatti la dottrina precedentemente citata escludeva al pari di quelle di prelazione impropria, tuttavia più di recente vengono proposte almeno due soluzioni volte ad ovviare tale problema, che si possono sintetizzare nell'attribuire il gradimento prima ancora che ci sia un vincitore a una serie di potenziali soggetti idonei, oppure all'opposto attendere un vincitore e poi valutare la presenza o meno del gradimento<sup>49</sup>.

Indipendentemente da tali questioni, sono in conclusione del paragrafo questi i punti che ci preme sottolineare: in prima battuta il legislatore pone una disciplina diversa a livello di acquisto e alienazione di partecipazioni, rimarcando ancora una volta l'intento di disincentivare tale prassi e ponendosi in modo quindi peculiare rispetto al diritto societario comune.

In secondo luogo, la responsabilità del soggetto pubblico, aspetto che ovviamente verrà approfondito in sede opportuna, può celarsi nel mancato rispetto dei presidi in tema di acquisto (di cui in particolare le finalità dell'articolo 5) e di alienazione (di cui in particolare la trasparenza e la pubblicità che si concretizzano in gare ad evidenza pubblica di cui all'articolo 10), tanto che tutte queste deliberazioni passano sotto l'occhio, seppur ritenuto solo informativo, della Corte dei conti. Terzo ed ultimo punto il tema dei limiti alla circolazione di quote ribadisce ancora come spesso sia la natura particolare di tali società e creare distanza con il diritto comune delle società private, tanto da dover spingere la dottrina ad escludere la configurabilità di alcune condizioni che limitano la

---

<sup>49</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 384, Wolter Kluwer Editore, 2016.

circolazione delle quote o fare salti mortali nel tentare di renderle applicabili in questo campo.

### **2.3. Art. 9 del TUSPP e Diritto comune.**

Una volta analizzata la complessa e diversificata normativa che concerne l'assunzione, l'acquisto, la dismissione e la circolazione delle partecipazioni che coinvolgono soggetti pubblici, si può finalmente capire come avvenga la gestione di tali partecipazioni. Si tratta di un tema estremamente particolare rispetto alla gestione di partecipazioni nelle società private e che coinvolge anche la questione dei patti parasociali, strumenti da sempre utilizzati per imprimere un determinato andamento alla politica societaria, siano società pubbliche o private, e a cui si è deciso di dedicare un paragrafo a sé stante a chiusura di questo lungo discorso sul regime delle partecipazioni in mano pubblica.

La scelta di porre l'art. 9 del TUSPP vicino al diritto comune nel titolo di questo paragrafo deriva dal fatto che questa volta, parlando del tema della gestione delle partecipazioni pubbliche e dei problemi attualmente posti dalla normativa in questione, si deve inevitabilmente partire proprio dal Diritto societario comune. In particolare, bisogna iniziare da due controversie giudicate nel 2007 dalla Corte di giustizia UE (Prima sezione) C-463/04 C-464/04 FEDERCONSUMATORI E AEM c. Comune di Milano, in cui viene rilevato un chiaro contrasto fra il nostro vecchio articolo 2449 del c.c., il quale attribuiva dei poteri troppo forti a livello di cd. "*golden share*", ovvero facoltà che a seguito di privatizzazioni molti Stati si riservarono sul controllo di società, soprattutto dal punto di vista della nomina di cariche sociali senza passare per i procedimenti ordinari (di cui agli articoli 2366 e ss. del c.c.) o addirittura attribuendo a tali cariche poteri più penetranti, e l'articolo 56 CE che invece prevede libertà di circolazione dei capitali nel mercato unico europeo. Vista la necessità di operare un adeguamento a tali input della Corte di giustizia, il nostro legislatore con la Legge del 2008 n. 34 ha riscritto l'articolo 2449 del c.c., prevedendo un regime separato per la nomina di amministratori e sindaci nelle società che fanno e che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Nel primo caso, società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'articolo

2449, 1° co., cod. civ., prevede chiaramente come eventuali facoltà di nomina debbano essere previste dallo statuto in modo proporzionale alla partecipazione al capitale sociale, formula che consente il rispetto di principi quale l'autonomia della società stessa (concetto fondamentale soprattutto in una s.p.a.), proporzionalità fra poteri e diritti e garantisce, tramite l'uso di un atto negoziale, che siano impediti attribuzioni autoritative di speciali poteri al socio pubblico ma allo stesso tempo non preclude in maniera assoluta tale nomina allo Stato e agli altri enti pubblici. L'idea infatti è che l'intento del legislatore del 2008 fosse quello di adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria, ma non rinunciare *in toto* a forme di controllo e ciò emerge chiaramente anche nel 4° comma dove viene esposto il regime delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, dicendo che a quest'ultime sarà applicabile il sesto comma dell'articolo 2346 c.c. e quindi la possibilità di emettere strumenti finanziari che attribuiscono diritti patrimoniali o amministrativi; si coglie facilmente come il legislatore abbia voluto dare la facoltà di emissione di tali strumenti perché idonei ad attribuire il diritto di eleggere componenti indipendenti nel consiglio di amministrazione, nel consiglio di sorveglianza o fra i sindaci (art. 2351, co. 5°, c.c.)<sup>50</sup>. Ora all'infuori dei tentativi più o meno evidenti dello Stato di non perdere particolari poteri sulle società pubbliche, risultava comunque apprezzabile l'idea di dettare una disciplina in grado di distinguere fra società quotate o meno, che del resto è un *modus operandi* ripreso anche anni dopo nel TUSPP, in cui la previsione dell'articolo 1, ultimo comma, considera applicabile la normativa del Testo Unico stesso alle società quotate solo se espressamente previsto. Al contrario il legislatore decide nell'articolo 9 del TUSPP, dedicato alla gestione delle partecipazioni, di creare un regime omogeneo applicabile anche alle società quotate, ragion per cui la dottrina lo definisce come un regime trasversale che da un lato viene meno all'intento di sottrarre la normativa più particolare alle società quotate, le quali, fra tutte quelle pubbliche, sono le società più vicine alle private, dall'altro tradisce la riforma del 2008 e il suo regime separato<sup>51</sup>.

Tuttavia, non è certo questa la maggiore problematica posta dall'articolo 9 del TUSPP e dalla disciplina di diritto comune, infatti i guai peggiori sopraggiungono quando

---

<sup>50</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, studio n. 150/2008/I, “*Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*”, approvato dalla Commissione Studi di Impresa il 30 ottobre 2008.

<sup>51</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 104, Zanichelli Editore, 2018.

si parla dell'altro fondamentale tipo di società di cui si può vestire il soggetto pubblico: la s.r.l.

Ora fu abbastanza palese, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 34 del 2008, che si fosse creato un "vuoto normativo" e uno "svantaggio" nei confronti della s.r.l. in mano pubblica, tanto più che non esistendo una fonte legislativa speciale e omogenea come quella del Testo unico anche la presenza di una sola norma in più, come quella dell'articolo 2449 del c.c., creava un forte sbilanciamento a favore della s.p.a. Nonostante infatti gli sforzi profusi sia nella direzione di considerare analogicamente applicabile l'articolo 2449 alle s.r.l., sia di rinvenire una norma che avesse la stessa forza, ci si dovette arrendere alla concreta possibilità che si fosse, volontariamente o involontariamente, dato un forte incentivo ad adottare la forma di s.p.a.<sup>52</sup>.

Attualmente la dottrina è più propensa a ritenere che la situazione sia stata riequilibrata dalla previsione dell'articolo 2468, co. 3°, c.c., il quale prevede la possibilità di attribuire per via statutaria ai soci «...particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili.» anche se la portata di tale norma è sicuramente inferiore all'espressa possibilità di procedere alla nomina di amministratori e sindaci attribuita nel 2449. Infatti viene giustamente rilevato come da un lato la previsione dedicata alle s.p.a. sia da considerarsi diritto speciale destinato a prevalere su quello generale mentre la norma dedicata alle s.r.l. sia diritto generale dedicato a quel particolare tipo di società, ma soprattutto dall'altro lato come sia impossibile far venir meno un confine invalicabile: se diamo per assodato che l'articolo 2449 si applica solo ed esclusivamente alle s.p.a., automaticamente anche i commi 7 e 8 dell'articolo 9 del TUSPP saranno circoscritti a tale ultimo tipo di società ad esclusione delle s.r.l.

Il peso di tale affermazione è tutt'altro che secondario visto e considerato che sono proprio questi due commi ad attribuire quello che viene dagli studiosi definito come un potere di nomina "*diritto ed extra-assembleare*" di organi sociali, basato su una mera comunicazione recettizia, che a norma del 7° comma il soggetto pubblico dovrebbe inviare alla società affinché la propria nomina produca effetti; tra l'altro la conclusione di questo stesso comma che fa salvo l'articolo 2400, comma secondo, il quale richiede

---

<sup>52</sup> Cossu M., *L'amministrazione nelle s.r.l a partecipazione pubblica*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 35.4, luglio-agosto 2008.

una “giusta causa” oltre che tutta una serie di altri requisiti per revocare i sindaci, conferma che il legislatore ha voluto prevedere una forma speciale di nomina o revoca di cariche che spettano al socio pubblico tranne che per i casi fatti salvi<sup>53</sup>. Si segue sostanzialmente una metodologia più complessa rispetto a quella base esposta in precedenza per strutturare la disciplina delle società pubbliche, vale a dire norma generale per quanto non diversamente previsto da disposizioni speciali del TUSPP, infatti in questo caso abbiamo una norma già considerata speciale (l’articolo 2449 appunto), che viene ulteriormente sviluppata con una disciplina particolare contenute nell’articolo 9, la quale però fa anche salve delle disposizioni generali (l’articolo 2400 del c.c.), la cui applicazione è giustificata dall’importanza della vigilanza sul rispetto di leggi, statuto e corretta amministrazione dei sindaci. In assenza di una norma per le s.r.l. sulla stessa linea di quella per la s.p.a. e assodata ormai l’impraticabilità di interpretazioni analogiche volte a rendere l’articolo 2449 applicabile alle società a responsabilità limitata, l’unica soluzione per riequilibrare le pesanti differenze appena analizzate sarebbe di natura interpretativa, viene infatti sostenuto che si potrebbe pensare a una «*procedura decisionale a doppio binario*» in cui ad un iniziale decisione del socio pubblico ne segua un’altra da parte della società, idea fra l’altro suffragata dalla sanzione dell’invalidità posta dal comma 8° che cita due separati atti: quello deliberativo interno e quello di nomina, in sostanza perché porre una sanzione e citare due atti se non c’è un doppio procedimento che coinvolga anche la società?<sup>54</sup> L’idea sicuramente è degna di nota, soprattutto per il tentativo di riparare ad un errore del legislatore, tuttavia la stessa non tiene conto di quella salvaguardia dell’articolo 2400, che non avrebbe senso se non ci fosse una profonda deroga alla decisione assembleare quale modalità di nomina e revoca di organi sociali riservati al socio pubblico; in più le fonti portate a sostegno di questa tesi non parlano esplicitamente di tale doppio binario<sup>55</sup>, quanto della necessità che tale potere del socio pubblico sia sempre considerato strumentale all’attività e finalità dell’ente-societario e che quindi l’interesse pubblico e quello privato confluiscono nella medesima direzione; inoltre non si chiarisce il ruolo della società quale soggetto coinvolto in una

---

<sup>53</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 122 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

<sup>54</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 124, Zanichelli Editore, 2018.

<sup>55</sup> Pettiti P., *Nomina, revoca e «prorogatio», degli amministratori pubblici*, in *Analisi giur. Economica*, 2015.

fattispecie complessa o incaricato di un potere di ratifica, ma soprattutto se ci sia o meno un' eventuale discrezionalità o potere di opporsi al volere dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Accolta quindi l'opinione di chi sostiene che esista un potere di nomina extra-assembleare riservato al socio pubblico e applicabile solo nelle s.p.a., non ci sono comunque argomenti solidi per affermare se si tratti di un errore o di un'esplicita volontà del legislatore di far sì che i soggetti pubblici facciano maggior uso delle società per azioni.

Infine per quanto concerne l'enunciato iniziale sulle differenze a livello di esercizio dei diritti e gestione delle partecipazioni, possiamo limitarci a sottolineare come i primi quattro commi dell'articolo 9 prevedano, sulla falsariga di quanto abbiamo visto già circa la competenza degli acquirenti o cedenti delle partecipazioni, i soggetti legittimati a tali poteri: Ministero dell'economia e della finanza con gli altri Ministeri competenti, organi regionali, sindaci, presidenti di regione o per ultimo organi amministrativi dell'ente stesso.

#### **2.4. Patti parasociali nelle società pubbliche.**

Siamo giunti alla fine del nostro discorso sulle partecipazioni nelle società pubbliche e in particolare sulla loro gestione, l'ultimo tema rilevante è sicuramente legato alla restante parte dell'articolo 9 del TUSPP non ancora analizzata: il comma quinto che disciplina i patti parasociali nelle società a partecipazione pubblica.

In verità la disciplina dei patti parasociali nel Testo unico non si esaurisce a tale comma, ma ha delle ripercussioni applicative anche a quelle che sono le più peculiari società pubbliche: le società in house, oltre che quella mista pubblico-privata, a cui abbiamo fatto cenno nel paragrafo 2.2. senza approfondire troppo in quanto legata più ad un discorso di strumenti tramite i quali avviene l'esternalizzazione dei servizi. Per capire questo però è necessario partire dal Diritto societario generale, la dottrina definisce i patti parasociali come «...*accordi atipici tra i soci stipulati nell'esercizio dell'autonomia privata (art. 1322 c.c.) con i quali vengono disciplinate situazioni che presuppongono l'esistenza della società*». Aggiungendo anche la fondamentale precisazione che tali

accordi, seppur collegati al relativo contratto sociale, non siano in grado di vincolare la società e decretare, in caso di violazione, l'invalidità o l'inefficacia delle deliberazioni<sup>56</sup>.

L'articolo 2341 bis del c.c. prevede come le principali finalità di tali patti siano:

- 1) Sindacati legati all'esercizio del diritto di voto, anche in società controllate.
- 2) Sindacati volti a limitare la circolazione delle azioni.
- 3) Sindacati volti ad ottenere e mantenere un controllo.

Risulta abbastanza evidente quindi come i patti parasociali siano volti a imprimere una determinazione direzione alla governance e al mantenimento dello *status quo* della compagine societaria, non stupisce quindi che i due altri principali riferimenti a tali strumenti siano nell'art. 16, co. 2°, lett. c, del TUSPP dove si parla dei patti parasociali quali forme per imprimere il controllo analogo alle società in house e l'art. 17, co. 4°, lett. d, per quanto riguarda le società miste pubblico-private. Le due norme hanno qualcosa in comune, in ossequio alla più volte ripetuta tecnica di indicare espressamente delle deroghe al diritto societario generale pena l'applicabilità in toto di quest'ultimo, viene in entrambe derogato il termine di cui all'art. 2341 bis di durata quinquennale, previsione che nel caso delle società in house si giustifica per la necessità di garantire quello che è un requisito basilare affinché si possa anche solo parlare di tale tipo di società, mentre nelle società miste, essendo le stesse come più volte ricordato legate al tema dell'esternalizzazione dei servizi pubblici tramite forme di concessioni contrattuali, si vuole evitare che sindacati volti ad imprimere i necessari presupposti all'assolvimento di tale compito abbiano una durata inferiore a quella della concessione stessa<sup>57</sup>.

L'articolo 9 comma quinto invece si limita a prevedere quali saranno i soggetti che avranno diritto di stipulare, modificare o sciogliere i patti parasociali nelle società pubbliche, avendo cura di richiamare solamente l'articolo 7, co. 1°, così da non lasciare dubbi circa l'inapplicabilità dell'articolo 5 sia con tutte le sue motivazioni finalistico e di scopo, sia che a proposito del trasferimento alla Corte dei conti, seppur ritenuto sempre solo a titolo informativo, e lasciando inalterata la restante normativa del 2341 ter e 122 del TUF con gli obblighi pubblicitari.

---

<sup>56</sup> Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagine 146 ss., Dike Giuridica, 2017.

<sup>57</sup> Clarich. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, pagina 352, il Mulino Editore, 2017.

Viene rilevato come il legislatore abbia posto una discrasia fra i soggetti incaricati della gestione delle partecipazioni di cui al primo comma dell'art. 9 e i soggetti invece competenti alla stipulazione, modificazione e revoca di tali patti di cui al primo comma dell'art. 7, cosa che potrebbe condurre a «*valutazioni divergenti*»<sup>58</sup>. Si constata anche però che il problema si ridimensiona se teniamo conto che non tutti i patti parasociali predeterminano la volontà da portare avanti in assemblea, inoltre si può aggiungere che bisognerebbe anche considerare come la differenza sia minima e riguardi più che altro i soggetti a livello locale, che nell'articolo 7 sono il consiglio comunale mentre nel 9 il sindaco o il presidente, i quali, senza scendere troppo in discussioni che esulano dal nostro esame, potrebbero essere per motivi politici comunque indotti a tenere conto dei corrispettivi organi collegiali a livello comunale o locale in generale.

Molto più complessa è la discussione che viene sollevata attorno al sesto comma dell'art. 9, il quale include espressamente anche quelle dei patti parasociali fra le violazioni che non cagionano comunque l'invalidità delle deliberazioni sociali. Il quesito che ci si può facilmente porre è: perché, a fronte di un caposaldo ormai imprescindibile del Diritto commerciale per cui i patti parasociali sono contratti fra soci che non possono produrre effetti verso terzi (art. 1372 c.c.), il legislatore ha sentito il bisogno di chiarire questo anche nella normativa speciale del TUSPP? Insomma, perché qui la clausola generale del terzo comma dell'articolo 1 non viene considerata sufficiente?

Gli studiosi hanno dato risposte diverse a tali domande, c'è chi ha ritenuto tale precisazione necessaria per la natura pubblica dei soci contraenti di tali patti infra-societari<sup>59</sup>, altri invece pongono in modo più spinto l'accento non solo sul fatto che provengano da soci pubblici, ma anche che gli scopi agognati da tali soggetti non giustificano comunque deroghe al diritto comune a livello di efficacia degli accordi fra soci<sup>60</sup>.

Probabilmente partendo da tale ultima idea si potrebbe arrivare a dire che il legislatore sia stato obbligato ad inserire un'espressa previsione che garantisca la stessa natura ed efficacia dei patti parasociali nelle società pubbliche rispetto a quelli delle società private, perché tali strumenti, come sottolineato in apertura, sono utilizzabili non

---

<sup>58</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 115 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

<sup>59</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 402 e ss., Wolter Kluwer Editore, 2016.

<sup>60</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 117 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

solo in un'ottica di perseguimento di finalità, quali la creazione di una governance e di un equilibrio societario in grado di garantire le capacità di far fronte a contratti di concessione nelle società miste pubblico-private, ma anche per realizzare il requisito del controllo analogo, in particolar modo congiunto nelle situazioni più complesse in cui ci sono due o più soggetti controllanti, che rappresenta il punto di partenza stesso dell'esistenza delle società in house.

Quindi qui il legislatore ha voluto mantenere fermo un principio saldo ed inderogabile del Diritto commerciale legato ai patti parasociali, affermando che non viene meno né per finalità pubbliche, né all'interno delle società più lontane alla disciplina di diritto privato, quello in house appunto. Allo stesso tempo non ha voluto neanche precludere che uno strumento meno vincolante rispetto allo statuto, che rappresenta la fonte ad efficacia reale per eccellenza all'interno delle società, potesse essere utilizzato per gli scopi e i requisiti detti precedentemente, consentendo anche una durata più ampia dei cinque anni standard, ma lasciando comunque il rischio del non rispetto di tali patti e quindi di non realizzazione di condizioni essenziali per le società miste e quelle in house.

Tra l'altro il mancato rispetto dei patti parasociali comporta comunque la possibilità di chiedere risarcimento danni all'autore di tale violazione, in merito alle società pubbliche potrebbe sorgere un interrogativo circa la competenza giurisdizionale a decidere su tale ipotetico risarcimento; in verità si tratta di un tema che la dottrina non si è ancora posto e per cui si potrebbe azzardare a pensare che qualora il socio che subisce la violazione sia pubblico si cagiona allo stesso un danno erariale che comporta la competenza del giudice amministrativo, mentre qualora ad essere danneggiato sia un socio privato si configura una lesione di diritto soggettivo tutelabile davanti al giudice ordinario. Il tutto ovviamente con la garanzia dei presidi in tema di *traslatio iudicii* recentemente inseriti nel Codice del processo amministrativo ad evitare che eventuali dubbi o errori circa la presentazione del ricorso facciano decadere la domanda di risarcimento danni stessa.

Infine, per quanto concerne le s.r.l. se, come ormai pacificamente si ritiene, viene ad essere considerato possibile stipulare patti parasociali anche nelle stesse, non può che considerarsi applicabile tutta la normativa enunciata con tanto di conclusioni circa i rapporti col Diritto comune e le responsabilità. Tutto questo quindi in contrapposizione rispetto a quanto si prevede nel Diritto societario privato, in cui le disposizioni dettate in

tema di s.p.a. non vengono nella maniera più assoluta considerate analogicamente applicabili anche per le s.r.l.<sup>61</sup>.

### **3. Governance, struttura societaria e trasparenza nelle società pubbliche.**

La scelta di continuare la trattazione di questo elaborato con il tema della governance e struttura societaria nelle imprese controllate o partecipate dal socio pubblico è innanzitutto giustificata da un criterio logico, la norma infatti che se ne occupa è principalmente l'articolo 11 del TUSPP, che si colloca subito dopo tutta la disciplina precedentemente analizzata delle partecipazioni sociali e subito prima del tema della responsabilità dell'articolo 12, che sarà uno dei principali punti di partenza quando sposteremo l'attenzione sul tema principale di questa tesi.

Un primo dato che bisogna tenere presente in tema di amministrazione e organi sociali in generale è questo, si è già sottolineato come la legge 34 del 2008 abbia realizzato un passo avanti nell'adeguamento del nostro ordinamento ai principi comunitari, in particolar modo quello della libera circolazione di capitali di cui all'articolo 56 CE con cui la Corte di giustizia UE aveva ritenuto i nostri vecchi articoli 2449 e 2450 del cod. civ. in contrasto. Attualmente il 2450 è stato abrogato mentre il 2449, dopo un periodo di transizione con le riforme del 2012 che hanno condotto alla cessazione di quei residui di *golden share* presenti nel nostro ordinamento giuridico, prevede chiaramente come solo un atto negoziale di natura privata, vale a dire lo statuto, possa attribuire dei poteri di nomina al socio pubblico di amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, inoltre tali nomine, oltre ad imporre quale *condicio sine qua non* una partecipazione sociale anche minoritaria<sup>62</sup>, richiedono il rispetto della proporzionalità a tale partecipazione. L'idea che comunque si tratti di una norma che autorizzi nomine extra-assembleari e il fatto che addirittura si faccia larga la possibilità nelle quotate di avere degli strumenti finanziari di cui all'art. 2346 del cod. civ. che attribuiscono comunque tali diritti, ha portato, come già detto, a temere che in realtà lo Stato non abbia

---

<sup>61</sup> Santoro V., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, pagine 305 e ss., Giuffrè Editore, 2003, parliamo ovviamente degli articoli 2341 bis e ter citati in precedenza.

<sup>62</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 136 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

completamente abdicato a forme di controllo pubblico non conformi ai dettami del diritto comunitario e diversi da quelli di diritto privato. Tuttavia va anche segnalato come da un lato sicuramente la condizione della partecipazione e il requisito della proporzionalità a quest'ultima ridimensionino di molto tali dubbi, dall'altro è interessante segnalare come di recente la Corte di Cassazione nell'ordinanza 24591 del 2016 abbia stabilito come la questione legata alla nomina e revoca di cariche sociali nelle società pubbliche (nella fattispecie la decadenza di amministratori ad opera di deliberazioni del Sindaco e di altri soci) sia una questione affidata alla giurisdizione del giudice ordinario e ciò nonostante, nel caso di specie, si parlasse non solo di una società in house (quindi di quanto più lontano allo schema societario privato abbiamo), ma anche di una società interamente partecipata dal comune. Insomma, la Cassazione parrebbe soddisfatta del tentativo del legislatore di adeguare la natura delle nomine e revoche delle cariche sociali nelle società pubbliche, tanto più che, prendendo come punto di riferimento la nuova normativa dell'articolo 2449, si parla espressamente di un "potere privato" esercitato anche da queste società<sup>63</sup>.

Prendendo spunto da un'interessante riflessione circa la possibile classificazione delle norme in tema di governance delle società pubbliche, che distingue fra quelle di "gestione" che sono «*attinenti o che pongono vincoli funzionali e/o operativi per lo svolgimento dell'attività amministrativa*» e norme "organizzative" legate a profili più strutturali<sup>64</sup>, si può discutere partendo dall'articolo 6 del TUSPP che si occupa di fissare i principi in tema di gestione, organizzazione e controllo per poi passare all'articolo 11 dedicato ai temi più strettamente organizzativi.

Che ci siano delle prese di distanza forti dal diritto comune in tema di governance, organizzazione e controllo lo si capisce fin dall'inizio dell'art. 6 che esordisce parlando di «società a controllo pubblico...». Quindi prima ancora di porre una qualsiasi fattispecie, o addirittura prima ancora di realizzare una frase di senso compiuto, il legislatore ci dice chiaramente come tali principi saranno applicabili esclusivamente alle società a controllo pubblico, vale a dire quelle società, in base alla classificazione sopra proposta, che

---

<sup>63</sup> Berlucchi A., *Nomina e revoca di amministratori e sindaci nelle società pubbliche: spunti di riflessione*, in Il Foro Amministrativo rivista mensile di dottrina e giurisprudenza, Vol. IV-9, 2017.

<sup>64</sup> Di Rienzo M., *Gli organi di amministrazione e controllo del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in QUADERNI DI GIURISPRUDENZA COMMERCIALE, Fortunato S. e Vessia F. (a cura di), *Le «nuove» società partecipate e in house providing*, 139, Giuffrè Editore, 2017.

presentano dei caratteri corrispondenti all'articolo 2, co.1°, lett. b del Testo unico. Riprendendo l'immagine già proposta di un punto su una retta rappresentante il diritto comune, da cui via via si allontanano le società pubbliche più diverse dalla disciplina privatistica, ci rendiamo facilmente conto di come il legislatore abbia voluto circoscrivere questa disciplina alle società pubbliche più peculiari, le controllate, quelle a partecipazione mista pubblico-privata e quelle in house. Al contrario le società meramente partecipate, essendo più vicine a quelle privatistiche non tanto sotto l'aspetto della disciplina quanto proprio dell'incidenza partecipativa dei soggetti privati, vengono escluse dall'ambito operativo dell'articolo 6, il quale in ogni caso era da considerarsi comunque inapplicabile alle società quotate, cioè le più vicine al normale diritto societario, vista la previsione di cui all'articolo 1, comma quinto, che impone di prevedere espressamente la sottoposizione delle stesse alle norme del Testo unico.

Chiarito questo fondamentale aspetto applicativo passiamo ad analizzare le richieste dell'art. 6:

- 1) Qualora vengano svolte “attività economiche protette da diritti speciale o esclusivi” insieme a normali attività svolte in economia o regime di mercato, derogandosi all'art. 8, co. 2°, L. 287/1990, bisognerà adottare una contabilità separata per la prima tipologia di attività.
- 2) Predisporre dei programmi di valutazione della crisi aziendale, informandone l'assemblea nell'annuale relazione sul governo societario, aspetto che rappresenta un punto di partenza basilare per i nostri futuri discorsi.
- 3) Qualora si rendessero necessari per le dimensioni, le caratteristiche organizzative e l'attività svolta dall'ente:
  - a. Regolamenti che garantiscano il rispetto delle norme concorrenziali, comprese quelle su concorrenza sleale.
  - b. Un ufficio di controllo interno adeguato ai canoni di adeguatezza, complessità e dimensione dell'ente, che collabori con l'organo di controllo fornendo e scambiando informazioni richieste.

- c. Codici di condotta o adesione a codici condotta collettivi, in merito a rapporti con consumatori, utenti, collaboratori e dipendenti<sup>65</sup>.

Viene da più parti sottolineato come il principio con la portata più dirompente sia quello che impone una contabilità separata qualora l'impresa a controllo pubblico ponga in essere «attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi», in quanto qualora tali società volessero poi esercitare anche una normale attività d'impresa in regime di mercato dovrebbero semplicemente dotarsi di un separato apparato contabile e non di una società controllata a norma dell'art. 2 bis della Legge 287/1990. Insomma, viene prospettato dalla dottrina una sostituzione della «*separazione societaria*» con una mera «*separazione contabile*»<sup>66</sup>. Il concetto della Legge 287 è del resto molto semplice, nel nostro ordinamento giuridico all'interno dei gruppi di società ogni controllata mantiene la sua autonomia e il gruppo non ha soggettività giuridica, quindi solo tale indipendenza può evitare abusi di mercato delle società monopolistiche. Il Testo Unico invece non ha rinvenuto tali rischi nelle società a controllo pubblico, accontentandosi di una separazione contabile. La stessa dottrina citata in precedenza ritiene che la ratio di tale norma sia quella di ridurre la spesa pubblica che deriverebbe dalla costituzione e gestione di tali società separate, tuttavia si può anche banalmente pensare come sia un ulteriore strumento che il legislatore ha previsto per ridurre il numero delle società pubbliche, poiché in assenza di tale precisazione dell'art. 6 sarebbe stata applicabile la Legge Antitrust precedentemente citata, e quindi sarebbe stato necessario, ogni qualvolta le società pubbliche avessero voluto operare su altri settori, costituire varie controllate tramite cui agire. Si potrebbe facilmente obiettare che l'art 4 avrebbe continuato ad operare quale soglia di sbarramento, ma si deve anche considerare come molto spesso delle società che si occupano di fornire servizi quali luce, acqua, gas, trasporti e via dicendo possono aver bisogno di un «servizio di interesse generale», di «un'opera pubblica» o anche «beni o servizi strumentali», tutti campi che rientrano nella copertura dell'art. 4, ma l'utilità della norma si può rinvenire anche in mercato liberi e non sottoposti a monopoli. Infatti, il legislatore potrebbe aver pensato che il rispetto dell'art. 8 della Legge 287/1990 avrebbe potuto comportare un altro pericolo di diffusione societaria pubblica. Allo stesso modo

---

<sup>65</sup> Tutto il punto tre deve considerarsi come applicabile, facendo salve le competenze legislative e statutarie affidate all'organo di controllo.

<sup>66</sup> V. Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 1161 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016.

però potrebbe essere stato introdotto un vantaggio o uno svantaggio a seconda dei punti di vista fiscali, societari o contabili per le società più vicine allo Stato, le controllate e quelle in house appunto, che possono allargare il loro spettro di operatività ad altri mercati senza costituire società controllate, mentre le più distanti dal soggetto pubblico, quelle quotate (pensiamo emblematicamente a ENEL S.p.A.) e quelle solo partecipate, devono dar vita a soggetti diversi sotto il loro controllo per realizzare lo stesso scopo.

Per quanto concerne l'altro principio degno di nota è sicuramente rappresentato da quei programmi di valutazione del rischio d'impresa da presentare con la relazione sul governo societario, che vengono comunque considerati parte del bilancio da sottoporre poi a tutte le formalità pubblicitarie. Rilevanti sono le linee guida in merito a tali programmi che pongono indicatori in grado di dare risposte sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, il superamento dei quali può portare, fra le altre cose, ad un intervento di razionalizzazione ex art. 20 del TUSPP di tutte quelle imprese ormai non considerate sostenibili o redditive; sicuramente in presenza del superamento di tali indicatori<sup>67</sup> bisognerà adottare provvedimenti nel senso di ridurre l'aggravarsi di tale negativa situazione o comunque ristabilire una situazione di equilibrio economico finanziario. Naturalmente per non renderli "lettera morta" è necessario che la loro eventuale mancanza, incompletezza o erroneità configurino le "gravi irregolarità" che renderanno applicabile l'art. 2409 del c.c. in caso di fallimento o amministrazione straordinaria secondo l'art. 14, co. 3°, TUSPP. Tutto ciò rappresenta un *unicum* nel panorama societario italiano e porta a una serie di ripercussioni sul nostro tema principale che saranno analizzate nelle sedi opportune, si potrebbe etichettare tutto ciò come una disciplina rafforzata in tema di bilancio per evitare dissesti economico-patrimoniali delle società pubbliche stesse, la loro obbligatorietà è scattata dall'esercizio sociale del 2016, anche se non sono mancati forti interventi a denunciare una pericolosa prassi di mancato rispetto che potrebbe portare a sminuirne la portata e che si spera possa essere bollato

---

<sup>67</sup> Tra l'altro le linee guida qui sono estremamente vaghe perché parlano di «uno o più di questi criteri», lasciando spazio probabilmente ad una eccessiva discrezionalità, tanto più che parliamo di un argomento delicato come lo stato di salute dell'impresa. Ovviamente non si potevano dettare canoni più precisi come nella disciplina fallimentare in quanto parliamo di un momento in cui la situazione dell'impresa è o dovrebbe essere ancora *in bonis*, tuttavia è sicuramente auspicabile una maggiore chiarezza o comunque una circoscrizione della discrezionalità, pena il rischio di far perdere qualsiasi tipo di utilità a questi programmi.

solo come un iniziale periodo di adeguamento a transizione<sup>68</sup>. Va comunque ricordato che, dall'adozione della Legge 155 del 2017, questa sembra una direzione che verrà percorsa anche per le società private.

Prima di passare alle questioni strettamente organizzative in merito alla corporate governance poste dall'art. 11 del TUSPP, bisogna brevemente ricordare come si articolano nel nostro ordinamento giuridico i tre sistemi di amministrazione e controllo. Il primo, detto anche tradizionale, si sostanzia in un Consiglio di Amministrazione a cui l'art. 2380 bis affida in via «esclusiva» la gestione societaria e in un Collegio sindacale con funzioni di controllo, entrambi sono di nomina assembleare. I restanti due vengono detti «*Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*» e sono *in primis* il dualistico dove si prevede un Consiglio di Gestione che avrà funzioni analoghe all'organo amministrativo e su cui vigilerà il Consiglio di sorveglianza, il quale viene nominato dall'assemblea ma ha la competenza, e questa è la differenza maggiore rispetto al tradizionale, di nominare e revocare il Consiglio di Gestione (art. 2409 terdecies c.c.). Per ultimo abbiamo il monistico, in cui all'interno del Consiglio di Amministrazione è costituito un Comitato per il controllo sulla gestione. Ora il punto di partenza per capire come queste strutture trovino applicazione in riferimento alle società pubbliche è l'art. 11, co. 2°, il quale prevede quella che dalla dottrina è stata definita come una «*reductio ad unum dell'organo amministrativo*<sup>69</sup>» poiché si stabilisce la presenza di un solo amministratore, salvo che, a norma del terzo comma, sia considerato necessario per questioni di «adeguatezza organizzativa» e «contenimento dei costi» munirsi di un C.d.A. con tre o cinque membri o ancora di uno dei due sistemi alternativi di amministrazione e controllo<sup>70</sup>. Dalla struttura della norma si ricava una chiara predilezione da parte del legislatore per il sistema tradizionale, che in effetti statisticamente parlando viene ad essere quello più diffuso, mentre i sistemi alternativi sono subordinati a valutazione assembleari di natura economica, organizzativa e aziendale, che devono essere chiaramente e analiticamente motivate e trasmesse comunque alla Corte dei conti onde

---

<sup>68</sup> <http://www.public-utilities.it/programmi-di-valutazione-rischio-di-crisi-aziendale/>

<sup>69</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 148, Zanichelli Editore, 2018.

<sup>70</sup> I criteri adottati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e della finanza, di concerto con il Ministro della semplificazione e PA sono stati sostituiti da una pura e semplice deliberazione assembleare da trasmettere alla Corte dei conti, con un intento chiaramente nella direzione di avere una disciplina vicina a quella privata ma sempre con un controllo di natura erariale.

evitare situazioni di pregiudizio economico per le finanze pubbliche. Raro se non sconosciuto è l'uso del sistema monistico, mentre quello dualistico viene più utilizzato e tale prassi può comportare notevoli rischi alla luce dell'art. 2409 terdecies del c.c., vale a dire di quella disposizione che attribuisce al Consiglio di Sorveglianza il potere di nomina del Consiglio di Gestione. Tale norma, a parere della dottrina, produce il risultato di spogliare l'assemblea di competenze e di rendere il Consiglio di Sorveglianza stesso il centro nevralgico della società, tanto più che nelle sue mani passa la nomina dei consiglieri di gestione incaricati dell'amministrazione<sup>71</sup>. Se applichiamo questo fattore alle società pubbliche e vi aggiungiamo il potere di nomina extra-assembleare di membri del Consiglio di Sorveglianza a norma del 2449 c.c., il risultato sarà il rischio di una fortissima ingerenza del socio pubblico nella gestione societaria, aspetto aggravato poi dal fatto che anche l'art. 11 si applica a società a controllo pubblico dove è maggioritaria la partecipazione pubblica e dove il pericolo quindi è quello di creare una "dittatura" nei confronti di soci privati. Come se ciò non bastasse l'art. 11 co. 3° sembra disporre come necessaria e non meramente facoltativa la deliberazione sulle operazioni strategiche e i piani industriali e finanziari da parte del Consiglio di Sorveglianza, che quindi detterà in modo estremamente vincolante la linea strategico-amministrativa, lasciando comunque le responsabilità in mano agli amministratori, i quali sono già sotto la lente dell'art. 12 del TUSPP. Insomma, le sensazioni che si avvertono sul possibile utilizzo del dualistico nelle società a controllo pubblico sono quelle di un sistema con tanti onori e pochi oneri per il socio pubblico.

Alquanto strana risulta invece la previsione dell'art. 11 co 4°, in cui viene apportata una deroga alla possibilità prevista per le s.r.l di affidare disgiuntamente o congiuntamente l'amministrazione a più persone. In realtà risulta piuttosto particolare già il modo in cui il legislatore deroga a tale norma, in quanto nell'art. 11 si parla di impossibilità di affidare l'amministrazione in modo disgiunto o congiunto a "soci", mentre nel 2475 del cod. civ. si parla di persone in generale, ma all'infuori di tali incongruenze lessicali si stenta a capirne la necessità. Una prima ipotesi potrebbe essere legata al fatto che nelle società a controllo pubblico si voglia mantenere un certo

---

<sup>71</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagina 421, UTET Giuridica Editore, 2015.

equilibrio nelle scelte gestionali e non concentrare il potere amministrativo nelle mani di pochi soggetti o che agiscono da soli, ma va detto che l'art. 2475 consente di attribuire tale competenza amministrativa solo per previsione dell'atto costitutivo, quindi fra tutti i pericoli che possono correre le società controllate questo è il minore, inoltre la lett. a, del comma 9°, non sembra preoccuparsi di tali rischi laddove impone la concentrazione delle deleghe di gestione a un solo amministratore. L'altra motivazione è che, conformemente a quanto si è detto parlando delle tipologie di società utilizzabili, il legislatore abbia voluto non solo considerare adottabili degli schemi societari che garantissero la non responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali, ma anche modelli che garantissero quella distinzione tra il ruolo di socio e di amministratore, tipica delle società di capitale, e che spiegherebbe anche perché il legislatore del Testo unico abbia parlato chiaramente di "soci". Tutto ciò da un lato accosta la s.r.l in mano pubblica alla s.p.a., dall'altro produce un effetto diverso rispetto a quello rilevato per l'eventuale utilizzo del sistema dualistico in quanto si evitano le ingerenze del socio, anche di quello pubblico, nella gestione.

Sono posti dall'art. 11 tutta una serie di ulteriori requisiti per gli organi amministrativi e di controllo, al primo comma i classici canoni di onorabilità, professionalità e indipendenza, su cui manca, al contrario di altri settori quali il societario, il bancario, il finanziario e l'assicurativo il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che li definisca, ma intanto proprio le indicazioni emergenti dai settori prima richiamati vengono considerate applicabili<sup>72</sup>.

Molto attuali sono le richieste del comma quarto di garantire le cosiddette "quote rosa", richiamando espressamente la Legge 120/2011, indipendentemente dalla tipologia di società e relativo sistema di amministrazione e controllo adottato.

In merito ai compensi degli amministratori il comma 6° rinvia ad un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze per la suddivisione in cinque classi di società da cui dipenderanno dei limiti retributivi a livello quantitativo e qualitativo, in ogni caso il limite invalicabile è di 240.000,00 euro annui lordi, comprensivi di altre retribuzioni ricevuti non solo in ambito societario bensì da qualsiasi altro impiego pubblico; la lett. c, del comma nono, esclude anche gettoni di presenza o premi di risultato dopo deliberazioni

---

<sup>72</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 138, Zanichelli Editore, 2018.

concernenti l'attività da svolgere, oltre ai trattamenti di fine mandato. Non serve sottolineare come tale limite sia strettamente connesso alla politica di riduzione della spesa pubblica, soprattutto in un settore paragonabile ormai ad un "buco nero di fondi pubblici" come quello che stiamo esaminando.

In conclusione viene da più parti evocata l'idea che il legislatore abbia voluto inserire in questo art. 11 criteri, requisiti e soprattutto assetti di governance particolari e molto esaustivamente delineati proprio perché è sugli organi sociali ed il rapporto col socio pubblico, in particolare fra questo e gli amministratori, che si gioca la partita della responsabilità disciplina nella successiva disposizione<sup>73</sup>. Tuttavia una precisazione è d'obbligo, risulta poco razionale aver dettato questa normativa di cui all'art. 11 per le società a controllo pubblico escludendo le quotate, le meramente partecipate, ma anche le società in house che vedremo hanno una struttura e una governance a sé stante, per poi usare l'espressione "società partecipate" nella rubrica e nel testo dell'art. 12 con il chiaro intento di pervenire a una disciplina quanto più possibile estesa a tutte le tipologie di società in cui lo Stato o le amministrazioni pubbliche abbiano partecipazioni, maggioritarie o minoritarie che siano. Rappresenta un difetto di coordinamento in grado di gettare interrogativi esegetici sull'art. 12 e ridimensionare la portata dello stesso art. 11, che invece si contraddistingue per grande completezza, tanto più che, nonostante i dubbi sollevati in precedenza, detta una disciplina esplicita per s.r.l., le quali fino a questo momento erano state trattate con molta poca attenzione dal legislatore e non solo nel Testo Unico ma anche nelle leggi precedenti, *in primis* dalla riforma del 2008 che ha riscritto il 2449 del c.c.

Sulla scia di quanto analizzato fino ad ora risulta senza dubbio interessante osservare la disciplina per il reclutamento del personale di cui all'art. 19 del TUSPP, anche alla luce del fatto che, come già accennato, la responsabilità di cui parla l'art. 12 è anche quella dei dipendenti.

Il comma 2° dell'art. 19 affida alle società a controllo pubblico il compito di stabilire delle modalità e dei criteri di reclutamento del personale in conformità ai principi di

---

<sup>73</sup> Cfr. Libertini M., *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in QUADERNI DI GIURISPRUDENZA COMMERCIALE, Fortunato S. e Vessia F. (a cura di), *Le «nuove» società partecipate e in house providing*, 139, Giuffrè Editore, 2017.

trasparenza, pubblicità e imparzialità. Ancora una volta il legislatore circoscrive la portata di tale norma alle società che sono sotto il controllo dello Stato o delle pubbliche amministrazioni dal punto di vista partecipativo, anche se, rispetto all'art. 11 e alle norme sulla governance, vanno aggiunte in questo caso le società in house. Risulta quindi evidente come ci sia un altro difetto di coordinamento sulla falsariga di quello rilevato in tema di governance, poiché anche qui l'art. 12 del Testo unico delinea la responsabilità dei dipendenti di società pubbliche in modo generalizzato e non circoscritto ad un *numerus clausus*. Tuttavia, in tema di assunzione una recente ordinanza della Corte di Cassazione, la 4897/2018, ha rilevato come il principio della determinazione di modalità oggettive e trasparenti di assunzione vada esteso anche alle società meramente partecipate, allargando uno raggio applicativo che dal legislatore era stato circoscritto in modo coerente all'art. 97 della Costituzione a quelle società maggiormente controllate dallo Stato<sup>74</sup>. Quindi per quanto concerne quest'ultimo aspetto si ridimensionano di molto i difetti di coordinamento rispetto all'art. 12 ma si fa anche un passo indietro rispetto alla comun denominatore di tale riforma, vale a dire condurre le società pubbliche di qualsiasi tipologia quanto più possibile nella direzione di una configurazione privatistica.

#### **4. Le peculiarità delle società in house.**

L'intento delle pagine precedenti era quello di ricostruire nel modo più esaustivo e lineare possibile il retroterra storico-culturale, la classificazione e la struttura organizzativa delle società a partecipazione pubblica dopo l'entrata in vigore del TUSPP, ciò è stato fatto chiarendo più volte come sarebbe servito trattare specificamente due tipologie, o meglio categorie, di tali società: quelle in house e quelle quotate. Questo perché, come abbiamo sottolineato, le società in house e quelle quotate sono agli antipodi, le prime sono quelle più lontane dai canoni societari privatistici mentre le seconde le più

---

<sup>74</sup> La controversia era basata su un dipendente di una società partecipata che chiedeva la conversione del suo contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, operazione che la Cassazione riconduce all'alveo del principio di trasparenza, pur ribadendo l'applicabilità di una disciplina e di una giurisdizione privatistica ed ordinaria.

vicine e ciò comporta, inevitabilmente, tematiche meritevoli di un'analisi separata e risvolti applicati sul tema che più ci preme della responsabilità del socio pubblico.

Che quando si parli di società in house si stia discutendo di un soggetto del tutto a sé stante all'interno del nostro ordinamento giuridico lo si capisce già dal suo principale e definitorio tratto: le società in house sono infatti società che consentono allo Stato e alle amministrazioni pubbliche, nel processo di esternalizzazione di servizi pubblici, di *bypassare* completamente le procedure, o gare che dir si voglia, ad evidenza pubblica, che in tutti i restanti casi sono invece considerate strumenti necessari e imprescindibili per quei canoni di “imparzialità” e “buon andamento” dell'art. 97 della Costituzione, che poi si declinano in finalità di trasparenza, economicità, efficienza oltre che promozione e tutela della concorrenza sul mercato in numerose leggi, fra cui la riforma Madia.

L'anno zero di tali società è considerato il 1999, quando la Corte di Giustizia dell'UE prese posizione su un fenomeno che effettivamente gettava non pochi dubbi sulla conformità ai principi comunitari in tema di concorrenza, parliamo ovviamente del cd. “Caso Teckal” C-107/98. Tutto comincia nel 1998 quando il Tar di Reggio-Emilia effettua un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 177 CE per l'interpretazione della direttiva 92/50, richiamata insieme alla 93/36, fra gli argomenti con i quali Teckal s.r.l. contestava l'attribuzione al consorzio AGAC, partecipato da diversi comuni fra cui quello di Viano autore della deliberazione con cui era avvenuto l'affidamento, di alcuni servizi di riscaldamento ad enti pubblici senza passare per una gara. Nell'esprimere il proprio parere interpretativo la Corte di Giustizia delinea quelli che saranno i fondamentali requisiti richiesti dall'art 16 dell'attuale Testo unico per considerare legittimo il venir meno delle procedure pubbliche di selezione degli affidatari: una situazione di controllo analogo e la prevalente attività svolta per le amministrazioni di riferimento. Risulta evidente il motivo per cui da più parti in dottrina quello Teckal venga bollato come il “*leading case*” dell'attuale fenomeno dell'*in house providing*, la vera e propria miccia di una serie di pronunce giurisprudenziali e interventi legislativi a cascata, soprattutto nel settore dei contratti pubblici, che si sono sforzati di bilanciare la concorrenza e l'autodeterminazione dei soggetti pubblici<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> V. sul concetto di *leading case* Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 1044, Wolters Kluwer Editore, 2016. E sulla necessità di bilanciamento Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 192, Zanichelli Editore, 2018.

Dal lontano 1999 ad oggi le società in house sono state al centro di un “tira e molla” che ha coinvolto legislatore, popolo e giurisprudenza, abbiamo assistito innanzitutto nel 2008 a una riforma volta a legittimare la deroga alla gara pubblica in presenza di necessità eccezionali ed intrinseche che alcune aree territoriali presentassero dal punto di vista economico, sociale e ambientale, con un chiaro intento restrittivo rispetto ai requisiti di cui si accontentava la giurisprudenza comunitaria. Nel 2011 un referendum abrogativo fa emergere la volontà del popolo italiano di opporsi a tali limiti, presa di posizione grazie a cui viene abrogata la disciplina del 2008. Tuttavia, nel 2012 con la sentenza 199 la Corte Costituzionale rileva come il legislatore intervenuto dopo il referendum, con limiti in questo caso quantitativi che fissavano una soglia precisa di 300.000,00 euro come valore di prestazione di opere e servizi che si potessero affidare, non abbia rispettato la volontà popolare e abbia reso forse ancora più sporadico il fenomeno dell’*in house providing*. L’effetto principale di tale pronuncia è stato quello di restituirci una normativa che è tornata alle origini del caso Tackel e che trova configurazione inizialmente nel d.lgs. 50/2015 vale a dire il Codice degli appalti pubblici e concessioni, il quale pone obblighi pubblicitaria nei confronti dell’ANAC (art. 192) ma allo stesso tempo pone all’art. 5 lettere “a”, “b” e “c” dei requisiti quali personalità giuridica, controllo analogo, vincolo di destinazione del’80 % delle attività all’amministrazione di riferimento e assenza di azionisti privati, che rimandano proprio alla giurisprudenza europea. L’ultima tappa di questa travagliata vicenda sarà il Testo unico, che cercherà di mutuare e delineare in un’ottica societaria questi caratteri.

Ma se dal punto di vista pubblicistico la vicenda delle società in house è risultata alquanto problematica, dal punto di vista societario la potremmo definire come un vero e proprio travaglio, originato dai requisiti che questi enti richiedono. Infatti, nel tentativo di evitare danni alla concorrenza e imparzialità da parte della PA, si sono imposti degli accorgimenti quali il capitale sociale totalmente pubblico, il controllo analogo e l’attività vincolata per la maggior parte nei confronti di determinati soggetti, che hanno portato tali società in house lontane anni luce dal concetto stesso di società privatistica. In parole povere si è configurato quella che alcuni interpreti definiscono come una “*longa manus*” della PA, altri un “ufficio, servizio o articolazione interna della pubblica amministrazione, altri ancora come “ente locale in veste societaria”, ma discussioni terminologiche a parte proprio non sembra essere una società e addirittura la Corte di

Cassazione il 14 marzo 2016 con la sentenza n. 4938 bocciò il tentativo del 2008 di attribuirgli una concreta personalità giuridica al pari delle società nel diritto comune e parlò espressamente di un'articolazione della PA, chiamata "società" per mere finalità generalizzatrici e classificatorie<sup>76</sup>. Del resto la Cassazione già nel 2013 nella nota sentenza 26283 aveva addirittura parlato di enti che hanno solo "la veste" societaria, ma che per il resto sono costretti a rispettare dei canoni che li rendono incompatibili con la concreta qualificazione societaria, pensiamo al controllo analogo, requisito di fondamentale importanza per considerare tali società meri uffici interni non soggetti all'obbligo di gara, che rischia di creare una vera e propria subordinazione e assenza di discrezionalità e indipendenza da parte degli amministratori nei confronti degli enti pubblici. Come si è giustamente sottolineato infatti anche nelle altre forme di eterodirezione conosciute dal nostro ordinamento giuridico, quale per esempio quella del 2497 del c.c. relativa al gruppo di società, dove comunque il 2497 ter richiede di motivare decisione prese su influenza della capogruppo, rimane un ultimo baluardo di indipendenza gestoria e amministrativa che non porta a considerare per esempio i gruppi societari come un unico soggetto, ma al contrario come un fenomeno che mantiene inalterate le personalità giuridiche dei vari membri.<sup>77</sup>

Insomma, non è stato difficile per illustre dottrina commerciale, sulla scia di questi e molti altri argomenti, parlare delle società in house come di organismi di diritto pubblico in cui si constata «...l'assenza di autonomia gestionale e della natura commerciale»<sup>78</sup>. Viene d'altra parte della dottrina stessa sottolineato un tentativo del legislatore di ricondurre all'alveo della disciplina societaria tali enti con la previsione di cui alla lett. c dell'art. 16, co. 2°, del TUSPP che prevede la possibilità di realizzare il controllo analogo con i patti parasociali, che sono all'uopo disciplinati con una durata superiore ai normali cinque anni di cui all'art. 2341 bis, o ancora dall'alternativa a disposizione di utilizzare

---

<sup>76</sup> Parliamo di quel d.lgs. 112/2008 che era stato al centro del tentativo del legislatore di confinare a meramente eccezionale la configurazione delle società in house, ma che era stato colpito da referendum abrogativo nel 2011, che non era stato sufficiente a bloccare tale intento del legislatore, tanto che dovette intervenire sul punto la Corte Costituzionale che rilevò una lesione dell'art. 75 della Cost. nel mancato rispetto della volontà referendaria.

<sup>77</sup> Ibba C., *responsabilità erariale e società in house*, in *Giurisprudenza commerciale* n. 41.1, pagine 261 e ss., 2014 gennaio febbraio.

<sup>78</sup> Ibba C., *responsabilità erariale e società in house*, in *Giurisprudenza commerciale* n. 41.1, pagine 261 e ss., 2014 gennaio febbraio.

la forma della s.r.l. maggiormente incline ad accorgimenti statutari volti a garantire i profili organizzativi richiesti<sup>79</sup>; in realtà si tratta probabilmente di ben poca cosa a fronte delle tante incompatibilità sollevate rispetto allo schema societario.

Quindi l'intento di dedicare un paragrafo di questo elaborato alle peculiarità delle società in house, con un *excursus* giurisprudenziale e normativo in merito al problema concorrenziale, con le principali questioni societarie che comportano, risulta essere propedeutico a sottolineare come le particolarità dell'*in house providing* siano sul versante pubblicistico dove è dovuta intervenire la Corte di Giustizia prima, e la Corte Costituzionale poi, richiedendo di adeguarsi ai principi dalla prima espressi, per delineare requisiti volti a garantire principi concorrenziali, ma anche e soprattutto sul versante societario dove, come abbiamo sottolineato, il concetto stesso di società è tutt'altro che pacifico, ma su cui sinceramente parlando il legislatore, pur volendo adottare soluzioni estreme che avrebbero evitato tali dibattiti quali la soppressione delle stesse società in house, avrebbe avuto poca libertà visti i risultati del referendum del 2011 su cui già una volta era stato accusato da parte della Corte Costituzionale di mancato rispetto.

#### **4.1. Le caratteristiche delle società in house.**

Terminata la ricostruzione normativa e giurisprudenziale che ha condotto all'attuale normativa del TUSPP, si può passare proprio alla disposizione principale di tale testo legislativo sul tema delle società in house: l'art. 16. Questa norma esordisce al primo comma sottolineando la maggiore peculiarità di queste società dal punto di vista pubblicistico: il venir meno delle gare ad evidenza pubblica quale mezzo per determinare il soggetto a cui affidare «contratti pubblici». Subito dopo si richiede il maggiore strappo al Diritto societario: il controllo analogo da parte delle amministrazioni che affidano tali contratti *bypassando* le procedure concorrenziali. Date le fondamentali coordinate in tema di concorrenza e rinviando ai paragrafi successivi per il tema del controllo analogo, oltre che dell'altro principale carattere: la prevalenza di attività nei confronti dell'amministrazione di riferimento dimostrata da una determinata soglia di fatturato, il primo elemento che rinveniamo rispetto a tali società è rappresentato dall'assenza di

---

<sup>79</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 1055, Wolters Kluwer Editore, 2016.

capitali privati, salvo che per espresse previsioni legislative e, in ogni caso, senza che ciò attribuisca «...controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata». Il dettato normativo pone già di per sé un altro aspetto particolare in quanto non solo viene predeterminata la natura pubblica dei soci, ma anche che eventuali soci privati, laddove consentiti dalla legge, non avranno diritti di controllo, influenza e veto, scelte che nell'ambito societario comune vengono demandate allo statuto o al massimo ai patti parasociali. Risulta poi interessante fare dei chiarimenti circa "l'investitura" di socio pubblico tramite la sentenza 2660 del 2015 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, che nonostante risalga a prima dell'entrata in vigore del TUSPP, può fornirci degli spunti interessanti. La controversia si origina attorno al ricorso di una società Be Smart Srl, la quale contesta nei confronti di un consorzio universitario CINECA a cui la regione Calabria ha affidato senza gara l'appalto per servizi verso l'Università degli Studi di Reggio Calabria l'assenza di controllo analogo e della totale partecipazione pubblica, che renderebbero giustificata la natura in house di tale consorzio e quindi la deroga alle procedure di concorso. Accantonando le questioni circa la presenza o meno del controllo analogo, non oggetto di analisi in questo paragrafo, l'altra argomentazione si basa sul fatto che a tale consorzio partecipino alcune università private, quali per esempio l'Università Luigi Bocconi e l'Università Cattolica del Sacro Cuore. La Corte dopo aver ampiamente chiarito l'inidoneità alla diretta applicazione, vista la pendenza del termine per il recepimento, della direttiva 24/2014, quella che ha appunto aperto la strada a partecipazioni private nel capitale di tali società se previste dalla legge e se vengono meno le possibilità di influenza, controllo o veto, ha altresì chiarito che i soggetti universitari sopra citati non potevano essere in ogni caso considerati pubblici. Questo perché la nozione di ente pubblico è considerata "funzionale e cangiante" e non fissa o comunque in grado di valere in qualsiasi contesto o situazione, neanche qualora ci siano illustri precedenti giurisprudenziali a sostegno<sup>80</sup>. Inoltre, elemento più importante, viene rinvenuta in ogni caso un'assenza di normativa esplicita che consentisse partecipazioni private in quel particolare consorzio, che fa emergere per il Consiglio di

---

<sup>80</sup> Venne, per esempio, considerata irrilevante la sentenza Cass. Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5054 in cui veniva considerata applicabile LUISS Guido Carli la giurisdizione e la normativa giuslabouristica degli enti pubblici.

Stato la necessità che le previsioni legislative siano chiare ed esplicite nell'attribuire tale possibilità e che non bastino strumenti esegetici o tentativi di ricostruzione inattendibili per consentire uno strappo a questa regola. Anche se non è stato oggetto di puntuale disciplina, aspetto sicuramente poco coerente con la chiarezza e completezza richieste dalla Legge Madia, risulta comunque ragionevole pensare che, salvo espresse previsioni legislative e senza mai comportare i diritti citati in precedenza, sia preclusa anche la cessione delle partecipazioni ai privati e di conseguenza non sarebbe applicabile il complesso procedimento di cui all'art. 10 del TUSPP già oggetto di analisi.

Il secondo comma dell'art. 16 è incentrato invece su una serie di accorgimenti volti a facilitare «l'assetto organizzativo» del controllo analogo e della totale, o quasi, partecipazione pubblica:

- 1) La lettera “a” parla di possibili deroghe agli artt. 2380 bis e 2409 novies del c.c. per le spa.
- 2) La lettera “b” prevede la possibile attribuzione di diritti agli enti soci ex. art. 2468, terzo comma del c.c.
- 3) La lettera “c” oltre ad attribuire la possibilità di realizzare il controllo analogo con patti parasociali, deroga alla durata quinquennale prevista ex. art. 2341 bis del c.c.

La norma di cui alla lett. “c” è stata già commentata e sarà utile tornarci nella sede dedicata al tema del controllo analogo, qui risulta necessario invece l'analisi delle prime due previsioni che possono comportare delle diversità importanti nella struttura delle società in house. Risulta difficile trovare aggettivi per descrivere la quantità e la difficoltà dei dubbi interpretativi sollevati dalle deroghe a queste norme, non esistono ricostruzioni univoche ma si tende a prospettare varie possibili soluzioni su cui però una posizione netta viene difficilmente abbracciata.

Rispetto alla deroga del 2380 bis (oltre che del 2409 novies qualora si adotti il sistema dualistico), una attendibile ricostruzione esegetica porta a prospettare in primis il tentativo del legislatore di suffragare il concetto di controllo analogo tramite una deroga totale ai principi di attribuzione e ripartizione gestoria delle società nel diritto comune, che addirittura porterebbe a pensare come sia possibile affidare l'intera governance alle pubbliche amministrazioni o comunque creare degli organi atipici tramite i quali realizzare il medesimo obiettivo. Il punto debole di questa ricostruzione starebbe però nel rischio di sminuire, per non dire far fallire, il principio di fondo di tutto questo Testo

unico vale a dire riportare le società partecipate dallo Stato, seppur nel rispetto dei caratteri peculiari di ciascun tipo, alla normativa societaria privatistica, evitando situazioni che stravolgano i capisaldi del Diritto commerciale e creino situazioni di vantaggi/svantaggi sul mercato. Sempre la medesima ricostruzione propone una tesi alternativa, il legislatore avrebbe voluto dare la possibilità agli statuti di tali società di attribuire al socio pubblico poteri di autorizzazione o deliberazione di atti di alta amministrazione o volti a sviluppare obiettivi strategici delle medesime società, insomma una norma che ripartisce diversamente le competenze amministrativo-assembleari, ma lascia inalterate le fondamentali attribuzioni degli organi di gestione secondo gli ordinari principi in tema di governance<sup>81</sup>. Per fare un parallelo è come se all'assemblea dei soci pubblici venisse affidato un ruolo simile a quello che può essere rivestito dal Consiglio di Sorveglianza nel sistema dualistico ex. art. 2409 terdecies, lett. "fbis", del cod. civ.

Ora va da sé che solo accogliendo la seconda tesi si potrebbe prospettare una responsabilità ex. art. 12 del TUSPP, modellata sul ruolo di organi sociali operanti sulla falsariga delle società comuni, mentre qualora si accogliesse la prima verrebbe meno tutto l'impianto predisposto in tale norma dal legislatore, poiché organi atipici inevitabilmente devono avere responsabilità proprie e diverse da quelle degli organi tipici<sup>82</sup>.

Non certo minori sono i dibattiti originati dalla lett. "b", in cui si considera applicabile l'art. 2468, co. 3°, del c.c. alle srl in house. La prima domanda che, a giusto titolo, la dottrina si pone è: perché inserire una clausola che salvaguarda l'applicabilità di una norma che in assenza di deroghe sarebbe stata già applicabile ex. art. 1, co. 3°, del TUSPP? Le risposte che tale dottrina prospetta sono quelle di un tentativo maldestro del legislatore di considerare applicabile dell'art. 2468 richiamato solo il terzo comma, oppure quello di rendere possibile l'attribuzione di diritti anche diversi da quelli ex 2468, ma a cui tale ultima norma deve considerarsi totalmente applicabile.<sup>83</sup> Volendo provare a individuare una terza via potremmo pensare che il legislatore abbia voluto utilizzare tale formula per equilibrare la lettera precedente dedicata alle s.p.a, fornendo anche per le s.r.l

---

<sup>81</sup> Ricostruzione proposta in questa duplice alternativa da Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 209 ss., Zanichelli Editore, 2018.

<sup>82</sup> La stessa dottrina autrice della ricostruzione esegetica di cui ci siamo serviti afferma chiaramente come solo accogliendo la seconda tesi si possano considerare applicabili le norme in di «corretta gestione societaria ed imprenditoriale di cui agli artt. 2392, 2476 e 2497 c.c.»

<sup>83</sup> Ricostruzione a cura di Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 1074, Wolter Kluwer Editore, 2016.

un modo di derogare alle normali competenze e poteri gestori per la peculiare funzione delle società in house; si potrebbe quindi pensare anche nelle srl come nelle spa la possibile presenza statutaria di poteri in tema di alta gestione e strategia societaria. Rimane tuttavia, come sottolineato dalla dottrina citata precedentemente, l'incomprensibile modo di agire del legislatore, il quale con tale richiamo scambussola il paziente e sapiente lavoro di raccordo fra disciplina comune e disciplina speciale in merito alle società pubbliche.

Al di là di tali complesse ricostruzioni il dato che emerge ancora una volta è che l'alterazione concorrenziale, la titolarità del capitale sociale, la presenza di una forma del tutto a sé stante di controllo e ora anche gli accorgimenti di governance e durata dei patti parasociali che a tal fine vengono fissati nel TUSPP, rendono le società in house un *unicum* e un soggetto tanto particolare quanto interessante nel nostro ordinamento giuridico, ma anche molto lontano dalla natura societaria sostanziale.

#### **4.1.1. Il controllo analogo.**

La presenza del controllo analogo rappresenta nelle società in house il requisito più importante ma anche più discusso, poiché la norma di cui all'art. 16 del Testo unico si limita a richiedere un «controllo analogo» o un «controllo analogo congiunto» da parte dell'amministrazione o amministrazioni di riferimento senza fornire ulteriori specificazioni utili a fini nozionistici, interpretativi e qualificatori di questo particolare istituto. Se a ciò aggiungiamo che le modalità di realizzazione del controllo analogo fornite dall'art. 16 stesso sono in quelle tre lettere del secondo comma, già ampiamente trattate nel paragrafo precedente, constatiamo come vengano anche ereditati i dibattiti che le deroghe agli artt. 2380 bis, 2409 novies e 2468, co. 3°, del codice civile comportano.

Si riscontra fin dalla nozione, e difficilmente si sarebbe potuto attendere qualcosa di diverso, come la dottrina pubblicistica sia su posizioni contrapposte a quella più legata al mondo commerciale e societario, infatti, in ambito amministrativo, si pone l'accento su una funzione del controllo analogo volta ad *«assicurare che tra amministrazione pubblica titolare delle partecipazioni della società in house e quest'ultima intercorra un*

*rapporto così stretto da assimilarla ad un organo interno della prima*»<sup>84</sup> la società in house non è, perciò, niente di più e niente di meno che un ufficio o organo dell'amministrazione.

Dall'altro lato, in ambito societario, si tenta una ricostruzione più conforme al Diritto commerciale, parlando di particolari poteri in mano al socio pubblico in merito a «obiettivi strategici o decisioni più significative», o comunque accettando l'idea di forme di ingerenza diverse e superiori rispetto alle forme di eterodirezione conosciute nel Diritto societario, quale per esempio quella ex artt. 2497 e ss. del c.c., ma in ogni caso «*limitato ad un'attività d'indirizzo o supervisione*». Insomma, si sostiene che l'unico modo per evitare una deriva estremamente pubblicistica di tale ente sia quello di considerare la PA come un soggetto titolare di un potere di eterodirezione, magari in senso rafforzato, ma pur sempre tale<sup>85</sup>. Il rischio di questa tesi è tuttavia chiaro ed evidente, si potrebbe qualificare in modo troppo indipendente le società in house, su cui peraltro è la stessa giurisprudenza e legislazione comunitaria da Teckal in poi a voler i caratteri di un mero ufficio o organo interno, con ristretta autonomia organizzativa e gestionale a livello amministrativo, pena l'ingiustificata alterazione della concorrenza. Il pregio è sicuramente nel senso di realizzazione dell'obiettivo del TUSPP che tale interpretazione arrecherebbe, riuscendo a bilanciare esigenze di controllo e autodeterminazione pubblicistica senza però rinunciare ai canoni del controllo in senso commerciale ed evitando di allontanarsi di più da quest'ultima branca del diritto. Detto poi che, come abbiamo già accennato, non sottrarrebbe gli amministratori agli standard qualitativi richiesti dal diritto comune e di conseguenza alla responsabilità pensata dal Testo unico stesso.

I dubbi tuttavia permangono, non sorprende dunque che, sempre con una lente societaria, si sia tentato di ricostruire la nozione di controllo analogo cercando di non rinunciare a quella “degradazione” delle società in house in meri uffici o organi interni delle amministrazioni pubbliche. Le soluzioni potrebbero essere quelle di considerare il controllo analogo come un qualcosa da realizzare su un piano “contrattuale esterno” [sulla

---

<sup>84</sup> Clarich. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, pagina 353, il Mulino Editore, 2017, il quale arriva addirittura a dubitare che, a fronte di tale rapporto, si possa parlare di contratti pubblici in senso sostanziale e quindi sottoponibili al relativo Codice. Si tratterebbe insomma di una mera qualificazione formale.

<sup>85</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 206 ss., Zanichelli Editore, 2018.

base degli insegnamenti di Fimmanò], vale a dire attribuire un potere, che così difficilmente viene giustificato secondo i principi societari, tramite interventi contrattuali esterni allo statuto societario e che potrebbero essere gli stessi con cui si esternalizzano i servizi pubblici senza passare per il tramite di gare. L'alternativa invece sta proprio nello sfruttare invece gli strumenti societari che il legislatore ha voluto mettere a disposizione delle società in house, vale a dire le deroghe ai normali principi di governance di cui agli articoli 2380 bis e 2409 novies per le s.p.a. e i diritti attribuibili ex. art. 2468, co. 3° del c.c. per le srl. Non sono mancati tentativi di sminuire tali mezzi, non si è mancato di sottolineare come solo per le srl si forniscano strumenti adeguati a bilanciare le esigenze pubbliche di controllo e il rispetto delle norme societarie [Cossu], ma ad oggi probabilmente sta proprio nelle lettere "a" e "b" del secondo comma dell'art. 16 l'unica possibilità di dar vita ad un controllo analogo non eccessivamente fuori dalla portata del Diritto commerciale<sup>86</sup>. Risulta invece, a nostro parere, incompleto il tentativo del legislatore di rendere utilizzabili anche i patti parasociali per la realizzazione del controllo analogo, con tanto di deroga alla durata quinquennale prevista ex. art. 2341 bis. Sta proprio in tale deroga il più grande difetto di questa previsione, in quanto si rispetta il metodo standard di considerare applicabile la disciplina comune salvo espressa deroga (art. 1, co. 3°, del TUSPP), che qui è rappresentata dalla possibilità di una durata superiore ai normali cinque anni, ma successivamente nulla si dice circa una eventuale deroga al valore legale che tali patti hanno secondo il diritto comune, un vincolo cioè solo per le parti e non per la società stessa, essendo contratti che si pongono al di fuori dello statuto. Inoltre, su questo tema, avevamo già rilevato come l'art. 9 sembra attribuire, con il comma sesto, il normale valore legale ai patti parasociali nelle società pubbliche, anche non volendo considerare tale norma applicabile alle società in house, rimane l'assenza di una di specificazione del valore legale di tali patti in queste società rispetto al diritto comune, che sarebbe stata senz'altro auspicabile.

Dal punto di vista giurisprudenziale indicazioni interessanti sono giunte dalla sentenza 2533 del 2017 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, in cui si contestava l'affidamento di servizi legati alla gestione e smaltimento dei rifiuti da parte del Comune

---

<sup>86</sup> Ricostruzione a cura di Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 1052 e ss., Wolter Kluver Editore, 2016.

di Bagni di Lucca, e con la quale il giudice amministrativo si è allineato ad un tentativo di ricostruzione della nozione di controllo analogo su un modello societario, parlando in riferimento agli articoli del codice civile derogati dall'art. 16 come di strumenti atti a realizzare una sorta di "influenza dominante" ex art. 2359 del c.c. ma molto rafforzata rispetto ai normali canoni di diritto comune, e che allo stesso tempo non precluderebbe la possibilità di considerare come soggettivamente distinte le amministrazioni di riferimento rispetto alle stesse società in house.

Il riferimento alla previsione del 2359 e all'influenza dominante fa tornare in auge un dibattito legato al controllo analogo cd. congiunto, il quale viene esercitato da più amministrazioni. Circa la natura di quest'ultimo la dottrina [Ibba e Donativi] concorda nel considerare l'impostazione del TUSPP come sintetica e non analitica, la condizione necessaria e sufficiente per configurare tale tipo di controllo è la presenza in assemblea di ciascuna amministrazione, insomma ogni amministrazione deve essere rappresentata, per quanto concerne invece il controllo in senso stretto si richiede che il medesimo sia esercitato dalla totalità delle amministrazioni partecipanti, a nulla rilevando che ciascuna amministrazione abbia tale potere singolarmente.

Sulla base di tale assunto viene ipotizzato, dai medesimi interpreti precedentemente citati, che si prescinde anche dalla presenza di poteri di veto o di interdizione garanzia dell'influenza dominante per ogni partecipante, e dal concetto stesso di influenza dominante ex art. 2359 del codice civile. Non mancano invece tesi che riconducono il concetto di influenza dominante ad ogni tipologia del controllo analogo, anche quello congiunto<sup>87</sup>.

In conclusione tra il "dire", cioè il richiedere un controllo analogo per ovviare al problema della concorrenza, e il "fare", inquadrare natura e limiti di tale controllo, c'è di mezzo un difficile bilanciamento di questioni di diritto pubblico e privato, su cui probabilmente il legislatore avrebbe potuto e dovuto prendere una posizione più netta, evitando di lasciare troppo spazio a opinioni contrastanti della dottrina e della giurisprudenza, ma essendo costretti, nel nostro lavoro ricostruttivo della responsabilità nel TUSPP, a prendere una posizione, riteniamo doveroso interpretare il controllo come

---

<sup>87</sup> Guerrera F., *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, in Consiglio nazionale del Notariato, Studio n. 228-2017/I, 2017.

una forma spinta di eterodirezione, con le deroghe alla governance di cui agli artt. 2380 bis, 2409 novies e 2468 a rendere possibile questo, seppur ricordando come sia dietro l'angolo il rischio di tradire la giurisprudenza comunitaria e la volontà del legislatore di adeguarsi alla stessa.

#### **4.1.2. Attività svolta per l'amministrazione di riferimento.**

La tanto complessa quanto discussa disciplina delle società in house si conclude, ai commi 3° e ss. dell'art. 16 del TUSPP, con l'ultimo requisito volto ad evitare che ci sia alterazione della concorrenza: il vincolo produttivo a favore dell'amministrazione di riferimento. La particolarità di tale requisito è quella di essere pensato non per la paura che, senza gare ad evidenza pubblica, la concorrenza sia lesa dalla presenza della società in house, bensì proprio per evitare che le società in house si immettano su un mercato diverso da quello destinato a soddisfare i bisogni della o delle amministrazioni partecipanti. A tal fine l'art. 16, comma terzo, chiede che ben oltre l'80% del fatturato derivi dall'affidamento di compiti da parte dell'ente o degli enti pubblici che controllano la stessa società in house e che, in ogni caso, la restante parte di attività sia volta a migliorare l'efficienza o a ridurre i costi di produzione. Insomma, se non viene totalmente rivolta nei confronti dell'ente di riferimento da un punto di vista formale, potremmo dire che sostanzialmente, tramite articolate formule lessicali, il legislatore ha lasciato ben poco spazio di operatività a queste società, le quali già scontano l'applicazione delle norme in tema di finalità perseguibili dalle società pubbliche ex art. 4, razionalizzazioni e soppressioni nel caso non siano più utili o efficienti del 20, e si trovano in più ad avere un vincolo di attività rafforzato, anche se non in un'ottica di natura dell'attività esercitabile, quanto di soggetti nei confronti dei quali può essere esercitata. Tutto ciò deve essere obbligatoriamente previsto dallo statuto, che come abbia già sottolineato in merito ai patti parasociali, rappresenta sempre la fonte più sicura in cui si possono inserire previsioni vincolanti anche per le società. Ovviamente rappresenta un *unicum* questo imporre non solo dei paletti all'attività ma anche alla destinazione degli utili per mezzo

di previsione legislativa, ma a parte questo non è una norma che pone particolari dubbi o questioni degne di nota.

Semmai è interessante, ai fini del nostro discorso, come il legislatore al comma seguente dell'articolo 16 abbia ricondotto al mancato rispetto di tali limiti i presupposti per una «grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile», oltre che un fatto sottoposto al monitoraggio ex art. 15 del TUSPP. Come sappiamo l'azione di cui all'articolo 2409 del codice civile, a seguito della riforma di Diritto Societario del 2003, rappresenta un'intrusione dell'autorità giudiziaria nella vita della società, dopo che alcuni soggetti, quali i soci o gli organi di controllo o addirittura autorità pubbliche come CONSOB e pubblico ministero, abbiamo denunciato gravi irregolarità nella gestione della società commesse dagli amministratori e non da altri soggetti partecipanti alla vita sociale, quali per esempio l'assemblea. Il controllo che viene effettuato sull'operato degli amministratori può essere solo di legalità e non di merito<sup>88</sup>. Il dato da rilevare è che ancora una volta ciò che il legislatore fa nel TUSPP è scaricare la colpa sugli amministratori, perfino in situazioni particolari in cui il socio pubblico è praticamente una specie di “dittatore” all'interno di tali società, in cui anche se ci fossero i soci privati nulla potrebbero decidere o imporre. L'Apporto della norma però è anche positivo, in quanto può essere un ulteriore elemento a sostegno della tesi abbracciata in conclusione del paragrafo precedente sulla qualificazione del controllo analogo quale forma di determinazione delle linee strategiche e dell'alta amministrazione, che non precluderebbe di riconoscere una autonomia e indipendenza minima agli amministratori e che non farebbe venir meno la sottoponibilità degli stessi agli standard di buona amministrazione richiesti dal diritto comune e alla tipica responsabilità delineata nel Testo Unico. Infatti, se si considera applicabile, per quanto concerne un fondamentale requisito dell'*in house providing*, un'azione basata sui principi citati precedentemente, non si capisce per quale motivo escludere tali standard anche in riferimento al controllo analogo, che quindi assumerebbe sembianze meno pubbliche e più societarie.

---

<sup>88</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagine 433 e ss., UTET Giuridica Editore, 2015.

#### **4.2. Differenze fra società in house ed altre società pubbliche.**

A conclusione di questa accurata ricostruzione della disciplina delle società in house è utile ripercorrere le principali differenze, che ci permetteranno meglio di valutare l'estrinsecarsi della disciplina del TUSPP sul tema delle responsabilità per tali società.

Seguendo l'ordine che ci viene proposto dall'art. 16 del Testo unico conviene ribadire in modo chiaro che, ai fini della salvaguardia della concorrenza, nessun'altra società con partecipazioni pubbliche godrà della possibilità di vedersi affidati contratti senza gare e che anzi, come dimostrato in alcune sentenze citate nelle pagine precedenti, le fondamentali caratteristiche richieste per accantonare le gare pubbliche sono sempre state oggetto di un'attenta analisi da parte della giurisprudenza, al fine di evitare abusi circa l'utilizzo di tali società.

A livello di capitale sociale risulta inevitabile che, onde evitare di far venir meno il requisito della totale partecipazione pubblica, si debba considerare la società in house non sottoponibile alle norme in tema di alienazione delle partecipazioni sociali di cui all'art. 10 per il semplice fatto che non possono avvenire cessioni ai privati<sup>89</sup>. Per quanto riguarda il tema dell'esercizio dei diritti sociali invece, anche se non esplicitato, è altresì evidente che lo stesso sia in mano alle amministrazioni di riferimento.

A livello di governance le società in house sono le uniche, insieme a quelle miste, ad avere la possibilità di derogare alla normale durata dei patti parasociali di cui all'art. 2341 bis, norma che cela un disperato tentativo di dare una veste societaria privata alla più grande peculiarità di tali soggetti: il controllo analogo.

Rispetto alle società pubbliche diverse da quelle a controllo statale le deroghe ai principi societari tradizionali sono molteplici, basti pensare alle questioni legate agli artt. 2380 bis e 2409 novies per le spa e 2468 per le srl. In riferimento a quelle controllate lo strappo più evidente è che non si richiama la deroga del quinto comma dell'art. 11 del

---

<sup>89</sup> Risulta anche più ragionevole pensare che qualora ci sia un caso previsto dalla legge sulla partecipazione privata, la stessa sarà presente fin dalle origini di tali società.

TUSPP all'art. 2475 del c.c., per il resto, vista l'importanza ideologica che hanno, difficile non considerare applicabili le norme sulla parità di genere e sulle retribuzioni.

Da più parti si sottolinea invece come l'estrema presa di posizione della Corte di Cassazione nella nota sentenza 26283 del 2013, che arrivò ad attribuire la portata di "patrimonio separato" a tali società, col chiarissimo intento di sottoporle alla giurisdizione contabile, non si sufficiente ad escluderne la fallibilità e in particolar modo la configurazione di quell'art. 14 che richiama per le società pubbliche il concordato preventivo, il fallimento e l'amministrazione straordinaria. Tuttavia, non mancano recenti casi giurisprudenziali (parliamo di quello del Casinò Campione s.p.a.), in cui si argomenta la fallibilità delle società pubbliche sulla base dell'assenza di quei requisiti delle società in house, in particolare il capitale totalmente pubblico, che invece salverebbero la società stessa da tale sorte<sup>90</sup>. Tutto ciò rappresenta un problema molto serio in quanto se neanche la giurisprudenza fornisce un minimo di chiarezza si rischia di entrare in un labirinto senza uscite.

L'ultimo aspetto che rimane da confrontare è proprio quello della responsabilità e dell'atteggiarsi dell'art. 12 nei confronti di tali società, a cui verrà riservata ampia trattazione. Va comunque notato come, nonostante gli apprezzabili tentativi del legislatore di spingere sempre di più nella direzione del diritto comune tali soggetti, è probabile che solo un atteggiamento molto restrittivo sui requisiti dell'*in house providing* da parte della dottrina e della giurisprudenza ma soprattutto un uso accorto e coscienzioso da parte del soggetto pubblico di tale strumento, potranno evitare maggiori distorsioni di quelle a cui abbiamo già assistito nella sua storia.

## **5. Cenni alle società quotate.**

Il percorso ricostruttivo dei principali aspetti societari del TUSPP, propedeutico a capire meglio i caratteri principali in tema di responsabilità di questo testo legislativo

---

<sup>90</sup> Guerrieri V., *Anche le società pubbliche possono fallire: il caso del Casinò di Campione*, in il Fallimentarista, Giuffrè Editore, 2018.

soprattutto dal punto di vista del socio pubblico, termina con l'analisi dei capisaldi delle società pubbliche quotate, che ci fa passare in modo repentino da quanto di più lontano sia nel Testo unico alla disciplina comune a quanto sia invece più vicino. In realtà parlando di società quotate non ci si può concentrare esclusivamente sul Testo unico, ma si deve superare tale confine prendendo in riferimento numerose discipline precedenti e speciali che hanno cercato di temperare le ragioni partecipative dello Stato con esigenze di interessi nazionali, soprattutto nei settori energetici, dei trasporti, delle infrastrutture e sicurezza, cercando di fissare paletti in tema di amministrazione e controllo con la più volte citata riforma della legge 34 del 2008 che è intervenuta sull'art. 2449 del codice civile e per ultimo sulle classiche questioni di limiti al possesso azionario da parte di privati per evitare di compromettere i settori citati precedentemente. Ne deriva la necessità di mettere ordine ad una disciplina estremamente articolata, da raccordarsi proprio con le riforme del 2016 nel segno di un riavvicinamento alla disciplina societaria.

Cercando di procedere per gradi, saranno demandati a paragrafi specifici aspetti legati alle partecipazioni e alla governance, dove si proverà a ricostruire in modo chiaro come si siano ricollegate vecchie e nuove discipline, per ultimo si accennerà a una delle norme del TUSPP più importanti sul tema: l'art. 18 che cambia i connotati del processo di quotazione, che viene pensato in un senso più snello e favorevole rispetto al diritto comune.

Iniziando da come il legislatore ha voluto impostare l'operatività della disciplina del TUSPP, rileviamo che l'art. 1, co. 5°, stabilisca un'applicabilità delle norme di tale decreto solo qualora espressamente previsto, accogliendo un *modus operandi* diverso ed opposto a tutte le altre società con partecipazione in mano pubblica, a cui saranno invece le disposizioni comuni ad applicarsi salvo deroga del Testo unico stesso.

Tuttavia, risulta assolutamente opportuna la scelta di utilizzare la formula conclusiva «come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p)», in quanto quest'ultima lettera avrà il ruolo di definire le società quotate a cui realmente si applicherà questo riparto legislativo. La prima categoria a cui si fa riferimento è quella delle società, ovviamente partecipate da un soggetto pubblico, con azioni quotate nei mercati regolamentari, che pochi dubbi generano. Tutt'altro discorso invece è per la seconda categoria, vale a dire le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari quotati sui mercati regolamentati, ovviamente diversi dalle azioni.

La formula è sicuramente chiara, ma porta con sé delle problematiche, in quanto la dottrina, a seguito delle direttive MIFID e MIFID II, ricostruisce la nozione di strumento finanziario ex art. 1 del TUF in due tronconi: gli strumenti finanziari diversi dai derivati (fra cui azioni, obbligazioni, strumenti del mercato monetario ecc.) e gli strumenti finanziari derivati<sup>91</sup>. L'utilizzo di questi ultimi da parte di soggetti pubblici, quali soprattutto i comuni, anche tramite società controllate, subì un processo preclusivo a partire dal 2008, che sfociò in circolari di CONSOB e BANCA d'ITALIA del 2009 volte a circoscriverne l'uso a forme difensive e di mantenimento dei propri *assets*, visto il rischio enorme di sfociare in strumenti che non si fatica a definire come scommesse dove il "banco" vince sempre. Attualmente viste le catastrofiche conseguenze che hanno avuto, con comuni costretti a chiedere annullamento dei contratti addirittura in fori diversi da quelli nazionali, si è sostanzialmente negato l'utilizzo in tale contesto<sup>92</sup>. Si potrebbe azzardare una conclusione per cui le società quotate rientranti nell'ambito applicativo della nozione del TUSPP, o quanto meno dove il soggetto pubblico ha una partecipazione di controllo, non potrebbero investire su questi strumenti, salvo la configurazione di particolari previsioni legislative, ricordando però come allo Stato invece la possibilità di investire su derivati non sia negata, aspetto che porta ad essere alquanto sorpresi e sospettosi.

L'ultima categoria della lettera "p" è quella delle società partecipate da una delle rientranti nelle due categorie precedenti, se non controllate o partecipate anche dalle pubbliche amministrazioni, dove a parere degli interpreti bisognerà utilizzare un criterio di prevalenza, bisognerà cioè valutare quale fra le partecipazioni delle quotate e delle amministrazioni pubbliche sia maggiore<sup>93</sup>.

Questa nozione di cui all'art. 2 va coordinata col regime transitorio del 26, il quale non solo si premura di chiarire al terzo comma come le pubbliche amministrazioni possano mantenere le partecipazioni, ma anche, al quarto e quinto comma, prevede un'esenzione dalla nuova normativa della durata di dodici mesi dall'entrata in vigore del

---

<sup>91</sup> Annunziata F., *La disciplina del mercato mobiliare*, pagine 95 e ss. Giappichelli Editore, 2017.

<sup>92</sup> [http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/enti\\_locali\\_e\\_contratti\\_derivati.pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/enti_locali_e_contratti_derivati.pdf)

<sup>93</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 508 ss., Zanichelli Editore, 2018. I quali fra l'altro partendo dall'idea di un combinato disposto del comma terzo e quindi dell'art. 1 del TUSPP, considerano le norme del TUF come "disciplina speciale", che deve essere espressamente richiamata nelle società di cui alla lettera "p", pena la non applicabilità.

TUSPP per le società che avessero già avviato le procedure di quotazione, sottoponendo le deliberazioni alla Corte dei conti. Il problema sta in un difetto di coordinamento del comma quarto che parla solo di quotazione di azioni, portando secondo la dottrina ad escludere dal suo campo applicativo quelle che emettono solo strumenti finanziari sui mercati regolamentati<sup>94</sup>.

All'infuori di tali complesse formule che il legislatore ha pensato, sta di fatto che se una società quotata con partecipazioni pubbliche rientra nella nozione di cui all'art. 2 del TUSPP si rapporterà con lo stesso decreto nel senso che saranno applicabili solo le norme espressamente richiamate, per il resto è sembrato opportuno non snaturare troppo la disciplina di società destinate ad operare sui mercati e che mal sopporterebbero ingerenze di soci pubblici al di là di certi limiti.

Risulta invece più interessante accennare al ruolo che ha avuto in merito alle partecipazioni quotate in mano pubblica Cassa depositi e prestiti, la quale nasce nel 1850 con l'intento di esercitare credito nei confronti di enti pubblici locali, utilizzando il risparmio raccolto dalle Poste. Solo nel 1983 otterrà personalità giuridica e autonomia organizzativa e patrimoniale, continuando negli anni a svolgere un'attività di raccolta di risparmio, seppur tramite le Poste, ed esercizio del credito, che ha portato a discutere molto sulla possibile collocazione tra soggetti bancari; tuttavia l'Europa si è limitata a chiederne la presenza fra le Istituzioni monetarie e finanziarie europee, con obblighi di riserve e comunicativi tipici del Sistema europeo di banche centrale, senza però essere considerato un soggetto che svolge attività bancaria, o creditizia secondo il lessico europeo, in senso stretto<sup>95</sup>.

Cassa depositi e prestiti assume un ruolo da protagonista nella società pubbliche quotate a partire dal Decreto legge del 2003 numero 269, che non solo gli attribuisce una veste di società per azioni, ma gli conferisce anche una competenza gestoria di quelle che sono le più importanti partecipazioni statali in società quotate, quali ENI, ENEL e SNAM, con un meccanismo molto semplice: Cdp viene ad essere controllata per l'80% circa dal Ministero dell'economia e delle finanze, trasformandosi in una vera e proprio holding. Il Ministero tramite incisivi poteri di indirizzo e direttive di gestione determinerà il

---

<sup>94</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 144, Wolter Kluwer Editore, 2016.

<sup>95</sup> Brescia Morra C., *Il diritto delle banche*, pagine 84 e ss., il Mulino Editore, 2017.

comportamento di Cassa depositi e prestiti in merito a tali partecipazioni<sup>96</sup>. Volendo fornire un'immagine forte è come se il Ministero si sia premunito di una società su cui può avere un ruolo di eterodirezione forte quasi come quello di cui abbiamo parlato in merito alle società in house, per quanto ovviamente non ci saranno tutti quegli aspetti peculiari di controllo analogo, governance e vincoli di utili. Insomma, lo Stato si premura di avere un soggetto su cui ha un'influenza forte per gestire la gran parte di queste partecipazioni.

### **5.1. Limiti di partecipazioni.**

La storia delle società pubbliche si lega a doppio filo con le vicende relative alle partecipazioni nelle principali società quotate o comunque privatizzate a partire dagli anni '90. Come già accennato, dietro motivi di interessi strategici per il paese, si era celato il tentativo dello Stato di mantenere pervasivi poteri su, a norma dell'art. 2 del Decreto Legge 332/1994, società che fossero direttamente o indirettamente controllati da enti pubblici economici o territoriali, su cui il legislatore evidentemente da un lato voleva dare l'impressione di modernità tramite privatizzazioni, ma ancora non si sentiva pronto a tagliare il "cordone ombelicale" del controllo, ragion per cui viene definito come un processo di privatizzazione meramente "formale".

Il risultato fu quello di dar vita al fenomeno già trattato del *Golden share*, vale a dire poteri di veto e di opposizione a operazioni straordinarie e fin anche di nomina e revoca di cariche sociali all'interno di numerose società controllate, con addirittura la possibilità di dare un'investitura statutaria in particolari settori considerati bisognosi di difesa da presunte ingerenze straniere. Risultava abbastanza evidente che tali poteri non avrebbero avuto vita lunga alla luce dei principi comunitari in tema di libera circolazione di capitali e concorrenza in generale, ed infatti non tardarono ad arrivare le condanne da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: dovevamo lasciarci alle spalle queste

---

<sup>96</sup> Donato A., *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti s.p.a.: profili attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *Analisi giuridica economica*, Fascicolo 2, 2015.

intrusioni pubbliche, le quali fra l'altro potevano facilmente nascondere intrusioni più strettamente politiche.

Il primo passo fondamentale di questo superamento è già stato affrontato, si tratta di quella riforma del 2008 che tramite criteri di proporzionalità alla partecipazione nel capitale e l'utilizzo di strumenti più confacenti al diritto societario, ha tentato di arrestare i poteri del socio pubblico di "apparecchiarsi" organi amministrativi e di controllo.

Il secondo passaggio invece risale al 2012, per la precisione al Decreto Legge 21 del 2012 quando l'idea fu quella di circoscrivere particolari poteri a settori veramente strategici quali difesa, sicurezza, energia, comunicazioni e trasporti, che vennero appunto battezzati *Golden powers*, i quali hanno assunto connotati molto più circoscritti non solo per i settori coinvolti che sono quelli citati sopra, ma anche perché tendono a ed essere esercitabili quando siano in gioco "operazioni rilevanti"<sup>97</sup>. Del resto, soprattutto nel settore della difesa capiamo bene come la presenza di «minaccia di grave pregiudizio» motivi l'attribuzione allo Stato nella veste del Governo di poteri di controllo sulle operazioni straordinarie di fusione, scissione e ovviamente cessioni di un certo numero di partecipazioni che possano far pendere diversamente l'ago della bilancia. Sostanzialmente analoghe, anche se vista l'importanza inferiore rispetto alla difesa da motivare con decreti governativi ed esercitare nel rispetto del diritto europeo, sono le condizioni che legittimano un intervento e i relativi poteri di opposizione a deliberazioni nei settori energetici e dei trasporti, in particolar modo per gravi pregiudizi alle reti. In entrambi i casi il legislatore attribuisce anche al Governo la possibilità di imporre condizioni idonee ad evitare tali situazioni rischiose per gli interessi generali del Paese e le sanzioni sospensive di diritto di voto di partecipazioni cedute senza comunicazioni atte a permettere il controllo da parte del Governo stesso.

Quindi questi poteri di cui abbiamo parlato introducono dei limiti operativi giustificati dalla necessità di tutela settori nevralgici per qualsiasi Stato, sulla stessa lunghezza d'onda vennero sempre nel 1994 introdotte disposizioni volte a permettere la limitazione tramite lo statuto, quindi ancora una volta tramite lo strumento più vincolante

---

<sup>97</sup>[https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kXrWaKmA47UJ:https://www.dlapiiper.com/~media/files/insights/publications/2012/07/italy-from-golden-share-to-golden-powers/files/from\\_golden\\_share\\_to\\_golden\\_powers\\_en/fileattachment/from\\_golden\\_share\\_to\\_golden\\_powers\\_it.pdf+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kXrWaKmA47UJ:https://www.dlapiiper.com/~media/files/insights/publications/2012/07/italy-from-golden-share-to-golden-powers/files/from_golden_share_to_golden_powers_en/fileattachment/from_golden_share_to_golden_powers_it.pdf+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it)

per ogni società, limiti quantitativi al possesso partecipativo di privati, che oltre ad esigenze di controllo statale rispondevano anche a necessità di garanzie qualitative e quantitative di servizi basilari, su cui il rischio di lucro a discapito dell'efficienza da parte del privato è forte, pensiamo alle recenti tristi vicende di Genova. Ora il limite facoltativo è ancora fissato nel 5% del capitale sociale<sup>98</sup>, il cui superamento precluderà l'esercizio dei diritti di voto o di altri diritti diversi da quelli patrimoniali. Viene prevista anche una clausola di salvaguardia nei confronti delle minoranze private a rischio lesione, tramite la decadenza di tali limiti qualora l'offerente in un o.p.a. ottenga il 75% dei diritti di voto per la nomina di amministratori o consiglieri di sorveglianza, ipotesi più scolastica che concreta.

Ciò che si può in ogni caso desumere dalla disciplina sopra riassunta è che ancora una volta la natura pubblica di società impone misure particolari, in questo caso perché alcune fra le maggiori quotate quali appunto ENI o ENEL sono nate da quei processi di privatizzazione che hanno riguardato settori troppo importanti perché lo Stato vi rinunciassero senza la ben che minima garanzia di controllo sui privati titolari di partecipazioni o comunque sulla qualità ed efficienza del servizio affidato a queste stesse società.

Come annunciato nel primo paragrafo quando si parla di società quotate bisogna però creare un ponte fra vecchi e nuovi interventi contenuti nel TUSPP, il quale ricordiamo trova applicazione soltanto laddove espressamente richiamato. Ciò accade emblematicamente all'articolo 8 comma terzo, il quale considera applicabile alle società quotate tutta la disciplina dello stesso, dedicata alle formalità in tema di acquisto di partecipazioni e aumenti di capitale, con tutta una serie di motivazioni e procedure deliberative, su cui è inutile soffermarsi visto l'eshaustivo esame già condotto. In tema di partecipazioni è questa la novità introdotta a livello di Testo Unico, la quale non ha mancato di generare qualche perplessità nella dottrina, in particolare si ritiene che rendere applicabile il secondo comma, perciò rendere inefficace il contratto di acquisto che non rispetti le prescrizioni poste, sia abbastanza surreale e irrealizzabile qualora l'operazione

---

<sup>98</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 495, Zanichelli Editore, 2018, dove viene riportato come le principali realtà quotate in settori nevralgici con intervento pubblico che prevedono tali limitazioni siano ENI ed ENEL, con soglie comunque inferiori, per la precisione il 3%, che si giustifica anche e soprattutto con la possibilità di introdurlo senza passare per modifiche statutarie.

sia stata direttamente condotta sui mercati<sup>99</sup>. La soluzione che viene proposta da alcuni studiosi sarebbe di “sterilizzare” solo il diritto di voto e non viziare l’intera operazione, almeno fino a quando non si sia regolarizzata rispondendo ai dettami posti dall’art. 8 [Giannelli]. Indipendentemente dalla soluzione a tale problema risulta evidente un paradosso, il legislatore ha scelto di estendere, ex art. 1 comma quinto, solo parti mirate del Testo Unico per evitare di ingabbiare in regole apposite per società pubbliche le quotate che hanno bisogno di libertà operativa, ma ha finito con l’andare a creare una disciplina non idonea per quest’ultime proprio tramite il *modus operandi* prescelto.

## **5.2. Principi fondamentali in tema di governance.**

Proprio come per tutte le altre società con partecipazioni pubbliche anche nelle società quotate, una volta fatta chiarezza sulle partecipazioni, conviene spostare l’occhio sulle questioni di governance.

Il discorso torna ancora una volta sull’articolo 2449 del codice civile, che tante critiche aveva sollevato prima del 2008 e ancora oggi fa molto discutere, in particolare proprio per la previsione contenuta nel quarto comma che è dedicata al tipo di società che stiamo analizzando. Tale disposizione prevede che le società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio possono contare sulla possibilità di emettere strumenti finanziari diversi da azioni e obbligazioni di cui all’articolo 2346, comma 6° del codice civile, oltre che di prevedere l’attribuzione di diritti ai soci pubblici tramite particolari categorie di azioni.

Il primo punto da tenere presente è che si fa riferimento non solo alle società quotate ma alle società che fanno ricorso al mercato del capitali di rischio, vale a dire quelle società che hanno iniziato un processo di transizione dalle società non quotate a quelle quotate, ma che ancora non sono arrivate nei mercati regolamentati pur avendo una

---

<sup>99</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 373, Wolter Kluver Editore, 2016, il quale inoltre non manca di rilevare anche ulteriori difetti dell’art. 8 del TUSPP, quali per esempio la doppia sanzione in caso di primo acquisto o sottoscrizione rispetto alle successive, che condurrebbe alla paradossale soluzione di rendere la disciplina più severa applicabile al momento in cui si procede a piccoli acquisti iniziali, ma di bloccarne l’applicazione durante operazioni massicce di consolidamento partecipativo.

massiccia diffusione azionaria secondo delle soglie prestabilite e a cui si applicherà a volte la disciplina delle non quotate altre volte delle quotate, come avviene in questo caso<sup>100</sup>.

Fatta questa precisazione dobbiamo ricordare che probabilmente nel 2008 il legislatore ha voluto consentire l'utilizzo di strumenti societari di diritto comune per il mantenimento di prerogative tipiche del controllo pubblico, senza che si ricadesse nella censura del *Golden share*; tuttavia la dottrina lamenta molti difetti in questo comma, in primis il fatto che non si indichi, come nel primo comma tramite il concetto di proporzionalità al capitale sociale, un'unità di misura di questi diritti o ancora la tipologia degli stessi, che può portare ad influenze gestorie o comunque a rafforzare il controllo del socio pubblico<sup>101</sup>.

Passando invece al Testo Unico abbiamo ben poco da dire perché l'articolo 1 funge da confine invalicabile a ciò che può o non può applicarsi di tale testo legislativo alle società quotate, quindi, non essendo richiamato, non si applica l'articolo 11 che è la norma di riferimento sul tema; ma del resto se ricordiamo come i punti nevralgici di tale norma fossero legati a struttura, requisiti e compensi di organi facenti parte delle società pubbliche, sarà ragionevole concludere che la gran parte dei problemi e delle questioni che si tentano di risolvere con tali previsioni siano tutt'altro che presenti nelle società quotate, che invece, ricordiamo, meno ingerenze e paletti pubblici hanno più riusciranno a competere con le proprie simili sui mercati.

In realtà sottolineare come si possa escludere tranquillamente dal raggio applicativo delle quotate l'articolo 11 non solo per mancanza di richiamo, ma anche per assenza di esigenze a cui tale norma tenta di far fronte per le società quotate, risulta importante ai fini del discorso rimandato al capitolo successivo sulla responsabilità, in quanto anche l'articolo 12 del TUSPP non ha clausole di applicabilità espressa alle quotate, tuttavia vedremo come serva fare un'attenta riflessione sui pro e contro della non applicabilità dello stesso.

---

<sup>100</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagina 146, UTET Giuridica Editore, 2015.

<sup>101</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 498, Zanichelli Editore, 2018.

### **5.3. Particolarità in tema di quotazione.**

A conclusione di questo spazio dedicato alle società quotate con partecipazioni in mano pubblica risulta essere interessante parlare del loro particolare processo di quotazione, se non altro perché rappresenta uno di quei rari casi in cui il legislatore non si limita a considerare le norme del Testo unico applicabili anche alle quotate, ma dedica un'intera norma a quest'ultime.

In verità si tratta di una norma circoscritta a quelle società controllate, in cui quindi il socio pubblico ha una maggioranza tale da poter procedere di propria iniziativa alla quotazione, visto che qualora non fosse così a nulla rileverebbe porre una disciplina particolare, visto e considerato che non sarebbe in mano allo Stato o alle Pubbliche amministrazioni il potere di determinare la quotazione della società.

La norma è comunque ampia dal punto di vista applicativo contemperando la possibilità di quotazione di azioni e di strumenti finanziari, coprendo in tal modo tutte le ipotesi della nozione analizzata in precedenza, e impone anche che la deliberazione sia adottata secondo le modalità di cui all'art. 7 comma primo, ponendo poca chiarezza sul se si riferisca o meno alla competenza dei soggetti ivi elencati a deliberare e secondo le richieste di cui al 5 comma primo, in particolare motivazioni di efficienza, economicità, oltre che di sostenibilità finanziaria. Si può dire che in questo caso bisognerà motivare la scelta da parte di soggetti pubblici di aprirsi ai mercati, con investimenti privati che non devono collidere con tutte le esigenze enunciate nel paragrafo 5.1 in merito agli interessi strategici dello Stato, per quanto il terzo ed ultimo comma di questo articolo 18, nel far salve le società sottoposte a «regimi speciali in base ad apposite norme di legge», sembrerebbe voler porre sullo stesso piano i settori energetici, comunicativi e di trasporto, che in effetti oggi rappresentano il fior all'occhiello delle società quotate in mano pubblica.

Tuttavia tale norma non si accontenta dei presidi posti dall'art. 5, richiedendo specificatamente anche programmi di mantenimento o dismissione del controllo pubblico sulla società, richiesta che potrebbe essere legata al fatto che non è mancato da parte della dottrina un tentativo di considerare, tramite il combinato disposto del comma terzo e quinto dell'art. 1 del Testo unico, come superabile la disciplina speciale per le quotate

posta dal TUF<sup>102</sup> e di conseguenza, parlando di procedure di quotazione, il prospetto informativo che l'art. 94, comma secondo richiede per poter fornire all'Autorità di vigilanza e agli investitori tutta una serie di informazioni sull'operazione e sulle caratteristiche finanziarie, economiche e patrimoniali dell'azienda stessa<sup>103</sup>. Esprimersi sul superamento o meno di norme di tale importanza risulta essere ardito, ciò su cui sicuramente non si discute è che la lettura dell'art. 18 combinata a quella del 26, vale a dire il regime transitorio a cui si è fatto cenno, fanno propendere non solo per una volontà del legislatore di non complicare, ma anche di agevolare la scelta di soggetti pubblici di aprire gli investimenti delle proprie controllate ai privati e ai mercati regolamentati.

## **6. La crisi d'impresa nelle società pubbliche.**

L'ultimo tema da affrontare prima di concentrarsi sull'indagine della responsabilità del socio pubblico è sicuramente rappresentato dalla crisi d'impresa nelle società partecipate, su cui si riscontra, in prima battuta, un ruolo "pacificatorio" giocato dal TUSPP. Attualmente, infatti, l'articolo 14 prevede la sottoposizione delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni fallimentari e del concordato preventivo, oltre che dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi al ricorrere dei presupposti. Questo primo comma ha quindi posto fine ai lunghissimi dibattiti che hanno preceduto la stessa disposizione legislativa, con la dottrina a dividersi fra i sostenitori di una natura privatistica delle società pubbliche con relativa soggezione alle norme societarie sulla crisi d'impresa (cd. approccio privatistico)<sup>104</sup>, e chi invece considerava rilevante non la forma bensì l'effettiva sostanza di un soggetto che può anche chiamarsi società ma essere in realtà un ente pubblico a tutti gli effetti (cd. approccio tipologico), o ancora chi invece si concentrava sulla funzione che quel determinato ente aveva,

---

<sup>102</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagina 515, Zanichelli Editore, 2018.

<sup>103</sup> Per un'analisi approfondita di tale norma e del ruolo nel processo in analisi V. Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagina 672, DIKE Giuridica Editore, 2017.

<sup>104</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 3: Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, pagine 342 e ss., UTET Giuridica Editore, 2015.

indipendentemente dalla forma societaria o dalla veste pubblicistica (cd. approccio funzionale)<sup>105</sup>.

Le due linee di pensiero che si proponevano di restringere la totale sottomissione delle società con partecipazioni pubbliche alla crisi d'impresa partivano dallo stesso presupposto: il combinato disposto degli articoli 2221 e 1 della l. n. 267/1942, che esclude la sottoposizione alle procedure concorsuali degli enti pubblici, utilizzandolo però in modo diverso. L'approccio tipologico cercava di qualificare determinate società, parliamo di quelle in house, come degli enti pubblici e di conseguenza sottoposti a tali norme che escludevano le procedure concorsuali, anche se formalmente considerate società; in realtà l'idea ha trovato un apparente appiglio nella recente sentenza della Corte di Cassazione del 2013 numero 26283, che è giunta a considerare le società in house non come delle persone giuridiche bensì come patrimoni separati dello Stato, tuttavia ciò che ha chiarito la giurisprudenza contabile subito dopo è che la ricostruzione offerta dalla Cassazione aveva uno scopo ben preciso, nel 2013 infatti era ancora viva la "guerra" per la sottoponibilità al giudice amministrativo di un ipotetico danno erariale derivante soprattutto dalla gestione delle società pubbliche, in primis quelle in house che, come più volte sottolineato, sono le più lontane dalla sfera privatistica. Insomma, mancando una previsione quale quella dell'attuale articolo 12 del Testo unico, la Corte aveva soltanto voluto aprire la strada alla configurazione del danno erariale, ma ciò non comportava e non comporta tanto meno oggi una estensione di tale qualificazione a problematiche diverse, quali quelle delle procedure concorsuali.

Il secondo approccio, detto funzionale, riteneva che le società pubbliche definite come "necessarie", cioè concessionarie di servizi pubblici essenziali, non potessero essere sottoposte a fallimento e concordato preventivo come una qualsiasi altra società privata o pubblica non necessaria, ne derivava una assenza di copertura legislativa da colmare, secondo i classici strumenti ermeneutici, con l'analogia e quindi con il combinato degli articoli 2221 del c.c. e 1 della l. fallimentare. Di argomenti contro questa teoria ne sono stati avanzati in abbondanza, si è parlato dell'impossibilità di qualificare come necessarie le società vista l'effettiva titolarità del servizio pubblico in mano all'ente

---

<sup>105</sup> Cfr. Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 1182 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016 e Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 323 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

e non semplicemente concesso ad una società con forme e strutture privatistiche, si è detto che anche a voler accogliere tale idea di una necessità di ricorrere all'analogia ciò non poteva avvenire con le norme citate precedentemente ma con quelle, privatistiche, più conformi alla natura di tali soggetti societari e via dicendo; ma i due argomenti più pregnanti sono sicuramente che, anche a voler considerare necessarie determinate società pubbliche per i servizi erogati, solo la sottoposizione a fallimento produrrebbe un'ingerenza di soggetti esterni alla società stessa, mentre il concordato preventivo non produrrebbe tal tipo di minaccia, risultando utilizzabile anche nelle società pubbliche necessarie ma ciò produrrebbe un' irrazionale incongruenza<sup>106</sup>.

L'altro argomento, che possiamo azzardarci ad ipotizzare uscendo da altrui impostazioni, è che già la riforma della Legge Finanziaria del 2007, di cui abbiamo abbondantemente parlato in merito ai primi tentativi di ridurre le partecipazioni statali, aveva introdotto quei barlumi di stretta necessità oggi contenuti nell'articolo 4 del TUSPP, che rendevano difficile l'individuazione di società non necessarie più per un discorso di limiti partecipativi che per titolarità del servizio.

Non esistevano dunque molto appigli sistematici per supportare le tesi contrarie ad un'qualificazione privatistica delle società pubbliche ai fini di procedure concorsuali, tuttavia il legislatore ha voluto fugare ogni dubbio con un doppio strumento, il primo è collocato all'inizio del Testo unico ed è quell'articolo 1 comma 3 che, per quanto non espressamente derogato, rimanda alla disciplina comune e privatistica delle società e che sarebbe stato da solo sufficiente ad evitare ulteriori dubbi sul tema. L'altro è l'articolo 14 citato in apertura, il quale come detto sottopone tutte le società pubbliche, comprese quelle in house, alle procedure concorsuali, eliminando qualsiasi dubbio o ulteriore possibile dibattito.

Ma ciò che più preme sottolineare ai fini del nostro discorso è che il legislatore nel Testo Unico non ha voluto semplicemente risolvere l'annosa ma ormai sotto-controllo questione della fallibilità o meno delle società pubbliche, bensì individuare anche strumenti volti a prevenire prima che curare, tesi cioè ad evitare che società con partecipazioni pubbliche si trovino in situazione di fallibilità. In questo senso,

---

<sup>106</sup> Fimmanò F. E Catricalà A., *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Giapeto Editore, 2017.

specularmente a quanto avviene ex articolo 2381, comma 3° del codice civile, l'articolo 6 del TUSPP richiede la predisposizione di programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, che tramite un costante monitoraggio della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica, consentirà di affrontare efficacemente e tempestivamente la crisi d'impresе pubbliche. Qualora poi dai piani predetti emergesse una situazione di crisi, l'organo amministrativo sarà chiamato ad elaborare un piano di risanamento che eviti l'aggravarsi della crisi stessa e che corregga o elimini le relative cause, pena la responsabilità di cui all'articolo 2409 del codice civile (commi 2° e 3° dell'articolo 14).

I successivi due commi dell'articolo 14 denotano invece il nuovo atteggiamento del legislatore verso le società pubbliche, se dobbiamo concepirle e trattarle come società private in tutto e per tutto, garantendo anche una maggiore tutela della concorrenza richiesta dalla stessa Riforma Madia, non si può consentire al socio pubblico di ripianare i debiti aziendali con aumenti di capitale, trasferimento di partecipazioni o rilascio di garanzie, senza piani di ristrutturazione che dimostrino la possibilità di ritrovare equilibrio economico, il che sembra un modo per dire che la liquidità pubblica si immette se ci sono concrete possibilità di tornare in *bonis*, proprio come farebbe un privato e non pensando alle risorse pubbliche come un qualcosa di infinito che si può utilizzare anche a fronte di situazioni economiche, finanziarie e patrimoniali a dir poco tragiche. Sulla stessa lunghezza d'onda, salvo sporadiche ipotesi eccezionali legate agli articolo 2447 e 2482 ter, dove gli interventi sono comunque segnati da una minima cognizione di causa, e ancora ipotesi di tutela di servizi essenziali oltre che di società quotate e degli istituti di credito, che comunque devono basarsi su piani di risanamento, sono vietate le forme di sostegno alle società in perdita "cronica", cioè società in perdita da tre esercizi consecutivi o che abbiano utilizzato riserve disponibili per perdite anche infrannuali (comma 5°).

Il socio pubblico in conclusione ha dei vincoli molto più restrittivi rispetto al passato sul possibile aiuto alle società a cui partecipa, scelta probabilmente in sintonia con i divieti di aiuti di stato in un ottica di mercato concorrenziale e unico provenienti anche dalla comunità europea, ma il vero motivo per cui abbiamo voluto ricostruire questa disciplina è che sarà uno dei principali punti di partenza per capire le possibili colpe e responsabilità del socio pubblico, le cui potenziali ingerenze sugli organi di gestione, i cui interventi vietati dai commi 4 e 5 o il ruolo nell'azione ex articolo 2409, rappresentano dei temi su cui non possiamo esimerci dal soffermarci, e sui quali non ha mancato di

interrogarsi illustre dottrina che ha parlato apertamente di rischi connessi a eventuali “ingerenze pubbliche” nella gestione societaria<sup>107</sup>.

Ricordiamo, infine, che se fino a poco tempo fa le procedure di allerta sembravano peculiari di tali società, con la riforma della crisi d’impresa da parte della Legge 155 del 2017 si sta andando in questa direzione anche in ambito privatistico, riducendo le differenze rispetto la disciplina speciale del TUSPP.

---

<sup>107</sup> Ibba C. e Demuro I., *Le società a partecipazione pubblica*, pagine 345, Zanichelli Editore, 2018.

## Capitolo II

### I danni al patrimonio dello Stato.

**SOMMARIO:** 1. Attuale disciplina delle responsabilità nelle società partecipate. 2. Le possibili responsabilità del socio pubblico nel controllo sugli organi sociali. 3. Il danno legato alle partecipazioni sociali. 3.1. L'ipotesi della mancata dismissione. 3.2. L'ipotesi della violazione delle norme di acquisto e cessione delle partecipazioni. 4. Ruolo e responsabilità del socio pubblico nel fallimento. 5. La delicata questione delle società quotate.

#### 1. Attuale disciplina delle responsabilità nelle società partecipate.

Da questo momento, conclusa la parte ricostruttiva della nuova disciplina delle società partecipate che fosse utile al nostro discorso, esposti i principali temi di classificazione oltre che le differenze ed analogie con il diritto comune, si tratterà solo la questione della responsabilità, considerando che lo scopo che ci siamo proposti di andare oltre le scarse e per alcuni punti insoddisfacenti indicazioni del nuovo Testo unico, non può certo esimerci dall'analizzare, in apertura di questo capitolo, proprio questa nuova normativa contenuta nel TUSPP.

Iniziamo col chiarire un punto di fondamentale importanza, il Testo unico, conformemente alle richieste della Riforma Madia di razionalizzare una disciplina che si stava eccessivamente complicando e di mettere ordine alle questioni definitorie e di competenza giurisdizionale per le responsabilità di organi sociali e dipendenti delle società pubbliche (par. 2, cap. I), ci ha consegnato una norma, l'articolo 12, che presenta più una natura processuale che sostanziale, per quanto anche con importanti risvolti applicativi e punti di riflessione estremamente interessanti. Del resto, quello della responsabilità di organi sociali e dipendenti delle società pubbliche è sempre stato un tema al centro di discussioni giurisprudenziali, che si possono riassumere iniziando da due pronunce fondamentali della Corte di Cassazione: la sentenza 3899 del 2004 e l'ordinanza 20132 del 2004, le quali sono accumulate da una visione estremamente rigida della stessa Corte. Con il primo intervento si sostenne che nel momento in cui si configura un nocumento alla finanza pubblica deve necessariamente considerarsi possibile

l'intervento del giudice contabile, e ciò perché, indipendentemente dalla veste societaria, gli enti in questione rappresentano una sorta di "*longa manus*" di un soggetto pubblico, perciò una volta danneggiati a livello patrimoniale producono danno a quello stesso socio pubblico. Nell'ordinanza invece, anche se si parla di società prevalentemente private, si accolse l'idea che perfino la mera scelta di destinare fondi pubblici diversamente da quanto previsto in origine fosse sufficiente a generare un danno erariale, nonostante quei fondi rappresentassero una forma d'investimento del socio pubblico e non una scelta politica.

Tuttavia la produzione di un danno erariale, che tradizionalmente la dottrina configura come un "danno emergente" in grado di deteriorare un bene o procurare una perdita di denaro ad un'Amministrazione oppure come il mancato acquisto di incrementi patrimoniali da parte della stessa, inteso quindi nel senso di "lucro cessante"<sup>108</sup>, poteva rappresentare una soluzione favorevole al socio pubblico in un'ottica di maggiore tutela delle sue finanze, ma avrebbe allo stesso tempo potuto creare un paradossale vuoto di tutela per il socio privato o quanto meno una forma meno risolutiva sia da un punto di vista procedurale che sostanziale.

In questo contesto si inserisce un'importante presa di posizione del legislatore, il quale con l'articolo 16 bis del Decreto legge 248 del 2007 demandava al giudice ordinario le controversie che coinvolgessero amministratori, organi sociali in generale e dipendenti delle società quotate partecipate, anche indirettamente, in misura inferiore al 50 % dallo Stato. Benché si trattasse di una norma con un raggio di azione abbastanza limitato, si trassero due corollari alternativi fra di loro, il primo, che avrebbe confermato le posizioni della giurisprudenza sopra citata era che, in quanto non previsto diversamente, per le altre società pubbliche si dovesse ritenere esclusiva la giurisdizione contabile, l'altro invece che solo nelle società pubbliche diverse da quelle rientranti in tale articolo 16 bis fosse presente accanto al controllo del giudice ordinario quello contabile.

Quest'ultima è la visione sostanzialmente accolta dalla sentenza della Cassazione 26806 del 2009, la quale per la prima volta fece propria un'impostazione rilevata poi fondamentale per l'attuale struttura dell'articolo 12 del TUSPP, l'idea è che un danno arrecato al socio pubblico è un danno erariale e comporta la relativa responsabilità e

---

<sup>108</sup> Ferrari G. Garofalo G., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2018.

giurisdizione di riferimento, il danno alla società o meglio al patrimonio sociale è invece un danno privato e non basta parlare di “danno riflesso” al socio pubblico per giustificare la giurisdizione della Corte dei conti<sup>109</sup>.

Sulla base di tale approccio oggi l’articolo 12, comma 1°, assoggetta organi sociali e dipendenti alle normali azioni civili di responsabilità, ribadendo che un danno alla società e in particolare al suo patrimonio va trattato alla stregua di un danno a delle società private, ma facendo allo stesso tempo salvo non solo il danno erariale configurabile nelle società in house, ma anche, nei limiti della quota in mano pubblica, quello derivante da pregiudizio al valore delle partecipazioni cagionato da rappresentanti di enti pubblici o comunque da chi abbia il potere di decidere per quest’ultimi, per dolo o colpa grave nell’esercizio dei propri diritti sociali (2° comma).

Si tratta di una formula estremamente complessa, che a parere della dottrina servirebbe a ribadire la giurisdizione della Corte dei conti quando viene direttamente danneggiato il socio pubblico, da qui la formula «nei limiti della quota di partecipazione pubblica», ma che potrebbe aprire la strada, come cercheremo di indagare, a una responsabilità dello stesso socio pubblico per azioni od omissioni, sia dei rappresentati che proprie, connesse all’esercizio dei propri diritti sociali<sup>110</sup>; insomma la norma in questione potrebbe essere una specie di “*passé-partout*” per tutte le possibili ipotesi di responsabilità erariale del socio pubblico, da quelle legate al mancato controllo sull’operare degli organi sociali e dipendenti, al mancato agire nei confronti di questi, a quelle connesse alle partecipazioni sociali, fino alle ingerenze gestorie che potrebbero contribuire a generare o ad aggravare una situazione di crisi d’impresa.

Del resto, se nella stessa rubrica dell’articolo 12 si parla di responsabilità “degli” e non solo “verso” gli enti partecipanti, prima di accettare l’idea che il legislatore alla fine abbia solo voluto chiarire che un danno alla società è trattato, giurisdizionalmente parlando, come un danno privato, mentre un danno al socio pubblico come un danno

---

<sup>109</sup> Cfr. Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagine 837 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016 e Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 165 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

<sup>110</sup> Viene sottolineato come la formula dell’articolo 12, comma 2°, del TUSPP, sia pensata per inglobare sia comportamenti attivi che omissivi, v. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 176, Zanichelli Editore, 2018.

erariale, bisognerebbe cercare di capire se dietro a questa norma ci sia qualcosa in più di un mero riparto di competenza giurisdizionale.

Tuttavia dobbiamo sempre tenere a mente che l'articolo 12 in questione parla di pregiudizio al valore della partecipazione in un modo che sembra porre questo tipo di danno come elemento imprescindibile della stessa fattispecie, ragione per cui, qualora non fosse possibile riscontrare un danno di questo genere, si sposterà l'attenzione su altre norme o comunque impostazioni sistematiche del Testo unico che rimandino alla responsabilità del socio pubblico, cercando di ragionare in termini di obblighi e conseguenti responsabilità di quest'ultimo.

Un'ultima nota prima di concludere questa parte, le particolarità messe in luce sopra a proposito delle società in house hanno portato il legislatore a prendere una posizione esplicita nell'articolo 12 del TUSPP che fa espressamente salvo il danno erariale cagionabile da amministratori e dipendenti di quest'ultime<sup>111</sup>, e che comporta tutta una serie di discussioni circa la possibilità di considerare la disciplina della responsabilità nelle società pubbliche come unitaria o, secondo la teoria del "doppio binario", differente qualora siano coinvolte società in house che hanno un rapporto così stretto col soggetto pubblico da non poter che configurare, a parere di tale seconda teoria, sempre e comunque una danno erariale. Quindi bisognerà indagare, come faremo nel III capitolo, se sia configurabile o meno un danno di natura privata in questo tipo di società o se di contro la responsabilità dell'*in house providing* conduca sempre ad un danno erariale.

## **2. Le possibili responsabilità del socio pubblico nel controllo sugli organi sociali.**

Il primo terreno di ricerca della responsabilità del socio pubblico è quello legato al suo ruolo di controllo e azione nei confronti degli organi sociali, in particolare gli amministratori, e dipendenti delle società partecipate. Tralasciando infatti le società in

---

<sup>111</sup> Ricordando peraltro che sul tema la stessa Cassazione nel 2013 si era spinta fino ad un'audace qualificazione delle società in house come patrimonio separato dello Stato, rischiando di mettere in discussione la stessa natura societaria e tutte le annesse questioni applicative, proprio al fine di arrivare a configurare un danno erariale all'interno di tali società.

house, su cui abbiamo detto viene espressamente estesa la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale cagionato dagli stessi amministratori e dipendenti, nelle altre società a partecipazione pubblica quest'ultimi sono «soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali» (art. 12, comma 1° TUSPP).

Il modo più semplice per capire le responsabilità del socio pubblico in merito alla condotta di tali soggetti è determinare chi effettivamente cagioni danno erariale alle società partecipate, quel danno erariale di cui la Corte dei conti sarà competente “nei limiti della partecipazione pubblica”. Ora tale ultima formula, “nei limiti della quota di partecipazione pubblica”, non ha mancato di generare aspre diatribe, in quanto la giurisprudenza contabile ha da sempre sostenuto che il danno al patrimonio sociale sia di riflesso un danno erariale subito dal socio pubblico, ma si è giustamente rilevato come ad accogliere tale tesi il rischio sia quello di destinare il risarcimento per i danni di amministratori e dipendenti alle casse dello Stato, lasciando ai creditori un ristoro direttamente commisurato alla quota privata, perciò in una società partecipata privatamente al 30 % nei limiti di tale ammontare ci sarebbe un risarcimento per i creditori. Coloro che contestano tale conclusione sostengono come il pericolo sarebbe quello di una vera e propria «*traslazione del rischio d'impresa dal socio pubblico ai creditori sociali*», insomma è come se si consentisse di risarcire il soggetto pubblico a spese di quello privato, ma soprattutto scaricando il rischio d'impresa sui creditori sociali di quest'ultimo<sup>112</sup>.

Successivi tentativi di recuperare tale interpretazione, cercando di sottolineare come il rischio principale di non considerare sussistente un danno erariale a seguito di un danno al patrimonio sociale sarebbe quello di togliere qualsiasi importanza, qualsiasi rilievo e funzione pratica alla formula sopra citata<sup>113</sup>, finiscono in ogni caso col constatare come effettivamente le critiche rivolte, in particolare quella legata al passaggio di rischio d'impresa dai soci ai creditori che potremmo definire un'eresia per il Diritto commerciale, siano effettivamente troppo fondate per continuare a difendere l'idea del “danno riflesso”.

---

<sup>112</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 182, Zanichelli Editore, 2018.

<sup>113</sup> Michieli N., *Le responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, in giurisprudenza commerciale, n. 45.5, Giuffrè Editore, 2018, settembre-ottobre.

Se a tale rilievo aggiungiamo che il primo comma dell'articolo 12 è stato chiaro nel sottoporre organi sociali e dipendenti alle azioni civili e quindi alla configurazione del relativo danno e responsabilità, senza contemplare quello erariale, per il quale si rimanda al comma secondo, è d'obbligo affermare che attualmente il Testo unico, salvo quanto previsto per le società in house, considera organi sociali e dipendenti autori e quindi responsabili di illeciti civili identici a quelli che sono configurabili nelle società private, in particolare quelle di capitali, e che il danno erariale sia quello previsto dal secondo comma, un danno diretto ai soggetti pubblici e non alla società o al suo patrimonio, che di riflesso sia considerabile danno erariale.

Ecco arrivarci quindi al secondo comma dell'articolo 12 che sicuramente disciplina i danni erariali legati al ruolo di amministratori, sindaci e dipendenti, ma che tramite la sua formulazione potrebbe celare una norma in grado di coprire tutti i casi in cui il soggetto pubblico si rende responsabile, con comportamenti attivi o omissivi, di nocumento al patrimonio dello Stato. Ciò che fa tale previsione legislativa è dirci che per danno erariale, di cui parla il primo comma, si intende quello, di natura patrimoniale o non (tipicamente il danno d'immagine dell'ente), subito dagli enti partecipanti; quindi la domanda da porci è: quando e come tali enti subiscono un danno erariale? La risposta ci viene fornita dallo stesso articolo 12, comma 2° che ci indica due ipotesi sostanziali vale a dire quelle dei rappresentanti degli stessi enti pubblici o dei titolari del diritto di voto e quindi decisione, che con dolo o colpa grave, e nell'esercizio dei loro diritti sociali, pregiudichino il valore della partecipazione.

Il primo punto fondamentale che ci chiarisce questa norma è che, indipendentemente dalle questioni legate al danno riflesso che nonostante i perspicaci argomenti riportati sopra riesce ancora a far discutere, per il legislatore del 2016 il danno erariale è fondamentalmente il danno che pregiudica il valore della partecipazione in mano pubblica<sup>114</sup>. Di conseguenza bisogna capire chi possa porre in essere una condotta,

---

<sup>114</sup> L'utilizzo dell'avverbio "fondamentalmente" si rende necessario da chi sostiene che in realtà quello ex articolo 12, comma 2°, non sia l'unico danno erariale possibile perché in origine il legislatore aveva previsto a sua volta un avverbio, "esclusivamente", in grado di togliere ogni dubbio sul punto e la cui eliminazione comporta una grave perdita di chiarezza per la norma stessa. V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 176, ZANICHELLI, anno 2018.

attiva o omissiva, idonea a ledere il valore di tale partecipazione e la legge in questo senso parla principalmente dei rappresentanti degli enti pubblici o dei titolari del diritto di voto.

I rappresentanti sono senza ombra di dubbio i soggetti più interessanti ai fini del nostro discorso, si è ormai più volte sottolineato come le società partecipate siano trattate in tutto e per tutto come delle società private, ma qualora arrivassimo ad affermare che la rappresentanza degli enti pubblici di cui parla questo secondo comma sia intesa nel senso amministrativo e non privatistico del termine, ne deriverebbe la possibilità di considerare fondato il seguente assunto, vale a dire che per rappresentanti altro non si intenda che gli stessi soci pubblici e che quindi quando il legislatore ha scritto che costoro possono cagionare danno erariale comportante svalutazione della partecipazione, intendesse che è lo stesso socio pubblico a potersi rendere autore di tale documento.

Del resto la dottrina in ambito amministrativo quando parla di rappresentanza fa riferimento ad un “rapporto organico” o di “immedesimazione organica” fra chi agisce per conto dell’amministrazione e quest’ultima, tale per cui sia gli atti che i comportamenti dell’agente, nel nostro caso illeciti, siano in realtà imputabili all’amministrazione in questione<sup>115</sup>, anzi potremmo azzardarci a dire che fisicamente agisce il rappresentante ma giuridicamente il socio pubblico, quindi per fare un esempio non è responsabilità semplicemente di quel funzionario o dirigente del ministero ma è responsabilità del ministero stesso e quindi del socio pubblico.

Che la rappresentanza possa intendersi in tal modo sembrerebbe confermato anche dagli elementi soggettivi che sono richiesti dalla norma in esame: dolo o colpa grave, vale a dire i tipici elementi soggettivi che devono sussistere nella condotta di un rappresentante inteso in senso amministrativo affinché si configuri una condotta illecita, pensata in modo da evitare eccessivi timori da parte di dipendenti pubblici che a quel punto preferirebbero “non fare” piuttosto che incorrere in responsabilità.

Inoltre, analizzando questo secondo comma all’indomani della sua entrata in vigore, non erano mancate prese di posizioni simili alle nostre, come chi sostenne platealmente che ci si riferisse alla *«responsabilità per danno erariale in capo al socio pubblico che abbia trascurato, con dolo o colpa, l’esercizio dei propri diritti sociali, così contribuendo a cagionare un danno all’ente in termini di deprezzamento della*

---

<sup>115</sup> Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, pagine 287 e ss., il Mulino Editore, 2018.

*partecipazione*» annoverando fra le possibili condotte il non esercizio di azioni sociali di responsabilità contro gli organi sociali, in particolare verso gli amministratori<sup>116</sup>, che costituirebbe una sorta di *culpa in vigilando*.

Il peso del socio pubblico in questo caso è infatti evidente, l'azione ex articolo 2393 del codice civile che viene richiamata dal primo comma dell'articolo 12, potrebbe essere esperibile solo con la votazione favorevole di quest'ultimo e non dimentichiamoci del quorum di un quinto del capitale sociale richiesto dal comma quinto dell'articolo 2393 per procedere alla revoca d'ufficio degli amministratori, la cui permanenza potrebbe inevitabilmente continuare a ledere la partecipazione in mano pubblica; teniamo anche presente che la più volte approfondita disposizione dell'articolo 2449 del codice civile prevede chiaramente come tutti gli organi sociali di nomina pubblica, dagli amministratori, ai sindaci, ai componenti del consiglio di sorveglianza siano revocabile solo ed esclusivamente dagli enti stessi che li hanno nominati (articolo 2449, comma 2°).

Ma ovviamente la norma si è premunita anche di una portata positiva e non solo omissiva a livello di condotte dei rappresentanti o soci pubblici, ed è emblematico come la Cassazione nel 2016 con la sentenza 21692 abbia considerato i sindaci dei comuni di Bolzano e Merano responsabili con l'Amministratore Delegato di una S.p.a. a prevalente partecipazione pubblica di distrazione dalle finalità pubblicistiche di quella stessa società, condannandoli ad una cifra complessiva di 200.000 euro, con una presa di posizione emblematica: l'Amministratore Delegato è responsabile, civilisticamente parlando, per il "vulnus" arrecato alla società, intesa come soggetto privato giuridicamente autonomo e con personalità giuridica distinta da quella dei comuni soci, per la propria *mala gestio*. Di contro i sindaci sarebbero responsabili di non aver sfruttato la posizione di soci, esercitando i relativi diritti, al fine di bloccare le condotte illecite dell'Amministratore, imponendo una direzione corretta all'interno di tale società.

Oggi quindi potremmo pensare a responsabilità del socio pubblico, o di chi ha il compito di esercitarne i diritti, anche per comportamenti attivi come la nomina di amministratori ex articolo 2449 del codice civile che non rispecchino particolari requisiti di professionalità e competenza necessari in società di questo genere, insomma quella che

---

<sup>116</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagine 853 e ss., Wolters Kluwer Editore, anno 2016.

comunemente viene definita *culpa in eligendo*, o ancora per non essere intervenuti destituendoli tramite revoca, che diversamente dalla precedente sarebbe una *culpa in vigilando*<sup>117</sup>, anche se non ci sentiamo di racchiudere in categorie specifiche una responsabilità che potrebbe, per ragioni sistematiche, essere diversa e più grande.

Allora è come se ci fosse un collegamento logico-funzionale fra le due norme che compongono l'articolo 12 del TUSPP, se vogliamo sottoporre organi sociali e dipendenti alle azioni civili ordinarie dobbiamo accettare l'idea che spetti ai soci pubblici, tramite rappresentanti principalmente, dapprima valutare per mezzo di una capillare attività di controllo che i soggetti sopra citati stiano agendo con la correttezza e diligenza imposta dalla legge, nel caso degli amministratori quella richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (articolo 2392 del codice civile), successivamente, qualora il controllo si rilevasse negativo, agire nei loro confronti affinché a rimetterci non sia la società, perché forse non si potrà accogliere la tesi del "danno riflesso" per ragioni logiche e sistematiche, ma è innegabile che una volta che la gestione scellerata degli amministratori abbia leso la società a risentirne sarà anche il socio pubblico stesso, il quale deve appunto agire per evitare ciò e se non lo fa è responsabile del danno patito dal patrimonio dello Stato o dell'Amministrazione coinvolta.

Quindi in conclusione e in attesa di eventuali diverse posizioni giurisprudenziali, che però appaiono alquanto difficili da sostenere, dobbiamo accettare l'idea che indipendentemente dalla tipologia di società pubblica coinvolta, vale a dire società meramente partecipata o controllata, gli organi e i dipendenti siano responsabili secondo le norme di diritto civile, mentre chi può produrre un danno erariale sia proprio il socio pubblico per difetto di vigilanza e azione verso i soggetti che gestiscono la società, ma a questo punto non risulterebbe assurdo pensare che questo secondo comma vada ben oltre le questioni amministrative e di gestione, arrivandosi a configurare come la norma che giustifica sempre un intervento del giudice contabile nei casi di mancato rispetto delle

---

<sup>117</sup> Conclusioni a cui si arriva in dottrina pur partendo da impostazioni parzialmente diverse, in particolare quella legata al puro riparto di giurisdizione a seconda del capitale privato o del patrimonio dell'ente pubblico coinvolto, che poi però arrivano a notare l'impatto che questa nuova formula utilizzata dall'articolo 12, comma secondo, ha avuto sul tema anche grazie agli orientamenti più recente della Cassazione a Sez. unite. V. Racugno G., *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in giurisprudenza commerciale, n. 45.2, pagina 214. Giuffrè Editore, 2018, marzo-aprile.

norme in tema di partecipazioni o ancora in caso di fallimento o altra procedura concorsuale, insomma di situazioni idonee a generare un danno erariale.

### **3. Il danno legato alle partecipazioni sociali.**

Si è detto come il tema della responsabilità nelle società pubbliche dal punto di vista del socio sia stato molto meno battuto di quello legato agli organi amministrativo o di controllo e ai dipendenti delle società in questione. Secondariamente anche chi ha scritto e provato ad azzardare ipotesi sul tema si è fossilizzato sul secondo comma dell'articolo 12, rapportandolo al primo comma del medesimo articolo e cercando di capire come si potesse dare un senso complessivo alla norma in questione e a questo, tutt'altro che scontato, nuovo riparto giurisprudenziale fissato dal legislatore del 2016. Ne è derivata una produzione di dottrina e giurisprudenza fortemente concentrata sul ruolo e quindi sulle colpe del socio pubblico in merito al rapporto con gli organi di amministrazione e controllo e all'assenza di condotte quali l'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti di tali soggetti, alla revoca degli stessi o ancora imperizia nella nomina, che sono tematiche ampiamente approfondite nel paragrafo precedente.

Tuttavia, una volta che si sia dato un senso logico e sistematico alla previsione dell'articolo 12 e se ne siano tratte le responsabilità del socio pubblico in merito al controllo sulla gestione della società, risulterebbe fortemente riduttivo fermarci qui e non cercare di capire se in realtà la previsione non sia una norma specifica, bensì generale e in grado di coprire altre fattispecie in cui il socio pubblico, con comportamenti attivi o omissivi, pregiudica il valore della partecipazione e di conseguenza genera un danno erariale di cui deve essere considerato a tutti gli effetti responsabile. Insomma, bisogna capire se si possa effettivamente arrivare alla conclusione che l'articolo 12, comma 2°, del TUSPP possa essere parafrasato con l'idea che di ogni danno prodotto allo Stato o in generale alla PA dal socio pubblico, da chi lo rappresenti o ancora da chi ne abbia la titolarità del diritto di voto, insomma da chi può comportarsi come socio, tramite condotte attive o omissive, il socio stesso ne risponda sempre come un danno erariale. In tutto ciò quindi il socio pubblico o il suo rappresentante sarebbero gli agenti in grado di ledere con i propri comportamenti il patrimonio dello Stato o di un altro ente pubblico.

In alternativa si può tentare di cogliere, da un'impostazione sistematica del nuovo TUSPP, una costante indicazione di responsabilità a carico del socio pubblico per i correlati obblighi imposti, e in questo senso sicuramente i doveri che gravano intorno alle partecipazioni in tal tipo di società sono i primi che balzano all'occhio, se è vero, come affermato nel paragrafo 2 del I capitolo, che la stessa nascita del Testo unico si basi su idee e necessità di razionalizzazione e riduzione non soltanto delle norme ma anche appunto delle partecipazioni in ambito pubblico (seguendo sempre le linee guida degli articoli 16 e 18 del TUSPP), ponendo come pilastro di tale normativa, ma più in generale dell'intero impianto legislativo legato alle società in mano pubblica, il concetto di "stretta necessità".

Da qui la scelta di continuare l'indagine sulle responsabilità del socio pubblico proprio sul terreno della disciplina delle partecipazioni sociali, all'uopo ricostruita nei paragrafi 2 e seguenti del I capitolo, tenendo presente come sarà necessario anche in questa sede operare una diversificazione fra la parte del Testo unico legata al tema appunto della stretta necessità quale *condicio sine qua non* della costituzione di società partecipate dallo Stato o altro soggetto pubblico (articolo 4 TUSPP) e che si lega ai controlli periodici di razionalizzazione con le relative sanzioni disciplinari a rendere cogente tale obbligo (articolo 20 TUSPP), per poi affrontare invece il discorso dal lato dell'acquisto, cessione e gestione delle partecipazioni di società già costituite (di cui agli articoli 8, 9 e 10 del TUSPP).

Ricordiamo infine che nel paragrafo precedente si è reso necessario chiarire come le conclusioni a cui siamo giunte fossero principalmente circoscritte alle società partecipate diverse da quelle in house, sulle quali l'articolo 12 primo comma è esplicito nel prevedere un danno erariale realizzabile ad opera di amministratori e dipendenti, giustificato dalle più volte ribadite peculiarità di enti su cui perfino la nozione stessa di società è discussa e discutibile e in cui non si è ritenuto possibile configurare la responsabilità di amministratori e dipendenti su un piano privatistico, nonostante i tanti tentativi di equipararle alle altre società in altri settori quali per esempio quello delle procedure concorsuali a cui si ritiene pacificamente siano sottoposte ex articolo 14; di conseguenza non si pongono dubbi, salvo quanto diremo nel capitolo successivo, circa il soggetto che possa cagionare il danno erariale, visto che questo viene imputato anche a organi sociali e dipendenti. Tuttavia, indipendentemente dal fatto che non ci siano

differenze di questo genere nell'*in house providing*, sicuramente in tema di partecipazioni un ruolo centrale spetta più agli azionisti o ai loro rappresentanti che agli amministratori, per cui è giusto riferirci, nell'esame delle tematiche che ci proponiamo, anche alle società in house, con la precisazione che quando entrerà in gioco l'articolo 10 bisogna inevitabilmente considerare come, salvo diversa previsione legislativa, la cessione delle partecipazioni non possa avvenire a soggetti privati, visto il vincolo di cui all'articolo 16, il che fa venir meno tutta una serie di rischi di responsabilità di cui parleremo.

### **3.1. L'ipotesi della mancata dismissione.**

Il percorso descritto nel primo capitolo che ha portato al concetto della "stretta necessità", di cui all'attuale articolo 4 del TUSPP, che prevede ormai sia ai fini della costituzione, che dell'acquisto o mantenimento delle partecipazioni da parte di soggetti pubblici, dei vincoli di scopo di cui al primo comma e dei vincoli di attività nel secondo comma, parte nel 2007 con la Legge 244, la quale introduce i primi barlumi di "stretta necessità" attorno ad alcune ipotesi tipiche di partecipazioni (per esempio in ambito di progettazione, costruzione o realizzazione di opere di interesse pubblico o ancora di autoproduzione di beni o servizi strumentali) e prosegue con legge 147 del 2013 che invece introdurrà proroghe ai termini fissati nel precedente intervento legislativo per realizzare la dismissione delle società non più rientranti in quegli iniziali canoni di stretta necessità, ma che allo stesso tempo comincia a rendere più cogenti tali obblighi con la fissazione di sanzioni per le amministrazioni inadempienti, quali la sospensione dei diritti sociali.

La realizzazione degli obiettivi posti dalle Leggi del 2007 e del 2013 era ben lungi dall'essere raggiunta, perciò il legislatore nel 2015, alle porte dell'emanazione della Legge delega Madia e successivamente del Testo unico, capì bene come non bastasse porre degli obiettivi programmatici, ma al contrario servisse prestabilire un sistema sanzionatorio e di controllo in merito al raggiungimento della dismissione delle partecipazioni pubblici non considerate più strettamente necessarie, in un clima, peraltro, di *spending review* portato avanti tramite il già citato "Piano Cottarelli" dalla stessa fonte politica autrice delle riforme che stiamo analizzando e che non permetteva più si potesse

rimandare questo progressivo allentamento della partecipazione dello Stato in società di capitali.

Per comprendere tutto ciò non serve ribadire quanto già appurato in altra sede in merito al ruolo dell'articolo 4, ma serve riprendere quelle due disposizioni strumentali alla realizzazione dell'obiettivo di dismissione e di garanzia della stretta necessità che tale norma ha posto, parliamo degli articoli 20 e 24 del TUSPP.

Ora la previsione dell'articolo 24, giova ribadirlo, era posta come transitoria, prevedendo un obbligo per le amministrazioni di procedere, nel termine di sei mesi dall'entrata in vigore del Testo unico stesso, ad una ricognizione delle partecipazioni detenute con una finalità ben precisa: individuare quali fra queste non rispettassero più i canoni di cui all'articolo 4 commi 1, 2 e 3, comunicando l'esito delle indagini alla competente sezione della Corte dei conti (comma 3°). Di contro l'articolo 20 prevede un controllo per alcuni aspetti analogo e per altri molto differente, anche qui infatti si richiede di valutare il rispetto delle finalità dell'articolo 4, ma questa non è l'unica ipotesi che va indagata, bisogna altresì che le partecipazioni detenute non siano in società prive di dipendenti, con più amministratori che dipendenti, che non pongano in essere attività già espletate da altre società, che non perseguano interessi generali, che abbiano soglie determinate di fatturato ed eventuali bisogni di aggregazione o contenimento di costi. Tutto ciò non deve, o meglio dovremmo dire non doveva, essere effettuato solo all'indomani dell'entrata in vigore del TUSPP, ma deve essere effettuato annualmente e anche qui i risultati del controllo devono essere forniti alle competenti sezioni della Corte dei conti. In verità la portata dell'articolo 20 non è stata ancora ben chiarita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in particolare perché si parla di un'analisi che dovrebbe portare, in caso di riscontro di una delle ipotesi predette e contenute nel 2° comma, ad un «piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione», non si capisce quindi se si debba sempre e comunque giungere ad un razionalizzazione e quindi riduzione di quelle che sono le partecipazioni in mano pubblica, o se di contro si tratti semplicemente di una delle possibili soluzioni per far fronte a riscontri negativi ex comma 2, potendosi utilizzare in alternativa fusioni, soppressioni o liquidazioni; giustamente si sottolinea come l'accoglimento della prima

tesi comporterebbe paletti molto più rigidi per il socio pubblico rispetto alla seconda<sup>118</sup>. Un piccolo passo avanti giurisprudenziale sul tema può essere tratto dalla deliberazione 44/2018/VSGO della Sezione Controllo della Corte dei conti dell'Emilia Romagna, dove emerge come a seguito dell'analisi in mano al soggetto pubblico, si parla nel caso specifico di comuni, e al riscontro di varie posizioni non conformi all'articolo 4, si debba procedere oltre che alle razionalizzazioni anche «*ad assumere le iniziative necessarie all'adeguamento degli statuti*» o ancora «*ad assumere, nel caso di società con capitale prevalentemente pubblico, le iniziative necessarie a formalizzare l'eventuale esistenza del controllo pubblico congiunto o a valorizzare la partecipazione raggiungendo i necessari accordi con gli altri soci pubblici*», per cui non sembrerebbe possibile ridurre il tutto alla dismissione ma servirebbero anche interventi diversi, considerati in alcuni casi più risolutivi, accogliendosi quindi la tesi meno rigida fra le due sopra prospettate.

Di contro il problema non si pone, o dovremmo dire non si poneva, per l'articolo 24, che prevede come l'unica possibilità a disposizione delle amministrazioni che avessero riscontrato una non rientranza nelle limitazioni poste dall'articolo 4 commi 1, 2 e 3 sarebbe stata quella dell'alienazione secondo le disposizioni dell'articolo 10 in tema soprattutto di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, richiamandosi anche le norme in tema di liquidazione di cui all'articolo 2437 quater del codice civile (articolo 24, comma 6°).

Tuttavia, indipendentemente da tali aspetti, ai fini del raggiungimento del nostro obiettivo di indagare le responsabilità del socio pubblico su questo terreno, che potremmo definire in modo generico “dismissivo”, è necessario cogliere quelli che sono i punti in comune di queste due norme, *in primis* i soggetti che sono tenuti ad adempiere gli obblighi appena descritti: le amministrazioni pubbliche. Oltre a essere una precisazione che supporta le nostre tesi, si configura anche come utile a fini pratici, infatti dopo la riforma del 2013 si poneva un quesito importante: chi avrebbe dovuto procedere ad indagare la presenza o meno della stretta necessità e adottare, qualora fossero risultati necessari, i conseguenti provvedimenti di razionalizzazione? Nelle disposizioni legislative successive al 2013 si parlava dell'assemblea quale organo preposto a tutto ciò, ma non

---

<sup>118</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagine 272 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016.

mancarono forti perplessità in quanto non dobbiamo mai dimenticare, quando parliamo di società partecipate, che non ci si riferisce a realtà con la sola presenza di soci pubblici bensì anche di soci privati, e allora inevitabilmente il rischio era quello di contrapporre due interessi divergenti, quello del socio pubblico bisognoso di procedere alla dismissione e quello del socio privato preoccupato invece di non depotenziare la propria partecipazione sociale mediante atti di liquidazione, cessione, fusione o simili<sup>119</sup>. Attualmente questi problemi non si pongono più proprio perché entrambe le norme hanno fatto riferimento alle amministrazioni pubbliche, al massimo si tratta di capire chi si occupi materialmente dell'analisi, delle valutazioni ed eventualmente delle razionalizzazioni o comunque operazioni atte ad ovviare i problemi di incompatibilità con le previsioni dell'articolo 4 del TUSPP, e a tale domanda si tende a rispondere sistematicamente facendo riferimento agli articoli 7 e 8 del Testo unico stesso, perciò guardando al Presidente del Consiglio dei Ministri, a seguito di un complesso *iter* che coinvolge il Ministero dell'economia e finanza oltre che i Ministeri competenti, qualora si tratti di partecipazioni statali, il competente organo per quelle regionali, il consiglio comunale o l'organo amministrativo dell'ente nelle residue ipotesi<sup>120</sup>.

Ma indipendentemente da tale aspetto ciò che rileva è che, come primo punto in comune, riscontriamo un onere a carico di quelli che sono i soci pubblici o comunque i loro rappresentanti, perché anche l'ultima formula, l'organo amministrativo dell'ente, probabilmente porta a riferirsi agli organi amministrativi dell'ente pubblico socio, per cui vale il discorso sopra condotto sulla rappresentanza, e non quelli eletti ex articolo 2449 del codice civile, insomma soggetti che non rientrerebbero in quella formula prevista dall'articolo 12, comma secondo e che non legittimerebbe la configurazione di una possibile responsabilità erariale del socio pubblico che danneggi la partecipazione sociale o in generale rechi nocimento al patrimonio pubblico.

Altro punto in comune e potenzialmente idoneo a supportare la nostra idea è quello del controllo della Corte dei conti, a cui dovevano essere trasmesse le ricognizioni

---

<sup>119</sup> Cfr. Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagine 272 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016, il quale parla apertamente di interessi contrapposti, per quanto, parlando del socio pubblico, si dovrebbe considerare la sua posizione più simile ad un obbligo che ad un mero interesse, con addirittura la presenza di prime forme sanzionatorie quale la sospensione dei relativi diritti sociali.

<sup>120</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagina 271, Wolters Kluwer Editore, 2016.

dell'articolo 24 e dovranno per il futuro essere trasmessi i provvedimenti adottati secondo i commi primo e secondo dell'articolo 20, o addirittura un'informativa che avvisi come l'amministrazione sia ormai priva di qualsiasi partecipazione su cui potrebbe concentrarsi un'analisi richiesta dallo stesso articolo 20.

In realtà non sono mancati tentativi di ridimensionare il ruolo attribuito alla Corte dei conti, parlando di un controllo puramente informativo secondo la disposizione in commento, come se poi ciò non comportasse una esplicita possibilità di giurisdizione e conseguente configurazione di danno erariale<sup>121</sup>.

Risulta tuttavia difficile condividere tale idea alla luce del terzo ed ultimo punto in comune delle due norme, un impianto sanzionatorio che va ben oltre le normali previsioni civilistiche di sospensione dei diritti sociali, già pensate nel 2013 e confermate dal comma 5° dell'articolo 24, e che al contrario prevede un *quid pluris*, rappresentato dalla clausola di cui all'articolo 20 comma 7° «salvo il danno eventualmente rilevato in sede di giudizio amministrativo contabile, comminato dalla competente sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti», insomma un danno erariale che si aggiunge al pagamento di una somma di denaro in caso di mancata adozione degli atti previsti da questo articolo 20. Tale previsione non viene riprodotta o esplicitamente richiamata dall'articolo 24, ma non sono mancate, come si accennava nel primo capitolo, argomentazioni condivisibilissime circa la necessità di considerarla applicabile in entrambe le sedi per ragioni sistematiche<sup>122</sup>, inoltre anche a non voler accogliere tale suggerimento va detto che l'articolo 24 ha ampiamente esaurito le sue funzioni, si tratta di una norma “scaduta” e soppiantata ormai dall'articolo 20, che prescrive controlli annuali e quindi pro futuro.

Si è detto quindi che il primo punto in comune di queste due norme sia in merito alla competenza e che quest'ultima si può scorgere in soggetti che rientrerebbero pacificamente nella nozione del comma secondo dell'articolo 12, confermando l'idea che il legislatore abbia voluto ideare una norma generale in grado di coprire ipotesi diverse da quelle del mero controllo sugli organi e i dipendenti e simili a quella che stiamo analizzando, che fra l'altro rappresentano il fondamento stesso della riforma e quindi sono

---

<sup>121</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 35 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

<sup>122</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagina 133 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016.

importanti quanto le previsioni in tema di gestione sociale e relative responsabilità (se non di più!); insomma verrebbe confermata una portata sistematica nel Testo unico, legata all'articolo 12 comma secondo, secondo quanto abbiamo sopra ipotizzato.

Tuttavia si potrebbe facilmente replicare che l'articolo 12, comma 2°, preveda quale elemento imprescindibile di tale fattispecie non solo la presenza di un soggetto che possa comportarsi come un'azionista, ma anche un deprezzamento della partecipazione e sicuramente la mancata dismissione di partecipazioni non rispondenti ai nuovi canoni del TUSPP non crea questo tipo di danno, ma piuttosto un danno che si sostanzia nel fatto che rimangono a carico dello Stato quote di società inutile, non produttive o non redditive. Insomma, il danno erariale c'è, ma non sarebbe quello di cui parla l'articolo 12, ma più che guardarlo come un argomento contrario alla nostra tesi, dovremmo intenderlo come una precisazione che il legislatore, giustamente aggiungerei, ha voluto fare proprio per evitare possibili dubbi interpretativi come quelli che abbiamo esposto.

Quindi magari in questa prima ipotesi che abbiamo analizzato il danno erariale che riscontriamo non è esattamente quello di cui parla l'articolo 12, forse quindi non possiamo avere un ulteriore sostegno all'idea che il secondo comma di tale norma possa essere utilizzato come "*passe-partout*" per tutte le volte in cui si possa imputare un danno erariale al socio pubblico, ma sta di fatto che un danno erariale nel caso di mancata dismissione c'è, ed è previsto in modo esplicito, per cui possiamo quanto meno confermare l'esistenza di un impianto sistematico per cui quando il socio pubblico, o chi per lui, non adempie agli obblighi imposti da tale nuovo Testo unico, inevitabilmente viene considerato autore e responsabile di un danno erariale.

### **3.2. L'ipotesi della violazione delle norme di acquisto e cessione delle partecipazioni.**

Abbiamo concluso il paragrafo precedente constatando come, indipendentemente dall'utilizzo del secondo comma dell'articolo 12 per configurare una responsabilità erariale a carico del socio pubblico in merito alla mancata dismissione di partecipazioni in contrasto con l'attuale articolo 4 del TUSPP, si sia previsto espressamente nelle disposizioni che dovevano (articolo 24) e dovranno (articolo 20) accompagnare il socio

in tale compito un controllo e un possibile giudizio di responsabilità per danno erariale da parte della Corte dei conti.

Ora invece si tratta di capire se nelle norme riguardanti la parte dell'acquisto e circolazione di partecipazioni da parte di soggetti pubblici si sia adottata la stessa metodologia o se, di contro, possa essere considerato utilizzabile quell'articolo 12 comma 2°, che abbiamo provato ad immaginare come una norma generale in grado di coprire ipotesi di responsabilità erariale del socio pubblico, o di chi lo rappresenti o ne abbia la titolarità del diritto di voto, per un deprezzamento del valore della partecipazione diverse dalle sole ipotesi del controllo e successivo agire nei confronti di amministratori, sindaci o dipendenti delle società partecipate. Tenendo ancora una volta in considerazione come tali eventuali responsabilità vadano riscontrate nel consueto percorso che partendo dagli obblighi del socio pubblico, passando per l'inadempimento degli stessi, giunge quindi ad una responsabilità.

Iniziando dall'acquisto abbiamo visto nel primo capitolo come la disposizione del Testo unico di riferimento sul tema sia l'articolo 8, ma che quest'ultima tramite una serie di rinvii a catena coinvolga anche gli articolo 7, commi 1° e 2° e 5, comma 1°, ma soprattutto abbiamo notato che sotto la dicitura "acquisto" si celano molte più operazioni, in particolare la normativa dell'acquisto di partecipazioni da parte di soggetti pubblici è equiparata a quella della costituzione di società che coinvolga soci in ambito pubblico, ma soprattutto, per espressa previsione dell'articolo 8 comma primo, le disposizioni si riferiscono altresì ad aumenti di capitale e operazioni straordinarie come le fusioni.

I rinvii operati da questo primo comma dell'articolo 8 hanno una duplice funzione analizzate sopra e che sinteticamente possiamo ricordare in questo modo, il primo comma dell'articolo 7 ci dice quali saranno i soggetti competenti a deliberare tali operazioni e ancora una volta, come nel caso dei piani di riassetto visti in precedenza, rinveniamo Presidente del Consiglio dei Ministri per le partecipazioni statali, organo regionale, consiglio comunale o altri organi amministrativi dell'ente, insomma soggetti che abbiamo già definito come rientranti nella categoria dei rappresentanti di cui parla l'articolo 12, dall'altro lato la funzione assoluta mediante il rinvio dell'articolo 7 comma primo all'articolo 5 è quella di definire le formalità che devono presiedere all'atto deliberativo in questione. Si sono quindi approfonditamente valutate le motivazioni circa le analisi condotte prima di tale deliberazione, quali il rispetto delle finalità e attività previste

dall'articolo 4, circa la convenienza economica, circa il fatto che non si sarebbero potuto destinare diversamente e in modo migliore risorse pubbliche e soprattutto il riscontro dei tre famigerati canoni dell'efficienza, economicità e efficacia dell'azione amministrativa<sup>123</sup>.

Ora la differenza fra l'ambito dell'acquisto e quello della dismissione, che giustifica anche il fatto di trattarle separatamente in merito alla responsabilità, sta tutta nel secondo comma dell'articolo 8 e quindi in quella forma di "copertura" che il legislatore ha previsto nell'eventualità che le amministrazioni non rispettassero i precetti di queste norme, vale a dire l'inefficacia del contratto di acquisto nel caso in cui manchi o sia invalida la deliberazione, per cui se l'unica cosa che può fare il legislatore in caso di mancata dismissione è congelare i diritti sociali, tranne quelli propedeutici alla dismissione stessa, e imporre sanzioni pecuniarie, in ambito di acquisto ha voluto utilizzare lo strumento più idoneo a garantire il rispetto dei paletti posti: l'inefficacia<sup>124</sup>.

Tuttavia, la presenza di un meccanismo maggiormente garantista delle nuove norme che vincolano soggetti pubblici nell'acquisto o nell'effettuazione di equiparate operazioni in società di capitali, non sottrae a forme di rischio di danno erariale, considerando come, anche in presenza di un atto deliberativo valido, le necessità di cui parla l'articolo 5 comma primo potrebbe essere inesistenti o non corrispondenti alla realtà delle cose. Non sorprende quindi come la dottrina, nel ricostruire la disciplina dell'acquisto delle partecipazioni, parli apertamente di atto deliberativo «*sottoposto ai normali controlli previsti in ambito pubblicistico*», atti a garantire il soddisfacimento dell'interesse al controllo sull'operare dell'amministrazione, facendo riferimento in

---

<sup>123</sup> Per una più attenta analisi circa la ratio di tali motivazioni, la definizione della loro natura e soprattutto l'importanza che hanno in riferimento agli obiettivi che la Riforma Madia si era posta nell'ottica di tutela di un mercato concorrenziale oltre che di riduzione della spesa pubblica ed efficienza dell'agire della Pubblica Amministrazione, si rinvia al capitolo I paragrafi 1, 3 e 3.2.

<sup>124</sup> Si è approfondito nel capitolo I, paragrafo 3.2, il problema del mancato coordinamento del primo e secondo comma dell'articolo 8, in quanto il primo si riferisce generalmente a tutta una serie di operazioni, mentre il secondo riconduce la sanzione dell'inefficacia deliberativa solo all'acquisto in modo esplicito. Si è però anche osservato come sia per ragioni sistematiche, che giurisprudenziali, in particolare citando il caso 5792/2017, in cui il Tribunale di Milano, pur non prendendo esplicita posizione circa l'applicabilità o meno di tale secondo comma alle altre operazioni, sottolinea l'importanza dell'atto deliberativo in un situazione di aumento di capitale che ha comportato danno al socio privato e che probabilmente dovrebbe condurre all'idea che sia necessario considerare l'inefficacia una soluzione volta ad evitare ciò e ulteriori uscite a carico di soggetti pubblici per provvedere a tali risarcimenti, in linea con tutta la ratio della Riforma Madia.

maniera approfondita a quelli che sono gli obblighi pubblicitari e di trasmissione previsti dal Testo unico e non solo, in particolare per quanto concerne

il primo la necessità che gli schemi di deliberazioni siano approvati da consultazioni pubbliche (articolo 5, comma 2°) e ancora la trasmissione alla Corte dei conti, oltre che all’Autorità garante della concorrenza e del mercato (comma 3°)<sup>125</sup>; mentre per quanto concerne obblighi extra-TUSPP parliamo di quelli di pubblicazione sul sito internet degli enti di cui all’articolo 22 del d.lgs. 33 del 2013<sup>126</sup>.

Ciò che più di ogni altra cosa ci preme sottolineare, ai fini del nostro discorso, è sicuramente questo nuovo riferimento alla Corte dei conti che, al pari di quanto visto in tema di dismissione, viene considerato più informativo che volto ad appurare eventuali responsabilità, tuttavia all’interno di un’impostazione sistematica del TUSPP, che in un modo o in un altro continua a porre degli obblighi a carico dei soggetti pubblici, con relativi controlli della giurisdizione contabile e forme di responsabilità, non sembra irrazionale ipotizzare un controllo molto più che informativo da parte della Corte dei conti stessa.

Tuttavia, contrariamente a quanto abbiamo constatato in tema di dismissione e per la precisione all’articolo 20 comma 7°, non abbiamo fra gli articoli 5, 7 e 8 un’espressa previsione di configurabilità di un danno erariale, per cui ciò che dobbiamo chiederci è se possa celarsi tal tipo di responsabilità dietro queste operazioni.

Per quanto concerne specificatamente il tema dell’acquisto sembra essere più facile ancorarsi alle soluzioni accolte nel paragrafo precedente circa la dismissione, le due ipotesi sono infatti molto più simili di quanto si possa pensare, come nel caso dismissivo il rischio di inadempimenti da parte dei soggetti pubblici è quello di mantenere partecipazioni non finalisticamente rientranti nell’articolo 4, o prive di utilità per assenza di dipendenti, per essere sostanzialmente dei doppioni di altre e ancora senza prospettive economiche e reddituali in grado di porre a riparo il socio pubblico da perdite inutili, allo stesso modo l’acquisto di quote di società di capitali senza uno dei vincoli dell’articolo 4

---

<sup>125</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 53, Zanichelli Editore, 2018.

<sup>126</sup> Che ancora una volta si riferisce, al pari del secondo comma dell’articolo 8 del TUSPP, solo all’acquisto delle partecipazioni. Tuttavia, viene ricostruita dalla dottrina una portata sistematica della norma in questione, cfr. Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagine 126, Wolters Kluwer Editore, 2016 e Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 53, nota 47, Zanichelli Editore, 2018.

rispettati, senza che ciò sia economicamente conveniente per l'amministrazione o risponda canoni di efficienza ed economicità, perché ad esempio le risorse pubbliche potevano essere indirizzate diversamente in modo più proficuo, crea un documento al patrimonio pubblico che deve essere oggetto di responsabilità erariale.

Insomma essendo le due ipotesi praticamente identiche, ma poste su lati diversi della barricata in quanto in un caso si parla di acquisto in società non rispondenti a certi canoni, nell'altro di mantenimento di partecipazioni in società con le medesime caratteristiche, la responsabilità del socio pubblico potrebbe essere nell'ambito dell'acquisto ricostruita analogicamente da quella della mancata dismissione ex articolo 20, comma settimo del TUSPP, tanto più che tra le altre cose gli obblighi posti dalla disciplina delle due operazioni sono in capo ai medesimi soggetti (quelli dell'articolo 7, comma 1°). La differenza se vogliamo è cronologica, o meglio nel caso di dismissione si dovrà procedere subito in questo modo qualora non siano rispettate le norme poste dall'articolo 20, nel caso dell'acquisto la responsabilità non andrà subito indagata, bisognerà prima capire se ci sia o meno un atto deliberativo e se questo sia valido, successivamente se siano concreti, fondati e condivisibili le analitiche motivazioni di cui parla l'articolo 5.

Se invece spostassimo l'attenzione sulle altre operazioni che, sotto l'etichetta dell'acquisto, vengono disciplinate insieme a quest'ultima, quali aumenti di capitali o fusioni, ci renderemmo conto invece che in tali casi l'utilizzo dell'articolo 12 comma secondo sarebbe senza dubbio più razionale, in quanto un'operazione di aumento di capitale in una società non corrispondente ai canoni fissati dall'articolo 5 e quindi non in grado di mantenere una situazione di equilibrio economico finanziario e di redditività non può che rappresentare un cattivo investimento per le casse pubbliche, ma soprattutto un investimento che, se non produce effetti benefici, potrebbe generare anche un deprezzamento di partecipazioni in mano pubblica che precedentemente si sarebbero liquidate a prezzo maggiore.

Pensiamo anche ad un'operazione di fusione con società, sia partecipate che private al 100%, in una situazione non prospera e che porti la società partecipata, senza nessuna ripercussione positiva per gli interessi pubblici generali, ad accollarsi debiti o ancora, nel caso di fusione per incorporazione, un errore o una dolosa accettazione di un rapporto di cambio sfavorevole, questione su cui i soggetti di cui all'articolo 7 e quindi

legati ai soci pubblici hanno competenza deliberativa, e che sicuramente non rappresenta un agire compatibile con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. Insomma, ancora una volta tramite una ricostruzione sistematica si possono scorgere dietro agli obblighi dei soci pubblici delle forme di responsabilità per danni verso il patrimonio dello Stato.

Rimane a questo punto il tema dell'alienazione, la cui disciplina abbiamo esposto sempre in precedenza al capitolo I, e di cui ricordiamo solo un punto fondamentale ai fini dell'indagine su possibili responsabilità del soggetto pubblico e cioè che in questo terreno, contrariamente a quanto avvenga nelle operazioni trattate in precedenza, l'articolo 10 non richiede di rispettare le analitiche motivazioni nel processo deliberativo di cui all'articolo 5, ma va semplicemente a richiamare tre principi che dovranno presiedere nel processo di alienazioni: pubblicità, trasparenza e non discriminazione (articolo 10, comma secondo del TUSPP). Si è anche ricordato come, indipendentemente dalle condivisibili affermazioni circa la presenza di maggior coinvolgimento di interessi pubblici nelle operazioni di acquisto piuttosto che in quelle di vendita, la più concreta motivazione di tale discrasia sia senza ombra di dubbio il fatto che il filo conduttore di questa riforma sia quello di diminuire le partecipazioni in mano a soggetti pubblici e quindi le operazioni di alienazione vengono snellite e rese molto più semplici di quelle di acquisto.

Tuttavia anche in questo caso il Testo unico non si esime dal pretendere il rispetto di determinate modalità di compimento delle operazioni da parte del socio pubblico, tanto che ciò che fondamentalmente rimane uguale rispetto alle operazioni viste prima è il ruolo dei soggetti di cui all'articolo 7 e potenzialmente rientranti nella formula del 12 comma 2° come rappresentanti o titolari del diritto di voto; inoltre mediante tre parole: pubblicità, trasparenza e non discriminazione, pone un obbligo ben preciso di alienazione tramite procedure competitive, un po' come se si trattasse dell'assegnazione di un servizio pubblico di interesse generale.

La dottrina da questo punto di vista, pur non prendendo posizioni esplicite circa ripercussioni di natura erariale e conseguente configurazione di responsabilità, si esprime emblematicamente in questo modo *«le dismissioni di partecipazioni sociali devono naturalmente rispondere a criteri di razionalità economica, a maggior ragione perché*

*espressione di un investimento compiuto attingendo a risorse pubbliche»<sup>127</sup>, il che sta chiaramente ad indicare come non si discuta circa il fatto che la disciplina di vendita è agevolata in quanto meno rischiosa di quello di acquisto, ma di certo non manca anche qui il rischio di un danno al patrimonio dello Stato.*

L'idea quindi è che solo una procedura competitiva aperta a resa conoscibile ad un ampio spettro di soggetti secondo il canone della pubblicità, che si svolga in modo trasparente in modo tale da porre tutti i cittadini nelle condizioni di conoscere il tipo e i motivi di determinate scelte, ferme le responsabilità di soggetti pubblici incaricati di prendere le decisioni stesse, e per finire senza discriminazioni nella scelta dell'acquirente, possa evitare che l'investimento compiuto in passato dallo Stato o da altra amministrazione si riveli essere una perdita.

Tra l'altro non si può certo escludere che un danno possa essere arrecato anche al valore delle partecipazioni *lato sensu* e conformemente all'articolo 12, qualora infatti oggetto della vendita non fosse l'intero capitale detenuto da un soggetto pubblico e non si rispettassero i principi sopra citati concludendo ad un prezzo di mercato inferiore, ciò determinerebbe un deprezzamento anche delle restanti partecipazioni in mano pubblica.

Tutto ciò sembra confermato dalla fondamentale *condicio sine qua non* richiesta dal secondo comma dell'articolo 10 del TUSPP per accettare una "negoziazione diretta", quindi senza gara ad evidenza pubblica, vale a dire: un'analitica motivazione delle convenienza economica, riferendosi soprattutto alla congruità del prezzo, a dimostrazione che il principale obbligo che in questo terreno il legislatore pone a carico del socio pubblico alienante sia quello di garantire il giusto prezzo e la convenienza economica dell'affare, che non devono venire meno neanche nei casi eccezionalmente ammessi delle procedure competitive.

In conclusione che la si voglia vedere in un modo, ancorandosi a quanto dice l'articolo 12, comma 2° inteso in senso generale e non circoscritto al ruolo che il socio pubblico o chi per lui ha nell'ambito dell'amministrazione e controllo, o nell'altro, ricercando in via interpretativa e sistemica un impianto di responsabilità nel Testo unico, è sicuramente innegabile che ci siano anche in tema di partecipazioni tutta una serie di doveri imposti al soggetto pubblico che possono tramutarsi in responsabilità in caso di

---

<sup>127</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 56, Zanichelli Editore, 2018.

inadempimento e conseguente danno erariale e ciò per ragioni legate a investimenti inutili e dannosi per la casse pubbliche, come nel caso di mancata dismissione o acquisti non conformi alla nuova disciplina, ma anche per operazioni straordinarie o cessioni in grado di attentare al valore delle partecipazioni già detenute.

Quindi risulta tutt'altro che vuota la formula utilizzata nella stessa rubrica dell'articolo 12 che parla di responsabilità degli enti partecipanti prima ancora che verso gli stessi.

#### **4. Ruolo e responsabilità del socio pubblico nel fallimento.**

L'ultimo terreno su cui ci siamo proposti di concludere la nostra indagine circa le responsabilità del socio pubblico dal punto di vista erariale è rappresentato dal fallimento, intendendosi però in senso più generale tutto l'ambito della crisi d'impresa in società partecipate, che è un argomento fonte di numerosi obblighi in capo al socio pubblico sia espressamente previsti dalla legge che, come vedremo in seguito, ricondotti dalla dottrina in un'ottica interpretativa e ricostruttiva.

L'analisi della disciplina posta oggi dal TUSPP in materia di procedure concorsuali ci ha portato ad alcune conclusioni basilari per il tema di questa sede, in particolare che sotto la dicitura «società a partecipazione pubblica» ormai l'articolo 14 intende tutte le società a cui partecipano soggetti pubblici, perfino le società in house che tanti dubbi avevano creato e in cui vedremo come il ruolo del socio pubblico a livello di gestione possa comportare conseguenze importanti sulla crisi d'impresa<sup>128</sup>.

L'altro punto fondamentale è che il legislatore *in primis* si è posto l'obiettivo di evitare il raggiungimento di una situazione di crisi nelle imprese pubbliche, per farlo ha previsto strumenti di valutazione costante del «rischio di crisi aziendale» ad appannaggio

---

<sup>128</sup> Si veda il capitolo I, par. 7, per in particolar modo le problematiche che aveva originato una recente e fondamentale sentenza della Corte di Cassazione, la 26283 del 2013, che aveva tentato un'audace qualificazione delle società pubbliche come patrimonio separato dello Stato al fine di estendere la giurisdizione della Corte dei Conti, ma che come chiarito non poteva avere ripercussione su terreni diversi da quelli delle responsabilità in tema di gestione e quindi in relazione alla sottoponibilità alla procedure concorsuali non ha scalfito l'idea che ormai si stava facendo strada e che ha definitivamente trovato posto nel nuovo Testo unico di una equiparazione alle altre società partecipate anche per quelle in house.

dell'organo amministrativo, che dovrà sempre tenere informata l'assemblea (articolo 6 TUSPP) e qualora emergessero indicatori di crisi l'obbligo, sempre a carico degli amministratori, di adottare piani di risanamento idonei ad evitare aggravamenti di tale situazione, ridurre gli effetti ed eliminare le cause, pena la configurazione di una grave irregolarità in grado di generare un danno alla società rientrante nei canoni dell'articolo 2409 del codice civile. Insomma ciò che ha voluto creare il legislatore dal 2016 in poi è un vero e proprio modo efficace e tempestivo di gestire la crisi che teoricamente, sia per previsione dell'articolo 6 che del 14, viene circoscritto alle società a controllo pubblico dando l'idea di voler lasciare quelle in cui lo Stato partecipa soltanto libere di gestire in modo più discrezionale tali dinamiche, ma in realtà va da sé che ormai anche il diritto comune, vedasi le previsioni di cui agli articoli 2381 e 2409 a cui si è fatto riferimento nel primo capitolo ma anche la prossima riforma in ambito fallimentare (Legge 155 del 2017), prevede la necessità di un adeguato assetto organizzativo anti-crisi, tanto che, a detta di molti, trattasi di una specificazione alquanto irrilevante da parte del TUSPP<sup>129</sup>.

In secondo luogo il legislatore, sempre in clima di riduzione della spesa pubblica, di trattamento di queste società come se fossero private e di rafforzamento della concorrenza sul mercato, ha previsto come interventi finanziari da parte del socio pubblico (amministrazioni) quali aumenti di capitale, trasferimento di partecipazioni o altre forme di aiuti, il rilascio di garanzia, siano preclusi senza piani di ristrutturazione in grado di dimostrare l'idoneità di quelle società a tornare in una situazione di equilibrio economico (4° comma). Piani di ristrutturazioni sono necessari anche nei casi di deroghe di cui al 2447 e 2482 ter al generale divieto di intervenire in soccorso delle società in perdita cronica (5° comma). Insomma come detto nel primo capitolo, contare su finanze pubbliche non autorizza certo a salvare situazioni critiche, il socio pubblico, detto in maniera molto spicciola, non può "buttare" soldi e ciò è dimostrato dalla seconda parte

---

<sup>129</sup> Cfr. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 336 e ss., Zanichelli Editore, 2018, dove si rileva la presenza di questa attività di monitoraggio preventivo a carico dell'organo amministrativo pur nella convinzione che la specificazione dell'ambito applicativo circoscritto alle società a controllo pubblico non sia decisivo e Guerrera F., *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in giurisprudenza commerciale, n. 44.3, pagine 373 e ss. Giuffrè Editore, 2017 maggio-giugno, il quale invece puntualizza come sia già presente nel diritto comune una procedura di gestione della crisi preventiva ed efficace, tale per cui il richiamo, alla luce dell'articolo 1, comma 3, del TUSPP, risulta superfluo.

del comma quinto, che, anche in riferimento a società strategiche per interessi generali, richiede comunque piani di riassetto al fine di consentire trasferimenti straordinari e pone, quali presidi imprescindibili, la comunicazione alla Corte dei conti e l'approvazione dell'Autorità di regolazione del settore; i piani di riassetto devono in ogni caso porsi come obiettivo il ritorno, entro tre anni, all'equilibrio finanziario.

A fronte di tale impostazione si ripete quello che è il *leitmotiv* in tema di responsabilità delle società pubbliche ovvero ci si concentra su ruoli e colpe degli organi sociali, in particolari degli amministratori, rinunciandosi di contro a valutare se la posizione peculiare di tali società possa produrre un fondamento di responsabilità anche per il socio pubblico. In effetti è facile constatare come sul tema degli organi amministrativi la questione sia abbastanza lineare e facile da commentare, ad oggi il ruolo centrale che hanno quest'ultimi a livello di costante misurazione circa l'equilibrio economico finanziario delle società in mano pubblica (articolo 6) e in tema di intervento quando scattino i primi campanelli d'allarme (articolo 14, comma 2°), porta a concludere senza grandi discussioni che una grave irregolarità legittimante la denuncia al tribunale ex articolo 2409 del codice civile da parte dei soci, tra cui quello pubblico, per violazione dei doveri di amministrazione sia configurabile non solo nel caso di violazione dell'articolo 14 comma secondo, per cui in situazione già di crisi o comunque di avvicinamento alla stessa, ma anche prima e cioè nel momento che dovrebbe, secondo l'articolo 6, portare ad un'attenta analisi di rischi; quindi la mancata adozione di programmi di valutazione dei rischi porta allo stesso tipo di responsabilità della mancata assunzione di provvedimenti quando ormai ci siano già sintomi evidenti di insolvenza o di generale crisi economica, ma non potrebbe neanche negarsi in casi ancora precedenti di un'irregolare tenuta della contabilità per esempio<sup>130</sup>.

Tuttavia che questo ruolo nevralgico degli amministratori sia motivo per esimerci dall'indagine circa le responsabilità del socio pubblico è tutt'altro che condivisibile, sia perché, come accennavamo sopra, le specificazioni effettuate circa la necessità di una prevenzione e gestione tempestiva della crisi d'impresa nel Testo unico sono ben lungi dall'essere peculiare di tale settore, tanto che addirittura si azzarda l'idea di una non

---

<sup>130</sup> Racugno G., *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in giurisprudenza commerciale, n. 45.2, Giuffrè Editore, 2018 marzo-aprile.

necessaria precisazione a fronte della clausola dell'articolo 1, comma 3°, sia perché in realtà anche l'articolo 14 coinvolge il socio pubblico e cita la Corte dei conti fra i soggetti che hanno un ruolo di controllo circa il suo operare, seppur in maniera decisamente più circoscritta rispetto ai casi sopra analizzati. Inoltre risulta interessante accennare al fatto che nel 2015, quindi prima dell'entrata in vigore del TUSPP ma in un contesto giurisprudenziale già indirizzato verso queste visioni, La Corte dei conti Piemonte, con la sentenza 99/2015, sottolineò come da un lato dovessero essere considerati applicabili i principi civilistici che limitano la responsabilità del socio pubblico in caso di liquidazione, facendo rispondere solo la società col proprio capitale, ma anche che nel momento in cui lo stesso socio pubblico immettesse liquidità per coprire tali debiti inevitabilmente rinunciarebbe alla limitazione di responsabilità in questione e perderebbe quelle finanze pubbliche che andrebbero a favore dei creditori sociali originando un illegittimo *favor* e cagionando, come logica conseguenza, un danno erariale<sup>131</sup>.

A dimostrazione di ciò non si è mancato di constatare come l'impianto fornitoci oggi dal TUSPP in tema di crisi sembrerebbe così articolato, tutti i compiti che vengono affidati alla competenza degli amministratori, per cui dalle costanti misurazioni richieste dall'articolo 6, agli interventi correttivi e risolutivi delle cause volti ad evitare aggravamenti, rientrerebbero in una normale sfera gestoria e quindi in un momento che cronologicamente si pone in un'ottica di prevenzione o al massimo iniziale della crisi d'impresa, di contro il coinvolgimento del socio pubblico con qualsiasi intervento tipico o atipicamente riconducibile a quegli dell'articolo 14, dagli aumenti di capitale al fornire garanzie per citarne solo alcuni, rappresentano interventi strutturali che presuppongono un avanzamento irreversibile della crisi e quindi una situazione di fortissimo squilibrio economico finanziario o probabilità di non essere in grado di adempiere alle proprie obbligazioni nel breve periodo<sup>132</sup>.

Si pongono innanzitutto dei dubbi, come accennavamo all'inizio, circa alcuni doveri riconducibili in via interpretativa al socio pubblico: parliamo della dichiarazione

---

<sup>131</sup> <http://quotidianoentilocali.ilsole24ore.com/art/servizi-pubblici/2015-07-07/il-comune-socio-non-e-tenuto-pagare-debiti-partecipata-liquidazione-161107.php?uuid=ABIkE6j>

<sup>132</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 341, Zanichelli Editore, 2018. Ciò che emerge in modo incessante dallo studio di questo ed altri contributi dottrinali sul tema è che, pur non essendoci approfondimenti circa responsabilità del socio pubblico, quanto meno si sta andando nella direzione di capire quali possano essere i ruoli giocati dallo stesso, aspetto che più volte poi abbiamo visto essere fonte di obblighi e responsabilità.

di fallimento presentata, conformemente all'articolo 6 della l. Fallimentare, dallo stesso debitore. In realtà quella della competenza a dichiarare auto-fallimento nelle società è una questione tutt'altro che pacifica anche nel diritto comune, senza presunzione di voler ricostruire in maniera esaustiva il problema, l'opinione oggi più accreditata è quella secondo la quale spetti all'organo amministrativo in quanto rappresentante della compagine sociale procedere a tale dichiarazione, soprattutto alla luce delle responsabilità civili e penali poste dall'articolo 217, n. 4, della l. Fallimentare in tema di bancarotta semplice e desumendosi quindi una qualificazione di tale dichiarazione come di scienza, senza che attenga all'ambito negoziale o della straordinaria amministrazione<sup>133</sup>; non mancano però opinioni opposte che reclamano un ruolo fondamentale da parte dell'assemblea sociale chiamata a deliberare, secondo i quorum richiesti dagli articoli 2368 e 2369 del codice civile con più di un terzo del capitale sociale su tematiche di competenza assembleare volte a decidere lo scioglimento delle società, che forse non sarà automatico come sostenuto dalla prima opinione, ma su cui la dichiarazione di fallimento avrà senza ombra di dubbio un impatto potenzialmente decisivo.

Inevitabilmente questi dubbi vengono ereditati anche dalle società partecipate, in particolare quelle a controllo pubblico di cui parla l'articolo 14 del TUSPP, ma qui abbiamo un elemento che potrebbe spostare sensibilmente l'ago della bilancia, parliamo della costante informazione che, a norma dell'articolo 6 commi 2° e 4°, gli amministratori sono tenuti a fornire all'assemblea circa la valutazione del rischio aziendale tramite relazioni sul governo societario predisposte annualmente ed allegato al bilancio. Nell'articolo 14 ciò non viene espressamente previsto, ma va da sé che l'unico modo per capire da parte dei soci se ci siano state mancanze o meno degli organi sociali, legittimanti il ricorso all'articolo 2409 del codice civile, sia quello di venire costantemente informati circa i provvedimenti presi ex articolo 14, la cui valutazione fra l'altro può e deve essere considerata propedeutica alla possibile adozione di piani di ristrutturazione che

---

<sup>133</sup> Cfr. Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 3: Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, pagine 348 e ss. UTET Giuridica Editore, 2013 e Jorio A. e Fabiani M., *Il nuovo diritto fallimentare*, pagine 116 e ss., Zanichelli Editore, 2010, in particolare quest'ultimo ancora tale tesi alla pronuncia della Corte di Cassazione 19983 del 2009, in cui si fa riferimento alla competenza dell'organo amministrativo in quanto rappresentante perché non si tratterebbe di un atto di straordinaria amministrazione o negoziale, bensì semplicemente di una dichiarazione di scienza.

giustificano gli interventi strutturali di cui al comma 4°; insomma non ci sono dubbi circa l'esistenza di costanti obblighi informativi a carico degli amministratori e conseguenti diritti in capo ai soci in merito alla crisi, e ciò quanto meno nelle società controllate, perciò se consideriamo decisiva l'idea che tali diritti di informazione comportino un argomento a favore del coinvolgimento dell'assemblea nella dichiarazione di fallimento<sup>134</sup>, sicuramente un primo obbligo in capo al socio pubblico è quello di procedere a tale dichiarazione tramite un deliberazione che prenda atto della situazione irreversibile della società verso lo stato d'insolvenza e quindi azioni un procedimento su cui comunque gli amministratori, proprio per una questione di responsabilità a carico degli stessi, avranno diritto anche di contraddire. Non si può controbattere a tale affermazione neanche sulla base del meccanismo dell'articolo 1, comma terzo, in quanto non siamo in presenza di un'esplicita previsione legislativa, quella dell'articolo 6 l. Fallimentare appunto, che si sarebbe dovuto derogare espressamente al fine di configurare una disciplina diversa rispetto al diritto comune, ma di mere interpretazioni di una norma che possono mutare per bilanciare le particolari esigenze di società, quali soprattutto quelle a controllo pubblico.

Dando quindi per assodato un ruolo deliberativo dell'assemblea nella dichiarazione di fallimento, in particolare in quelle in cui il controllo è in mano al socio pubblico, è inevitabile come una dichiarazione che si sarebbe potuto evitare, utilizzando magari il concordato preventivo e quindi tentando di ritornare *in bonis* prima ancora di liquidare, o semplicemente intervenendo con strumenti previsti dal comma 4° quali gli aumenti di capitale perché si intravedevano le «concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico» di cui parla l'articolo 14, rappresenti un comportamento attivo in grado di ledere il valore della partecipazione sociale ex articolo 12, comma secondo, producendo quindi un danno erariale corrispondente a tale fattispecie. Così come la scelta di non deliberare il fallimento può portare ad inutili tentativi di recuperare un equilibrio economico finanziario ormai compromesso e quindi condurre all'ulteriore deprezzamento della partecipazione in sede di liquidazione.

---

<sup>134</sup> V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 346 e ss., Zanichelli Editore, 2018, i quali in ogni caso non prendono posizioni esplicite sul tema, anzi dovendosi proprio schierare propendono per l'idea che il socio sia in ambito privato che pubblico non sia mai coinvolto, ma rilevano come sia innegabilmente un argomento forte a favore del coinvolgimento dell'assemblea la presenza di tutti questi obblighi di informazione.

Non dimentichiamo poi che anche il venir meno dei presidi posti dai commi 4 e 5 dell'articolo 14 all'utilizzo di finanze pubbliche in aumenti di capitale, rilascio di garanzie o trasferimento straordinario di partecipazioni, comporta un inevitabile danno al patrimonio dello Stato ad opera del socio pubblico, che deve evitare interventi «tamponi» e comportarsi come un investitore privato che opera sul mercato partecipando a finanziamenti di imprese in crisi solo qualora ci siano concrete possibilità di tornare *in bonis*, come certificato da piani di ristrutturazione <sup>135</sup>.

Quest'ultimo aspetto si acutizza nel comma quinto dell'articolo 14, dove oltre a porsi dei divieti assoluti di interventi finanziari, salvo eccezioni, a favore di società ormai in perdita cronica (per la cui nozione si veda il paragrafo 7 del capitolo I) si aggiunge anche che qualora siano coinvolte, per convenzioni, contratti o altri programmi, delle società che provvedono ad un interesse generale, gli interventi di cui sopra saranno consentiti a patto di avere un piano non di semplice ristrutturazione ma di riassetto, che dimostri le prospettive di ritorno in equilibrio finanziario entro tre anni, ci sarà la necessità di porre il tutto all'attenzione della Corte dei conti, rimarcandosi il rischio di comportamenti attivi o omissivi di soci pubblici o rappresentanti degli stessi in grado di ledere il valore della partecipazione o più in generali di inutili quanto dannosi interventi con fondi pubblici, che configurano tutti comportamenti astrattamente idonei a generare un danno erariale.

Questa lunga analisi ci consente quindi, al pari dei temi sul controllo verso gli organi sociali e delle partecipazioni, di giungere a conclusioni comportanti un impianto sistematico da cui si desume una responsabilità in capo del socio pubblico o di chi per lui agisce, desumibile sia argomentando dalla fattispecie dell'articolo 12, sia in senso più specifico dalla struttura consegnatoci dal legislatore, anche se non si può certo negare come tali idee siano accettabili più per le società controllate dallo Stato che per le altre, in quanto la sostanziale omogeneità di controlli circa i rischi di una crisi aziendale anche per le società di diritto comune che siano solo partecipate ipotizzata sopra, non presta così

---

<sup>135</sup> Racugno G., *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in giurisprudenza commerciale, n. 45.2, Giuffrè Editore, 2018 marzo-aprile, parla espressamente di responsabilità delle «amministrazioni-socie» che si limitino anche solo ad immettere denaro nelle casse di società pubbliche senza prospettiva di eliminazione delle cause della crisi stessa. E ancora Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 336 e ss., Zanichelli Editore, 2018, che avanzano l'idea di un socio pubblico ormai vincolato in tutto e per tutto a comportarsi come se fosse un privato investitore.

facilmente il fianco all'idea che poi ci sia un coinvolgimento dell'assemblea e conseguentemente del socio pubblico nell'ambito delle procedure concorsuali delle stesse.

Se invece spostassimo l'attenzione sul tema delle società in house il discorso si farebbe più teorico e meno pratico, in quanto bisognerebbe ragionare sul peculiare estrinsecarsi della gestione amministrativa in tali società, che si pongono o come meri uffici o organi interni dell'amministrazione di riferimento, qualora si accolga una nozione di controllo analogo in senso amministrativo e quindi di "*longa manus*", o comunque come di società che subiscono l'ingerenza, l'indirizzo e la supervisione dell'amministrazione stessa, ancorandosi ad un'idea maggiormente societaria di eterodirezione, seppur non totalmente coincidente con quella ex articolo 2497 del codice civile<sup>136</sup>.

Ovviamente l'accoglimento della prima idea porterebbe alla sostanziale sottrazione di queste società al fallimento, cosa che il TUSPP nel 2016 ha voluto spazzare via nella maniera più assoluta, tanto che come più volte ripetuto neanche l'intervento della Cassazione del 2013 sulla configurabilità di tali società come patrimoni separati dello Stato viene considerato idoneo e sufficiente a condurre a un tale risultato sottrattivo.

Se quindi accogliamo l'altro indirizzo ecco concretizzarsi i fantasmi richiamati, seppur in modo non troppo approfondito, da alcuni studiosi circa una possibile ingerenza del socio pubblico, sia in sede di liquidazione dove i creditori sono sottoposti a pericoli di mancato completo realizzo della propria posizione, sia e ancora prima nell'adozione di scelte gestionali e imprenditoriali sbagliate e che si rivelano essere le principali cause della crisi d'impresa. Ovviamente se ricordiamo la lunga analisi condotta nel capitolo primo circa le analogie e differenze fra le varie società a controllo pubblico, i pericoli di cui parliamo sono sostanzialmente circoscritti proprio a queste società in house, in cui la gestione potrebbe rappresentare il mero riflesso di scelte imposte dalle rispettive amministrazioni di riferimento<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Per maggiori chiarimenti e approfondimenti su tema si veda nel capitolo I, il paragrafo 5.1.3, appositamente dedicato al tema del controllo analogo nelle società in house e alla sua natura alla luce dei recenti interventi legislativi e visioni giurisprudenziali e dottrinali.

<sup>137</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 346, Zanichelli Editore, anno 2018, in cui si sottolineano questi rischi in particolar modo accentuati qualora si accetti un concetto forte di controllo analogo e rapportandoli al tema dell'applicabilità della responsabilità da direzione e coordinamento nelle società in house stesse.

Non sarebbe allora così assurdo pensare a una responsabilità del socio pubblico per attività da eterodirezione facendo un parallelo, con le dovute differenze, con quanto accade ex articolo 2497 del codice civile in tema di gruppi, in cui la controllante risponde per i danni alla redditività e al valore della partecipazione sociale, ma ciò rimanda inevitabilmente ad un tema ulteriore e più complesso che ci siamo proposti di analizzare nel capitolo successivo, vale a dire se sia, per l'appunto, configurabile o meno una responsabilità da direzione e coordinamento nelle società in house e più in generale una responsabilità di tipo privatistico e non erariale, tenendo a mente i caratteri peculiarmente richieste dalla legge per quest'ultime al fine di ovviare alle gare ad evidenza pubblica nella scelta del soggetto affidatario di servizi di interesse generale<sup>138</sup>. In conclusione, il discorso condotto nel terzo capitolo circa il perimetro applicativo della responsabilità da eterodirezione si lega a doppio filo con quello delle colpe per ingerenze gestorie da parte delle amministrazioni pubbliche verso le società in house.

## **5. La delicata questione delle società quotate.**

Il quesito che ci poniamo in questo paragrafo non concerne possibili nuovi ambiti di responsabilità erariale da parte del socio pubblico, quanto piuttosto se le conclusioni a cui siamo giunti in tutti i paragrafi precedenti siano condivisibili ed estensibili alle società quotate che siano in orbita pubblica, sia tramite partecipazioni minoritarie che di controllo.

La risposta è tutt'altro che scontata, ed invero si possono semplicemente abbozzare delle ipotesi in quanto non esiste ancora uniformità di veduta tra esponenti della dottrina e neanche grandi indicazioni dal punto di vista giurisprudenziale.

Il motivo di tali dubbi si cela dietro a quella che è la natura delle società quotate pubbliche e la conseguente impostazione che ha voluto adottare il TUSPP in merito alla

---

<sup>138</sup> Volendo anticipare alcuni aspetti che approfondiremo nelle sedi opportune, potremmo ricordare come la dottrina, prima ancora delle recenti riforme e quindi di un retroterra diverso su cui condurre l'analisi in questione, aveva profondamente criticato gli interventi del legislatore del 2009 che aveva circoscritto il perimetro applicativo della responsabilità da eterodirezione per escludere lo Stato, soprattutto a causa delle perdite derivanti in quel periodo dalla gestione di Alitalia. V. Marchisio E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in Brescia Morra C. E Meo G. E Nuzzo A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, Anno 2015.

disciplina applicabile. Abbiamo infatti ampiamente studiato nel primo capitolo quella che, in primo luogo, è una natura per certi versi differente rispetto alle altre società partecipate, poiché trattandosi di società tipicamente chiamate ad operare sui mercati regolamentati, facendo ampio ricorso ad investitori e risparmiatori per finanziarsi, era necessario non stravolgerne troppo la struttura, il funzionamento, le norme in tema di governance e anche, per ciò che ci interessa, le questioni legate alla responsabilità<sup>139</sup>.

Insomma, trattasi nell'immagine più volte proposta nel primo capitolo, delle società con partecipazioni pubbliche più vicine al diritto comune e quindi all'opposto delle società in house ma lontane anche da quelle controllate, bisognose quindi di un metodo che ne disciplinasse il funzionamento in modo peculiare e che attualmente rappresenta l'altro carattere fondamentale.

Il metodo di cui stiamo parlando, e che abbiamo analizzato sopra, si è concretizzato in primis in un'attenta opera di selezione delle disposizioni precedenti al Testo unico non considerate in contrasto con i nuovi dettami della Riforma Madia, ma soprattutto, per quanto concerne le norme del TUSPP, in una metodologia completamente all'opposto di quella adottata per le altre società partecipate. Se da un lato quindi il legislatore ha previsto alla più volte citata disposizione dell'articolo 1, comma terzo, che per quanto non espressamente derogato dal Testo unico si applicherà alle società partecipate tutta la disciplina privatistica e comune, per le quotate ci viene detto invece che le previsioni del TUSPP saranno applicate solo se espressamente richiamate, in caso contrario ci si ancora alla disciplina generalmente osservata per tali società, così da centellinare sapientemente gli interventi della nuova fonte legislativa a questioni accuratamente scelte in base ai bisogni che pongono<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Si vedrà come anche tale conclusione sia tutt'altro che scontata, in quanto in passato anche tali società sono state oggetto di interventi a cascata che hanno comportato uno sforzo per il legislatore del 2016 al fine di ordinare e determinare quali disposizioni ante-Testo unico fossero applicabili, oltre a stabile come si sarebbe rapportata la disciplina dello stesso TUSPP. Per l'analisi di tale lungo e complesso processo si rinvia alla sintetica ed esemplificativa ricostruzione fatta nel capitolo I, paragrafo 6.

<sup>140</sup> Un altro aspetto che abbiamo ampiamente commentato nel primo capitolo e che va sinteticamente ricordato è sicuramente quello legato alla nozione di società quotate, si rinvia infatti all'articolo 2, lettera p, dove si elencano tre figure:

- 1) Società emittenti azioni nei mercati regolamentati.
- 2) Società che, al 31/12/2015, avessero emesso strumenti finanziari, diversi dalle azioni, sui mercati regolamentati.
- 3) Le società partecipate da una fra quelle dei punti precedenti, purchè non controllate o partecipate a loro volta da amministrazioni pubbliche.

Per tutti i dubbi e le questioni pratiche sollevate da tale nozione si rinvia al capitolo precedente.

Per rispondere quindi al quesito che ci siamo posti dobbiamo ragionare allo stesso modo, capire cioè quali norme del passato siano ancora valide e quali siano superate, oltre alle ovvie ripercussioni pratiche di tali conclusioni, ma soprattutto chiederci quali norme del TUSPP, alla luce della previsione di cui all'articolo 1, comma 5°, siano applicabili.

Iniziando dalle norme concernenti le responsabilità nelle società pubbliche quotate ante Testo unico si deve partire dall'articolo 16 bis del Decreto legge 248 del 2007, dove, al pari di quanto abbiamo visto fare nel Testo unico, il legislatore si premurò semplicemente di dirimere le questioni legate alla competenza giurisdizionale sugli organi delle società quotate in orbita pubblica, prevedendo un criterio quantitativo in base al quale una partecipazione inferiore al 50% da parte dello Stato avrebbe comportato la sottoponibilità degli organi sociali alla giurisdizione civile. Il criterio era più problematico di quanto potesse in prima lettura sembrare, poiché non si è mancato di sottolineare come fosse tutt'altro che scontato considerare nel caso opposto, vale a dire quello di una partecipazione superiore alla metà del capitale sociale da parte dello Stato, gli organi sociali soggetti alla giurisdizione contabile; in particolare ci si domandava se fosse da estendere completamente o solo in parte questo tipo di giurisdizione<sup>141</sup>, che poi sono problemi sostanzialmente simili a quelli avvertiti oggi in merito alla previsione dell'articolo 12 che è ancora ben lungi dall'essere chiarita e compresa in modo univoco ed inequivocabile.

Ovviamente per determinare se le conclusioni raggiunte nei paragrafi precedenti siano o meno estensibili alle società in esame bisogna partire proprio da questo aspetto, capire cioè se la responsabilità nelle società quotate pubbliche sia oggi disciplinata dall'articolo 16 bis del decreto del 2007 o dall'attuale articolo 12 del Testo unico. Se ci attenissimo in modo stretto alla nuova impostazione del TUSPP stesso dovremmo senza alcun dubbio escludere che l'articolo 12 sia in grado di soppiantare la vecchia disciplina del 2007, con la conseguenza che il discorso circa il socio pubblico che anche tramite

---

<sup>141</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 500 e ss., Zanichelli Editore, 2018, non manca di sottolineare la poca chiarezza della norma in esame da questo punto di vista, ma anche sotto l'aspetto del calcolo di tale percentuale, infatti per le azioni non comportanti diritto di voto o con voto limitato nulla si diceva e bisognava capire se attribuire rilievo alla necessità di un controllo statale secondo le disposizioni dell'articolo 2359 del c.c., oppure, come sostenuto da Romagnoli G., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Le società*, Wolters Kluwer Editore, anno XXVII, dare peso solo al dato quantitativo e considerare idonee anche partecipazioni senza o con diritto di voto limitato ai fini del conteggio.

rappresentanti o titolari del diritto di voto possa produrre, con azioni o omissioni nell'esercizio dei propri diritti sociali, un danno erariale che si concretizza nella lesione al valore delle partecipazioni in mano pubblica, non si possa estendere alle società quotate<sup>142</sup>. Infatti, le uniche previsioni che rinveniamo nel Testo unico in merito a tali società sono quelle su partecipazioni e procedimento di quotazione, mentre non ci sono norme che si ancorino espressamente alla disciplina dell'articolo 12, così come in quest'ultimo non si fa esplicito riferimento alle quotate e considerarlo implicito rischia di creare una forzatura alla luce del comma quinto dell'articolo 1, il quale richiede una precisa ed esplicita estensione della disciplina del TUSPP.

La conseguenza è che tutto il discorso circa gli obblighi del socio pubblico di controllo su nomina e operato degli organi sociali e dei dipendenti, di revoca degli incarichi, di azione civile nei loro confronti al fine di evitare danni al valore delle partecipazioni, non varrebbero in queste società.

Tuttavia è difficile dar torto ad una perspicace argomentazione contraria a quanto sopra sostenuto, qualora ritenessimo ancora oggi vigente l'articolo 16 bis si avrebbe la paradossale conseguenza di una disciplina in cui agli organi sociali e dipendenti di tutte le società pubbliche sia ricondotta la giurisdizione civile, mentre nelle quotate con partecipazione pubblica superiore al 50% sarebbe ancora previsto il giudizio della Corte dei conti, al pari di quanto avviene, per espressa previsione dell'articolo 12, nelle società in house, vale a dire nelle società più lontane dalla disciplina privatistica e soprattutto dal concetto stesso di società<sup>143</sup>; perciò si arriverebbe all'inaccettabile conclusione che proprio nelle società quotate, o meglio in alcune di loro dove il pubblico è il principale azionista, in cui l'obiettivo espresso del legislatore è stravolgere il meno possibile, si configurerebbe una responsabilità eguale a quella delle società in house!

Quindi tutto ciò che abbiamo sostenuto nel paragrafo 2 di questo capitolo circa l'interpretazione e i risvolti applicativi dell'articolo 12, comma 2°, del TUSPP sarebbero

---

<sup>142</sup> Ovviamente lo stesso discorso varrebbe per la prima parte dell'articolo 12, quella che ha sottoposto alle azioni civili organi sociali e dipendenti delle società in mano pubblica, salvaguardando il danno erariale che si può configurare nelle società in house, oltre a quello del comma secondo di cui ci siamo principalmente occupati.

<sup>143</sup> V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 519, Zanichelli Editore, 2018, dove si aggiunge che tale conclusione sarebbe da considerarsi incostituzionale alla luce dell'articolo 3 della Costituzione e quindi di parità di trattamento. Di conseguenza la previsione di cui all'articolo 16 bis del Decreto legge 248/2007 viene considerata implicitamente abrogata ex articolo 15 delle disposizioni preliminari al codice civile.

perfettamente configurabili anche nelle società quotate di cui parla la lettera “p” dell’articolo 2, ciò per ragioni di coerenza, razionalità e sistematica impostazione fatta proprio dal Testo unico e a sua volta pretese dalla Riforma Madia, tenendo presente che a livello di esercizio dei diritti sociali e più generalmente di rappresentazione dello Stato, un ruolo nevralgico lo rivestono Ministero dell’economia e delle finanze, oltre che Cassa Depositi e Prestiti come holding delle più importanti società quotate in mano pubblica (vedasi capitolo I, par. 6).

Accolta l’idea di poter usare in questo senso l’articolo 12, non possono negarsi gli ulteriori corollari che la norma può avere in tema di acquisto di partecipazioni secondo quanto previsto dall’articolo 8, che al terzo comma è chiaro nello stabilire una applicazione alle quotate di tutte le norma più volte analizzate in tema di competenza e presidi negli acquisti, qualora quest’ultimi comportino l’assunzione della carica di socio. Non si può negare neanche la presenza degli obblighi previsti in tema di dismissione, essendo la previsione dell’articolo 4 generalizzata e volta a coprire tutte le ipotesi di partecipazioni non conformi ai nuovi dettami.

Diverso, in modo parziale ma probabilmente decisivo, è il discorso in merito alla cessione delle partecipazioni, l’articolo 10 fa salve le disposizioni speciali in merito alle partecipazioni in mano allo Stato ma per il resto non essendoci una previsione espressa che renda applicabile tale disciplina alle società quotate generalmente rientranti nella nozione dell’articolo 2, il dato potrebbe essere di per sé deciso ai fini di una risposta negativa circa l’estensibilità di tale disciplina alle società oggetto dell’analisi.

Tuttavia ricordando che i principali risvolti applicativi di questa norma sono legati alla configurabilità di tre fondamentali principi che governano le operazioni di cessione: pubblicità, trasparenza e non discriminazione, si ritiene che oltre ad essere principi che già connaturavano la previgente disciplina della Legge 332/1994, sono comunque corollari indefettibili delle operazioni di cessione sui mercati regolamentati, perciò anche a considerare non estensibile la nuova disciplina del TUSPP, le operazioni in questione sarebbero sostanzialmente disciplinate allo stesso modo.

Il problema sta nel fatto che non possiamo fare lo stesso discorso per la deliberazione dell’amministrazione pubblica non rinvenibile in altre norme e anzi considerate un ostacolo a tali operazioni, contrariamente a quanto avviene nell’articolo 8 in merito all’acquisto dove, alle condizioni predette, si richiama espressamente tutta la

procedura degli articoli 7 e 5, con il rischio che tale argomento risulti decisivo per escludere le responsabilità potenziali riscontrate su questo tema<sup>144</sup>.

Stesso discorso si può fare sull'ultimo terreno di indagine, quello fallimentare previsto dal nuovo articolo 14, dove sicuramente dubbi si sono sottolineati per tutte le società diverse da quelle controllate, quindi quelle partecipate soprattutto, considerandosi forte la tentazione di affermare come il legislatore abbia voluto in tema di crisi d'impresa porre principalmente fine all'aspra diatriba circa le società in house e premurandosi di evitare interventi a scatola chiusa o comunque disperati da parte del socio pubblico, che invece, grazie a questi nuovi dettami, viene portato a comportarsi al pari di un privato. Si potrebbe allora percepire alla luce del comportamento dello Stato negli ultimi anni, vedasi la vicenda Alitalia per citarne una, e dei limiti in tema di *golden share*, quanto meno opportuno ritenere applicabile il primo comma del nuovo articolo 14, che prevede espressamente una soggezione di tutte le società pubbliche a fallimento e procedure concorsuali. Per quanto concerne la restante parte di tale disposizione invece i risultati di un'estensione potrebbero essere troppo vincolanti per società chiamate ad operare nei mercati regolamentari, rivelandosi quindi un dannoso *bumerang*. Inoltre non dobbiamo mai perdere di vista l'impostazione più volte citata del TUSPP e se in merito all'articolo 12 si potrebbero accettare le conclusioni a cui è giunta la dottrina, ai fini di tutela di un bene superiore rappresentato dalla razionalità e coerenza del sistema, è altrettanto vero che comportandosi ogni volta in questo modo, cercando di considerare applicabili norme non espressamente richiamate a società quotate per maggiore logicità, si rischia di avere una sorta di effetto abrogativo dell'articolo 1, comma 5°, o comunque di tradirlo in modo eccessivo.

In conclusione la questione circa la responsabilità nelle quotate a cui si riferisce il Testo unico è tutt'altro che risolta, serviranno probabilmente dei chiarimenti da parte della giurisprudenza di cui per ora non disponiamo, ma sicuramente da queste pagine e

---

<sup>144</sup> Tra le altre cose bisogna anche ricordare che dall'analisi condotta nel primo capitolo è emerso un inequivocabile intento da parte del legislatore di favorire la quotazione tramite un processo sicuramente più snello e un regime transitorio di cui all'articolo 26. Si percepisce un generale intento di agevolare la quotazione ma anche la cessione e circolazione di tali partecipazioni, quest'ultimo discorso vale poi per tutte le partecipate, che non sarebbero obiettivi raggiungibili se venissero considerate applicabili le norme in tema di deliberazione ex articolo 10. V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 522, Zanichelli Editore, 2018, dove per altro si sottolineano i necessari controlli parametrati al tipo di società di Consob e Banca d'Italia.

da quelle dedicategli nel primo capitolo emerge chiaramente come il legislatore col suo intento di toccare poco la disciplina di tali società in mano pubblica, abbia raggiunto un paradossale e non voluto risultato negativo circa la chiarezza normativa di società destinate ad operare e interfacciarsi sui mercati, da qui il motivo di definirla come “una questione delicata”.

Allo stesso modo non si è ancora pacificata la discussione concernente la Legge 69 del 2009 che aveva soggettivamente escluso lo Stato dall'applicabilità della responsabilità da eterodirezione ex articolo 2497 del codice civile, aggiungendo dal punto di vista oggettivo che ai fini della configurazione si sarebbe dovuto avere soggetti giuridici chiamati a gestire le partecipazioni per finalità imprenditoriali, economiche o finanziarie. Circa i problemi sollevati da tale intervento legislativo si è già detto e meglio si approfondirà quando il tema verrà contestualizzato nell'ambito del seguente capitolo, viene però in luce la questione del superamento o meno di tale disposizione soprattutto nell'ambito delle quotate dove le organizzazioni in forma di gruppo sono all'ordine del giorno. Sicuramente le quotate oggi sono considerate come sottoposte alla disciplina del 2497, anche se ciò genera una responsabilità di tipo civilistico e non erariale su cui si siamo soffermati in questo secondo capitolo, ma in merito allo Stato i dubbi permangono, perché non sembra che la Legge del 2009 rientri fra quelle considerate abrogate ex articolo 15 delle preleggi.

In questo senso c'è chi tenta di superare tali limiti interpretando in modo diverso la formula oggettiva citata sopra, e prevedendo come non sia il concetto di esercizio imprenditoriale o economico a far scattare la responsabilità ex articolo 2497 del codice civile, quanto il fatto che siano coinvolti degli interessi tutelati dalla norma<sup>145</sup>.

Altri tentano invece di “limitare i danni” sostenendo come l'esclusione dell'articolo 2497 non sia di per sé decisiva per sostenere la non applicabilità di tutte le altre norme e relativi obblighi previsti dal capo IX, libro V, del codice civile in tema di eterodirezione, così come introdotti dalla riforma societaria del d.lgs. 6/2003; non si manca inoltre di ipotizzare una possibile preclusione all'attività da direzione e

---

<sup>145</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagine 1148 e ss, Wolters Kluwer Editore, 2016, dove in ogni caso si tentano varie ricostruzioni, distinguendosi anche fra enti pubblici economici e non economici, oppure servizi nell'interesse generale o meno.

coordinamento da parte di Stato o enti pubblici territoriali, desumibile dalla Legge del 2009 e in grado di produrre, in caso di violazione del divieto stesso, un illecito civile che tuteli i danneggiati<sup>146</sup>.

Da parte nostra si continua a credere che il ruolo di soggetti quali il Ministero dell'economia e delle finanze, ma soprattutto di Cassa Depositi e Prestiti, vada tenuto fortemente presente alla luce del concetto di rappresentanza sopra illustrato ed utilizzabile anche in ambiti diversi da quello dell'articolo 12 o in generale della responsabilità erariale, tuttavia ciò che si può, allo stato attuale, innegabilmente affermare è che ancora un volta il tema delle quotate è ben lungi dal trovare soluzioni univoche e indiscutibili.

---

<sup>146</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 504 e ss., Zanichelli Editore, 2018, ammettendosi in ogni caso come in particolare la seconda soluzione sarebbe alquanto impraticabile, sia da un punto di vista letterale ed interpretativo, sia pratico poiché il fenomeno *holding* anche in ambito statale o territoriale è ormai pane quotidiano.

## Capitolo III

### Le responsabilità civili nel TUSPP.

**SOMMARIO:** 1. Le responsabilità civili alla luce della recente riforma. 1.1. Il socio pubblico e le responsabilità civili. 2. Il vuoto normativo delle S.r.l. 3. Il danno non erariale nelle società in house. 4. Responsabilità da direzione e coordinamento e società partecipate: una difficile convivenza? 4.1. Applicabilità dell'art. 2497 dal punto di vista soggettivo e oggettivo. 4.2. Le conseguenti responsabilità del socio pubblico. 4.3. La questione delle società in house.

#### 1. Le responsabilità civili alla luce della recente riforma.

L'intento di quest'ultimo capitolo è concludere il tema della responsabilità del socio pubblico, alla luce della recente riforma del 2016 che ha portato all'adozione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSPP), focalizzando l'attenzione sugli aspetti civilistici e non più erariali, che sono stati oggetto di accurato approfondimento nel capitolo precedente. Si procederà quindi in questo paragrafo a ricostruire il ruolo e l'estensione delle responsabilità civili e della relativa giurisdizione nei confronti delle società partecipate, per poi soffermarsi, nei paragrafi seguenti, su alcune tematiche connesse alle responsabilità civili e che si pongono come assolutamente peculiari in tali società, *in primis* valutando se, alla luce della disciplina che verrà qui ricostruita, il socio pubblico possa essere considerato responsabile anche dal punto di vista civile, o ancora successivamente la questione, già accennata e in parte esaminata, della responsabilità prevista al capo IX, V libro, del Codice civile, agli articolo 2497 e seguenti da direzione e coordinamento, o ancora quale sia l'impianto adottato dal legislatore del 2016 in merito alla responsabilità nelle S.r.l.<sup>147</sup> e cercando di approfondire ancora di più la faccenda delle società in house, senza dubbio quelle che più delle altre,

---

<sup>147</sup> Ricordando tra l'altro come si sia sottolineato più volte, soprattutto nel primo capitolo v. par. 4 sulla governance o ancora a livello di società in house il 5 e ss., come il legislatore sembra aver adottato una disciplina più "penalizzante" per quello che, a norma dell'articolo 3 comma primo del TUSPP, è l'altro tipo di società di capitali utilizzabile dal socio pubblico: la S.r.l. appunto, con il dubbio che ci sia un intento, neanche troppo mascherato, di indirizzare verso l'altra forma: quella della S.p.a. Sul lato della responsabilità la scelta, come vedremo, più che disincentivante sembra irrazionale e basta.

tra le società pubbliche, ci hanno creato forti apprensioni durante tutto il nostro percorso e su cui, una volta appurata la pacifica responsabilità erariale ricondotta dall'articolo 12 del TUSPP anche in capo a dipendenti e organi sociali, bisognerà capire se ci sia spazio o meno per un danno diverso da quello erariale e di conseguenza per responsabilità civili, che sono appunto oggetto di analisi in questa sede.

Fatta questa breve ma doverosa premessa, bisogna sottolineare come i quesiti che ci proponiamo in questi primi paragrafi sono fondamentalmente due, il primo è verso chi esplicitamente rivolga l'attenzione il legislatore a livello di danni e responsabilità civili nel TUSPP, il secondo è se oltre ai soggetti indicati espressamente, che vedremo non essere il socio pubblico, anche quest'ultimo possa rispondere e in che misura nei confronti dei privati, visto poi che il nostro tema riguarda appunto le sue responsabilità nello specifico.

Circa il primo quesito la risposta risulta essere abbastanza agevole ed emerge dal già affrontato dato letterale contenuto nell'articolo 12, comma 1°, del Testo unico, il quale prevede espressamente come oggi gli organi sociali, sia quelli di amministrazione che di controllo, e i dipendenti delle società partecipate siano soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria. Non risulta esagerato affermare come questa previsione sia una delle più importanti e reclamate a gran voce negli anni passati, tanto che la stessa Legge delega Madia, nell'elaborare i fondamentali principi e linee guida a cui attenersi per la stesura dell'attuale TUSPP, ha espressamente previsto all'articolo 18 come fosse necessario definire «...il regime della responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e controllo delle società partecipate»<sup>148</sup>, tale bisogno derivava da quei contrasti e cambi giurisprudenziali che nella ricostruzione dell'iter alla base dell'attuale disciplina abbiamo già ricostruito<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Al paragrafo 1 del primo capitolo si è analizzato questo e gli altri principi che la Legge Madia stilò a mo' di guida della struttura del TUSPP, sottolineando come la dottrina sia stata da sempre convinta del fatto che si trattava di una richiesta di definizione del riparto giurisdizionale a proposito delle responsabilità configurabili nelle società pubbliche e non di una disciplina sostanziale, tanto che poi, a sua volta, la norma derivata dell'articolo 12 viene additata come processuale più che sostanziale. V. Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagine 6 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016.

<sup>149</sup> Si veda la ricostruzione al paragrafo 1 del precedente capitolo, tratta da Ibba C. e Demuro I., *le società a*

Ai fini del nostro discorso è particolarmente rilevante la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 2009 numero 26806, in cui la Suprema Corte abbandona quell'indirizzo degli anni precedenti che vedeva configurabile una competenza della Corte dei conti per i danni imputabili agli amministratori, o più in generale a tutti gli organi sociali e dipendenti delle partecipate, basandosi sul mero assunto dell'utilizzo di fondi pubblici in quelli che però rimanevano enti societari a sfondo privato e con la presenza di soci di tal genere da tutelare. Ci fu in questo senso una vera e propria "inversione a u" fondata su diverse osservazioni della Corte di Cassazione, che vengono solitamente ricostruite dalla dottrina in questi termini:

- 1) L'assenza di un "rapporto di servizio" fra l'ente pubblico e gli amministratori o in generale organi sociali eletti a norma dell'articolo 2449 del codice civile. Da qui fra l'altro possiamo trarre *a contrario* un argomento a sostegno della tesi prospettata nel paragrafo 2 del precedente capitolo, in cui abbiamo ipotizzato una responsabilità in capo al socio pubblico, dal punto di vista erariale, basata sul rapporto di "immedesimazione organico" che sussisterebbe fra costui e i rappresentanti o i vari soggetti a cui il Testo unico affida compiti su terreni in cui abbiamo indagato la responsabilità in questione. Insomma, nel 2009 la Cassazione constatò come un danno erariale non ci fosse nei confronti degli organi amministrativi o sociali in generale perché mancava una rappresentanza intesa in senso amministrativo, che è *condicio sine qua non* della stessa colpa erariale<sup>150</sup>.
- 2) Bisogna distinguere il danno subito effettivamente dal socio pubblico, che è l'unico in grado di generare un danno al patrimonio pubblico e di conseguenza una responsabilità erariale, dal danno subito dalla società che è arrecato ad un soggetto privato in tutto e per tutto.

---

*partecipazione pubblica*, pagine 165 e ss., Zanichelli Editore, 2018, dove si sottolinea in particolare il passaggio dalla sentenza della Cassazione a Sez. Un. 3899/2004, dove il fatto che fossero utilizzate risorse pubbliche portava a considerare gli organi sociali soggetti alla giurisdizione contabile, ignorando tutte le problematiche connesse al fatto che si trattasse di società di capitali in tutto e per tutto, compresa la presenza di soci privati bisognosi di tutela, alla sentenza Cass., Sez. Un. 26806 del 2009, in cui si è rovesciata la prospettiva accogliendo un concetto di differenza fra danno al socio pubblico e danno al patrimonio sociale.

<sup>150</sup> V. Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, pagine 287 e ss., il Mulino Editore, 2018, per il concetto di rappresentanza in ambito amministrativo da cui si trae un rapporto di "immedesimazione organica", che comporta come tutte le condotte, in particolari quelle illecite, del dipendente o del soggetto legato alla PA sia imputabili a quest'ultima.

3) Assodato quanto detto nel punto 2 non si può negare che il risarcimento sia per danni arrecati alla società e non allo Stato, e che quindi ai soci e ai creditori sociali debbano essere garantite le azioni previste dal codice e in generale dalla disciplina privatistica<sup>151</sup>.

Si potrebbe riassumere il tutto in due semplici argomentazioni, la prima di natura letterale e basata ancora una volta sulla disposizione dell'articolo 2449, comma secondo, del codice civile, il quale sottopone tutti gli organi sociali, amministrativi e di controllo, eletti dal socio pubblico ai «diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea», espressione che non può che richiamare a livello di amministratori l'articolo 2392 sui doveri da adempiere con la diligenza da natura dell'incarico e specifiche competenze e le conseguenti norme sull'azione di responsabilità in caso di violazione di tale prescrizione secondo gli articolo 2393 e ss. e anche al 2409, oppure per quanto concerne gli organi di controllo la disposizione dell'articolo 2407 del codice civile dedicata alle responsabilità del collegio sindacale.

L'altra motivazione è invece sistematica e si basa sull'assunto fondamentale che non basta una partecipazione, di controllo o minoritaria che sia, da parte di soggetti pubblici ad autorizzare interpretazioni che snaturino le società attribuendogli una qualificazione e conseguente disciplina sostanziale pubblicistica invece che privata.

Quindi c'era un bisogno evidente, quello di adottare un norma che contemperasse due opposte esigenze, la prima nel senso che sia dipendenti che organi sociali delle società partecipate fossero senza più alcun dubbio soggetti alla giurisdizione civile, salvo che per quanto concerne le società in house dove la presenza di caratteri quali il controllo analogo e l'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione di riferimento non potevano esimere i soggetti prima citati dal giudizio della Corte dei conti, l'altra invece legata al bisogno di non dimenticare come determinate condotte all'interno delle società partecipate, quindi anche quelle non in house, possano comunque cagionare un danno erariale, che è quello di cui parla il secondo comma dell'articolo 12 e che ha un inquadramento e una serie di ripercussioni di cui si è ampiamente trattato nel capitolo precedente.

---

<sup>151</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 165 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

La necessità di chiarire tutto ciò e in particolare di realizzare la prima esigenza ha portato a strutturare l'articolo 12 del TUSPP in modo da contenere un'indicazione teoricamente superflua, in quanto sarebbe bastato guardare all'articolo 1 comma 3 e a quell'impostazione sistematica dello stesso Testo unico per la quale, laddove non derogata, la disciplina comune si applica senza alcun dubbio o eccezione e quindi gli organi e i dipendenti sarebbero stati soggetti alle norme private anche senza un chiarimento, che di contro era necessario prevedere espressamente per le società in house dove, come detto, a fronte dei peculiari caratteri la questione si ribalta e viene ad essere necessario stabilire espressamente la responsabilità erariale.

La necessità di accogliere questa sorta di biforcazione, con gli organi sociali e i dipendenti a rispondere nei confronti dei privati e i soggetti di cui al comma secondo dell'articolo 12 per danno erariale, discende dal fatto che altrimenti si rischierebbe di sminuire la portata di questa riforma, lasciando la porta aperta alla configurazione di un danno erariale a carico degli organi e dei dipendenti, ma soprattutto si arriverebbe ad un uso della formula «nei limiti della quota di partecipazione pubblica», tanto discussa e approfondita in precedenza, in grado di condurre parte del risarcimento richiesto agli organi e ai dipendenti nelle casse dello Stato<sup>152</sup>.

Quindi la formula, ripetiamo teoricamente superflua, utilizzata all'inizio dell'articolo 12 del TUSPP fa sì che agli amministratori si applichino le norme sulla responsabilità contenute nel codice e che vengono tradizionalmente tripartite in quelle verso la società, verso i creditori sociali e verso i singoli soci o terzi.

La prima è una responsabilità che, come ricordavamo sopra in via esemplificativa, si lega alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenza (art. 2392), che comporta a carico degli stessi un'obbligazione di mezzi e non di risultato, in poche parole non si risponde per eventuali esiti negativi di gestione o comunque non si sindacano mai le scelte nel merito o come opportunità, ma solo dal punto di vista della

---

<sup>152</sup> Per la precisione quando si è trattato di ricostruire nel capitolo precedente la disciplina in questione, ma soprattutto di dargli un'interpretazione quanto più logica e razionale possibile, abbiamo rilevato che qualora si avvalorasse l'idea di una soggezione alla giurisdizione della Corte dei conti "nei limiti della quota di partecipazione pubblica", si arriverebbe all'assurdo di destinare allo Stato, in proporzione alla stessa quota di partecipazione per es. 30%, parte del risarcimento, ma anche di creare problemi di coordinamento con la nuova disciplina fallimentare e con un precario ma per ora assodato impianto delle responsabilità del TUSPP. V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, capitolo XI "le responsabilità", Zanichelli Editore, 2018.

loro legalità, il che rappresenta un qualcosa di tutt'altro che scontato in società dove fino a dieci anni fa ancora si sentiva il bisogno di tutelare gli investimenti del socio pubblico come se quest'ultimo non fosse un ordinario azionista; inoltre si tratta di un responsabilità solidale da cui ci si può sottrarre tramite richiesta di annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e deliberazioni del Consiglio e comunicandolo al Collegio sindacale, mentre è discutibile se nelle società partecipate, alla luce delle ristrette norme in tema di governance di cui all'articolo 11 e per cui si veda il paragrafo 3 del capitolo I, sia ipotizzabile un comitato esecutivo che risponda direttamente lasciando agli altri amministratori solo *una culpa in vigilando*<sup>153</sup>.

Ma è sicuramente più interessante ai fini del nostro discorso la responsabilità che discende dall'articolo 2394 del codice civile nei confronti dei creditori sociali e ciò almeno per due aspetti, innanzitutto al primo comma di questo articolo ci viene detto che trattasi di una responsabilità per obblighi connessi alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, il che si lega ai doveri che il TUSPP ha posto a carico degli amministratori in tema di monitoraggio prima e procedure concorsuali dopo, che sono stati analizzati precedentemente e su cui si è già constatata l'astratta idoneità a configurare una "grave irregolarità" ex articolo 2409 del codice civile (articoli 6 e 14 del TUSPP). Il secondo è che dalla lettera dell'articolo 2394 la dottrina trae un'interpretazione per cui qualora il patrimonio della società fosse reintegrato con un'azione da parte della stessa, conformemente agli articoli 2392 e 2393, non servirebbe più un'azione da parte dei creditori che troverebbero ristoro nella suddetta reintegrazione<sup>154</sup>, il che potrebbe aprire la strada ad un'ulteriore colpa del socio pubblico che non agisca in questo senso, comportamento che abbiamo già definito idoneo a cagionare un danno erariale a norma del comma 2° dell'articolo 12, secondo l'analisi condotta nel precedente capitolo, ma che qui produrrebbe anche un danno ai soci privati, soprattutto qualora quest'ultimi non riuscissero in futuro a trovare ristoro nell'azione ex articolo 2394 del codice civile.

---

<sup>153</sup> Per un'analisi più approfondita delle responsabilità degli amministratori nei confronti della società vedi Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagine 381 e ss. UTET Giuridica Editore, 2015.

<sup>154</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagine 388 e ss. UTET Giuridica Editore, 2015.

Da ultimo è inevitabile anche un richiamo all'articolo 2395 e ai danni cagionabili a soci o terzi per atti dolosi o colposi, azione che prescinde da danni al patrimonio della società.

Allo stesso modo si deve considerare applicabile l'articolo 2407 per quanto concerne i sindaci, responsabili in solido per mancanza di diligenza e professionalità richiesta dalla natura dell'incarico e *per culpa in vigilando* sugli amministratori le relative azioni che si sarebbero potute evitare<sup>155</sup>.

Concludendo, sia per ragioni letterali legate all'attuale formulazione dell'articolo 12 del TUSPP, sia per evitare di peccare di poca razionalità e logicità a livello di nuovo impianto delle disposizioni del Testo unico stesso legate al tema della responsabilità e non solo, risulta essere necessario accogliere l'idea che dal punto di vista civilistico il legislatore, nelle società partecipate, punti il dito contro organi sociali e dipendenti, le colpe e le azioni contro quest'ultime non si sono analizzate per motivi di tempo e per la poca coerenza con il tema.

A fronte di quella che perciò pare essere una esegesi non solo chiara ma anche necessaria di queste nuove norme, si proverà a valutare in quali "residui" ambiti possa essere considerato responsabile dal punto di vista civile il socio pubblico, ricordando come si tratterà in alcuni casi di una valutazione, per la precisione quella che ci apprestiamo a fare nel paragrafo seguente, sostanzialmente circoscritta alle società partecipate che siano organizzate in forma di S.p.a., poiché si è già manifestato l'intento di commentare distintamente sia il tema di un possibile danno non erariale configurabile nelle società in house, coerentemente alla scelta di tutto l'elaborato di fornire analisi separate su queste controverse società, sia quello della disciplina peculiare che, volente o nolente, il legislatore ci ha consegnato per le S.r.l. sul tema oggetto di dibattito.

---

<sup>155</sup> Per un'analisi più approfondita delle responsabilità dei sindaci nei confronti della società vedi Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagine 408 e ss. UTET Giuridica Editore, 2015.

## 1.1. Il socio pubblico e le responsabilità civili.

Appurato che l'impostazione del nuovo Testo unico sul tema delle responsabilità sembrerebbe concentrare quelle civili in capo agli organi sociali e ai dipendenti, ai fini di un approfondimento del tema principale di questo elaborato bisogna indagare se ci sia spazio per responsabilità del socio pubblico sul versante civilistico. Bisogna, in parole povere, fare un ragionamento speculare ma contrario a quello fatto in precedenza per gli organi sociali e dipendenti, nei cui confronti si è detto come sarebbe irrazionale accogliere l'idea che si possano rendere responsabili di un danno al socio pubblico e quindi di natura erariale, bensì occorre accettare la conclusione che, salvo nelle società in house per le motivazioni più volte proposte, la loro sia una condotta illecita in grado di ledere la società e che quindi si stagli su un lato civilistico, sia per evitare di mortificare il dato legislativo del comma primo dell'attuale articolo 12, sia per evitare conseguenze illogiche in terreni diversi quali quello fallimentare o ancora di creare quella dannosa "ripartizione" del risarcimento che questi soggetti sarebbero tenuti ad elargire, conducendone parte nelle casse dello Stato e privandone conseguentemente i privati<sup>156</sup>; tanto che a supporto di queste conclusioni si ricorda il caso affrontato dalla Cassazione nel 2016 con la sentenza 21692 in cui sia i sindaci di Bolzano e Merano sia l'Amministratore Delegato di una società per azioni a controllo pubblico vennero considerati responsabili di distrazione rispetto alle finalità statutarie della stessa con conseguente condanna a pagare un risarcimento, che però venne qualificato in modo diametralmente opposto, vale a dire nel primo caso risarcimento per danno erariale da mancato utilizzo dei propri poteri di socio, nell'altro per responsabilità civile per *mala gestio*, escludendosi espressamente una condotta in grado di integrare responsabilità erariale.

---

<sup>156</sup> Senza dimenticare un punto di fondamentale importanza oggetto di analisi nel capitolo precedente al paragrafo 1, dove abbiamo tentato di ricostruire dal punto di vista esegetico l'articolo 12 del TUSPP, sottolineando come accogliendo un'interpretazione diversa da quella proposta qui e in altre sedi si arriverebbe ad un vero e proprio "abominio" vale a dire scaricare i rischi dell'attività d'impresa sui creditori sociali, che ad oggi risulta essere un qualcosa di assolutamente inaccettabile. V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 182, Zanichelli Editore, 2018.

Qui invece si tratta di capire se sia il socio pubblico a poter essere, e in quali terreni, responsabile civilisticamente parlando, tenendo presente quegli ambiti del codice prima citati agli articoli 2392 e seguenti dove, pur parlandosi di responsabilità di amministratori e non certo di soci, si cela un “intreccio” fra le varie azioni ma soprattutto un ruolo fondamentale dell’assemblea, in cui evidentemente nelle società partecipate siedono anche soggetti pubblici, che potrebbero aprire la strada a quelle che sono colpe anche del socio pubblico dal lato opposto a quello erariale.

Tuttavia, procedendo con ordine, dobbiamo partire da un preliminare e importantissimo dato di fatto, che motiva anche la scelta di dedicare i primi paragrafi di questo elaborato alla classificazione delle società pubbliche e alle tipologie soprattutto di società che sono adottabili e che ora torna utile ai fini del discorso sulle responsabilità del socio pubblico. Il legislatore, infatti, si è ben guardato nella nuova disciplina del TUSPP dal rendere utilizzabili da parte delle amministrazioni, intendendosi sia a livello partecipativo che prima ancora costitutivo, tipi societari che potessero risultare fonte di responsabilità illimitate per le obbligazioni sociali, prevedendosi all’articolo 3, comma 1°, la partecipazione esclusiva in società per azioni (S.p.a.) e società a responsabilità limitata (S.r.l.). Senza soffermarsi ulteriormente su questioni classificatorie di queste e in generale delle società nel nostro ordinamento giuridico, per cui appunto si rimanda al primo capitolo<sup>157</sup>, è evidente il comune denominatore di questa scelta: sia a norma dell’articolo 2325 per le S.p.a. che del 2462 del codice civile per le S.r.l. delle obbligazioni sociali rispondono solo le società stesse col proprio patrimonio<sup>158</sup>. Risulta palese quindi come il legislatore, sacrificando un fondamentale principio di libertà imprenditoriale a livello di scelta del tipo di società e della conseguente disciplina applicabile, in quanto risulta logico, come sottolineato da molti e ricordato in precedenza, che questa sia una scelta che produce effetti non solo dal lato della responsabilità ma

---

<sup>157</sup> In particolare ricordandosi la questione affrontate nel paragrafo 1.1 “tipi di società ammissibili”, meno centrale in questa sede ma sicuramente di estremo interesse per un confronto tra la disciplina civilistica e quella che ci ha consegnato il nuovo Testo unico delle società partecipate, circa l’utilizzabilità, proprio nell’ottica della ratio legislativa di questa limitazione, delle società in accomandita, purchè ovviamente quello pubblico sia un socio accomandante che non risponderà delle obbligazioni sociali.

<sup>158</sup> Salvo il caso, previsto al secondo comma di entrambe le norme citate, della presenza di un solo socio, *rectius* socio unico, che viene ad essere responsabile nei casi di violazione delle norme sui conferimenti (articoli 2342 e 2464) o sulla pubblicità legale (articoli 2362 e 2470), che tuttavia sembrano ipotesi alquanto rare per non dire irrealizzabili nelle società pubbliche oggetto della nostra indagine.

anche da quello della disciplina applicabile<sup>159</sup>, abbia deciso di escludere drasticamente possibili responsabilità per obbligazioni sociali in capo al socio pubblico, intese ad esempio come le amministrazioni partecipanti; scelta che probabilmente risulta da un lato coerente con lo spirito di riduzione dell'esposizione pubblica ad investimenti che rischiano di portare ad inutili e dannosi sprechi di denaro comune, dall'altro incoerente con l'idea che si avverte a seguito della Riforma Madia prima e Testo unico poi di trattare le società pubbliche al pari di quelle private per motivazioni di concorrenza sul mercato e anche per evitare queste famigerate spese pubbliche ormai insostenibili, con lo Stato a ripianare sempre le perdite in passato, ma che porta come conseguenza abbastanza scontata che anche il socio pubblico dovrebbe essere trattato al pari di quello privato e quindi dovrebbe essere libero di organizzarsi nella forma societaria ritenuta più consona alle proprie esigenze. Concludendo questa prima parte di indagine sembrerebbe che il legislatore qui abbia voluto "prevenire prima che curare" responsabilità del socio pubblico dal lato civile, il che potrebbe essere un argomento a favore di quella "spaccatura" che molti rilevano nell'articolo 12 e che porta a responsabilità civili in capo agli organi e ai dipendenti, salvo che nelle in house, e di contro erariale in capo ai soci e ai loro rappresentanti o titolari di voto, tuttavia considerando che ancora oggi sull'articolo 12 non abbiamo uniformità di vedute, risulta poco condivisibile che il legislatore abbia coscientemente creato un impianto così coerente, perciò dello spazio per le responsabilità civili sul lato pubblico ci potrebbe essere.

Tuttavia, anche spostando l'attenzione altrove, non risulta facile scovare questa responsabilità del socio pubblico sul versante civilistico, un tentativo si potrebbe fare, come accennato precedentemente, partendo da quel rapporto che sussisterebbe fra l'azione della società contro gli amministratori (articolo 2392 del c.c.) e quella dei creditori indirizzata sempre contro gli amministratori (2394 del c.c.), che secondo la dottrina, al netto delle differenze fra le due azioni con quella ex articolo 2394 esperibile

---

<sup>159</sup> Tanto che alcuni autori ipotizzano una parvenza di inutilità di tutto l'impianto del TUSPP in merito al rapporto fra disciplina comune e speciale, basato in larga parte sul più volte citato articolo 1, comma 3°, in quanto la disciplina applicabile risentirebbe di questa scelta del legislatore nell'articolo 3. A tale critica si risponde che in realtà la clausola all'articolo 1 risulta necessaria alla luce dei passati indirizzi circa la necessità che la disciplina privata fosse subordinata a quella pubblica, ampiamente superati anche grazie a questa nuova scelta del Testo unico. V. Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 3 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

laddove gli amministratori abbiano violato gli obblighi connessi alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e solo se quest'ultimo risulti insufficiente a soddisfare le pretese dei creditori, risultano rapportate nel senso che una volta reintegrato il patrimonio della società con l'azione prevista dal 2392 non ci sarebbe più il danno alla società e di riflesso ai creditori, con la conseguenza che l'azione di cui sono titolari quest'ultimi sarebbe vana e quindi non esperibile<sup>160</sup>. Considerato come l'azione prevista all'articolo 2392 sia esercitabile con la deliberazione dell'assemblea ordinaria (articolo 2393), si potrebbe pensare a una condotta che, soprattutto nelle società dove è in maggioranza, porti il socio pubblico a trascurare i propri diritti, aspetto a cui fa riferimento anche l'articolo 12, ma in grado di danneggiare in questo caso non il patrimonio dello Stato bensì il privato che possa avere più difficoltà ad agire secondo il 2394 o che ottenga un risultato peggiore dalla sua azione, magari perché esperita successivamente. Tuttavia sembra essere un po' forzato come ragionamento, in quanto il socio pubblico può sicuramente essere considerato colpevole di non aver tempestivamente agito in un'ottica reintegrativa per il fatto che ciò danneggi il suo stesso patrimonio sotto forma di partecipazione dal valore sensibilmente ridotto, ma avendo il privato a disposizione una sua azione autonoma nei confronti degli organi sociali, in particolare verso gli amministratori, sembra eccessivo addossare al socio pubblico effetti negativi derivanti dalla deficitaria tutela del privato stesso, tanto più che ciò nella maggior parte dei casi sarà probabilmente cagionato dal comportamento di quest'ultimo, che può aver a sua volta trascurato i propri diritti. Per le stesse ragioni si deve escludere una responsabilità nei confronti delle minoranze composte da soci privati, in quanto quest'ultimi avranno a disposizione gli strumenti che nel corso degli anni e delle riforme si sono messi a disposizione delle minoranze di qualsiasi società, come l'azione prevista dall'articolo 2393 bis del codice esperibile con un quinto del capitale sociale, o al massimo con un terzo, qualora lo statuto preveda soglie più alte.

---

<sup>160</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagina 388, UTET Giuridica Editore, 2015, dove si sottolinea come lo stesso effetto verrebbe prodotto anche da una transazione avvenuta fra società e amministratori, salvo, laddove ci siano i presupposti, un'impugnazione per la revoca (articolo 2901 del codice civile). Di contro non potrebbe mai minare le pretese dei creditori una rinuncia da parte della società, poiché non produrrebbe una reintegrazione del patrimonio sociale.

Se invece spostassimo l'attenzione sui terreni oggetto di indagine del precedente capitolo, per quanto concerne il tema delle partecipazioni è evidente che risulta complicato pensare ad un danno che sia diverso da quello al patrimonio dello Stato e quindi erariale, legato com'è a profili analizzati della non dismissione o della circolazione che non rispettino il criterio di contenimento di partecipazioni alla luce della stretta necessità; si potrebbe tutto al più ipotizzare un caso di dismissione non necessaria che danneggiasse il privato, ma le norme sul tema del mantenimento e dismissione delle partecipazioni sembrano abbastanza restie a lasciare aperto uno scenario di tal genere.

Rimarrebbe il profilo della crisi d'impresa, in cui però l'articolo 14 del TUSPP parrebbe confermare una sorta di bipartizione con gli amministratori responsabili dal lato civilistico, configurandosi una grave irregolarità secondo l'articolo 2409 in assenza dei provvedimenti adeguati a prevenire l'aggravarsi della crisi, e il socio pubblico responsabile dal punto di vista erariale per tutte le condotte già analizzate al capitolo precedente.

In conclusione almeno in questa sede sembrerebbe non andare a buon fine l'indagine su responsabilità del socio pubblico dal lato civilistico, salvo ricostruzioni ardite che in assenza di supporto dottrinale e soprattutto giurisprudenziale risultano difficilmente ipotizzabili, tuttavia si vedrà nel proseguo di questo capitolo come partendo da alcuni vuoti o difetti di normazione all'interno del Testo unico, per quanto concerne le società a responsabilità limitata in particolare, e allargando lo spettro di valutazione a questioni che vanno oltre il TUSPP e che affondano le proprie radici in discussioni risalenti, quali quella legata al gruppo di società, sia ben possibile scorgere nuovi terreni di responsabilità in capo al socio pubblico anche sul lato civilistico.

## **2. Il vuoto normativo delle S.r.l.**

Anche nel corso di questo capitolo abbiamo più volte sottolineato come il legislatore abbia posto due modelli alternativi di società in cui il socio pubblico può partecipare: la S.p.a. e la S.r.l., i motivi di questa scelta sono stati ampiamente segnalati nel primo e in questo stesso capitolo. Allo stesso modo, sempre nel primo capitolo, abbiamo rilevato un regime di disciplina all'interno del Testo unico che parrebbe porsi

diversamente a seconda del tipo di società scelto e che sembrerebbe anche indirizzare più verso la forma della società per azioni rispetto a quella della società a responsabilità limitata, soprattutto per norme in tema di governance ed elezione di organi secondo l'articolo 2449 del cod. civ.

Tuttavia, è proprio sul versante della responsabilità e in particolare quella che più ci interessa, cioè del socio pubblico, che si riscontrano le più grandi differenze fra le società partecipate che siano organizzate in forma di s.p.a e di s.r.l., discrasie che peraltro non portano per forza, almeno in questa sede, a una maggior convenienza di una piuttosto che dell'altra.

Iniziando con ordine, bisogna ricordare come dalle analisi condotte sulla Legge delega Madia, riferite sempre all'articolo 18 che ha richiesto specificazioni sul tema delle responsabilità degli organi sociali, in particolare gli amministratori, e sul Testo unico delle società partecipate, emergerebbe un difetto di coordinamento, il quale sarebbe in grado di generare una vera e propria lacuna normativa: insomma per le s.r.l. non si applicherebbe la disciplina dell'articolo 12 del TUSPP, non sarebbero neanche configurabili le responsabilità erariali sottoposte al giudizio della Corte dei conti, addirittura, a parere di questo filone di pensiero dottrinale, anche qualora si tratti di società in house. La diretta conseguenza del venir meno del regime speciale e della necessità di colmare questo vuoto, sarebbe quella di far scattare solo la disciplina prevista dall'articolo 2476 del codice civile, il quale prevede una responsabilità degli amministratori ma anche dei soci, in direzione di società, soci e terzi, secondo la dogmatica classificazione<sup>161</sup>.

Prima di considerare le ripercussioni di una siffatta affermazione bisogna sicuramente capire se sia possibile suffragare l'assunto di base da cui parte la dottrina precedentemente citata, in questo senso bisogna considerare come l'opinione espressa secondo cui si arriverebbe a constatare un difetto di coordinamento causato dalla Legge delegata, di cui all'articolo 18, sia probabilmente basato sul fatto che nelle s.r.l. le responsabilità degli amministratori si aggiungono a quelle dei soci, in particolare per la previsione dell'articolo 2476, comma 7°, il quale prevede come siano solidalmente responsabili con gli amministratori anche soci che abbiano intenzionalmente deciso o

---

<sup>161</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 177, Zanichelli Editore, 2018, dove in realtà non viene specificato il motivo di questa differenza che porta a un vuoto normativo nei confronti delle S.r.l., ragion per cui tenteremo di ricostruire anche quest'ultimo aspetto.

autorizzato il compimento di atti rivelatesi dannosi nei confronti di società, soci o terzi, mentre dall'impianto dell'articolo 18 stesso emergerebbe la necessità di disciplinare solo la colpa degli organi sociali e dei dipendenti, concentrandosi in maniera particolare sugli aspetti procedurali di riparto della competenza giurisdizionale<sup>162</sup>. Insomma la richiesta, se così vogliamo definirla, dell'articolo 18 non sarebbe consona alla disciplina comune delle s.r.l. e alle stesse caratteristiche di questo tipo di società, il che farebbe sì che l'articolo 12 e tutto l'impianto in generale sulla responsabilità consegnatoci dal Testo unico non sia assolutamente configurabile in questo tipo di società, soprattutto alla luce del fatto che la disciplina speciale potrebbe derogare quella comune solo se espressamente previsto dalla legge e se non in palese contrasto con l'ordinamento giuridico. Ora a nostro modesto parere e tenendo conto del rispetto dovuto all'illustre esponente dottrinale che considera questo difetto di coordinamento e conseguente vuoto normativo cagionato dalla Legge delega, non risulta così errato pensare che in realtà il legislatore intendesse racchiudere nella richiesta dell'articolo 18 anche le s.r.l., visto che si parla di società partecipate in generale e che tali tipi di specificazioni non sono pretese e quindi effettuate in alcuna parte di questa Legge Madia. Tuttavia è vero che, anche accogliendo quanto da noi suddetto, risulta difficile contraddire la conclusione a cui tale autore arriva poiché non si può certo dimenticare la clausola generale dell'articolo 1, comma terzo, la quale prevede chiaramente come l'impianto del TUSPP si basi completamente sull'idea che la disciplina comune vada derogata altrimenti sarà totalmente applicabile, di conseguenza si sarebbe dovuta specificare una deviazione rispetto all'articolo 2476 per la parte attinente al socio, che non ha eguali nelle s.p.a. e che quindi richiedeva precisazioni all'interno dell'impianto del Testo unico stesso. Infatti, anche pensando che non sia necessario prevedere ulteriori specificazioni o disallineamenti rispetto alle S.p.a., sicuramente non si può ignorare la formula inequivocabile dell'articolo 12, comma primo, il quale ha voluto chiarire ulteriormente l'applicabilità della disciplina comune in tema di

---

<sup>162</sup> Con tutte le critiche che abbiamo più volte sottolineato da parte della dottrina maggiormente citata sul tema, come Donativi che ritiene tale richiesta assolutamente poco consona alla porta del tema, che probabilmente avrebbe meritato maggiore approfondimento circa la natura e i connotati delle responsabilità nelle società pubbliche. Oppure ancora lo stesso Ibba che critica sia il risultato scaturito dalla Legge delega, vale a dire l'articolo 12, definendolo come «*la norma più oscura, confusa e contraddittoria dell'intero Testo unico*» a pagina 173. Sicuramente, come vedremo al momento conclusivo del nostro elaborato, se da un lato si può pensare di avere ottenuto un risultato sotto l'aspetto del riparto giurisdizionale, dall'altro si è persa sicuramente un'occasione di ottenere maggiore chiarezza sul tema e risolvere il problema una volta per tutte.

responsabilità e che quindi a maggior ragione andava derogata laddove non si fossero voluti rispettare alcuni aspetti, pena la configurabilità totale degli stessi senza possibilità di trovare “scappatoie” interpretative.

Quindi assunto che un vuoto normativo verso le s.r.l. ci sia e che di conseguenza tutta la disciplina prevista dall’articolo 2476, in particolare quella che a noi interessa sulla figura dei soci, sia completamente applicabile, bisogna capire cosa discende dalla configurazione di questo regime di responsabilità.

La prima conseguenza è che nelle s.r.l. pubbliche verrebbe confermata una diversità a livello di responsabilità presente anche in quelle private, vale a dire che rispetto alle s.p.a. ci sarebbe una “responsabilizzazione” anche del socio, giustificata da un potere di ingerenza dello stesso paragonabile a quello delle società di persone, fra l’altro con un rapporto di correlazione che pone l’atto del socio stesso come antecedente logico e cronologico dell’atto dell’amministratore <sup>163</sup>.

La seconda conseguenza è che il socio pubblico, al pari di quanto accade nelle società private, verrà considerato responsabile per qualsiasi ingerenza gestoria, sia prevista dal punto di vista legale o statutario, che esclusa da qualsiasi tipo di tali fonti. Si argomenta in tale modo basandosi sui concetti di decisione e di autorizzazione, per quanto riguarda la descrizione oggettiva della condotta.<sup>164</sup> Dal punto di vista soggettivo invece si ritiene che il concetto di intenzionalità possa essere inteso con varie sfumature, alcuni autori ritengono che sia stato inserito con l’intento di circoscrivere la portata della norma alle condotte soggettivamente dolose, in cui ci sia volontà e previsione di danneggiare società, soci e terzi tramite i propri atti<sup>165</sup>. Altra parte della dottrina pone più l’accento sulla mera consapevolezza senza la volontà, escludendo che si possa rispondere per il semplice esercizio del diritto di voto e quindi allargando a dimensioni inaccettabili tale responsabilità; ma soprattutto viene anche sostenuto che serve una capacità di decidere e autorizzare e che tale capacità non può nella maniera più assoluta essere considerata in

---

<sup>163</sup> Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagine 619 e ss., Dike Giuridica Editore, 2017, dove si sottolinea anche come a livello di amministratori invece non ci siano sostanziali differenze rispetto alle s.p.a., per cui risponderanno per inadempimento di doveri imposti dalla legge e dall’atto costitutivo.

<sup>164</sup> Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagina 620, DIKE Giuridica Editore, 2017.

<sup>165</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagine 582 e ss. UTET Giuridica Editore, 2015, in cui, contrariamente alla dottrina precedentemente citata, si rileva come tali soci anche se non formalmente siano di fatto amministratori, sembrando quindi tale concetto di amministrazione di fatto una *condicio sine qua non*.

capo ad un ente, bensì «*all'amministratore del socio ente, come soggetto attraverso cui, in forza del principio di immedesimazione organica, il socio agisce e pone in essere rapporti giuridici*»<sup>166</sup>. Da quest'ultima idea ricaveremmo anche una conferma del nostro impianto, l'idea cioè che il socio pubblico inteso come un ente che partecipa in società di capitali agisca, tramite un rapporto di immedesimazione organica, tramite rappresentanti che però, a seguito del nuovo Testo unico, non possono semplicemente essere considerati gli amministratori, ancorché eletti a norma dell'articolo 2449 del Codice civile, ma anche tutti i rappresentanti e titolari del diritto di voto che emergono dalla nuova organizzazione del TUSPP stesso.

Al di là delle ricostruzioni della disciplina civilistica e di questi argomenti della dottrina un dato va evidenziato, accogliendo tutta questa ricostruzione le conseguenze che ne deriverebbero risulterebbero sicuramente dirompenti, in quanto il socio pubblico risulterebbe civilisticamente responsabile verso la società, i soci e i terzi, ma non ci sarebbe spazio per il danno erariale, da qui l'idea, a parere di chi per primo ha "denunciato" questo vuoto normativo, che l'articolo 12 sia totalmente inapplicabile nelle società partecipate che si siano organizzate in forma di società a responsabilità limitata, a meno di non tornare alla concezione della giurisprudenza precedente al 2009 che considerava ogni danno arrecato alle società partecipate come un danno al patrimonio pubblico di riflesso; ma ovviamente se tornassimo indietro a questo punto cadrebbero le poche ma concrete certezze che abbiamo su un tema da cui si desume sempre di più una certa complicatezza e mancanza di razionalità. Quindi lo scotto da pagare per confermare quantomeno l'opinione, ormai cristallizzata da anni di giurisprudenza e interpretazioni, che il danno alle società partecipate non possa essere danno erariale sempre e comunque, risulta essere quello di accettare l'idea che il regime delle responsabilità delle s.r.l. partecipate muti a 360 gradi rispetto a quello delle s.p.a.<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagina 620, DIKE Giuridica Editore, 2017, dove si

parla apertamente di «*accertamento dello stato soggettivo psicologico*».

<sup>167</sup> Oltre poi a un discorso di tornare indietro anni luce a livello di concetti giurisprudenziali connessi alle società partecipate o di tradire l'esegesi ormai accettata dell'articolo 12, va anche sottolineato come l'alterazione grave sarebbe anche al cuore della ratio del TUSPP, il quale avrebbe impostato la struttura basandosi su un trattamento delle società pubbliche in tutto e per tutto paragonabile a quello delle società private, per poi dover tornare a concetti vecchi e superati a favore di razionalità e logicità nel terreno delle responsabilità. Sembra uno scotto troppo salato da pagare!

In conclusione se, come abbia appurato nel capitolo precedente ma anche in questo sforzandoci di scovare responsabilità civilistiche in capo al socio pubblico che però risultano alquanto complicate da trovare, in linea di massima sembrerebbe che il socio pubblico possa essere considerato responsabile dal punto di vista erariale e quindi verso lo Stato e il suo patrimonio, quando il discorso si sposta sulle società partecipate che adottino la forma della s.r.l. la situazione si capovolge completamente e le responsabilità vanno nella direzione civilistica a tutela di società, terzi e soci, che vanno forzatamente intesi come privati, in quanto non si può certo attribuire all'articolo 2476 una funzione e uno scopo di tutela del patrimonio pubblico. Fra l'altro la direzione che sta prendendo il legislatore con la riforma del Diritto fallimentare, a seguito della Legge 155 del 2017, porterà alla competenza del curatore ad agire secondo l'articolo 2476 del codice civile, aspetto che aprirà la strada a nuove potenziali responsabilità per il socio pubblico<sup>168</sup>.

Se poi tutto ciò possa rappresentare un vantaggio o uno svantaggio per le amministrazioni, si potrà constatare solo all'atto pratico, così come sarebbe auspicabile sul tema un intervento della giurisprudenza dalla portata chiarificatrice, perché da quello che fino ad ora emerge è che il legislatore ha risolto alcuni problemi, su danno erariale, giurisdizione, società in house, ma ha aperto la strada a nuovi e forse anche più complessi quesiti sul tema delle responsabilità connesse alle società partecipate.

### **3. Il danno non erariale nelle società in house.**

Se il configurarsi di una responsabilità erariale da parte di organi di amministrazione e controllo delle società partecipate risulta essere ormai un'eccezione alquanto rara, circoscritta alla fondamentale lettura della Cassazione a Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, che ha chiarito come non possa parlarsi di danno erariale in presenza di un danno alla società ma solo al patrimonio del socio-ente pubblico e limitata dall'innovativa formulazione dell'articolo 12 del TUSPP che ha chiaramente espresso una necessaria soggezione degli organi e dipendenti alle azioni civilistiche, all'interno

---

<sup>168</sup> [https://www.fiscoetasse.com/Legge\\_fallimentare\\_aggiornata](https://www.fiscoetasse.com/Legge_fallimentare_aggiornata)

delle società in house invece la responsabilità erariale fa capo anche agli organi sociali e ai dipendenti.

Una prima spinta in questa direzione, come ricordato già in precedenza, venne data proprio dalla sentenza del 2013, la quale in verità accoglieva un concetto di società in house definito “estremo”, poiché a detta dello stesso gli amministratori non avrebbero avuto alcuno spazio di autonomia soprattutto a livello decisionale, la stessa società in house non veniva considerata una persona giuridica bensì appellata come «*mero patrimonio separato dell'amministrazione pubblica*»<sup>169</sup>. Indipendentemente dalle perspicaci repliche a questa spinta ricostruzione della Suprema Corte, basate su una sostanziale e attuale incompatibilità sia di nozione che di estrinsecazione del controllo analogo con tali visioni oltre che per il rischio di porsi in contrasto con norme imperative, quali l'articolo 2331 c.c. che fa acquistare la personalità giuridica a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese, risultava ormai non più tollerabile che le società in house, con tutte le caratteristiche peculiari che le contraddistinguono<sup>170</sup>, venissero a non avere disposizioni esplicite circa la necessità di un controllo della Corte dei conti e relativa giurisdizione in presenza di un danno erariale.

Tuttavia, una volta assodato tutto ciò, ci si potrebbe domandare se sia possibile o meno avere un danno civilistico nelle società in house, che rappresenta una questione tutt'altro che di secondaria importanza visto che da ciò dipende la stessa qualificazione *dell'in house providing* come un fenomeno per l'appunto societario o pubblicistico. Insomma, ancora una volta bisogna valutare se l'impianto di responsabilità del TUSPP di cui all'articolo 12 sia meno chiaro e più complesso e problematico di quanto a prima lettura sembrerebbe.

Infatti la formula dell'articolo 12 «salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti» ha ripercussioni ben più

---

<sup>169</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 171, Zanichelli Editore, 2018. Come abbiamo già rilevato alla fine della ricostruzione della disciplina generale contenuta nel TUSPP, tale affermazione non venne comunque considerata sufficiente dalla dottrina e dalla stessa Cassazione a sottrarre le società in house dalle procedure concorsuali. La ratio infatti di questa “ardita” ricostruzione stava proprio nel bisogno di non sottoporre le società in questioni alla giurisdizione ordinaria, ma al controllo contabile.

<sup>170</sup> Si veda in particolare il primo capitolo, paragrafi 4 e seguenti, sulla ricostruzione di questa figura e dei suoi due fondamentali connotati del controllo analogo e dell'attività principalmente a favore dell'amministrazione di riferimento, che sarebbero gli aspetti maggiormente implicanti un rischio di danno al patrimonio dell'ente pubblico.

ampie di quelle legate ad un mero riparto di giurisdizione fra magistratura ordinaria e contabile o di qualificazione di una responsabilità come erariale o civile, potrebbe essere la molla per spingere queste società nella direzione pubblica di articolazione o ufficio interno della PA, escludendo che si possa dare una veste societaria a tale fenomeno tramite l'utilizzo di categorie come holding o gruppo di società<sup>171</sup>. Tutto ciò deriverebbe da un'esegesi della formula dell'articolo 12 per cui in realtà, con riferimento alle società in house, sarebbero principalmente o addirittura esclusivamente configurabili responsabilità erariali, anche da parte di dipendenti e organi sociali, tale per cui non ci sarebbe più alcuno spazio per la giurisdizione civile; in poche parole si interpreterebbe l'articolo 12 in modo da indirizzare le società in house verso una concezione pubblicistica e non privatistica, proprio perché, oltre a tutti gli aspetti legati alle qualità e conseguenti deroghe che tali società comportano rispetto al diritto comune, ci sarebbe anche un discorso di responsabilità che parrebbe essere meramente erariale<sup>172</sup>.

Viene tuttavia sollevata una critica decisamente pervasiva, si sottolinea come ad accogliere la concezione precedentemente proposta si verificherebbe una vera e propria scissione di disciplina all'interno del Testo unico, peraltro quest'ultima non riguarderebbe aspetti di secondaria importanza, ma al contrario questioni assolutamente centrali nel nuovo impianto del TUSPP: l'ambito fallimentare e quello delle responsabilità appunto, temi che peraltro sono fortemente connessi e su cui, quanto meno a livello di responsabilità, si sarebbe dovuto far luce per richiesta stessa della Riforma Madia.

Quindi avremmo da un lato una disciplina, quella fallimentare e delle procedure concorsuali prevista dall'articolo 14 del TUSPP, applicabile alle società in house e comportante un trattamento delle medesime pari a quello che viene riservato alle società private in generale e non solo a quelle partecipate a cui si riferisce il Testo unico,

---

<sup>171</sup> Come sottolineato nel capitolo primo, paragrafo 4.2.1., questa è una concezione decisamente amministrativistica della società in house e anche più coerente con la rinomata giurisprudenza del caso Teckal, che ha rappresentato "la miccia" dell'in house providing, delineandone i fondamentali aspetti. Anche il termine che comunemente viene utilizzato per appellare queste società, "longa manus" della pubblica amministrazione, dovrebbe essere neutrale rispetto alla discussione, ma sembra andare più in questa che nella direzione privatistica del tema.

<sup>172</sup> Fimmanò F. E Catricalà A., *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, pagine 638 e ss., Giapeto Editore, 2017. In particolare, si sottolinea come l'articolo 12, unito alle caratteristiche, previsioni e deroghe rispetto al diritto comune da parte dell'articolo 16, siano gli addendi che portino ad una somma ben precisa, le società in house vanno considerate come soggetti pubblici e non societari.

dall'altro, a livello di responsabilità ex articolo 12, una disciplina che riconduce le in house a soggetti pubblici escludendole da una qualificazione societaria.

Insomma, da un lato l'articolo 14 ci direbbe che quelle in house sono effettivamente società, dall'altro l'articolo 12 farebbe il contrario, affermando che il fenomeno dell'*in house providing* non è privato ma pubblicistico, da qui una definizione del tipo di quelle precedentemente proposte (patrimonio separato, mero ufficio, articolazione e via dicendo). Per evitare di incorrere in tali incongruenze sarebbe necessario considerare la clausola dell'articolo 12 come non escludente una responsabilità civilistica per gli organi e i dipendenti delle società in house, relegando questa salvaguardia della responsabilità erariale alle ipotesi di cui all'articolo 12, comma secondo, oggetto di ampia trattazione nel capitolo precedente, e che porterebbe in pratica ad un regime identico a quello fino ad ora analizzato, con amministratori, controllori e dipendenti responsabili civilisticamente, mentre il danno erariale sarebbe riscontrabile in condotte dannose del patrimonio dello Stato da parte dei rappresentanti degli enti stessi o di chi ne abbia il voto, rimando un residuo spazio anche a carico di amministratori, sindaci e dipendenti <sup>173</sup>.

Tuttavia basta poco per rendersi conto che anche accogliendo quest'ultima visione, senza dubbio più confacente anche alle linee guida della riforma e all'idea di riportare le società partecipate, indipendentemente da quali siano, ad una sfera privatistica e ad una disciplina che, seppur con i dovuti accorgimenti, non sia troppo distante da quella comune al fine di migliorare anche l'efficienza del mercato, si pone però un altro quesito: perché, se l'intento era quello di non distanziarsi dal regime fino ad ora esaminato, si è sentito il bisogno di porre questa clausola specificativa? La risposta che viene avanzata dalla medesima dottrina che, in modo molto perspicace, rileva un possibile difetto di coordinamento come quello poc'anzi esposto, si limita a sottolineare come sarebbe una formula necessaria a chiarire come non sia esclusa la responsabilità dal lato civilistico, dicendo che viene fatta salva la responsabilità erariale si vuole intendere che di certo non

---

<sup>173</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 177 e ss., Zanichelli Editore, 2018, dove viene anche considerato come, a fronte della più volte menzionata clausola dell'articolo 1, comma 3°, del TUSPP, la formula utilizzata dall'articolo 12 sarebbe assolutamente inidonea a derogare la disciplina comune delle azioni civili anche all'interno delle società in house, per le quali non si è effettivamente previsto un meccanismo diverso di gestione della legge applicabile fra disciplina speciale del Testo unico e quella comune.

è venuta meno la responsabilità sul lato civile. Che si tratti di un argomento alquanto debole viene sottolineato dall'autore stesso, il quale va alla fine ad arrendersi al sorgere di un altro dubbio interpretativo legato all'articolo 12 e in generale di tutto il regime di responsabilità nel Testo unico<sup>174</sup>.

In realtà si potrebbe avanzare una terza opinione, che non preveda una necessità di pensare alle società in house come enti di natura non societaria o che non porti a pensare a quella clausola del primo comma dell'articolo 12 come un modo di riproporre la disciplina "standard" delle società partecipate, senza che abbia una portata o un senso autonomo, aspetto che quanto meno merita di essere indagato sia per rispettare la *voluntas legis* che per dare il giusto peso alle peculiarità delle società in house, meritevoli, indipendentemente da come le si voglia qualificare, di piccoli accorgimenti.

Partendo dal presupposto che oggi quando parliamo delle società partecipate diverse da quelle in house la previsione laconica dell'articolo 12 sembrerebbe porre come decisamente eccezionale il danno erariale realizzabile da una condotta di organi e dipendenti, soprattutto alla luce della sentenza del 2013 delle Sezioni Unite che hanno confermato quanto detto già nel 2009 e cioè che l'unico danno erariale può essere quello cagionato direttamente al patrimonio del socio pubblico e non a quello della società, ciò che avrebbe potuto voler dire il legislatore con la clausola dell'articolo 12 è che invece la possibilità che si configuri un danno erariale e la relativa responsabilità all'interno delle società in house, e ad opera di organi sociali e di dipendenti, sia tutt'altro che eccezionale e anzi, a fronte del collegamento intrinseco fra queste e l'ente, sia quest'ultimo il danno "normale", mentre quello civilistico sarebbe "eccezionale". Insomma, il legislatore potrebbe semplicemente aver previsto che il danno erariale nelle società in house non sia solo quello stabilito al secondo comma, ma anche quello che viene, grazie a tale clausola, considerato realizzabile da organi e dipendenti.

Indipendentemente da come venga interpretata la posizione delle società in house nell'impianto dell'articolo 12, neanche l'idea che si parli di un danno erariale soggettivamente diverso da quello previsto per le altre società partecipate è riuscita a negare la configurazione di una convivenza pacifica fra responsabilità civile con

---

<sup>174</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagina 180, Zanichelli Editore, 2018, in conclusione si etichetta la questione in modo inequivocabile «Resterebbe peraltro da spiegare...quale sia dunque, in definitiva, il senso dell'inciso di cui si discute».

giurisdizione ordinaria e responsabilità erariale con giurisdizione contabile, come ha sottolineato la stessa Corte di Cassazione nella recente sentenza a Sez. Un. 22406 del 2018, da cui si trae la sussistenza di un concorso delle due giurisdizioni anche per medesimi fatti, precisamente in merito ad una contestazione dell'azione del curatore fallimentare che veniva da una parte in giudizio ritenuta contraria alla nuova legge, considerando che, come del resto già sottolineato più volte dalla Cassazione, non esisterebbe fra amministratori della società ed ente pubblico un rapporto di servizio e fermo restando che, fra le altre cose, la diversa natura e funzione delle due azioni non potrebbe mai far scattare una violazione del principio *ne bis in idem*<sup>175</sup>.

La ricostruzione appena effettuata potrebbe leggermente esulare dal nostro tema principale, che è quello delle responsabilità del socio e non di organi e dipendenti a cui abbiamo solo accennato durante tutta la trattazione in un'ottica ricostruttiva dell'intero impianto del TUSPP sul tema, tuttavia da un lato ci conferma come l'impostazione data dal Testo unico sia alquanto problematica e poco chiara, il che si ripercuote anche sulla figura del socio, dall'altro sembra confermarci che ormai le società in house vanno considerate, al netto delle particolarità che le contraddistinguono, come soggetti privati e questo sarà un fondamentale punto di partenza per l'ultimo tema che andremo ad affrontare nei paragrafi seguenti sulla portata della responsabilità da direzione e coordinamento, la quale senz'altro coinvolge la figura del socio.

#### **4. Responsabilità da direzione e coordinamento e società partecipate: una difficile convivenza?**

Una delle novità più importanti introdotte dalla riforma del Diritto societario nel 2003, D.lgs. 6/2003, è senza dubbio rappresentata dal capo IX, titolo V, libro V del codice

---

<sup>175</sup> Vetro A., Presidente on. Corte dei conti, *Problematica sulla ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e contabile per danni cagionati da amministratori e dipendenti di società partecipate enti pubblici, alla luce della più recente giurisprudenza*, in [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it), 2018.

civile, articoli 2497-2497 septies, vale a dire la disciplina della direzione e coordinamento delle società.

La scelta di nominare questo capo in tal modo deriva dal fatto che le norme ivi contenute hanno il chiaro intento di disciplinare il fenomeno del gruppo di società, il quale viene realizzato mediante l'acquisto di azioni o quote di altre società di capitali, atto che non produrrà nella maniera più assoluta la nascita di un nuovo soggetto giuridico, in sostituzione delle società che ne fanno parte, o di un'attività d'impresa giuridicamente unitaria, imputabile alla capogruppo o a questa e altre società che fanno parte del gruppo in modo congiunto, bensì a un'aggregazione d'impresе che rimangono per l'appunto autonome e indipendenti dal punto di vista formale, ma saranno sottoposte alla direzione unitaria o influenza dominante di un'unica società: la capogruppo o società madre che dir si voglia. L'influenza dominante si concretizza proprio in un coordinamento e direzione da parte della capogruppo nei confronti delle società controllate, realizzato in base ad un disegno unitario e per il perseguimento di un interesse comune, che viene infatti definito "interesse di gruppo"; si parla, per rendere meglio il concetto, del gruppo di società come di «*un'unica impresa sotto il profilo economico a cui corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico: tante quante sono le società facenti parte del gruppo*»<sup>176</sup>.

Nel momento di dettare la disciplina ad esso dedicato si posse una doppia necessità, bisognava delineare un sistema informativo e di responsabilità che fosse in grado di evitare abusi da parte della capogruppo idonei ad alterare una situazione patrimoniale ed economica delle società controllate, che rappresentano l'unica garanzia per i creditori di quest'ultime, dall'altro lato però le norme andavano pensate in modo tale da non disincentivare un fenomeno che, per quanto delicato e complesso, porta ad una maggiore efficienza produttiva con effetti benefici per le imprese a livello nazionale e internazionale, tenendo presente come i normali strumenti di tutela in tema di responsabilità di cui agli articoli 2392 e seguenti del codice civile o in materia di conflitti di interessi di soci ed amministratori, 2373 e 2391, potrebbero risultare inadeguati a un

---

<sup>176</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagine 283 e ss., UTET Giuridica Editore, 2015, in particolare il fenomeno holding viene ricostruito analizzando e comparandone le forme che nella prassi più di ogni altre si verificano, come il gruppo a catena in cui una società A ne controlla e dirige una B, che a sua volta ne controlla e dirige una C; oppure a stella o raggiera in cui la società A controlla e dirige tutte quelle facenti parte del gruppo. Vengono, giustamente, anche ricordati i limiti all'assunzione di partecipazioni derivanti dalle norme sul tema delle "partecipazioni rilevanti".

tale contesto. Da qui l'idea, in un'ottica non solo di non sfavorire ma anche di incentivare il ricorso al gruppo di società, di ideare un regime di responsabilità, principalmente disciplina all'articolo 2497 ma con ulteriori presidi rientranti anche nell'ambito delle informazioni o altri accorgimenti agli articoli seguenti, considerato da illustre dottrina come obbligatorio, quindi di natura risarcitoria, e non reale<sup>177</sup>.

Ricordiamo brevemente, prima di analizzare la responsabilità in questione e altre norme rilevanti contenute in tale capo, che quest'ultime si applicheranno per presunzione, *iuris tantum*, nei confronti di società o enti tenuti a redigere un bilancio consolidato o ancora che abbiano una forma di controllo ex articolo 2359, la presunzione come detto è relativa. A norma invece dell'articolo 2497 septies anche alle società che, pur non rientranti nell'ipotesi dell'articolo immediatamente precedente, esercitano attività da direzione e coordinamento sulla base di rapporti contrattuali o clausole negli statuti delle società che vi sono sottoposte<sup>178</sup>.

Vediamo a questo punto in breve cosa prevede l'articolo 2497 e come viene articolata questa responsabilità, oltre all'azione che la società controllata potrà esercitare nei confronti di quella madre, viene previsto come quest'ultima sia responsabile sia nei confronti dei soci delle società sottoposte a direzione e coordinamento «per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale», ma anche nei confronti dei creditori sociali «per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società», ma affinché ciò si verifichi è richiesta una violazione «dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» da parte delle società o enti, agenti nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, che siano esercenti dell'attività da direzione e coordinamento. Tuttavia con una previsione probabilmente giustificata dall'esigenza di non disincentivare eccessivamente un fenomeno che ha effetti molto positivi per le

---

<sup>177</sup> Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagina 488, DIKE Giuridica Editore, 2017, dove viene perspicacemente rilevato come una responsabilità di tipo reale si attaglia meglio ad un ambito di singoli atti, ma qui siamo in presenza di un'attività complessa, l'attività per l'appunto di direzione e coordinamento realizzata dalla società madre.

<sup>178</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagina 290, UTET Giuridica Editore, 2015, sottolinea come quella del 2497 septies sia la tipica modalità con cui si dà vita ai gruppi orizzontali o paritetici, in cui, in una sorta di rapporto per l'appunto paritario, la direzione e coordinamento viene determinata da tutte le società che fanno parte del gruppo stesso. Sulla questione poi di queste due norme è molto interessante l'osservazione di Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagina 488, Dike Giuridica Editore, 2017, per cui il codice non definirebbe tale attività, ma l'andrebbe semplicemente a presumere e quindi indicandoci che il controllo di per sé non è un elemento dirimente o sufficiente all'applicabilità di tutto il capo in esame.

aziende e il sistema economico in generale di un determinato paese, sempre il primo comma dell'articolo 2497 del codice civile ha dato la possibilità alla capogruppo di sottrarsi a tale fattispecie di responsabilità tramite la prova di un'assenza di danno a fronte del risultato complessivo dell'attività da direzione e coordinamento o dell'integrale eliminazione dello stesso, anche tramite operazioni che siano a ciò dirette. Su posizioni simili ma diverse a livello di *ratio*, essendoci in questo caso semplicemente la necessità di non duplicare il risarcimento per soci e creditori delle controllate obbligando invece la società madre a riparare due volte lo stesso danno, si colloca il terzo comma dell'articolo 2497, il quale prevede come le azioni da parte di soci e creditori siano esperibili solo nel momento in cui quest'ultimi non siano stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento<sup>179</sup>. Infine, il secondo comma dell'articolo 2497 pone la responsabilità solidalmente in capo sia a coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo sia a coloro che ne abbiano consapevolmente trattato beneficio, nei limiti di quest'ultimo; esempi di persone che partecipano al fatto lesivo sono amministratori, direttori generali o dirigenti della capogruppo, mentre nella seconda categoria potremmo rinvenire anche altre società controllate dalla medesima capogruppo.

Senza dilungarsi troppo sulla disciplina comune, rischiando di perdere il filo principale del nostro discorso, bisogna ricordare altre due norme contenute nel capo del codice dedicato al gruppo di società, la prima è la previsione dell'articolo 2497 ter, che, proprio per permettere al giudice di accertare eventuali responsabilità di cui abbiamo già parlato e consentire la quantificazione di questi eventuali danni, prescrive che le società controllate motivino analiticamente e indichino puntualmente ragioni e interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Aspetti da approfondire nell'allegato di bilancio di cui all'articolo 2428: la relazione sulla gestione degli amministratori<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagine 492 e ss., Dike Giuridica Editore, 2017, si sofferma sulla teoria dei vantaggi compensativi, sottolineando come dalla lettera della legge emerga la necessità di effettuare un calcolo matematico e concreto della compensazione, il quale dovrebbe condurre ad un risultato di quantitativa eliminazione del danno, cosa possibile solo qualora risulti proporzionale ad esso. Circa invece il terzo comma dell'articolo 2497, da segnalare come in Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, pagina 299, UTET Giuridica Editore, 2015, si chiarisca come nonostante il risarcimento spetti a creditori e soci, il danno da solo subito dia riflesso di quello della società controllata, da cui la negazione del risarcimento in capo a coloro che siano già stati ristorati da quest'ultimi.

<sup>180</sup> Bocchini E., *Diritto della contabilità delle imprese – Vol. II: Bilancio di esercizio*, pagina 428, UTET Giuridica Editore, 2016, dove viene sottolineata la fondamentale funzione di resoconto da parte di tale relazione, i cui risvolti nelle società partecipate che hanno un impianto come quello

L'articolo 2497 quinquies, di contro, rende applicabile l'articolo 2467, che impone la postergazione dei finanziamenti dei soci nelle S.r.l., ai finanziamenti che la controllante o altri soggetti sottoposti concedono alla controllata, ma non ai finanziamenti di quest'ultima, norma che risponde all'esigenza sopra manifestata di consentire un fenomeno positivo a livello economico cercando di evitare però un nocumento e rischio costante a carico di soci, creditori ed altri operatori che normalmente si rapportano sul mercato a società soggette a tale controllo e direzione.

Tornando a questo punto a quello che è il nostro discorso, bisogna partire dal presupposto, sopra ricordato, che tutta questa disciplina venne introdotta nel nostro ordinamento giuridico dalla riforma del Diritto societario del 2003, mentre per quanto concerne il tema a noi caro delle società partecipate il legislatore prese posizione solo nel 2009, tramite il Decreto legge 78, convertito poi con la Legge 102 dello stesso anno, che ha rappresentato un intervento discusso fin dalla sua stessa autoproclamazione come di natura interpretativa. L'articolo 19 di tale Decreto rappresentò e ancora oggi, «*fino alla sua eventuale abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità essa è da considerare vigente, seppur senza apparente giustificazione che non sia quella della formale forza della legge*»<sup>181</sup>, risulta essere una “pietra tombale” sull'argomento dell'applicabilità della responsabilità da direzione e coordinamento di cui all'articolo 2497 del codice civile. Infatti tale norma recita «L'articolo 2497, primo comma, del codice civile, si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi *diversi dallo Stato*, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria», di conseguenza ai fini della nostra analisi sulla configurabilità di una responsabilità di cui all'articolo 2497 bisogna distinguere lo Stato da quelli che sono gli altri enti pubblici, ma anche le società dallo Stato controllate, nei confronti dei quali l'applicazione verrà valutata nei paragrafi seguenti, rispettando quella che è la classica metodologia di valutarne i requisiti da un punto di vista soggettivo, per cui concernenti la dicitura della norma codicistica che parla

---

dell'articolo 12 basato sulle responsabilità degli amministratori, risulta sicuramente ancora più importante.

<sup>181</sup> Marchisio E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in Brescia Morra C. E Meo G. E Nuzzo A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, pagina 440, 2015.

di società ed enti che esercitano attività da direzione e coordinamento alla luce di questo articolo 19, e oggettivi, riguardanti invece il parametro direttamente imposto dalla Legge del 2009 sulla detenzione delle partecipazioni o le finalità economiche e/o finanziarie che dovrebbero connaturare l'agire dell'ente.

Partendo perciò dallo Stato, abbiamo già rivelato la soluzione al dibattito, ad oggi, infatti, nonostante le numerose critiche che gli vengono mosse, la norma posta dall'articolo 19 sembra essere un limite invalicabile alla non applicabilità della responsabilità oggetto di analisi, per lo meno fino a quando il legislatore non intervenga in senso abrogativo o la Corte Costituzionale non ravveda una situazione di incostituzionalità. Tuttavia, risulta opportuno ricordare sia le più perspicaci critiche che vengono rivolte a tale scelta del legislatore, sia valutare quelle che sono le inevitabili ripercussioni applicative.

Viene innanzitutto avanzata una critica basata sul tenore letterale dello stesso articolo 2497, che non implicherebbe la qualità di imprenditore da parte della società o dell'ente titolare del potere di direzione e coordinamento affinché si possano considerare tali soggetti responsabili, bensì solo ai fini di una compensazione del danno di cui all'ultima parte di questo primo comma. tale argomento, indipendentemente dal suo accoglimento o meno, rappresenta uno spunto di riflessione per comunque concludere come l'articolo 19 rappresenti una norma in grado di esentare lo Stato, quale forma di privilegio speciale, da tale responsabilità, ma non dalle altre norme che sono contenute nel relativo capo, in particolare quelle in tema di recesso di cui all'articolo 2497 quater, citandosi come esempio emblematico di causa di recesso una privatizzazione di società precedentemente in mano allo Stato stesso, o del secondo comma dello stesso articolo 2497, dove per soggetti che hanno preso parte al fatto lesivo potremmo intendere i legali rappresentati. Quest'ultima sarebbe una conclusione impossibile da controbattere anche per la considerazione, come si è accennato precedentemente, di una disciplina che presume e non definisce o attribuisce tale tipo di attività direttiva e di controllo o di coordinamento<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagine 1147 e ss., Wolters Kluwer Editore, 2016 e

<sup>182</sup> Marchisio E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in Brescia Morra C. E Meo G. E Nuzzo A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, pagine 437 e ss., 2015, con il primo a riprendere le conclusioni a cui giunse il

Altra critica che viene rivolta si basa, invece, su una presunta sbagliata impostazione della discussione, per cui sarebbe irrilevante il fatto che lo Stato sia sottoposto ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento, poiché un eventuale risarcimento sanerebbe comportamenti illeciti, ma soprattutto che andrebbe valutato non se lo Stato possa dettare direttive di eterodirezione, bensì bisognerebbe interrogarsi su quali siano le conseguenze in caso di direttive che risultino dannose per i soggetti che vi si siano attenuti<sup>183</sup>. Si va a constatare come, in realtà, tale impostazione rilevarebbe come un elemento volto a sostenere la natura di direzione politica dell'attività posta in essere dallo Stato, che non produrrebbe una generale deroga alla disciplina dettata agli articoli 2497 e ss. nei confronti dello Stato stesso, che come già rilevato ne beneficerebbe sotto il lato meramente risarcitorio, ma neanche in grado di escludere da quest'ultimo terreno altri enti pubblici o altre società che siano controllate dallo Stato stesso e che svolgano attività da direzione e coordinamento<sup>184</sup>, su cui quindi, come vedremo nei paragrafi seguenti, siamo liberi di indagare l'applicazione delle norme in esame dal punto di vista oggettivo e soggettivo, ma soprattutto che ci fornisce occasione anche per valutarne i risvolti in tema di società in house, dove non si tratta semplicemente di appurare il raggio applicativo di uno o più articoli, ma di trovare ulteriori argomenti, come si è fatto nel paragrafo immediatamente precedente, a favore di una delle due fra le tesi che vorrebbero qualificarle come enti non societari o enti che possono rientrare in tale natura.

In chiusura ci limitiamo a sottolineare come la scelta, da considerarsi come discussa e discutibile da parte del legislatore del 2009 e giustificata a detta della dottrina

---

secondo circa il fatto che l'articolo 19 non sia idoneo ad escludere l'applicazione di ogni norma del capo IX, ma soprattutto circa il fatto che, in merito alla critica che vorrebbe l'assenza del carattere imprenditoriale dell'attività da parte dello Stato come un argomento idoneo ad escludere anche il risarcimento danno, in realtà si tratti più di un privilegio che si è voluto accordare a quest'ultimo che di un argomento condivisibile giuridicamente parlando. Ricordiamo anche come la tesi di una non attribuzione o definizione, bensì presunzione dell'attività da direzione e coordinamento, basata sugli ultimi due articoli del capo, sia condivisa ancora oggi da Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagine 492 e ss., DIKE Giuridica Editore, 2017.

<sup>183</sup> Marchisio E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in Brescia Morra C. E Meo G. E Nuzzo A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, pagina 438, 2015.

<sup>184</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagine 1147 e ss., IPSOA, Wolters Kluwer Editore 2016, per quanto concerne l'idea di una direzione politica e non societaria. Marchisio E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in Brescia Morra C. E Meo G. E Nuzzo A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, pagina 438, 2015, per quanto riguarda i risvolti applicativi dell'articolo 19.

precedentemente citata e di molti altri illustri autori dalla volontà inequivocabile di sottrarre lo Stato dallo “*tsunami*” della questione Alitalia, rappresenta un qualcosa di non superabile neanche dalla nuova visione del TUSPP, il quale all’articolo 1, comma terzo, parla di deroghe necessarie al diritto comune che qui non sarebbero rinvenibili, per quanto si potrebbe argomentare sulla natura speciale della Legge del 2009, ma non si intravedono spiragli positivi in questo senso. Diverso è il discorso per quanto concerne le società quotate, di cui infatti si è trattato a chiusura del capitolo precedente, per le quali si ritiene che qualsiasi norma resa applicabile dal Testo unico, anche se indirettamente, dovrebbe essere dichiarata espressamente configurabile<sup>185</sup>, cosa che qui non avviene. Tendenzialmente però l’applicazione anche in questo campo dell’articolo 19 non viene negata, tutto ciò però denota, per l’ennesima volta, come l’intento del legislatore di ottenere una disciplina chiara, non eccessivamente diversa dal diritto comune e non troppo vincolante per società destinate ad operare sul mercato, sia stata tutt’altro che un obiettivo raggiunto.

#### **4.1. Applicabilità dell’art. 2497 dal punto di vista soggettivo e oggettivo.**

Appurato che, salvo futuri interventi da parte del legislatore o del giudice delle leggi, la disposizione dell’articolo 19, del Decreto legge 78 del 2009, convertito dalla Legge 102 del 2009, risulta essere ancora vigente e idonea ad escludere lo Stato fra i soggetti a cui può ritenersi applicabile la responsabilità da direzione e coordinamento, non invece le restanti norme poste dal capo IX, bisogna ora valutare la posizione degli altri enti pubblici, che ai fini del nostro discorso possono comunque considerarsi soci e quindi, come vedremo nel paragrafo successivo, eventualmente responsabili, sul lato civilistico, da questo ulteriore punto di vista.

Analizzandosi la norma posta dall’articolo 19 da un punto di vista soggettivo ci rendiamo conto come la stessa parli di soggetti giuridici collettivi, che peraltro risulta coerente con la previsione dell’articolo 2497 del codice che parla di società o enti per

---

<sup>185</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 504 e ss., Zanichelli Editore, 2018.

indicare i soggetti titolari di una attività di capogruppo e conseguentemente sottoposti ai rischi della relativa responsabilità. L'idea del legislatore sarebbe stata, perciò, quella di chiarire come si dovessero escludere le persone fisiche da tale novero e includere enti intesi come soggetti dotati di una personalità giuridica, che li rende potenziali titolari di situazioni giuridiche soggettive e centri di imputazione di rapporti giuridici. Sulla bontà di escludere le persone fisiche esistono ampie controversie, che tuttavia esulano dal nostro oggetto d'indagine, di contro, in merito all'esclusione dello Stato, si sono avanzate nel paragrafo precedente tutte le motivazioni e ripercussioni applicative di tale scelta.

Quindi se ci soffermiamo su questo concetto di autonoma capacità giuridica, ci rendiamo perfettamente conto di come, tolte le articolazioni statali quali i ministeri, altri soggetti quali enti pubblici o amministrazioni in generale siano perfettamente sottoponibili alla disciplina dell'articolo 2497 poiché rientranti nella nozione dettata, in via di interpretazione autentica, dall'articolo 19; la cosa veramente importante è che quindi la soggettività di tali enti non sia «*immedesimata a quella dello Stato*»<sup>186</sup>.

Insomma, nonostante venga sottolineato come sia poco probabile nella prassi rinvenire un ente pubblico che eserciti direttamente attività di direzione e coordinamento nei confronti di una società, essendoci il più delle volte un' *holding* a porsi quale strumento per realizzare tale controllo da parte dell'ente pubblico stesso, non è comunque un'ipotesi che può essere scartata, in quanto risulta essere assolutamente irrilevante, nell'ottica di una disciplina connaturata dal chiaro ed evidente intento di circoscrivere ad una fattispecie ben precisa quale quella dello Stato la disciplina in esame, la natura pubblica o privata dell'ente che direttamente o indirettamente eserciti attività di direzione e coordinamento; nel caso in cui, come spesso avviene, l'attività sia esercitata da parte dell'ente pubblico per il tramite di una *holding*, anche a voler dar peso alla tesi per cui la responsabilità sia imputabile solo ed esclusivamente alla società o ente che direttamente eserciti un'attività da capogruppo, l'ente pubblico ne risponderebbe comunque come soggetto che ha preso parte al fatto lesivo (articolo 2497, comma 2°, del c.c.)<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> In questo senso Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagina 1149, Wolters Kluwer Editore, 2016, dove si sottolinea, per esempio, che anche le aziende speciali sarebbero sottoposte all'articolo 2497, anche se in questo caso l'attività sarebbe imputabile all'ente o alla società di cui rappresentano un'articolazione.

<sup>187</sup> Marchisio E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in Brescia Morra C. E Meo G. E Nuzzo A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto*

Passando invece alla questione dei requisiti di natura oggettiva bisogna ricordare come la norma richieda una detenzione delle partecipazioni sociali nell'ambito di un'attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica e sociale, su cui bisogna registrare una tutt'altro che pacifica interpretazione, nel senso che a prima vista sembrerebbero da avanzare delle distinzioni fra enti pubblici economici e enti pubblici non economici o comunque per quelle aziende che devono semplicemente svolgere servizi o funzioni pubbliche, senza che ciò possa portare all'economicità o più specificamente a quell'attività imprenditoriale richiesta dall'articolo 19, risultando inevitabilmente escluse<sup>188</sup>.

Tuttavia, viene ribattuto che in realtà il tenore dell'articolo 19 non sarebbe idoneo a sottrarre alla disciplina dell'articolo 2497, e del relativo risarcimento danni, tutte quelle ipotesi in cui tramite un'attività di eterodirezione, sia essa connaturata o meno dal carattere dell'imprenditorialità, si sia arrivati a danneggiare un soggetto che a tale attività è sottoposto. Qualora non si accogliesse questa tesi infatti la norma di cui all'articolo 2497 ne risulterebbe irrimediabilmente ridimensionata e depotenziata, poiché sarebbe in grado di sanzionare le condotte di natura imprenditoriale, cioè «*potenzialmente virtuose*», ma non quelle in cui manchi completamente l'interesse imprenditoriale o un'eterodirezione sistematica, che rappresentano poi i casi più gravi di nocumento. Si va a subordinare il concetto di attività imprenditoriale a mera condizione necessaria affinché possa configurarsi quella compensazione di cui più volte abbiamo parlato<sup>189</sup>. Nel rispetto di tale posizione si rileva comunque come, accogliendo tale tesi, oltre che ad una paradossale discriminazione per gli enti pubblici non economici che vedrebbero preclusa proprio l'ipotesi della compensazione, quest'ultima comunque dipende dal risultato complessivo dell'attività da direzione e coordinamento, per cui non si capisce perché ai fini del risarcimento non servirebbe il carattere dell'imprenditorialità mentre per la compensazione sia *condicio sine qua non*.

---

dell'impresa, pagina 438, 2015, che a sostegno di tale tesi cita anche il TAR di Milano, III Sezione, Sentenza 4731 del 2002.

<sup>188</sup> Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagina 1149, Wolters Kluwer Editore, 2016.

<sup>189</sup> Marchisio E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in Brescia Morra C. E Meo G. E Nuzzo A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, pagina 443, 2015.

In ogni caso tralasciando queste complesse discussioni, siamo arrivati alla conclusione che ci serviva per poter procedere all'analisi delle responsabilità del socio pubblico in questo terreno, vale a dire che la Legge del 2009 ha escluso come privilegio speciale lo Stato ma non gli altri enti o soggetti pubblici-soci dalla responsabilità prevista all'articolo 2497 del codice civile.

#### **4.2. Le conseguenti responsabilità del socio pubblico.**

Quest'ultimo terreno di responsabilità su cui si è concentrata la nostra attenzione ha richiesto dei lunghi e laboriosi passaggi che permettessero di arrivare alla conclusione fondamentale che gli enti pubblici, che per la stessa previsione dell'articolo 12 del TUSPP sono considerati come partecipanti e quindi soci delle società pubbliche, possano soggettivamente e oggettivamente rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 2497 del codice civile, così come ovviamente interpretato dall'articolo 19 del Decreto del 2009 più volte richiamato. Rimangono al massimo delle non ben definite questioni in merito alla possibilità che lo stesso discorso valga per gli enti pubblici non economici, tuttavia vista l'ormai ampia diffusione di società in house controllate da comuni e regioni per fini di fornitura dei servizi pubblici essenziali quali trasporti, energia e via dicendo, sembra che la prassi dia conforto alla seconda tesi sopra prospettata, quella che quindi vorrebbe una disciplina da direzione e coordinamento, anche dal lato risarcitorio, ancorata ad un'idea di tutela di soggetti sottoposti all'attività da eterodirezione, indipendentemente dalla configurazione come imprenditoriale o meno dell'attività stessa, che sarebbe un requisito necessario per la sola questione della compensazione tramite il risultato complessivo dell'attività da direzione e coordinamento.

Quindi si può, arrivati a questo punto, parlare dei soci pubblici, nei limiti sopra analizzati, come di soggetti responsabili per attività da direzione e coordinamento, una responsabilità che si caratterizza come connotata da tutta una serie di ulteriori interrogativi circa la possibilità di qualificarla come di natura contrattuale, con un onere probatorio maggiore a carico dello stesso socio pubblico che sarebbe tenuto a provare di aver posto in essere questa direzione e controllo secondo i canoni di corretta gestione imprenditoriale e societaria o, quale *extrema ratio*, tentare di dimostrare come il risultato

complessivo di tale attività o ancora delle operazione direttamente tese a tale scopo abbiano compensato il danno subito da creditori e soci delle eterodirette; di contro chi agisce nei confronti dello stesso socio pubblico, per cui creditori o soci delle controllate, rispettivamente per un lesione all'integrità del patrimonio e per un danno alla redditività e al valore della partecipazione sociale, dovranno meramente allegare tale documento e prova dei fatti costitutivi a sostegno. Quest'ultimi invece, qualora la si intendesse come una responsabilità di natura extracontrattuale o aquiliana, dovrebbero provare sia l'aspetto di violazione di una corretta gestione societaria e imprenditoria, idonea a generare il documento, sia dolo o colpa da parte della capogruppo, nel nostro caso l'ente pubblico direttamente o la holding, con cui comunque il soggetto pubblico risponderebbe quale partecipante al fatto lesivo (articolo 2497, comma 2°, del c.c.). Va poi fatta una precisazione molto importante ai fini del nostro discorso, più volte abbiamo sottolineato come, a fini di razionalità della nuova disciplina, sembrerebbe necessario attribuire all'impianto di responsabilità contenuto nel TUSPP una sorta di bipartizione fra amministratori e organi sociali in generale responsabili sul lato civilistico e soci pubblici sul fronte erariale, qui tale discorso potrebbe tornare in auge alla luce del fatto che poi, parlando di società di capitali e in particolar modo di società per azioni, la linea di gestione anche a livello di eterodirezione viene dettata dagli amministratori e non dai soci. Si potrebbe, pertanto, sostenere che ancora una volta, salvo il caso delle S.r.l. in cui come abbiamo visto c'è spazio per ingerenze amministrative e relative responsabilità da parte del socio, per il resto avremmo una responsabilità civile da parte degli organi e non del socio pubblico. In realtà, dalla medesima dottrina che ricostruisce i dibattiti circa la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità ex articolo 2497 del codice, emerge chiaramente come ci sia, soprattutto qualora la si interpreti come aquiliana, una estensione della responsabilità degli organi amministrativi alla controllante, a causa di un rapporto di immedesimazione organica<sup>190</sup>. Insomma, ancora una volta, il rapporto organico viene ad essere un elemento che fa scattare la responsabilità del socio pubblico, ma qui non

---

<sup>190</sup> Visentini G. E Palazzolo A., *Manuale di diritto commerciale*, pagine 491 e ss., Dike Giuridica Editore, 2017, a cui si rimanda non solo per questa discussione sulla natura contrattuale o aquiliana della responsabilità di cui all' articolo 2497, ma anche per le questioni, precedentemente accennate nel paragrafo 4 di tale capitolo, circa il meccanismo con cui opererebbero i vantaggi compensativi.

avviene sul versante erariale bensì civilistico, quello appunto della responsabilità da eterodirezione.

inoltre, partendo dal presupposto che l'articolo 2497 bis del codice civile ha posto degli obblighi informativi sia in capo alla controllata che alla controllante, in particolare quest'ultima dovrà procedere all'iscrizione in un'apposita sezione del registro delle imprese che indica i soggetti esercenti attività di direzione e coordinamento, una precisa responsabilità per gli amministratori della società madre è posta dal terzo comma di questo 2497 bis, dove si prevede come gli amministratori risponderanno nei confronti dei soci e dei terzi per il mancato rispetto di questa formalità. Considerando che, come più volte ricordato, l'articolo 12 del TUSPP fa salve tutte le responsabilità civili poste dal diritto comune anche per quanto concerne gli amministratori di società pubbliche, va da sé che in questo ambito gli amministratori delle capogruppo rimangono responsabili ex articolo 2497 bis, comma terzo, del codice civile.

Bisogna ricordare inoltre che all'applicazione dell'articolo 2497 in capo ai soci pubblici non si opporrebbe neanche l'orientamento della Corte dei conti, espresso per esempio nella sentenza 59 del 2014, per cui l'ente pubblico non risponderebbe dei debiti della società partecipata, ma l'eccezione costituita dal caso in esame sarebbe giustificata dal fatto che proprio il rispetto della corretta gestione imprenditoriale e societaria che viene imposta anche ai soci pubblici, con la relativa responsabilità risarcitoria, costituisce un presidio in difesa della contabilità pubblica, poiché condurrebbe al rispetto dei principi di efficienza, redditività ed economicità a cui la Pubblica Amministrazione deve attenersi, sia per una disposizione gerarchicamente superiore vale a dire quella dell'articolo 97 della Costituzione, sia, per quanto concerne il tema a noi più vicino, per espressa presa di posizione della Legge Madia dove si parla di questi come di principi inderogabili per le società partecipate dallo Stato. Quindi la difesa di tali principi porterebbe il legislatore a chiedere che tutti i soggetti pubblici soci di società di capitali gestiscano le partecipazioni in questione con economicità in modo da evitare ulteriori aggravii per il debito pubblico, e secondo le esigenze lucrative delle società di capitali di ottenere dei dividendi da distribuire, rispettando l'efficienza e la redditività<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> Codazzi E., *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazione alla luce dell'art. 2497 comma 1, c.c.*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 42.6, 2015, novembre dicembre. Vengono in particolar modo sottolineati questi ed altri aspetti molto interessanti, per esempio si nota

Sembrerebbe quindi, a conclusione di questo nostro lungo percorso, che per individuare delle responsabilità sul versante civilistico da parte del socio pubblico, sia necessario andare oltre il Testo unico, richiamando norme di diritto comune come quelle che abbiamo analizzato in quest'ultima sede e le leggi di "specificazione" connesse. Tuttavia, bisogna sempre ricordare, ogni qual volta emergano delle disposizioni codicistiche applicabili e non solo nel settore della responsabilità, che le conclusioni a cui siamo giunti sono rese possibili anche e comunque dal meccanismo di cui all'articolo 1, comma terzo, del TUSPP, che ad oggi sembra, per quanto concerne la chiarezza normativa richiesta alla riforma del 2016, la più grande conquista del legislatore in tema di società partecipate.

#### **4.3. La questione delle società in house.**

Ricostruite le ripercussioni sulle responsabilità del socio pubblico derivanti dall'applicazione a carico di quest'ultimo dell'articolo 2497 del codice civile, bisogna capire se alle medesime conclusioni si possa giungere anche in tema di società in house, cioè se l'ente pubblico di riferimento delle stesse, sempre nei limiti sopra ricordati di chi possa o non possa rientrare nell'interpretazione avanzata dall'articolo 19 del Decreto 78/2009, risponda nei loro confronti per la lesione alla redditività e valore delle partecipazioni sociali, oltre che nei confronti dei creditori per l'integrità del patrimonio delle società.

In realtà, ricordando quanto riportato nei capitoli precedenti sui caratteri strutturali delle società in house, il capitale di quest'ultimo sarà, a norma dell'articolo 16, comma

---

come l'applicazione del 2497 del codice civile non porti assolutamente a violare il principio di cui all'articolo 81 della Costituzione in tema di prevedibilità della spesa pubblica. Inoltre, a sostegno della tesi da noi anche proposta per cui la disciplina sarebbe applicabile nei confronti del socio pubblico, si sostiene come ad accogliere una conclusione opposta si finirebbe per arrecare a quest'ultimo un'ingiustificata disparità di trattamento, poiché non potrebbe essere utilizzato il meccanismo compensativo di cui all'articolo 2497, primo comma, ultima parte, del codice civile.

1°, del TUSPP interamente partecipato dal socio pubblico e non da privati, salvo che nei casi espressamente previsti dalla legge, il che potrebbe portare a concludere che in realtà non si verifichi un'ipotesi di responsabilità civilistica come quella analizzata fino a questo momento, e in effetti chi subisce il danno a livello di redditività e valore della partecipazione è proprio l'ente pubblico e il danno non può che rientrare nella categoria erariale, ma ciò non toglie ovviamente che sia necessario tutelare anche i terzi, e in questo senso tornerebbe ad esserci una responsabilità civilistica ex articolo 2497 nei confronti dei creditori delle società in house per esempio, spesso vittime di abusi pubblici e politici<sup>192</sup>. Insomma, sembrerebbe quando si parla di società in house che le peculiarità di quest'ultime possano al massimo portare ad una responsabilità da eterodirezione verso i creditori, per lo meno se affrontiamo la questione solamente dal lato civilistico.

Non è un caso infatti che la dottrina, dando probabilmente per scontato la conclusione a cui siamo giunti, analizzi la questione da un altro punto di vista: quello di capire quali norme del capo IX siano in generale applicabili alle società in house. La risposta che viene dogmaticamente data, argomentando dalla Cassazione SS.UU. 26283 del 2013, secondo la quale l'assenza di autonomia e la sussistenza di un rapporto gerarchico fra le società in house e le amministrazioni di riferimento farebbe sì che le prime non siano autonomi centri di imputazione giuridica, è che sarebbe necessario rispettare solo le norme volte alla tutela dei terzi, mentre non servirebbe applicare quelle che tutelano l'autonomia decisionale delle società stesse (applicazione selettiva).

Tale conclusione, peraltro coerente con quanto sopra sostenuto di una responsabilità da eterodirezione volta a tutelare i terzi e non i soci, quanto meno dal lato civilistico, porta a ritenere per esempio applicabile l'articolo 2497 bis con tutti gli annessi obblighi informativi o ancora l'articolo 2497 quinquies sulla postergazione dei finanziamenti, di contro la norma che verrebbe emblematicamente esclusa sarebbe quella del 2497 ter sull'obbligo di motivare in modo analitico le decisioni che sia state influenzate da chi esercita direzione e coordinamento<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> Tesi che viene supportata, all'interno di un'analisi circa l'applicabilità del capo IX alle società in house, da Garofali R. E Zoppini A., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, pagine 531 e ss., Nel Diritto Editore, 2018. In tale contributo dottrinale tuttavia si prende le mosse da un concetto di controllo analogo ben diverso da quello da noi precedentemente supportato.

<sup>193</sup> Marchisio E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in Brescia Morra C. E Meo G. E Nuzzo A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, pagine 447 e ss., 2015, la tesi qui proposta viene ripresa da Donativi V., *Le società a*

A prima lettura questa tesi potrebbe rappresentare un argomento a favore della concezione del controllo analogo in senso amministrativo e quindi idoneo a degradare, come più volte sottolineato, le società in house in mere articolazioni interne o uffici delle amministrazioni di riferimento. In realtà le norme che risulterebbero applicabili sarebbero coerenti anche con una tesi più moderna e più vicina al Diritto societario di controllo analogo, quella che lo definirebbe come un potere o meglio un'attività di indirizzo e supervisione da parte dell'amministrazione, che sarebbe in qualche modo assimilabile con la figura dell'eterodirezione, seppur con dei temperamenti legati ai caratteri peculiari dell'*in house providing*. Temperamenti che secondo la dottrina più moderna che supporta tale idea non escluderebbero l'autonomia funzionale o di agire delle società in house<sup>194</sup>, anche alla luce di una visione coerente con l'intento del TUSPP di dar vita ad una disciplina quanto più possibile vicino al diritto comune, di contro i temperamenti pensati dalla dottrina che sostiene la tesi dell'applicazione selettiva risentirebbero semplicemente degli impulsi giurisprudenziali di quegli anni, ma non andrebbero a porsi in contrasto ad un'idea di controllo analogo più in senso societario che amministrativo. Fra questi temperamenti potrebbe esserci, alla luce di quanto detto nel capitolo precedente in merito alle responsabilità del socio pubblico nel fallimento, una forma di responsabilità dell'amministrazione di riferimento per l'imposizione di scelte rivelatesi poi scellerate per l'equilibrio economico finanziario di queste società. In questo modo daremmo un taglio societario all' *in house providing* e al controllo analogo, senza dimenticarci delle responsabilità del socio pubblico.

---

*partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, pagina 1151, Wolters Kluwer Editore, 2016, il quale però non manca di rilevare come le deroghe al diritto comune, anche e soprattutto in un'ottica di applicazione selettiva come quella che viene riportata, dovrebbe sempre essere giustificata o da una espressa previsione legislativa o ancora da una incompatibilità assoluta che viene a verificarsi fra diritto comune e caratteri peculiari dell'*in house providing*.

<sup>194</sup> Ibba C. e Demuro I., *le società a partecipazione pubblica*, pagine 206 e ss., Zanichelli Editore, 2018, per una più completa analisi critica di questa tesi e in generale sul concetto di controllo analogo si rimanda al primo capitolo, nella parte dedicata ai caratteri delle società in house.

## Conclusioni

Al termine della nostra analisi risulta di fondamentale importanza ricostruire, in maniera logica ed ordinata, le principali conclusioni a cui siamo giunti sul tema delle responsabilità del socio pubblico.

Tralasciando le questioni oggetto di attenzione nella prima parte della tesi quali disciplina delle partecipazioni, obblighi di dismissione, caratteri delle principali società pubbliche, governance e crisi d'impresa alla luce del nuovo Testo unico, che si sono rivelati essere antecedenti logici delle varie indagini sul terreno delle responsabilità, siamo partiti dalla Legge delega 124 del 2015 poiché da questo momento il legislatore ha sentito il bisogno di non procrastinare più la soluzione di numerose problematiche legate alle società partecipate, fra le quali il tema di nostro interesse della responsabilità, rilevando però come vennero avanzate mere richieste di chiarificazione sull'aspetto di riparto giurisdizionale fra giudice ordinario e Corte dei conti. Infatti ripercorrendo la strada fatta dalla giurisprudenza, quanto meno quella più autorevole della Corte di Cassazione, sul concetto di danno all'interno di tali società, ciò che abbiamo potuto notare è il drastico cambiamento che ha connotato tre passaggi fondamentali: Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2004, n. 3899, Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806 e infine Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, vale a dire il percorso che ha segnato il definitivo abbandono dell'idea che un danno nei confronti delle società partecipate, da parte di organi sociali e dipendenti, costituisca nocimento all'amministrazione pubblica e fonte di risarcimento da destinare all'erario oltre che da sottoporre alla giurisdizione della Corte dei conti. Quindi assodata l'idea che una volta entrati a far parte della società, come se si trattasse di conferimenti in società privatistiche vere e proprie, le risorse pubbliche non sono più da considerarsi tali ma appunto degli investimenti e che conseguentemente, vista anche l'assenza di un rapporto di servizio fra amministratori delle società ed ente pubblico, il danno inferto alle società partecipate doveva intendersi in senso civilistico come un danno privato e non al patrimonio dello Stato, ciò che abbiamo potuto leggere fra le righe della Legge Madia era proprio il bisogno di positivizzare tutto ciò.

Lo *step* successivo è stato valutare la disciplina che ne è derivata, rifacendosi alla più volte citata norme del TUSPP di cui all'articolo 12, che rappresenta il punto di

riferimento attuale delle responsabilità nelle società pubbliche. Tuttavia ciò che abbiamo voluto fare è stato più arduo e interessante rispetto ad una dogmatica analisi su come oggi l'articolo 12 riconduca i soggetti sopra citati alle norme privatistiche sulla responsabilità, infatti, partendo anche da un dato di fatto abbastanza emblematico e cioè la rubrica di questa stessa norma che contiene un riferimento alle responsabilità degli enti partecipanti e che quindi sembrerebbe aprire la strada a colpe del socio pubblico, abbiamo voluto indagare se la particolare collocazione nel nostro ordinamento giuridico delle società partecipate potesse produrre forme peculiari di responsabilità a carico del socio in questione, senza comunque dimenticare l'obiettivo, emblematicamente perseguito dalla riforma, di tentare una riconduzione di tali società all'alveo della disciplina comune quanto più fosse possibile.

Per fare ciò ci siamo mossi su due differenti terreni, quello erariale e quello civilistico, tentando in entrambi casi di ricostruire e consegnare un senso logico-sistematico a questa norma, ma anche allargando i nostri orizzonti alla restante parte del Testo unico e alle norme di diritto comune (su cui ricordiamo sempre il ruolo della fondamentale clausola prevista all'articolo 1, comma 3°, del TUSPP).

Partendo dal primo ambito, quello erariale appunto, abbiamo notato come, nonostante le opinioni contrarie di illustre dottrina che si arrende all'idea che l'articolo in questione tradisca le aspettative, si può pervenire ad una interpretazione che conduca a responsabilità del socio pubblico quando, dolosamente o colpevolmente, ponga in essere azioni o omissioni legate ai propri doveri di socio che siano in grado di ledere il valore delle partecipazioni in mano pubblica. Tenendo presente come il secondo comma dell'articolo 12 parlando di danno erariale e competenza della Corte dei conti vi includa i casi in cui ciò avvenga tramite rappresentante o titolare del diritto di voto di tali soci, in quanto va da sé che il socio pubblico, inteso come lo Stato, le amministrazioni e via dicendo, agisca tramite rappresentati, ma la rappresentanza in senso amministrativo pone un rapporto di immedesimazione organica in grado di imputare le condotte, soprattutto quelle illecite, anche al soggetto pubblico rappresentato. I casi che si sono citati sono quelli di mancato esercizio di azione di responsabilità nei confronti degli organi, o ancora precedentemente di nomina di soggetti privi di requisiti richiesti dalla legge, colpe che sembrerebbero collocarsi sulla scia di quelle in *vigilando ed eligendo*. Tutto ciò verrebbe a trovare riscontro nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 21692 del

2016, in cui si parla apertamente di responsabilità erariale dei soci pubblici per non aver utilizzato i propri poteri al fine di arginare la *mala gestio* dell'Amministratore Delegato, che invece risponde dal lato civile nei confronti della società, intesa come soggetto giuridicamente autonomo dall'ente pubblico partecipante.

Tuttavia, abbiamo voluto allargare gli orizzonti supportando l'idea che questo articolo 12 rappresenti una sorta di "*passpartout*" idoneo a giustificare altre forme di responsabilità erariali a carico del socio pubblico, concentrandoci sul terreno delle partecipazioni sociali e delle procedure concorsuali.

Nel primo terreno si sono valutate scelte come quelle di avvalorare operazioni straordinarie quali fusioni con società che si trovino in situazioni economicamente e finanziariamente pessime, che rientrano nella generale disciplina di circolazione delle partecipazioni del TUSPP, come di ulteriori comportamenti in grado di ledere il valore di tali partecipazioni generando un danno erariale.

Ma anche qualora l'articolo 12 in questione non fosse idoneo ad estendere in modo così ampio le responsabilità del socio pubblico, si rinviene costantemente nella trama del Testo unico un impianto di doveri e poteri a carico dello stesso in merito alle partecipazioni, con tanto di forme di controllo esplicitamente previste da parte della Corte dei conti, che potrebbero generare danni e conseguenti responsabilità di natura erariale. Pensiamo a tutti gli obblighi di dismissione di partecipazioni non giudicate in linea con il canone della "stretta necessità" di cui all'articolo 4, con a tal fine doveri di controllo costantemente posti a carico delle amministrazioni partecipanti, sia all'indomani dell'entrata in vigore del TUSPP ex articolo 24 che annualmente ex articolo 20, affinché si scorgano quelle partecipazioni che rappresentano solo un inutile peso sul bilancio pubblico.

Sul fallimento si può giungere alle medesime conclusioni, quello che emerge dal combinato disposto degli articoli 6 e 14 del TUSPP è che il socio pubblico deve evitare interventi «*tampone*», comportandosi come un investitore privato che opera sul mercato partecipando a finanziamenti di imprese in crisi solo qualora ci siano concrete possibilità di tornare *in bonis*, come certificato da piani di ristrutturazione, il che produrrebbe una responsabilità erariale in caso di interventi di cui all'articolo 14, comma 4°, del TUSPP, quali rilascio di garanzie, aumenti di capitale e via dicendo senza prospettive di recupero.

Inoltre, anche qui possiamo attribuire una responsabilità basata sul concetto di pregiudizio al valore delle partecipazioni di cui all'articolo 12, qualora il socio pubblico autorizzi il ricorso al fallimento quando ancora c'erano prospettive di recupero, competenza che la dottrina, contrariamente a quanto normalmente avvenga nelle società di capitali, sembrerebbe attribuirgli.

Insomma indipendentemente che la si voglia concepire legata all'articolo 12 o sistematicamente presente nel Testo unico, sussiste una responsabilità erariale a carico del socio pubblico non trascurabile, anche perché ciò che possiamo ribadire a chiusura di tale elaborato è che la tanto dibattuta esegesi dell'articolo 12 in questione deve essere intesa nel senso di attribuire ad organi e dipendenti una responsabilità civilistica, salvo la questione delle società in house e casi estremamente eccezionali, e al socio pubblico, o a chi per lui, una responsabilità erariale, pena un intervento della Corte dei conti "nei limiti della quota di partecipazione pubblica" che svisciva la sottoposizione degli organi alle azioni civilistiche e che produca conseguenze disastrose, come far confluire i risarcimenti a favore dei privati nelle casse dello Stato generando un trasferimento del rischio di impresa dal socio pubblico ai creditori delle società in cui il primo partecipa. Per quanto concerne l'interpretazione di questa norma sul versante delle società in house, in attesa di opportuni chiarimenti giurisprudenziali, a nostro avviso non si può bollare quella formula che fa salvo il danno erariale di organi e dipendenti come una semplice riconduzione delle stesse al regime *standard* delle altre partecipate, bensì come un modo di sottolineare, da parte del legislatore, che qui il danno erariale di amministratori e dipendenti non rappresenta l'eccezione ma la regola. L'applicabilità a quest'ultime della responsabilità da eterodirezione, ci porta anche a configurare un ruolo centrale dell'amministrazione di riferimento nelle scelte di gestione, che costituirebbe un altro ambito di responsabilità per il socio soprattutto in ambito fallimentare.

In merito invece alle società quotate, constatata la grave insufficienza dell'intervento legislativo del 2016 in merito alla chiarezza nella disciplina applicabile, che non sarebbe idoneo a soppiantare il regime di responsabilità previsto per le stesse dalla Legge 248 del 2007, bisogna comunque preferire l'applicazione dell'articolo 12 del TUSPP per ragioni sistematiche, pena la sottoposizione delle quotate controllate ad un regime vicino a quello delle società in house, conclusione che rappresenterebbe quanto di più incoerente ci sia con la riforma del 2016.

A conferma dell'esegesi sopra ricordata dell'articolo 12, desumiamo una tendenziale assenza di responsabilità del socio pubblico sul versante civilistico, salvo che per il caso delle S.r.l. dove la non presa di coscienza da parte del legislatore, volente o nolente che sia, delle diversità derivante dal diritto comune rispetto alla S.p.a., per la precisione ex articolo 2476 del codice civile, fa sì che il socio pubblico sia sottoposto alle previsioni di quest'ultima norma a causa dell'inevitabile richiamo previsto dalla clausola dell'articolo 1, comma terzo, del TUSPP. Allo stesso modo il vigente Decreto legge n. 78 del 2009 risulta idoneo ad escludere lo Stato ma non gli enti pubblici, salvo oscillazioni sulla loro natura economica o meno, dal novero dei soggetti responsabili per attività di direzione e coordinamento secondo l'articolo 2497 del codice civile, con tutte le conseguenze sopra esposte per le società in house.

Insomma, solo ponendoci in quest'ottica riusciremmo da un lato ad individuare le responsabilità del socio pubblico, aspetto che in società così legate ad interessi comuni non può essere ignorato, dall'altro a dare un significato logico a quella che non è semplicemente una norma ma un'intera struttura legislativa che stabilisce obblighi, doveri e responsabilità a carico dei soggetti pubblici titolari di tali partecipazioni.

## Bibliografia

### Dottrina e manualistica (in ordine alfabetico)

- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli Editore, 2017.
- BERLUCCHI A., *nomina e revoca di amministratori e sindaci nelle società pubbliche: spunti di riflessione*, in *Il Foro Amministrativo rivista mensile di dottrina e giurisprudenza*, Vol. IV-9, 2017.
- BOCCHINI E., *Diritto della contabilità delle imprese – Vol. II: Bilancio di esercizio*, UTET Giuridica Editore, 2016.
- BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, il Mulino Editore, 2017.
- BRESCIA MORRA C. E MEO G. E NUZZO A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 2015.
- CAMELLI M., *Società Pubbliche*, in *Enciclopedia del Diritto (diritto Amministrativo)*, Annali V, Giuffrè Editore, 2012.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, UTET Giuridica Editore, 2015.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. Vol. 3: Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, UTET Giuridica Editore, 2013.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino Editore, 2018.
- CODAZZI E., *Società in house providing*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 43.5, 2016, settembre ottobre.
- CODAZZI E., *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazione alla luce dell'art. 2497 comma 1, c.c.*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 42.6, 2015 novembre dicembre.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, studio n. 150/2008/I, “*Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*”, approvato dalla Commissione Studi di Impresa il 30 ottobre 2008.

- COSMAI P., GIANNOTTI V., PANATO M. E SPEROTTO N., *Il regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico pubblico-privato*, Wolters Kluver Editore, 2016.
- COSSU M., *L'amministrazione nelle s.r.l a partecipazione pubblica*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 35.4, 2008, luglio-agosto.
- DI RIENZO M., *Gli organi di amministrazione e controllo del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *QUADERNI DI GIURISPRUDENZA COMMERCIALE*, FORTUNATO S. e VESSIA F. (a cura di), *Le «nuove» società partecipate e in house providing*, 139, Giuffrè Editore, 2017.
- D'ORAZIO L. E MONTEFERRANTE L., *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, Wolters Kluvers Editore, 2017.
- DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Wolters Kluver Editore, 2016.
- DONATO A., *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti s.p.a.: profili attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *Analisi giuridica economica*, Fascicolo 2, 2015.
- DOTA S. E DI BARI A., *La nuova disciplina delle società partecipate delle Pubbliche Amministrazioni D.Lgs. 19 AGOSTO 2016 N. 175*, ANCI, 2016.
- FERRARI G. GAROFALO G., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2018.
- FIMMANÒ F. E CATRICALÀ A., *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Giapeto Editore, 2017.
- GAROFOLI R. E ZOPPINI A., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Nel Diritto Editore, 2018.
- GENINATTI SATÈ LUCA, *La Nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica: temi e problemi*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, rivista quadrimestrale dell'Amministrazione promossa dal Consiglio Regionale del Piemonte, 2014.

- GRÜNER G., *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Giappichelli Editore, 2009.
- GUERRERA F., *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli Editore, 2010.
- GUERRERA F., *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, in Consiglio nazionale del Notariato, Studio n. 228-2017/I, anno 2017.
- GUERRERA F., *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in giurisprudenza commerciale, n. 44.3, Giuffrè Editore, 2017, maggio-giugno.
- GUERRIERI V., *Anche le società pubbliche possono fallire: il caso del Casinò di Campione*, in il Fallimentarista, Giuffrè Editore, 2018.
- IBBA C., *responsabilità erariale e società in house*, in Giurisprudenza commerciale n. 41.1, 2014, gennaio febbraio.
- IBBA C. E DEMURO I., *le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Zanichelli Editore, 2018.
- JORIO A. E FABIANI M., *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli Editore, 2010.
- LAMANDINI M., *Golden share e libera circolazione di capitali in Europa e in Italia*, in giurisprudenza commerciale, n. 43.5, Giuffrè Editore, 2016, settembre-ottobre.
- LEONI A., *Sulla giurisdizione ordinaria in materia di responsabilità di amministratori di società partecipate alla luce dell'art 12 del d.lgs. n. 175/2016 e sulla compatibilità del regime ivi delineato con il parametro costituzionale ed eurounitario*, in Il Foro Amministrativo rivista mensile di dottrina e giurisprudenza, Vol. V-3, 2018.
- LIBERTINI M., *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in QUADERNI DI GIURISPRUDENZA COMMERCIALE, FORTUNATO S. e VESSIA F.

- (a cura di), *Le «nuove» società partecipate e in house providing*, 139, Giuffrè Editore, 2017.
- MARASÀ G., in VIII convegno annuale dell'associazione italiana dei Professori di Diritto Commerciale “*Il Dritto Commerciale verso il 2020, i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti*”, Roma febbraio 2017.
  - MARCHISIO E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in BRESCIA MORRA C. E MEO G. E NUZZO A., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economica-Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 2015.
  - MICIELI N., *Le responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, in *giurisprudenza commerciale*, n. 45.5, Giuffrè Editore, 2018, settembre-ottobre.
  - MOSCO G.D., *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi: artt. 2602-2620*, Zanichelli Editore, 2017.
  - PETTITI P., *Nomina, revoca e «prorogatio», degli amministratori pubblici*, in *Analisi giur. Economica*, 2015.
  - PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazione pubblica e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè Editore, 2007.
  - RACUGNO G., *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *giurisprudenza commerciale*, n. 45.2, pagina 214. Giuffrè Editore, 2018 marzo-aprile.
  - ROMAGNOLI G., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Le società*, Wolters Kluwer Editore, anno XXVII,
  - SALAFIA V., *Le società a partecipazione pubblica: l'allargamento della compagine sociale*, in *Soc.*, 2010, 170 s.
  - SANTORO V., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, pagine 305 e ss., Giuffrè Editore, 2003.
  - SCHIRRA A., *nuove frontiere delle società partecipate: il dissesto e la fallibilità*, in *il Fallimentarista*, Giuffrè Editore, 2016.
  - STRAZZA G., *Sulla giurisdizione del g.o. in caso di domanda di risarcimento dei danni conseguenti al fallimento di una società in house*,

- asseritamente derivante dalle condotte del socio pubblico*, in *Il Foro Amministrativo*, rivista mensile di Dottrina e Giurisprudenza, Vol. V-3, anno 2018.
- TORRENTE A. E SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, ventitreesima edizione, Giuffrè Editore, 2017.
  - URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino* rivista elettronica di diritto pubblico, diritto dell'economia e della scienza dell'amministrazione a cura del centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2012.
  - VETRO A., Presidente on. Corte dei conti, *Problematica sulla ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e contabile per danni cagionati da amministratori e dipendenti di società partecipate enti pubblici, alla luce della più recente giurisprudenza*, in [www.contabilità-pubblica.it](http://www.contabilità-pubblica.it), anno 2018.
  - VISENTINI G. E PALAZZOLO A., *Manuale di diritto commerciale*, Dike Giuridica Editore, 2017.

### Sitografia

- <http://www.bankpedia.org/index.php/it/115-italian/m/21138-ministero-delle-partecipazioni-statali>
- <https://www.diritto.it/la-cessione-delle-partecipazioni-vietate-secondo-la-legge-2007244-legge-finanziaria-2008-art-3-commi-27-29/>
- <https://www.asi.it/it/agenzia/partecipazioni/partecipazioni-dismesse-o-in-corso-di-dismissione>
- [https://www.fiscomania.com/2018/03/azioni-proprie/#Alienazione delle azioni in caso di abuso](https://www.fiscomania.com/2018/03/azioni-proprie/#Alienazione%20delle%20azioni%20in%20caso%20di%20abuso)
- <http://www.public-utilities.it/programmi-di-valutazione-rischio-di-crisi-aziendale/>
- <http://quotidianoentilocali.ilsole24ore.com/ricerca/Personale?ordine=nuovo&tag=Società+pubbliche>

- [http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/enti\\_locali\\_e\\_contratti\\_derivati.pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/enti_locali_e_contratti_derivati.pdf)
- [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kXrWaKmA47UJ:https://www.dlapiper.com/~media/files/insights/publications/2012/07/italy-from-golden-share-to-golden-powers/files/from\\_golden\\_share\\_to\\_golden\\_powers\\_en/fileattachment/from\\_golden\\_share\\_to\\_golden\\_powers\\_it.pdf+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kXrWaKmA47UJ:https://www.dlapiper.com/~media/files/insights/publications/2012/07/italy-from-golden-share-to-golden-powers/files/from_golden_share_to_golden_powers_en/fileattachment/from_golden_share_to_golden_powers_it.pdf+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it)
- <http://quotidianoentilocali.ilsole24ore.com/art/servizi-pubblici/2015-07-07/il-comune-socio-non-e-tenuto-pagare-debiti-partecipata-liquidazione-161107.php?uuid=ABIkE6j>
- <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/2018-11-21/per-societa-house-azione-responsabilita-contabile-non-esclude-azione-curatore-fallimentare-102317.php>
- [https://www.fiscoetasse.com/Legge\\_fallimentare\\_aggiornata](https://www.fiscoetasse.com/Legge_fallimentare_aggiornata)

### **Legislazione** (in ordine cronologico)

- Regio decreto n. 262 del 1942 – Codice Civile.
- Legge n. 1589 del 1956 – Istituzione del Ministero delle partecipazioni statali.
- Legge n. 218 del 1990 – Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto comune.
- Legge n. 287 del 1990 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato.
- Decreto legislativo n. 385 del 1993 – Testo Unico delle Leggi in materia Bancaria e Creditizia.
- Decreto legge n. 332 del 1994 – Norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni.

- Decreto Legislativo n. 58 del 1998 – Testo Unico delle Disposizioni in Materia di Intermediazione Finanziaria.
- Decreto legislativo n. 6 del 2003 – Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366
- Decreto legge n. 269 del 2003 – Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici.
- Legge n. 244 del 2007 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato.
- Decreto legge n. 248 del 2007 – Proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria.
- Legge n. 34 del 2008 – Norme per la promozione dell’occupazione, della qualità, della sicurezza e della regolarità del lavoro.
- Decreto legge n. 78 del 2009 – Provvedimenti anticrisi, nonché proroga dei termini e della partecipazione italiana alle missioni internazionali.
- Legge n. 102 del 2009 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, recante Provvedimenti anticrisi, nonché proroga dei termini e della partecipazione italiana alle missioni internazionali.
- Decreto legge n. 21 del 2012 – Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni.
- Decreto legislativo n. 33 del 2013 – Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.
- Legge n.147 del 2013 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato.
- Decreto legislativo n. 50 del 2015 – Codice degli appalti pubblici e concessioni.
- Legge delega n. 124 del 2015 – Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

- Decreto legislativo n. 175 del 2016 – Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica.
- Legge delega n. 155 del 2017 – Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza.