



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo 1

**LA NATURA GIURIDICA DELLE SOCIETÀ
PUBBLICHE: CRISI DI IMPRESA E
RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI**

RELATORE

Chiar.mo Prof.
Aristide Police

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.
Aldo Sandulli

CANDIDATO

Federica Lorenzetti
Matricola 149603

ANNO ACCADEMICO 2020-2021

*A mio nonno Ernesto e
a mia zia Lucia*

INDICE

	Pag.
INTRODUZIONE	7

Capitolo 1

La nascita del fenomeno delle società a partecipazione pubblica

1. Lo Stato imprenditore e l'intervento pubblico nell'economia	13
2. Dal sistema delle partecipazioni statali alle privatizzazioni	19
3. Dal Golden share al Golden Power (Cenni).....	29
4. Le esternalizzazioni di attività svolte dagli apparati amministrativi.....	36
5. La necessità di una razionalizzazione della disciplina e il d.lgs. 175/2016	39
6. La posizione dell'Unione Europea e dell'OCSE.....	48

Capitolo 2

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

1 I tipi di società pubbliche alla luce del d.lgs. 175/2016	59
2. La costituzione della società e i limiti all'assunzione di partecipazioni	72
2.1 L'obbligo di motivazione analitica	76
2.2 L'atto costitutivo e i controlli successivi	78
2.3 L'invalidità dell'atto deliberativo	85
3. La governance delle società pubbliche	89
4. Gestione e alienazione delle partecipazioni	110
5. Le alienazioni delle partecipazioni sociali	118
6. Le società in house	121
6.1 L'origine dell'Istituto e l'evoluzione giurisprudenziale	122
6.2 La natura giuridica e i dubbi di incompatibilità con il diritto societario	127
6.3 I requisiti organizzativi previsti dal Testo Unico.....	129

6.4	Il controllo analogo	131
7.	Le società miste	135

Capitolo 3

Società pubbliche e procedure concorsuali

1.	La vexata quaestio della fallibilità delle società pubbliche.....	143
1.1.	La tesi privatistica in favore della fallibilità	146
1.2	La tesi pubblicistica che esclude la fallibilità	149
1.3	La critica della suprema Corte alla tesi pubblicistica	153
1.4	La fallibilità delle società in house prima dell'entrata in vigore del testo unico.....	155
2.	La soluzione adottata dal testo Unico	160
2.1	La fallibilità delle società in house alla luce del testo unico.....	162
2.2	La valutazione del rischio di crisi aziendale delle società a controllo pubblico e le misure di prevenzione	165
3.	L'amministrazione straordinaria	172
4.	I rapporti fra il Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica e il Codice della Crisi.....	176

Capitolo 4

La azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica e il riparto di giurisdizione tra la Corte dei Conti e il Giudice Ordinario

1.	La genesi del nuovo regime delle azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica	179
1.1	L'evoluzione giurisprudenziale	180
1.2	Il parere del Consiglio di Stato	188
2.	La soluzione adottata dal Testo Unico	190
2.1	La responsabilità civile: l'art. 12 del T.U. e il rinvio al diritto societario.....	192

2.2	Il danno erariale prodotto da una società partecipata.....	202
2.3	Giurisdizione contabile e società in house.....	207
CONCLUSIONI		213
BIBLIOGRAFIA		221
SITOGRAFIA.....		234
RINGRAZIAMENTI.....		235

INTRODUZIONE

Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica nasce in Italia tra il XIX e il XX secolo, con l'affermarsi dello Stato Imprenditore.

In quel periodo, l'uso dell'impresa pubblica¹ come strumento d'intervento nell'economia aveva conosciuto una notevole fortuna, basti pensare alla legge Giolitti del 1903, la c.d. "legge sulle municipalizzazioni", attraverso la quale vennero disciplinate in maniera organica le forme di gestione dei servizi pubblici locali.

Nelle pagine che seguono, dopo aver indagato gli antecedenti storici di questo fenomeno e averne analizzato i tratti salienti alla luce del d.lgs. 175/2016, ci si concentrerà su quello che può essere considerato il fulcro di questo elaborato: la crisi di impresa e la responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche.

Nel corso degli anni, questo modello organizzativo è infatti andato incontro ad una notevole proliferazione, tanto da spingere il legislatore ad intervenire a più riprese. Nonostante ciò, la natura delle società in mano pubblica rimaneva sempre controversa, tanto da essere a lungo considerate dei soggetti ibridi, a metà strada tra il diritto pubblico e il diritto privato.

Proprio la difficoltà di inquadrare giuridicamente questo fenomeno aveva portato la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi, in assenza di specifiche disposizioni, sulla possibilità di assoggettare al fallimento e alle altre procedure concorsuali le società pubbliche.

Era quindi nata, sulla base di queste premesse, una lunga "querelle" tra i fautori della tesi privatistica, i quali ne ammettevano la fallibilità, e i sostenitori della tesi pubblicistica, i quali invece escludevano tale possibilità sulla base di due criteri: quello tipologico e quello funzionale.

Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza infatti, le società pubbliche dovevano essere assimilate agli enti pubblici e, in quanto tali, esonerate dal fallimento (e dalle altre procedure concorsuali) in forza dell'articolo 1 della Legge fallimentare, ai sensi del quale "Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti

¹ http://it.wikipedia.org/wiki/Impresa_pubblica

pubblici”.

Alla base di questo orientamento vi era quindi l’idea di una presunta incompatibilità tra le finalità proprie dell’attività degli enti pubblici e gli effetti tipici derivanti dalla procedura fallimentare².

Non vi era, però, univocità di vedute circa il criterio da utilizzare per escludere la fallibilità: secondo alcuni si doveva fare leva sulla qualificazione della società come “ente pubblico”, secondo altri bisognava invece accertare che la società in questione fosse “necessaria”.

Per contro, una parte della dottrina e della giurisprudenza, riconoscendo alle società a partecipazione pubblica natura di soggetto privato, continuavano ad affermarne la fallibilità. Secondo i sostenitori di questa tesi, posto che l’ordinamento europeo sancisce il c.d. principio di neutralità nei confronti del regime di proprietà delle imprese³, non possono non considerarsi eventuali effetti pregiudizievoli che i creditori potrebbero subire a causa di tale esenzione.

Questo dibattito si era reso particolarmente acceso con riferimento alle società *in house*, soprattutto alla luce del fatto che tali entità sono spesso incaricate dello svolgimento di servizi pubblici essenziali per la collettività.

Ci si chiedeva infatti come si poteva coordinare le caratteristiche proprie dell’*in house* con le conseguenze tipiche derivanti dalla sottoposizione al fallimento, quale era ad esempio l’ingerenza dell’autorità giudiziaria in ambiti che erano, invece, tradizionalmente riservati alla sola amministrazione.⁴

Invero, come ha avuto modo di osservare attenta dottrina⁵, ad essere necessario è lo svolgimento del servizio, non lo svolgimento del servizio in questione da parte di una determinata società.

² Cfr. Nicotra Francesco "Società a capitale pubblico e assoggettabilità a fallimento. Aspetti problematici"

³ Cfr. art. 345 TFUE ai sensi del quale “i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”.

⁴ cfr. T. La Spezia, 20 marzo 2013, in BBTC, 2014, 4, II, 462

⁵ Ibba Carlo, Demuro Ivan, La crisi d’impresa, in La crisi d’impresa, in Le società a partecipazione pubblica, 2018.

Pertanto, sarebbe più giusto chiedersi perché l'amministrazione partecipante dovrebbe beneficiare di un regime di *favor* rispetto ad altre imprese operanti sul mercato concorrenziale, e soprattutto, se tale beneficio sia davvero giustificabile alla luce dei principi di uguaglianza e non discriminazione.

Del resto, nel momento in cui una pubblica amministrazione decide di utilizzare, per la gestione di un servizio, lo strumento privatistico della società di capitali, non vi dovrebbero essere motivi per esentarla dai relativi rischi.

A complicare il quadro si era poi aggiunto, nel corso degli anni, un utilizzo distorto della forma societaria: l'uso del modello privatistico si era infatti rivelato elusivo della concorrenza e, in particolare, delle norme pubblicistiche in tema di stipulazione dei contratti all'esito delle procedure di gare ad evidenza pubblica.

Inoltre, si erano registrati ulteriori abusi con riferimento alla violazione del principio concorsuale in materia di assunzione del personale, anche a causa della moltiplicazione delle cariche attribuite seguendo criteri prettamente "politici".

Ad allarmare era soprattutto la particolare "immunità" di cui godevano gli amministratori delle società partecipate: la loro nomina aveva infatti assunto, a causa di questi abusi, "carattere clientelare" e raramente venivano revocati dall'incarico.

Gli enti locali che avevano provveduto alla nomina difficilmente si rendevano disponibili a promuovere nei loro confronti le dovute azioni di responsabilità, con la conseguenza che, in caso di *mala gestio*, non veniva garantita una tutela adeguata al pubblico erario.

Proprio per questi motivi la società in mano pubblica è stata per anni considerata un "luogo di spreco di risorse pubbliche" e il fatto di dover perseguire un pubblico interesse era diventato soltanto uno scudo all'incapacità della società stessa di generare profitto o di operare, quantomeno, in equilibrio economico.

Conseguentemente la Corte dei Conti, nel tentativo di arginare queste tendenze e di garantire allo stesso tempo una adeguata tutela delle finanze pubbliche, ha iniziato ad estendere la propria giurisdizione anche alle ipotesi di responsabilità degli amministratori di società partecipate.

Il tema presenta diversi profili di criticità ed è stato oggetto, nel corso degli anni, di una notevole produzione dottrinale e giurisprudenziale, soprattutto da parte della Suprema Corte di Cassazione, la quale, in virtù del suo ruolo di giudice regolatore

della giurisdizione, ha avuto modo di pronunciarsi più volte sulla questione.

Delle diverse questioni che si ponevano, quelle sicuramente più rilevanti riguardavano *i*) la possibilità di configurare la giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori delle società partecipate in presenza di un danno arrecato al patrimonio sociale e *ii*) l'eventuale proponibilità, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio.

Analogamente a quanto accaduto in tema d'insolvenza delle società partecipate, anche in questo caso si erano andati registrando in giurisprudenza due orientamenti, uno pan-pubblicistico e uno pan-privatistico: era quindi evidente come il problema alla base fosse ancora una volta quello della natura giuridica delle società pubbliche.

A tal proposito, una delle questioni maggiormente dibattute riguarda le modalità attraverso le quali si poteva radicare la giurisdizione del giudice contabile.

Come è noto infatti, l'art. 103 della Costituzione impone di trovare il fondamento della giurisdizione della Corte dei Conti, al di fuori delle materie di contabilità pubblica, in una specifica disposizione di legge.

Conseguentemente, mentre una parte della giurisprudenza rinveniva il fondamento della responsabilità erariale degli amministratori nell'esistenza di un "rapporto di servizio", radicando così la giurisdizione contabile nell'art.1 comma 4 della legge 20/1994⁶, l'orientamento pan-pubblicistico valorizzava la natura pubblica delle risorse impiegate, tanto da indurre taluni a pensare che la responsabilità erariale si fosse evoluta in "responsabilità finanziaria".

Non mostrava minori criticità la questione relativa al concorso di giurisdizioni, la quale, a ben vedere, costituisce forse uno dei profili più problematici della materia in esame, anche a causa delle conseguenze che ne potrebbero derivare.

Se infatti si ammettesse una giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti, quanto meno nel caso delle *società in house*, si rischierebbe di negare ai creditori sociali il diritto ad una tutela giurisdizionale diretta ed effettiva, essendo il giudizio contabile tendenzialmente volto a risarcire i danni subiti dall'ente pubblico.

⁶ Ai sensi del quale " La Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, per i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge".

Inoltre, sarebbe gravemente contraddittorio, nonché lesivo dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, sottoporre le società pubbliche, con riferimento alla crisi d'impresa, alla medesima disciplina prevista dal diritto societario per le società private, per poi escluderne l'applicabilità in materia di responsabilità degli amministratori.

Pertanto, l'obiettivo di questa tesi è quello di dimostrare, partendo da queste premesse, come le società pubbliche, alla luce dei recenti mutamenti legislativi e giurisprudenziali, non siano più dei soggetti giuridici *sui generis*, ma possano essere ormai considerate a pieno titolo una *species* del più ampio *genus* costituito dalle società di diritto privato.

Del resto, come ha avuto modo di affermare la Cassazione⁷, una società di capitali non muta la sua natura di soggetto privato per il solo fatto che la stessa sia partecipata da un ente pubblico.

Il lavoro sarà quindi strutturato nel seguente modo: nei primi due capitoli, per così dire "introduttivi", verranno esaminate le origini storiche di questo fenomeno e le sue principali caratteristiche alla luce del d.lgs. 175/2016; nel terzo e nel quarto capitolo saranno invece analizzate nel dettaglio le tematiche relative alla crisi di impresa nelle società pubbliche e alla responsabilità degli amministratori, le quali, come si è visto, sono indissolubilmente legate da un unico "*fil rouge*": quello della natura giuridica.

⁷ Cfr., tra le prime pronunce in tal senso, Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 1979, n. 158, in Fallimento, 1979, 593,

Capitolo 1

La nascita del fenomeno delle società a partecipazione pubblica

1. Lo Stato imprenditore e l'intervento pubblico nell'economia

L'intervento dello Stato nell'economia si fa risalire storicamente a fine Ottocento, quando l'Italia versava in una grave crisi economica e finanziaria dovuta prevalentemente al passaggio ad una economia industriale e al crollo del sistema bancario. In quel periodo infatti, il nostro paese, versava in una situazione di grave arretratezza economica rispetto agli altri Stati del continente e la seconda rivoluzione industriale, iniziata in Inghilterra una cinquantina d'anni prima, tardava ad arrivare.

In aggiunta a partire dal 1873, ebbe inizio una lunga crisi economica, meglio nota come la "Grande Depressione" del XIX secolo, esplosa in Europa con una forte ondata di vendite sulla piazza borsistica di Vienna e che ben presto si propagò anche in America. In Italia la crisi si fece sentire a causa di una rapida caduta dei prezzi dei prodotti agricoli, dovuta soprattutto alla concorrenza dei prodotti stranieri.

All'abbassamento dei prezzi però non seguì un aumento della domanda, ma anzi si verificò una drastica riduzione dei consumi e della produzione agricola, tali da determinare non solo un aumento della disoccupazione, ma anche una rilevante diminuzione delle entrate pubbliche: davanti ad una situazione simile lo Stato non poteva non intervenire.

Il governo decise quindi di introdurre, con una serie di misure protezionistiche, barriere doganali all'importazione di prodotti agricoli e strumenti di incentivo diretti e indiretti al fine di favorire il progresso industriale del paese.

A contribuire all'affermazione in Italia dello Stato imprenditore si aggiunse poi, qualche decennio più tardi, la crisi del sistema finanziario basato sulle c.d. banche miste. Si trattava di un modello di gestione bancaria, importato dalla Germania, il quale prevedeva accanto alle partecipazioni ed ai finanziamenti delle banche anche il ricorso al mercato dei capitali, al fine di ridurre i rischi⁸.

⁸ Per ulteriori approfondimenti vedi Alessandro Aleotti, *Borsa e industria. 1861-1989: cento anni di rapporti difficili*, Milano, Comunità, 1990, p. 41 nonché <https://it.wikipedia.org/wiki?curid=7994457>

Questo sistema, che in un primo momento si rivelò funzionale al processo di industrializzazione, attraverso una raccolta del risparmio con cui veniva successivamente finanziato il credito industriale, entrò ben presto in crisi.

Da un lato le aziende a cui era stato erogato il credito erano ormai diventate dipendenti dallo stesso e dall'altro le banche (tra cui anche la Banca di Roma), si erano trovate nella posizione di dover sottoscrivere pacchetti azionari di società ormai decotte: in questo modo *“le imprese erano sotto il controllo delle banche e le banche erano legate a filo doppio al destino delle imprese”*⁹.

Lo Stato e la Banca d'Italia (a cui dal 1926, con la legge n.812, era stata riconosciuta sia la facoltà di emissione delle banconote, sia l'esercizio della funzione di vigilanza sull'attività degli intermediari bancari), furono quindi costretti ad intervenire con una serie di provvedimenti che incisero fortemente sul sistema finanziario italiano e che erano volti, *in primis*, a recidere il legame creatosi tra banche e imprese in crisi.

Il primo passo fu la creazione dell'Istituto Mobiliare Italiano (IMI), ente di diritto pubblico la cui attività era incentrata sul credito per attività industriali su lungo e medio periodo e il cui finanziamento avveniva attraverso l'emissione di obbligazioni.

È in questo contesto che nasce l'IRI, l'istituto per la ricostruzione industriale, il cui fine primario era quello di salvare le banche miste attraverso l'acquisizione dei pacchetti azionari delle imprese industriali, il loro finanziamento o la loro gestione diretta.

Nato come ente provvisorio con uno scopo limitato alla dismissione delle partecipazioni acquisite, fu trasformato nel 1937 in un ente pubblico permanente finalizzato alla gestione, secondo le direttive del Governo, delle partecipazioni acquisite.

L'IRI fu istituito con il r.d.l. n.5 del 1933, convertito in legge n.512 del 1933 e si articolava in due sezioni, denominate rispettivamente *“Finanziamenti e Smobilizzi”*, ognuna dotata di autonomia patrimoniale e di bilancio.

La sezione finanziamenti si occupava non solo di finanziare imprese industriali attraverso la concessione di una serie di prestiti di lunga durata, ma anche di effettuare operazioni di alto rischio non ammissibili dall'IMI; la sezione smobilizzi invece aveva

⁹ Andrea Pisaneschi, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?* P.14, G-Giappichelli Editore, Torino,2009

il compito di favorire il risanamento delle banche attraverso lo smobilizzo delle partecipazioni da queste detenute.

Con la nascita dell'IRI ci si rese quindi conto che “*effettuare un salvataggio significa anche darsi carico della situazione dell'azienda che determinò la crisi della banca*”¹⁰.

Un'altra conseguenza della crisi economica degli anni '30 fu la riforma del sistema bancario, attraverso l'emanazione della legge bancaria del 1936.

Furono numerose le novità introdotte da questa riforma: la Banca d'Italia venne dichiarata “istituto di diritto pubblico”, l'attività bancaria “funzione di interesse pubblico” e fu ridisegnato il sistema di vigilanza creditizia e finanziario. Parallelamente, sul finire del XIX secolo, si va diffondendo il fenomeno del “socialismo municipale”¹¹: i comuni iniziano a gestire i servizi municipali attraverso le loro strutture organizzative, meglio note come “aziende municipalizzate”.

Agli inizi del 1900 infatti, sulla scia dello sviluppo tecnologico e industriale, si verificò una rapida urbanizzazione che portò i comuni all'assunzione diretta dei pubblici servizi per sopperire all'aumento della domanda.

Fu in questo contesto che venne emanata la legge 29 marzo 1903, n.103, la c.d. “legge Giolitti”, dal nome del ministro dell'interno proponente dell'epoca, la quale cercò di conciliare le diverse esigenze rappresentate dal socialismo e dal liberalismo, a cui fece seguito il regolamento di esecuzione emanato con il r.d. n.108 del 10 marzo 1904.

La prima cosa di cui si occupò la legge fu quella di individuare i pubblici servizi di cui il Comune poteva assumere l'impianto, nonché l'esercizio diretto e le modalità attraverso le quali doveva avvenire tale gestione.

Si trattava di una elencazione meramente dimostrativa, data la difficoltà a causa dei contrasti politici dell'epoca, di fornire una definizione di servizio pubblico¹².

Inoltre, con questa legge, si mirava a porre le basi per la nascita della impresa

¹⁰ Così Saraceno Pasquale in *Partecipazioni Statali*, in *Enc. Dir.* XXXII, Milano, 1982

¹¹ Vedi Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 369

¹² A tal fine si vuole qui sottolineare come, a decenni di distanza, la definizione di pubblico servizio fosse ancora tormentata, tanto è vero che Giannini M.S in *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, p.180 e 614, continuava a sottolineare la difficoltà di individuare una nozione condivisa, alla luce del fatto che “mentre è possibile determinare con criterio positivo il concetto di pubblica funzione, per determinare quello di pubblico servizio non si trova che un criterio negativo e residuale”, considerato anche che “il pubblico servizio forma oggetto di studio di tre distinte discipline: l'economia, la scienza dell'organizzazione, la scienza del diritto. In ciascuna di queste discipline si da peraltro un concetto che solo in parte coincide con quello dell'altra disciplina”

pubblica, ovvero “*dell’ente pubblico imprenditore che gestisce direttamente gli strumenti necessari alla soddisfazione dei bisogni della collettività*”¹³.

A tal fine l’art. 2 istituì le “*aziende speciali*”, la cui direzione era affidata al direttore tecnico, nominato a seguito di pubblico concorso dal consiglio comunale e che rappresentava l’azienda di fronte ai terzi.

Fu istituita inoltre una Commissione, responsabile insieme al direttore tecnico dell’andamento dell’azienda e dell’approvazione dei bilanci, i quali venivano poi deliberati dal Consiglio comunale e approvati dalla Giunta provinciale amministrativa. L’attività delle aziende era inoltre sottoposta ad un rigido controllo prefettizio, in quanto era riconosciuto al Prefetto, in presenza di fondati motivi, tali da ritenere che il servizio potesse essere passivo per il bilancio comunale, o davanti a gravi e persistenti irregolarità, di ordinare una inchiesta e se del caso, di emanare un decreto di revoca. Successivamente si sentì l’esigenza di riordinare la materia e così, con il r.d. 30 dicembre 1923, n.3047, il Governo fu incaricato di riorganizzare la materia in un testo unico, che venne poi approvato con r.d. n. 2578, il quale, analogamente alla legge del 1903, elencava esemplificatamente all’art. 1 quali fossero i servizi pubblici che ricadevano sotto il suo ambito applicativo.

La situazione è destinata a mutare con la Costituzione del 1948, la quale dedica il titolo III della parte I ai rapporti economici, motivo per cui si è spesso parlato di “Costituzione Economica”.

Quest’ultima formula può infatti essere intesa in due accezioni diverse: o con riferimento a tutte quelle norme (costituzionali e non) relative ai rapporti economici o, più ampiamente parlando, anche riferendosi a tutti quegli istituti non necessariamente appartenenti ad una costituzione scritta.

Le disposizioni costituzionali fondamentali in materia di rapporti economici riguardano la proprietà, a cui è dedicato l’articolo 42, e l’impresa, di cui invece si occupano gli artt. 41 e 43.

Diversamente dallo Statuto Albertino del 1848, i nostri Padri Costituenti hanno scelto di collocare la proprietà non più tra i diritti fondamentali del singolo, ma tra i diritti economici, rompendo quindi quel nesso che si era venuto a creare tra libertà e

¹³ Così Bozzi Giuseppe, *Municipalizzazione dei pubblici servizi* in *Enc. Giur.* XXVII, 1977

proprietà. La norma in esame si occupa innanzitutto di sancire l'equivalenza tra la proprietà pubblica e la proprietà privata, prevedendo poi che sia la legge a determinarne i modi di acquisto e di godimento al fine di renderla accessibile a tutti e garantirne quindi la "funzione sociale", in una ottica di attuazione del principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della costituzione, del principio solidaristico (art. 2 Cost.), e del principio lavoristico (art 3 cost.).

Dalla lettura del comma successivo emerge poi chiaramente come l'interesse privato sia subordinato a quello pubblico, tanto è vero che la proprietà privata può essere espropriata, salvo ovviamente indennizzo e nei casi previsti dalla legge per motivi di interesse generale.

Analogamente l'art. 43 Cost., dedicato all'impresa, prevede che, a fini di utilità generale, la legge possa riservare originariamente o trasferire, salvo indennizzo, imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali, a fonti di energia o a situazioni di monopolio allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori, sempre a condizione che tali imprese abbiano carattere di preminente interesse generale.

La ratio legis di questa norma sta nel fatto che essa riguarda una serie di servizi "essenziali" che devono essere garantiti a tutti, cosa che difficilmente accadrebbe se non fossero nazionalizzati, dato che le aziende private, orientate alla massimizzazione dei profitti, potrebbero non trovarlo conveniente.

Quello che però viene considerato il vero pilastro della Costituzione economica è l'articolo 41, il quale sancisce la libertà di iniziativa economica.

Ed è proprio leggendo questo articolo che emerge come la nostra costituzione possa essere definita di tipo misto, essendo previsto da un lato la possibilità "*che il diritto e la legge possano in qualche misura indirizzare e correggere i fatti economici*"¹⁴ e dall'altro che a svolgere attività di tipo economico possano essere sia soggetti privati che soggetti pubblici.

A conferma di ciò si afferma sì che l'iniziativa economica privata è libera, ma che la stessa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

¹⁴ Per ulteriori approfondimenti vedi Pisaneschi Andrea, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?*, 2009

In tal senso deve essere letto anche il comma 3 (che forse costituisce la parte più controversa della disposizione in esame), il quale prevede, quasi paradossalmente rispetto al primo comma, dei limiti alla libertà di iniziativa economica.

Viene infatti affidato allo Stato il compito di indirizzare e coordinare l'attività economica, sia pubblica che privata, affinché possano essere raggiunti i fini sociali prefissati, prevedendo che sia la legge a determinare i controlli e i programmi opportuni. In realtà si ritiene che l'intento dei Costituenti sia stato non quello di modificare la Costituzione introducendo uno "Stato Pianificatore" dell'attività economica, ma quello di ribadire il principio per cui, ad una iniziativa economica libera, si affianca la possibilità per lo Stato di intervenire ogniqualvolta gli interessi generali della collettività entrino in conflitto con quelli privatisti dell'impresa.

Ci si chiede infine quale sia il rapporto tra l'art. 41 Cost. e la tutela della concorrenza: secondo una prima ricostruzione quest'ultima troverebbe la sua base giuridica non nella costituzione in sé ma nei trattati istitutivi dell'Unione Europea, i quali sono entrati a far parte del nostro ordinamento attraverso gli artt. 11 e 117 comma 1 della Cost.; secondo una diversa tesi invece il principio di tutela della concorrenza, in quanto diritto spettante a chiunque, non costituisce un limite alla libertà di iniziativa economica ma piuttosto una garanzia rispetto al pericolo costituito dai monopoli privati.

Del resto, come ha anche affermato la Corte Costituzionale, la tutela della concorrenza *"non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali"*¹⁵.

Si viene quindi delineando un quadro in cui, accanto ad un mercato tendenzialmente libero, si afferma la possibilità di un intervento statale ogniqualvolta l'allocazione di beni e servizi diventi inefficiente e non più funzionale a garantire gli interessi della collettività, ovvero quando si verificano i c.d. "fallimenti di mercato".

¹⁵ Corte Costituzionale sent. 272/2004 e 14/2004

2. Dal sistema delle partecipazioni statali alle privatizzazioni

Per illustrare adeguatamente il passaggio che si è verificato in Italia nel momento in cui si è passati da un sistema di partecipazioni statali alle c.d. “privatizzazioni” è necessario fare un *excursus* sull’articolazione dell’apparato amministrativo negli anni immediatamente antecedenti alla emanazione della Costituzione.

A partire dal XX secolo si assiste ad una crescita esponenziale dell’Amministrazione: si osserva infatti un incremento dei dipendenti pubblici, delle funzioni dell’amministrazione (che inizia ad esercitare anche funzioni sociali) e si potenziano le strutture interministeriali.

Si ha quindi una forte riorganizzazione dell’intero apparato burocratico, a cui si accompagna una notevole proliferazione degli enti pubblici: negli anni dal 1919 al 1943 se ne conteranno ben 352 e per questo motivo autorevole dottrina¹⁶, per descrivere questo fenomeno, parla di “amministrazione parallela”.

Gli enti pubblici così creati si distinguevano tra di loro non solo per struttura ma anche e soprattutto per funzione.

Volendo procedere ad una suddivisione delle diverse tipologie, oggi possiamo distinguere innanzitutto gli enti pubblici a statuto singolare, istituiti quindi da una legge ad hoc, dagli enti pubblici disciplinati da leggi generali, i quali, essendo diffusi su tutto il territorio necessitavano di una disciplina che fosse quantomeno omogenea per tutti. Un’altra suddivisione molto importante è tra enti pubblici economici e non economici: mentre i primi sono dotati di personalità giuridica e di un elevato grado di autonomia amministrativa e di bilancio, i secondi sono caratterizzati per il fatto che hanno come finalità quella di realizzare un obiettivo specifico.

Infine, possiamo distinguere gli enti nazionali da quelli regionali, che operano appunto su livelli diversi e gli enti associativi da quelli non associativi, a seconda che siano o meno rappresentativi di categorie e ordini professionali.

Fu soprattutto la categoria degli enti pubblici economici ad affermarsi maggiormente nel secondo dopo guerra: l’Italia era appena uscita da un conflitto mondiale e a causa dell’entità dei danni di guerra si necessitava un intervento diretto da parte dello Stato per sostenere il mercato e per contribuire, attraverso politiche industriali, alla

¹⁶ Melis G. in *Storia dell’amministrazione italiana*, Bologna

ricostruzione e alla crescita economica.

Attraverso queste misure di sostegno lo Stato avrebbe dovuto contribuire alla ricostruzione delle città italiane maggiormente colpite dai bombardamenti, a sviluppare l'occupazione e a ridurre l'inflazione.

La ripresa fortunatamente non tardò ad arrivare e vide ancora una volta tra i suoi principali protagonisti l'IRI, la cui sopravvivenza al termine del conflitto mondiale era abbastanza incerta e che invece contribuì durante il periodo della ricostruzione a rilanciare l'economia italiana.

Successivamente, con la l. 10 febbraio 1953 n. 1361 fu istituito l'Ente Nazionale Idrocarburi (ENI) al quale vennero trasferite una serie di partecipazioni statali in società operanti sempre nel settore degli idrocarburi, tra cui vi erano AGIP, ANIC e SNAM. Fu così introdotto il principio di molteplicità degli enti di gestione con cui si mirava a dare una forte risposta in materia di politica energetica.

Il sistema si articolava attraverso una *holding* al cui vertice vi era l'ente di gestione che aveva il compito di coordinare le diverse società controllate, in modo tale da operare in settori differenziati. Con il proliferarsi degli enti di gestione si era inoltre venuto a creare il problema di come le diverse partecipazioni statali andassero distribuite e a tal fine si andavano affermando due diverse tesi: la prima, che si affermò inizialmente, sosteneva il principio dell'unicità dell'ente di gestione, la seconda invece propendeva per un approccio polisetoriale.

È però solo con la legge 22 dicembre 1956 n.1589 che nasce il sistema delle partecipazioni statali, dove per partecipazione statale, secondo la definizione di autorevole dottrina¹⁷ “*si intende un intervento dello stato nell'attività economica sia a livello di impresa che di finanza, caratterizzato dal possesso, da parte dello Stato o comunque di un ente pubblico, di partecipazioni azionarie in società private*”. Il sistema era costruito secondo un archetipo piramidale: le partecipazioni statali erano affidate agli enti di gestione che erano sottoposti alla vigilanza e al controllo di un comitato interministeriale permanente e del ministero per le partecipazioni sociali. Successivamente, le funzioni attribuite al comitato interministeriale furono trasferite, con la legge 27 febbraio 1977 n.48 al CIPE (Comitato interministeriale per la

¹⁷ Sabino Cassese, *Funzione delle partecipazioni pubbliche e sistema del credito*, in “*Rassegna parlamentare*”, 1967, n. 10-12, pp. 633-641.

programmazione economica) e al CIPI (Comitato interministeriale per la politica industriale, istituito nell'ambito del CIPE).

Tornando alla legge del 1956, ai sensi dell'art. 2 erano devoluti al Ministero delle partecipazioni statali tutti i compiti e le attribuzioni spettanti alle aziende patrimoniali dello stato e al Ministero delle finanze, per ciò che atteneva alle partecipazioni da quest'ultimo gestite nonché quelli spettanti al Consiglio dei Ministri, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, a Comitati di Ministri o a singoli Ministeri relativamente all'I.R.I., all'E.N.I. e a tutte le altre imprese con partecipazione statale diretta o indiretta. All'articolo successivo invece era prevista non solo l'attribuzione delle partecipazioni agli enti di gestione, ma soprattutto il principio per cui gli stessi avrebbero dovuto operare secondo il criterio di economicità.

A tal fine bisogna tenere presente che l'impresa pubblica nacque essenzialmente non già per incrementare le entrate fiscali, bensì per soddisfare il bisogno della collettività attraverso il raggiungimento di una serie di obiettivi che l'azione pubblica non avrebbe altro modo per conseguire. È per questo che ci si interrogò circa il significato concreto da attribuire a questa disposizione, non essendo possibile pensare che il legislatore abbia inteso fare riferimento al principio di massimizzazione del reddito, visto che lo scopo dell'impresa statale non era certo quello di comportare un aumento delle entrate fiscali. È perciò preferibile intendere il criterio di economicità nel senso che l'ente di gestione, al fine di raggiungere lo scopo prefissato deve perseguire i suoi obiettivi in modo economico.

Questa struttura così delineata verrà poi smantellata a partire dagli anni '90, quando inizierà il periodo c.d. "delle privatizzazioni e liberalizzazioni". Infatti, sul finire degli anni '80, il sistema delle partecipazioni pubbliche era entrato in crisi a causa soprattutto di una gestione imprenditoriale non troppo efficiente, che aveva portato ad un aumento considerevole della spesa pubblica, e a causa della normativa comunitaria in materia di aiuti di stato, divenuta sempre più stringente al fine di tutelare la concorrenza ed evitare che l'intervento statale possa in qualche modo avvantaggiare alcune imprese falsando così il mercato.

Era quindi evidente che un sistema come quello italiano, fondato sugli aiuti finanziari alle imprese pubbliche, ormai costantemente in perdita, non era più compatibile con le regole comunitarie che ne avevano sostanzialmente decretato il fallimento.

Nella disciplina comunitaria per aiuto di stato si intende “ogni beneficio concesso ad una impresa, privata o pubblica, da parte di una autorità pubblica”¹⁸. Ai sensi dell’art. 107 par. 1 del TFUE, affinché si possa parlare di aiuti di stato, è necessario ricorrano una serie di condizioni, in particolare il fatto che l’aiuto sia concesso dallo Stato o comunque attraverso risorse statali, l’esistenza di un vantaggio a favore di talune imprese o produzioni, l’esistenza o la minaccia di un possibile impatto sulla concorrenza e infine l’idoneità ad interferire sugli scambi tra gli stati membri.

A tal proposito occorre precisare che, come ha anche affermato più volte la Corte di Giustizia, nella nozione di aiuto è ricompreso non solo un vantaggio di tipo economico che è concesso direttamente dallo Stato, ma anche tutti quei benefici economici concessi da enti pubblici o privati designati o istituiti dagli Stati.

Emblematico fu il caso IRI- Alfa Romeo esploso a cavallo degli anni ottanta: avendo l’IRI il controllo di Alfa Romeo e trovandosi quest’ultima in una grave situazione di dissesto economico-finanziario, avendo subito ingenti perdite, si pensò di risanare la situazione attraverso un piano di ricapitalizzazione consistente in un conferimento di capitali di circa 400 miliardi in favore dell’Alfa Romeo da parte dell’IRI (che si ricorda era un ente pubblico) tramite Finmeccanica.

Il passo successivo sarebbe poi consistito nella cessione dell’azienda a FIAT, la cui offerta aveva prevalso quella di FORD.

Secondo la Commissione Europea invece, gli aiuti erano stati erogati attraverso risorse statali (ovvero attraverso fondi statali che erano stati messi a disposizione dell’IRI), e FIAT aveva acquistato ad un prezzo vantaggioso, motivo per cui decise di aprire una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano ai sensi degli artt.92-93 del trattato. Fu quindi chiamata a pronunciarsi la Corte di Giustizia, la quale sostenne nella sentenza Alfa Romeo I, causa C-305/89 che “*IRI e la Finmeccanica operano sostanzialmente sotto il controllo dello Stato; anche se i mezzi finanziari assegnati all’IRI o alla Finmeccanica non fossero stati specificamente destinati ai conferimenti di capitali controversi, detti conferimenti sono stati effettuati mediante fondi pubblici destinati a interventi economici*”.

Era quindi chiaro, secondo la ricostruzione operata dalla Corte, che si trattava di un

¹⁸ Così Pisaneschi A. in *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?* 2009, p.40

aiuto di Stato concesso in violazione della normativa comunitaria, tanto più che, attraverso l'utilizzo del criterio dell'investitore privato, la Corte era giunta alla conclusione che la ricapitalizzazione fosse in realtà esclusivamente finalizzata alla copertura dei debiti e che doveva perciò considerarsi aiuto di stato, proprio perché nessun imprenditore privato avrebbe mai operato una scelta simile.

Tutti questi fattori portarono ad una riflessione sull'impresa pubblica in Italia e sul sistema delle partecipazioni statali.

In particolare, ci si domandava quale fosse il senso di tenere in piedi un sistema in cui le imprese pubbliche erano costantemente in perdita e non erano in grado di competere sul mercato in assenza di aiuti di Stato che erano invece vietati dalla disciplina comunitaria. In base alla suddetta normativa infatti le imprese pubbliche operano sul mercato in una condizione di parità rispetto a quelle private, motivo per cui, non essendoci più alcun vantaggio nel mantenimento del sistema delle partecipazioni statali, si optò per il loro smantellamento e iniziò "l'era delle privatizzazioni e liberalizzazioni". Secondo la definizione di autorevole dottrina, per liberalizzazione "*si intende lo stabilimento, o il ristabilimento, nel settore già occupato in forma monopolistica dallo Stato, delle condizioni di concorrenza che consentano l'ingresso di nuovi operatori*"¹⁹, mentre per privatizzazione "*si intende la trasformazione di un ente pubblico in un soggetto di diritto privato*"²⁰.

Oltre i limiti posti dal diritto comunitario, alla base delle privatizzazioni vi erano anche esigenze di efficienza, in quanto si riteneva più adatto allo svolgimento di attività imprenditoriali il modello societario, ed esigenze legate alla finanza pubblica, in quanto la cessione di capitale costituiva una entrata per lo Stato .

Le privatizzazioni si possono distinguere in privatizzazioni in formali (altrimenti dette "fredde"), in cui si ha soltanto una trasformazione della "forma giuridica" dell'ente, e privatizzazioni sostanziali (o calde), che di regola seguono la prima, e che consistono nella cessione, totale o parziale, del controllo della società ai privati.

In realtà anche le privatizzazioni formali non sono prive di ricadute sostanziali, basti pensare che viene modificato il regime dell'attività, mutano gli obiettivi e vengono

¹⁹ In tal senso Pisaneschi A. in *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?* 2009, p. 53

²⁰ Vedi nota precedente.

inseriti vincoli di bilancio, tanto è vero che la giurisprudenza, con riferimento alle società pubbliche, ha spesso parlato di soggetti a metà tra il diritto pubblico e il diritto privato. Tuttavia, occorre precisare che, nel caso in cui la privatizzazione formale non sia seguita da quella sostanziale, le società risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici rimangono assoggettate al controllo della Corte dei Conti in quanto non risulterebbe alterata la sostanza pubblicistica della società.

La stessa Corte Costituzionale ha ribadito tale principio nella sentenza n.466 del 1993, affermando che *“la semplice trasformazione degli enti pubblici economici di cui all'art. 15 della legge n. 359 del 1992 non può essere, infatti, ritenuto motivo sufficiente a determinare l'estinzione del controllo di cui all'art. 12 della legge n.259 del 1958, fino a quando permanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato alla struttura economica dei nuovi soggetti, cioè fino a quando lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle stesse”*.

In proposito va, infatti, rilevato che il processo di "privatizzazione", iniziato con il decreto-legge n. 386 del 1991 (convertito nella legge n. 35 del 1992) e sviluppato mediante l'art. 15 del decreto-legge n.333 (convertito nella legge n. 359 del 1992), ha assunto come propri obiettivi fondamentali sia il riordino e la valorizzazione del complesso delle partecipazioni pubbliche sia la "dismissione" graduale da parte dello Stato, per esigenze di risanamento della finanza pubblica, del patrimonio azionario risultante dalle trasformazioni e conferito al Ministero del tesoro (v. art. 16 legge n. 359 del 1992).

Le ragioni che stanno alla base del controllo spettante alla Corte dei conti sugli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione non possono, pertanto, considerarsi superate in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, ove a tale mutamento formale non faccia seguito anche una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio (ora trasformato in capitale azionario) tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato.²¹ Secondo autorevole dottrina²² i provvedimenti adottati nell'ambito della privatizzazione si possono suddividere in 3 categorie.

²¹ Cfr. Corte. Cost. sentenza n.466 del 1993

²² Sabino Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, in Stato e Mercato, 1996

La prima di esse ricomprende tutti quei provvedimenti adottati per trasformare le imprese pubbliche-organo in società per azioni, la seconda categoria invece riguarda la trasformazione in società per azioni di imprese-ente e infine la terza è quella che si attua conferendo l'impresa in una società con partecipazioni dell'azienda conferente. Il processo di privatizzazione ebbe inizio in Italia con la legge 30 luglio 1990 n.218 (c.d. legge Amato), con la quale vennero emanate disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico allo scopo di procedere alla privatizzazione del sistema bancario.

Fino al 1990 il sistema bancario era organizzato in maniera tale che i maggiori istituti di credito avessero o la forma di società di diritto comune, e fossero quindi controllate dallo stato, o la forma di enti pubblici economici: da un lato vi erano le tre Banche di interesse nazionale (B.I.N.) che facevano capo all'IRI (Banca commerciale italiana, Banca di Roma e Credito Italiano), dall'altro invece vi erano gli istituti di credito di diritto pubblico. Questo quadro, che si era delineato anche in seguito alla legge bancaria del 1936, entra in crisi a cavallo degli anni '80 in conseguenza ai processi di apertura del mercato e di liberalizzazione avviati nell'ambito della Comunità Europea. In particolare si sentiva l'esigenza di rendere più competitive le banche sul mercato unico, soprattutto a causa della concorrenza indotta dalla nascita di intermediari finanziari che offrivano prodotti con maggiore capacità attrattiva.

L'esigenza di dotare di maggiore competitività il sistema bancario era inoltre emersa successivamente all'accordo di Basilea del 1988 (Basilea I), in cui vennero definiti una serie di requisiti patrimoniali minimi per gli istituti di credito.

Con la legge Amato del 1990 viene quindi abolita di fatto quella del 1936 e viene disposta la trasformazione degli enti creditizi in società per azioni, mentre il pacchetto azionario fu attribuito all'ente pubblico- conferente, divenuto in seguito fondazione bancaria, che continuò a svolgere tutte quelle funzioni pubblicistiche ovviamente non tipiche dell'impresa.

Questa riforma fu epocale perché da un lato si procedette al riassetto dell'intero sistema bancario e dall'altro si istituirono le "fondazioni bancarie", che oggi hanno il monopolio di una larga parte del settore no profit italiano.

Il passaggio successivo nel processo di privatizzazione si ebbe con il decreto-legge 5 dicembre n.386 del 1991 e con il decreto-legge n.333 del 1992, convertito in legge

n.359 del 1992. Con il primo decreto veniva disposta all'art 1 la trasformazione in società per azioni degli enti di gestione delle partecipazioni statali e degli enti pubblici economici, in conformità agli indirizzi politico economici deliberati dal CIPE, nel rispetto dei criteri di economicità ed efficienza.

Le società risultanti da questa trasformazione sono sottoposte alla disciplina di diritto comune dettata per le società per azioni, fatta eccezione per le norme in materia di revisione del bilancio d'esercizio. Si prevedeva poi il collocamento, sul mercato finanziario e presso investitori istituzionali, delle partecipazioni spettanti allo Stato e che la cessione delle medesime dovesse avvenire in modo da assicurare l'ampia e durevole diffusione di esse tra il pubblico, in modo da prevenire, anche indirettamente, concentrazioni e posizioni dominanti.

Di fondamentale importanza è però l'art 15 del d.l. 359/1992, il quale disponeva la trasformazione in società per azioni dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL. In pratica veniva disposta la privatizzazione fredda dei suddetti enti, per poi procedere in seguito, attraverso le modalità indicate, alla privatizzazione sostanziale.

A seguito della trasformazione di questi enti si dovettero affrontare una serie di problemi, tra cui quello dell'individuazione del capitale e degli azionisti e quello delle attività che gli enti svolgevano nella veste di concessionari.

Fu quindi previsto, per quanto riguarda il primo problema, l'accertamento del capitale iniziale di ciascuna delle società con decreto del ministro del tesoro e l'attribuzione al ministro del tesoro delle azioni emesse, il quale avrebbe dovuto esercitare i diritti dell'azionistica d'intesa con i Ministri del bilancio e della programmazione economica, dell'industria, del commercio e dell'artigianato e delle partecipazioni statali. Per quanto riguarda invece le attività riservate, l'art 14 stabiliva che le medesime restassero attribuite a titolo di concessione agli stessi soggetti che ne erano titolari al momento dell'entrata in vigore del decreto. Alla luce di ciò risultava evidente come questa norma fosse apertamente in contrasto con i principi comunitari in materia di concorrenza, per il semplice fatto che, attribuendo le concessioni ai medesimi enti che ne erano titolari e che avevano solo cambiato forma giuridica, si eliminava di fatto qualsiasi forma di competitività nell'accesso al mercato.

Vi era quindi chi, da un lato, criticava questa disposizione perché riteneva che ad un processo di privatizzazione ne avrebbe dovuto seguire uno di liberalizzazione e chi,

viceversa, riteneva che questa norma fosse l'unico modo possibile per massimizzare il profitto dello Stato.

Successivamente, al fine di procedere alla privatizzazione calda, il Ministro del tesoro, ai sensi dell'art. 16 del medesimo decreto, avrebbe dovuto predisporre un programma di riordino delle partecipazioni finalizzato alla valorizzazione delle partecipazioni stesse, anche attraverso la previsione di cessioni di attività e di rami di aziende, scambi di partecipazioni, fusioni, incorporazioni ed ogni altro atto necessario per il riordino.

Il programma avrebbe inoltre dovuto prevedere la quotazione delle società partecipate, derivanti dal riordino delle attuali partecipazioni, e l'ammontare dei ricavi che si sarebbe dovuto destinare alla riduzione del debito pubblico.

Da questo quadro di disposizioni risultava delineato un sistema particolarmente complesso e macchinoso, che difficilmente avrebbe portato alla dismissione delle partecipazioni nel breve periodo.

Fu quindi emanato, per velocizzare l'iter, il decreto-legge 31 maggio 1994 n.332, convertito in legge n.474/1994, contenente norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni. Innanzitutto, venivano previste all'art.1 comma 2 una serie di modalità di alienazione delle partecipazioni: offerta pubblica di vendita, cessione delle azioni sulla base delle trattative dirette con i potenziali acquirenti ovvero ricorso ad entrambe le procedure.

Da una lettura attenta del decreto emerge come il favor del legislatore fosse indirizzato alla seconda delle due procedure, ossia la trattativa diretta.

A tal fine era prevista la costituzione di un nucleo stabile di azionisti di riferimento, a cui era attribuita la facoltà di intervenire in caso di intervento diretto e che poteva anche essere costituito attraverso un atto del governo. La trattativa diretta poi comportava anche l'impegno di potenziali acquirenti, dotati dei requisiti di idonea capacità imprenditoriale, a garantire anche mediante accordo fra i partecipanti al nucleo stabile, determinate condizioni economiche, finanziarie e gestionali.

Inoltre poteva essere previsto, nell'ambito del contratto, un divieto di cessione delle partecipazioni, un divieto di cessione dell'azienda e la possibilità di un risarcimento nel caso di inadempimento, ai sensi dell'art. 1382 c.c.

Infine bisogna menzionare come, anche nei casi di privatizzazione sostanziale e quindi

di cessione delle partecipazioni, lo Stato conservi dei c.d. “poteri speciali” sulle società cedute al mercato, a prescindere dalla quota azionaria detenuta.

3. Dal Golden share al Golden Power (Cenni)

Tradizionalmente la nascita dei poteri speciali si fa risalire all'epoca delle privatizzazioni, in quanto si voleva controbilanciare, all'esito dei processi di liberalizzazione, la perdita del controllo pubblico sulle società cedute al mercato.

Si tratta di uno strumento nato nell'Inghilterra di Margaret Thatcher e che ben presto si diffuse in tutta Europa venendo adottato da diversi paesi tra cui L'Italia e la Francia (dove è conosciuto con il nome di *action spécifique*), con la differenza che, mentre nel Regno unito ha sempre mantenuto una impronta di tipo privatistico, negli altri Stati Europei si sono andate sviluppando tutta una serie di regole di tipo pubblicistico, destinate ad entrare inevitabilmente in conflitto con la disciplina comunitaria.

In Italia i poteri speciali dell'azionista pubblico erano noti come "golden share" ed erano disciplinati dall'art 2 del decreto-legge n.332/1994.

Innanzitutto veniva previsto che tali poteri potessero essere utilizzati esclusivamente con riferimento a società operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi.

La ratio era chiara: trattandosi di settori strategici era opportuno che lo Stato non perdesse del tutto il controllo sulle società ormai privatizzate, in ragione soprattutto del fine pubblico che quest'ultime proseguivano.

Infatti, prima di ogni atto che avrebbe potuto determinare la perdita del controllo, si sarebbe dovuto introdurre negli statuti delle suddette società, attraverso una deliberazione dell'assemblea straordinaria, una clausola che avrebbe attribuito al Ministro dell'economia e delle finanze la titolarità di una serie di poteri speciali da esercitare di intesa con il Ministro delle attività produttive.

Questi poteri speciali erano elencati nei commi successivi e in particolare consistevano nell'opposizione all'assunzione, da parte di investitori, di partecipazioni rilevanti che rappresentino almeno il 5% dei diritti di voto o la percentuale minore fissata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze con decreto; nell'opposizione alla conclusione di patti o accordi tra azionisti che rappresentino almeno il 5% dei diritti di voto o la percentuale minore fissata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze con decreto; nella possibilità di porre veto all'adozione delle delibere di scioglimento delle società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della

sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri speciali e infine nella possibilità di nomina di un amministratore senza diritto di voto.

Inoltre, nei primi due casi, il relativo potere di opposizione doveva essere esercitato entro 10 giorni, mentre era previsto a favore del cessionario (nel primo caso) e degli azionisti (negli altri casi) un termine di 60 giorni per impugnare la decisione.

La legge n.474/1994 prevedeva inoltre l'obbligo di esercitare i suddetti poteri speciali tenuto conto degli obiettivi nazionali di politica economica e industriale.

Alla luce di ciò emergeva un quadro composto da poteri eccessivamente vaghi e da presupposti di utilizzo eccessivamente discrezionali, in aperto contrasto con le norme comunitarie in materia di libera circolazione dei capitali e di non discriminazione. Davanti ad una situazione simile la Commissione Europea non poteva non aprire una procedura di infrazione e così il legislatore italiano, nel tentativo di risolvere bonariamente la controversia, corse ai ripari e modificò la disciplina vigente con la legge n.488/1999, prevedendo che tali poteri potessero essere utilizzati esclusivamente per rilevanti e stringenti motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonea alla tutela di detti interessi, anche per quanto riguarda i limiti temporali. Nonostante l'introduzione di questa disposizione il legislatore italiano non riuscì ad evitare una nuova procedura di infrazione a cui seguì la condanna dell'Italia per aver violato con la nuova legge gli obblighi imposti dalla Comunità Europea.

Così, per cercare di rendere compatibile con i trattati la disciplina interna, fu emanato nel 2000 un DPCM con cui vennero ulteriormente ristrette le ipotesi entro le quali era ammesso l'utilizzo dei poteri speciali.

Più nel dettaglio il Governo ne aveva ammesso l'utilizzo in presenza di imprescindibili motivi di interesse generale riguardanti l'ordine pubblico, la sicurezza, la sanità e la difesa, nel rispetto del principio di non discriminazione, di idoneità e di proporzionalità. Tuttavia nemmeno questa modifica incontrò il gradimento della Commissione, che inviò all'Italia una lettera di messa in mora.

Di conseguenza, questa disciplina così delineata, è stata modificata ulteriormente con

la legge finanziaria del 2004²³ e il relativo DPCM di attuazione²⁴, a norma dei quali questi poteri potevano essere esercitati esclusivamente in presenza di rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione.

Più nello specifico, al comma 2 dell'art.1 della medesima legge sono state tipizzate una serie di circostanze al verificarsi delle quali possono attivarsi i suddetti poteri speciali. In particolare la legge menziona: il pericolo grave ed effettivo di una carenza di approvvigionamento nazionale anche minimo di prodotti petroliferi ed energetici, l'erogazione di servizi pubblici essenziali e un livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto; il pericolo grave ed effettivo in merito alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico; il pericolo grave ed effettivo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei pubblici servizi essenziali; il pericolo grave ed effettivo per la difesa nazionale, la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica e infine l'ipotesi delle emergenze sanitarie.

Nonostante questo ulteriore correttivo, la Commissione continuava a ritenere la disciplina italiana inadeguata perché eccessivamente vaga e in contrasto con le regole europee, motivo per cui venne inviata all'Italia un'ulteriore diffida per violazione degli art. 43 (che disciplinava la libertà di stabilimento) e 56 (che invece si occupava della libera circolazione dei capitali) del Trattato CE.

Secondo la Commissione la violazione dei due articoli del trattato da parte dell'Italia consisteva nel fatto che il decreto del 2004 non specificasse in maniera adeguata i criteri di esercizio dei poteri speciali, in quanto non consentivano agli investitori di conoscere le situazioni in cui detti poteri potevano essere utilizzati.

Le situazioni che potevano rientrare nella disciplina vigente erano, ad avviso della commissione, potenzialmente numerose, e inoltre l'eccessiva indeterminatezza

²³ Legge 350/2003

²⁴ Dpcm 10 giugno 2004

avrebbe conferito ai suddetti poteri un carattere discrezionale.

Nella sua difesa invece lo Stato italiano, tra le varie argomentazioni, aveva fatto leva sul fatto che, mentre la normativa sui poteri speciali era disciplinata dal d.l. 332/1994, il ricorso e le censure mosse dalla Commissione vertevano esclusivamente sul decreto del 2004, motivo per cui doveva essere dichiarato inammissibile.

La Corte di Giustizia UE, con la sentenza C-326/07 del 26 marzo 2009, ha accolto il ricorso della Commissione e ha statuito che *“La Repubblica italiana, avendo adottato le disposizioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all’art. 2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modifiche, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti: in forza degli artt. 43 CE e 56 CE, nella misura in cui dette disposizioni si applicano ai poteri speciali previsti dall’art. 2, comma 1, lett. a) e b), del predetto decreto legge, come modificato dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004), e in forza dell’art. 43 CE, nella misura in cui dette disposizioni si applicano al potere speciale previsto dal citato art. 2, comma 1, lett. c)”*. Infatti la Corte, accogliendo le argomentazioni della Commissione, ha ritenuto che: *“Il decreto del 2004 non contiene precisazioni sulle circostanze in cui i criteri di esercizio del potere di veto previsto dall’art. 2, comma 1, lett. c), del decreto legge n. 332/1994 possono trovare applicazione. Sebbene tale potere possa essere esercitato soltanto in situazioni di pericolo grave ed effettivo o di emergenze sanitarie, a norma dell’art. 1, comma 2, di detto decreto, e nel rispetto delle condizioni di cui all’art. 1, comma 1, di questo stesso testo, ossia segnatamente per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica e di difesa, in mancanza di precisazioni sulle circostanze concrete che consentono di esercitare il potere in parola gli investitori non sanno quando tale potere di veto possa trovare applicazione. Di conseguenza, occorre considerare, come sostenuto dalla Commissione, che le situazioni che consentono di esercitare il potere di veto sono potenzialmente numerose, indeterminate e indeterminabili e che esse lasciano alle autorità italiane un ampio potere discrezionale.”* In seguito, la materia dei poteri speciali esercitabili dal Governo è stata totalmente ridisciplinata attraverso il d.l. 15 marzo 2012 n. 21, convertito con modificazioni dalla legge n. 56 dell’11

maggio 2012, il quale segna il passaggio da una disciplina di golden share ad una di golden power.

A differenza della previgente disciplina, il nuovo decreto-legge consente l'esercizio dei poteri speciali con riguardo a tutte le società che svolgono attività di rilevanza strategica e non più soltanto nei confronti delle società privatizzate e opera a prescindere dalla titolarità in capo allo Stato di partecipazioni nelle imprese strategiche.

Oltre ad indicare i presupposti per l'utilizzo dei poteri speciali ivi disciplinati, il decreto rinvia ad appositi decreti per quanto riguarda le procedure e gli ambiti di applicazione della suddetta disciplina.

Per quanto riguarda invece i poteri ivi disciplinati essi consistono essenzialmente nell'opposizione all'acquisto di partecipazioni, nel potere di veto sull'adozione delle delibere societarie e infine nell'imposizione di specifiche prescrizioni e condizioni.

Più nello specifico il decreto si occupa dell'esercizio dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, della tecnologia 5G nonché nei settori dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni e di tutti i settori rilevanti ai sensi dell'art. 4 par. 1 del regolamento (UE) 2019/452.

Per quanto riguarda l'esercizio dei poteri speciali nell'ambito della difesa e della sicurezza nazionale è previsto come presupposto che vi sia una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale.

Le imprese che svolgono attività strategica in questo settore devono notificare alla Presidenza del Consiglio dei ministri un'informativa completa su determinate delibere o atti societari in modo tale da permettere al Governo di esercitare i poteri speciali.

È previsto poi sempre per questo settore che chiunque acquisisca delle partecipazioni in tali imprese sia tenuto a notificarlo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e in più, se si tratta di azioni di una società ammessa alla negoziazione nei mercati regolamentati, è prevista una ulteriore notifica qualora l'acquirente venga a detenere una partecipazione superiore a determinate soglie fissate dalla legge.

Le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale sono state individuate successivamente con un decreto attuativo.²⁵

²⁵ DPCM 6 giugno 2014 n.108

Dell'esercizio dei poteri speciali inerenti alle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G si occupa invece l'art. 1 comma 1 bis del decreto-legge n. 21 del 2012, come modificato dal decreto-legge 25 marzo 2019, n. 22.

Analogamente a quanto è disciplinato per il settore della sicurezza e della difesa, anche qua è previsto un obbligo di notifica per l'impresa che stipula, a qualsiasi titolo, contratti o accordi aventi ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti relative ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G, ovvero acquisisca, a qualsiasi titolo, componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta realizzazione o gestione, quando posti in essere con soggetti esterni all'Unione europea.²⁶

Infine, per quanto riguarda l'ultimo settore menzionato dal d.l (energia, trasporti, comunicazioni e settori rilevanti ai sensi dell'art. 4 par. 1 del regolamento (UE) 2019/452), è prevista come condizione per l'esercizio dei poteri che vi sia una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza ed al funzionamento delle reti e degli impianti ed alla continuità degli approvvigionamenti. In tal caso, l'esercizio dovrà essere preceduto dalla notifica alla Presidenza del Consiglio delle delibere, degli atti e delle operazioni realizzate da società che detengono attivi strategici nei settori sopraindicati.

Parimenti, dovrà essere notificato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri l'acquisto, da parte di un soggetto esterno all'Unione europea, di partecipazioni in società che detengono attivi strategici in detti settori, di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente nella società.²⁷

Il campo di applicazione della disciplina in esame è stato ulteriormente ampliato con il decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105 con riferimento al possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti riguardanti i beni ed i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori individuati dall'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento (UE) n. 2019/452. Recentemente, a casa della emergenza sanitaria

²⁶ <https://www.diritto.it/decreto-liquidita-8-aprile-2020-n-23-disposizioni-urgenti-in-materia-di-esercizio-di-poteri-speciali-nei-settori-di-rilevanza-strategica-il-nuovo-golden-power/>

²⁷ *ibidem*

dovuta al Covid-19, sono state introdotte ulteriori novità in materia di golden power attraverso il Decreto Liquidità.²⁸ È stato infatti ampliato l'ambito di applicazione della disciplina in esame fino a ricomprendere tutti i settori strategici individuati nell'articolo 4.1 del Regolamento 2019/452/UE (nella disciplina previgente vi era un mero generico rimando all'elenco contenuto nel primo paragrafo dell'articolo 4) e in particolare viene espressamente incluso il settore finanziario, bancario e assicurativo. Un'altra novità consiste nell'ampliamento del novero degli atti sottoposti all'obbligo di notifica, che oggi comprende, almeno fino al 31 dicembre 2020, l'acquisizione di partecipazioni di controllo in società che detengono beni o rapporti nei cinque settori strategici individuati dal Regolamento 2019/452/UE e le delibere che nei medesimi settori determinano modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità di *assets*.

Per quanto riguarda invece i soggetti su cui grava l'obbligo di notifica è stato previsto un regime differenziato per i soggetti intra UE rispetto a quelli extra UE (per questi ultimi sono state previste delle soglie più basse²⁹ al cui superamento scatta l'obbligo di notifica). Alla luce di questo lungo excursus risulta quindi chiaro che l'obiettivo dell'esecutivo sia stato quello di tutelare, attraverso questo scudo, le imprese italiane operanti nei settori strategici al fine di impedire eventuali scalate ostili di imprenditori esteri che avrebbero voluto approfittare della crisi generata dalla pandemia per comprarle a poco prezzo.

²⁸ Si tratta del decreto-legge n. 23 dell'8 aprile 2020

²⁹ In particolare è sufficiente per i soggetti extra UE che gli stessi acquisiscano una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10 per cento, tenuto conto delle azioni o quote già direttamente o indirettamente possedute, e che il valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a un milione di euro, ovvero in caso di acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15 per cento, 20 per cento, 25 per cento e 50 per cento.

4. Le esternalizzazioni di attività svolte dagli apparati amministrativi

Un altro fenomeno che ha portato alla nascita del fenomeno delle società a partecipazione pubblica è sicuramente quello dell'esternalizzazione di attività svolte dagli apparati amministrativi. Con il termine esternalizzazione (in inglese outsourcing) si intende quella pratica che porta imprese o enti pubblici ad affidare ad un fornitore esterno (un'altra impresa) tutta una serie di attività che dovrebbero competere a loro e che sono invece esternalizzate al fine di ottenere maggiore efficienza. Questo strumento, nato nel mondo anglosassone, ha permesso, nel corso degli anni, di razionalizzare l'attività della pubblica amministrazione attraverso un processo di riorganizzazione modernizzazione. Sviluppatisi originariamente nel settore privato per fronteggiare periodi di crisi attraverso una riduzione dei costi e una migliore allocazione delle risorse, si è ben presto diffuso anche nel settore pubblico attraverso l'esternalizzazione di funzioni amministrative, servizi pubblici, gestione di beni pubblici o di attività ad esse strumentali. Può essere considerato una evoluzione del "facility management", termine con il quale si denota una particolare attività organizzativa che ha come finalità quella di controllare tutte le attività che non riguardano il core business di una azienda (la principale attività aziendale).

Nella prassi sviluppatasi con riferimento alle imprese private il contratto di outsourcing era utilizzato per cedere la gestione di attività non principali dell'azienda al fine di ottenere una gestione meno onerosa e più proficua delle attività cedute e concentrare tutte le energie al core business.

Secondo una definizione di autorevole dottrina³⁰ l'outsourcing può essere definito come «*il processo attraverso il quale le aziende assegnano stabilmente a fornitori esterni, per un periodo di tempo contrattualmente definito, la gestione operativa di una o più funzioni aziendali in precedenza svolte all'interno*». Una definizione molto simile è stata fornita anche dalla Suprema Corte di Cassazione³¹, secondo la quale l'outsourcing può essere definito come «*il fenomeno che comprende tutte le possibili*

³⁰ Merlino M., Boin A., Savoldelli A., 1998, "Outsourcing: uno strumento operativo o una moda?", Sistemi e Impresa, n.1° gennaio/febbraio.

³¹ sentenza n.21287/2006

tecniche mediante cui un'impresa dismette la gestione diretta di alcuni segmenti dell'attività produttiva e dei servizi che sono estranei alle competenze di base".

Giuridicamente l'esternalizzazione si manifesta attraverso un contratto (atipico) con cui l'outsourcer trasferisce delle attività non attinenti al core business della sua azienda ma pur sempre funzionali a realizzare il suo obiettivo imprenditoriale ad un soggetto che prende il nome di outsourcer. Negli ultimi anni l'aumento della spesa pubblica e della domanda di servizi hanno spinto le pubbliche amministrazioni a riconsiderare il modo in cui operano, soprattutto alla luce del fatto che si stava andando ad affermare l'idea per cui, attraverso l'affidamento di alcune attività/ funzioni non essenziali ai privati si avrebbe avuto una migliore allocazione delle risorse.

Tra i vari benefici che si intendeva ottenere vi erano la riduzione dei costi, l'innalzamento della qualità dei servizi, la possibilità di concentrare attenzione e risorse su attività ritenute strategiche e la possibilità di ovviare ad alcune professionalità richieste. L'esternalizzazione può essere sia totale che parziale: nel primo caso verranno affidate al soggetto terzo singoli servizi o singole attività, mentre nel secondo verranno esternalizzate solo alcune fasi del procedimento amministrativo. Per quanto riguarda invece le modalità attraverso le quali si possono esternalizzare attività e servizi possiamo distinguere l'outsourcing mediante contratti dall'esternalizzazione mediante soggetti privati (privatizzazione).

In particolare, mentre nel primo caso l'outsourcing non differisce dalle procedure utilizzate normalmente per acquisire beni e servizi, con la differenza che in questo caso all'affidamento ne segue la dismissione, nel secondo caso si ha invece la creazione di vere e proprie società strumentali.

Non bisogna però dimenticare, in ossequio alle discipline costituzionali in materia, che la pubblica amministrazione non è libera di procedere all'esternalizzazione, ma necessita di una esplicita autorizzazione legislativa che indichi i soggetti legittimati (ovvero le pubbliche amministrazioni che possono procedere in tal senso), le funzioni che possono essere esternalizzate (ambito oggettivo) e se tale esternalizzazione costituisca per l'amministrazione un obbligo ovvero una scelta discrezionale.

Del resto, come ha anche avuto modo di affermare la Corte Costituzionale, *"rientra in una scelta discrezionale del legislatore consentire che alcune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati che abbiano una*

*particolare investitura da parte della pubblica amministrazione (...) e che tale scelta è censurabile, in sede di controllo di legittimità costituzionale, solo sotto il profilo della manifesta irragionevolezza o palese arbitrarietà”.*³²

La ragione per cui spesso si sceglie di esternalizzare un servizio o determinate attività è legata all’affermazione di un modello di amministrazione di risultato, incentrato sui principi di efficienza e di efficacia.

Alla luce di ciò, quando il legislatore attribuisce discrezionalità all’amministrazione circa la possibilità di procedere o meno all’outsourcing, quest’ultima è tenuta a prendere la sua decisione sia nel rispetto del principio di buon andamento sia attraverso una valutazione che tenga conto della convenienza della scelta alla luce del fine pubblico perseguito.

I processi di esternalizzazione nella PA sono iniziati durante l’era delle privatizzazioni: una volta trasformati gli enti pubblici in società per azioni venivano attribuite a quest’ultime, attraverso l’istituto della concessione, tutta una serie di servizi pubblici che venivano in precedenza erogati da tali enti.

A tal proposito basta considerare come esempio la legge finanziaria del 2002³³, la quale prevedeva la possibilità di esternalizzare i servizi per mezzo della costituzione di società pubbliche. Attraverso questo strumento quindi la Pubblica Amministrazione poteva perseguire due diversi obiettivi: da un lato poteva contare su una migliore gestione delle risorse beneficiando di una gestione di tipo privatistico, dall’altro attraverso la concessione poteva mantenere un controllo sull’offerta imponendo al privato il rispetto di una serie di imposizioni tra cui la qualità del servizio, il prezzo e la durata della concessione stessa.

³² Corte Costituzionale, Ord. 157/2001

³³ Legge 448/2001

5. La necessità di una razionalizzazione della disciplina e il d.lgs. 175/2016

Con il passare degli anni il fenomeno delle società a partecipazione pubblica è esploso, assumendo dimensioni patologiche e costringendo a più riprese il legislatore ad intervenire.

Se da un lato è vero che le società a partecipazione pubblica possono ascrivere al genus più ampio dell'intervento pubblico nell'economia, dall'altro non si può non notare come, in assenza di contorni normativi ben definiti, il fenomeno abbia assunto forme variegate.

Se in un primo momento il legislatore guardava con favor alla costituzione di società pubbliche, basti pensare che la legge finanziaria del 2002 permetteva l'esternalizzazione di servizi attraverso di esse, successivamente si rese conto che si stava avendo una drastica perdita in termini di efficienza e di efficacia dell'intera organizzazione amministrativa, complici i numerosi abusi che avevano comportato un aumento di costi, distorsioni della concorrenza ed elusione di regole pubblicistiche.

Questa inversione di tendenza si può ben cogliere con la legge 248/2006, che a sua volta converte il c.d. "Decreto Bersani"³⁴, con cui era stato limitato l'utilizzo delle società a partecipazione pubblica alla sola produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli Enti³⁵, al fine di perseguire la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e la tutela della concorrenza.

Infatti, ai sensi dell'art. 13 del suddetto decreto, *“al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono*

³⁴ Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223

³⁵ <http://www.odc.torino.it/public/convegni/con17442.pdf>

partecipare ad altre società o enti”. Nei commi successivi veniva poi previsto, per garantire maggiore effettività, che le società costituite ai sensi del primo comma dovessero avere oggetto esclusivo e che i contratti conclusi in violazione della norma in esame sarebbero stati nulli.

Del resto, come ha anche affermato il Tar Lazio, *“possono definirsi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l’ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali”*³⁶. Non molto tempo dopo, con la legge finanziaria del 2008³⁷, è stato introdotto il divieto per le Amministrazioni Pubbliche di costituire società, o assumere/mantenere partecipazioni in società, aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Successivamente, a causa anche della crisi economico-finanziaria del 2008, si cercò di ridurre i costi mettendo in liquidazione le società pubbliche ritenute inutili o comunque non più profittevoli.

Più in particolare fu previsto all’articolo 4 del d.lgs. n. 95 del 2012 (il c.d. primo decreto spending review) di procedere allo scioglimento o all’alienazione, attraverso procedure di evidenza pubblica, delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell’intero fatturato.

Inoltre veniva previsto che, qualora l’amministrazione non avesse proceduto in tal senso, le società non avrebbero potuto ricevere affidamenti diretti di servizi, né tanto meno avrebbero potuto fruire del rinnovo di affidamenti di cui erano titolari. Qualche anno prima invece era stato previsto con l’art. 14 comma 32 del d.l. n. 78 del 2010 un divieto assoluto per i comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti di costituire società e parallelamente veniva disposta la messa in liquidazione o la cessione delle partecipazioni nelle società già costituite. Differentemente però dalle altre leggi citate, il dl del 2010 si basava su un regime differenziato a seconda della situazione

³⁶ TAR, Lazio, sez. II, sentenza 05/06/2007 n° 5192

³⁷ Legge 244/2007

economica della società, tanto è vero che, sempre al comma 32, erano prevista una eccezione alla già menzionata imposizione. In particolare, era previsto che la disposizione secondo cui i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non potevano costituire società non si sarebbe dovuta applicare alle società con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti.

Qualche anno dopo, a complicare un quadro già molto frammentato, arriveranno due pronunce della Consulta che dichiareranno l'illegittimità dell'art. 4 del d.l. 95/2012 e dell'art. 14 comma 32 del d.l. 78/2010.³⁸ Il legislatore quindi fu costretto ad intervenire nuovamente, al fine di sanare la situazione che si era venuta a creare, con la legge di stabilità del 2014, la n. 147/2013. Innanzitutto veniva previsto che, qualora le aziende speciali, le istituzioni o le società presentino un risultato d'esercizio o un saldo finanziario negativo, gli Enti locali soci sarebbero stati obbligati ad accantonare nell'anno successivo, in apposito fondo vincolato, un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla loro quota di partecipazione.

Solo per le società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica (compresa la gestione dei rifiuti), veniva poi previsto che si avrebbe dovuto fare riferimento alla differenza tra valore e costi della produzione, così come definiti dall'art. 2425 del Codice civile.

Successivamente, con la legge di bilancio del 2015³⁹, il legislatore ha introdotto una ulteriore disciplina al fine di provare a razionalizzare ancora una volta il sistema. Obiettivo principale di questa riforma era quello di conseguire, parallelamente ad un processo di riordino, una riduzione delle società partecipate, nel tentativo ultimo di contenere la spesa pubblica.

Veniva infatti previsto, all'art. 1 comma 611, che le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avrebbero dovuto avviare un processo di

³⁸ Rispettivamente Corte Cost. sentenze n.229/2013 e n.236/2013

³⁹ Legge 190/2014

razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza, in modo tale da conseguire, entro il 31 dicembre 2015, una riduzione di tali partecipazioni.

Il piano di razionalizzazione delle società partecipate era incentrato su una serie di criteri: veniva prevista l'eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; la soppressione delle società che risultavano composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; l'eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni e l'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Infine veniva previsto che si sarebbe dovuto perseguire il contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni. Il piano operativo di razionalizzazione doveva essere approvato dagli organi di vertice delle amministrazioni entro il 31 marzo 2015, doveva precisare sia le modalità che i tempi di attuazione nonché l'indicazione nel dettaglio del risparmio da conseguire.

Inoltre, entro il 31 marzo 2016, i già menzionati organi di vertice avrebbero dovuto procedere ad una relazione sui risultati conseguiti da trasmettere alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei Conti e da pubblicare sul sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata (tutto ciò nell'ottica di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013). Di particolare rilievo poi era il comma 613 dell'art. 1, ai sensi del quale *“Le deliberazioni di scioglimento e di liquidazione e gli atti di dismissione di società costituite o di partecipazioni societarie acquistate per espressa previsione normativa sono disciplinati unicamente dalle disposizioni del Codice civile e, in quanto incidenti sul rapporto societario, non richiedono né l'abrogazione né la modifica della previsione normativa originaria”*. Si chiariva così che la disciplina delle partecipate, soprattutto nelle fasi di scioglimento, liquidazione e dismissione, è

disciplinata secondo le norme dettate in materia dal codice civile.

Tuttavia, nonostante questa riforma, il numero delle società partecipate era ancora elevato e i principi di efficienza, efficacia ed economicità non venivano rispettati a pieno, tanto da comportare un aumento degli oneri e dei disavanzi a carico della finanza pubblica.

Così il Parlamento, deciso a procedere una volta per tutte al riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, ha delegato il governo, con la legge delega del 7 agosto 2015, n.124, ad adottare un decreto legislativo di semplificazione, fissando agli articoli 16 e 18 i principi e i criteri direttivi a cui avrebbe dovuto attenersi.

In particolare, ai sensi dell'art. 16 della suddetta legge delega, il Governo avrebbe dovuto adottare un testo unico per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, attenendosi ad una serie di principi e criteri direttivi. Tra questi vi erano: a) quello di coordinare il testo alle disposizioni legislative vigenti, apportando solo le modifiche strettamente necessarie; b) quello di risolvere le antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia; c) quello di indicare specificatamente le norme abrogate; d) e infine quello di aggiornare le procedure attraverso una utilizzazione ottimale delle tecnologie dell'informazione.

Il fine ultimo del testo unico invece è indicato all'art. 18, ai sensi del quale il decreto legislativo doveva essere adottato al fine primario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi provvisori.

Nell'ottica di tale obiettivo erano indicati ulteriori criteri direttivi, rispetto a quelli di cui all'art. 16, a cui il Governo avrebbe dovuto attenersi.

In particolare veniva previsto che bisognava procedere in primis ad una distinzione tra tipi di società (in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati) in modo tale da procedere poi all'individuazione della relativa disciplina e delle eventuali deroghe alle norme privatistiche.

Un altro criterio direttivo della delega prescriveva poi di procedere alla ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie in capo all'amministrazione, entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quali la gestione di servizi di interesse economico generale.

Inoltre veniva prescritto che quest'ultimo criterio direttivo si sarebbe dovuto applicare anche alle società già costituite al momento dell'entrata in vigore della suddetta legge. All'interno del testo unico doveva poi essere prevista una specifica definizione del regime della responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e controllo delle società partecipate. Significative erano anche le prescrizioni attinenti alla previsione dei requisiti e della garanzia di onorabilità degli organi di amministrazione e controllo della società e quelle in materia di razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e alle politiche retributive. Si tratta chiaramente di norme aventi come fine ultimo quello di tutelare gli interessi pubblici attraverso la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico e il contenimento dei costi.

Ulteriori prescrizioni, maggiormente stringenti, erano poi previste con riferimento alle società partecipate dagli enti locali. In particolare, con riferimento alle società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, dovevano essere definiti i criteri e le procedure per la scelta del modello societario e l'internalizzazione, nonché i limiti e le condizioni per l'assunzione e la conservazione delle partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, mentre per quanto riguarda le società che gestiscono servizi di interesse economico generale dovevano essere individuati un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio oltre il quale si sarebbe dovuto procedere alla liquidazione della società. Sempre con riferimento a quest'ultimo tipo di società dovevano poi essere indicati i criteri e gli strumenti di gestione volti a perseguire l'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza. Dovevano poi essere introdotte nel testo unico misure di rafforzamento volte a perseguire gli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità e a garantire la trasparenza.

La legge delega prevedeva poi l'introduzione di un sistema sanzionatorio nel caso di

mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione da parte delle suddette amministrazioni e il rafforzamento del sistema dei controlli interni di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267.

Alla luce di questi principi e criteri direttivi, il 19 agosto 2016 è stato adottato il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, con il d.lgs. n. 175, il quale è entrato in vigore a partire dal 23 settembre 2016.

Pochi mesi dopo l'entrata in vigore però, la Corte Costituzionale, con la sentenza 25 novembre 2016 n. 251, ha dichiarato l'illegittimità di una serie di disposizioni della legge delega, tra cui l'art. 18, nella parte in cui prevedeva che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, risultando in particolare violato il principio di leale collaborazione, anche alla luce del fatto che numerose disposizioni della legge n.124/2015 incidevano a vario titolo su materie di competenza regionale.

Tuttavia, precisa la Corte, *“le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”*. Successivamente alla pronuncia di illegittimità costituzionale, fu chiamato a pronunciarsi il Consiglio di Stato, in adempimento della sua funzione consultiva, il quale ha risposto, attraverso il parere n.83/2017 reso dall'Adunanza della Commissione Speciale, al quesito formulatogli dall'ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione circa le modalità di attuazione della sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale.

Il Consiglio di Stato, rispondendo al quesito, da un lato sottolineava come non fosse necessario procedere ad una revisione della legge delega, dall'altro poneva l'accento sull'urgenza di procedere all'adozione di decreti legislativi correttivi, al fine di evitare, come ha sottolineato la stessa Consulta, di arrivare all'illegittimità del testo unico.

Più nel dettaglio la commissione aveva ritenuto che gli strumenti con cui il Governo sarebbe dovuto intervenire fossero essenzialmente due: l'intesa di cui all'art. 3 del

d.lgs. n. 281 del 1997, così come delineata dalla stessa Consulta nel rispetto del principio di leale cooperazione, da raggiungere a seconda dei casi in sede di Conferenza Stato-regioni, ovvero di Conferenza unificata ex art. 9, comma 1, del decreto medesimo e i decreti legislativi integrativi e correttivi che, per ciascuna disposizione di delega, la stessa legge n. 124 del 2015 autorizza a emanare nel termine di dodici mesi dall'adozione dei singoli decreti legislativi da essa previsti.

I decreti correttivi in esame hanno come finalità quella di *“integrare, mediante il completamento di precetti normativi, ovvero correggere, mediante aggiustamenti o rimozione di imperfezioni, il decreto legislativo già adottato”*⁴⁰. Attraverso questo strumento il Governo può quindi sanare l'atto legislativo adottato attraverso l'eliminazione del vizio o la modifica delle norme ritenute in contrasto con la costituzione. Nel caso in esame il vizio procedimentale derivava dal vizio della legge delega così come individuato dalla Corte Costituzionale e consisteva nella mancata intesa con la conferenza.

Il decreto correttivo può quindi sanare il vizio procedimentale a condizione però che faccia confluire nel decreto originario l'intesa di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 281 del 1997 riportandola integralmente.

A tal proposito l'intesa deve riguardare il decreto nel suo complesso, sia *“perché il giudizio di costituzionalità ha riguardato la legge delega e non il decreto legislativo, con la conseguenza che non è possibile identificare con certezza le disposizioni attuative suscettibili di essere coinvolte in un eventuale futuro giudizio di costituzionalità.”*, sia perché *“la Corte ha utilizzato una tecnica di giudizio, fondata sul bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti, che impedisce di individuare, se non per ambiti generali, la specifica disposizione ritenuta non conforme al sistema di riparto delle funzioni legislative”*⁴¹. Per quanto riguarda poi l'efficacia temporale dell'intesa, il Consiglio di Stato ha ritenuto opportuno che la stessa si riferisca anche al periodo intercorso tra l'entrata in vigore del decreto legislativo originario e quella delle misure di correzione.

Infine, sempre nel suddetto parere, la Commissione speciale si è pronunciata anche sugli interventi per i quali la delega è decaduta, con particolare riferimento alle norme

⁴⁰ Cons. Stato, Ad. Gen., n. 1750 del 2007

⁴¹ Vedi nota precedente

che autorizzano la riforma dei servizi pubblici locali e della dirigenza pubblica. Riguardo a quest'ultima ipotesi il Consiglio di Stato aveva aperto due strade: o ricorrere ad una nuova legge delega o ad un disegno di legge governativo avente, almeno in parte, il contenuto del decreto delegato che andrebbe a sostituire.

All'esito di ciò la scelta effettuata è stata quella di procedere con un decreto correttivo, il d.lgs. 16 giugno 2017 n.100, adottato sulla base della legge delega e previa intesa in sede di Conferenza Unificata ⁴².

Il decreto correttivo in esame, facendo salvi gli effetti già prodotti, ha quindi modificato e corretto, ai sensi dell'art.1, il decreto legislativo 19 agosto 2016 n.175.

⁴² Ex artt. 8 s., dlgs 28 agosto 1997 n.281

6. La posizione dell'Unione Europea e dell'OCSE

Quando si parla di società e impresa non può non farsi riferimento al diritto europeo e alla posizione dell'Unione Europea, a causa soprattutto della forte influenza di quest'ultima sul diritto interno. Come ha sottolineato autorevole dottrina⁴³ *l'ordinamento europeo ha un atteggiamento di neutralità rispetto alla proprietà, pubblica o privata delle imprese, sempre che siano assicurate condizioni di parità concorrenziale*".

Questa affermazione trova la sua base giuridica nell'art. 345 TFUE, ex art. 295 TCE, ai sensi del quale *"i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri"*.

Il trattato quindi prevede, da un lato, il principio di neutralità nei confronti del regime di proprietà delle imprese, dall'altro il principio di uguaglianza delle imprese pubbliche e di quelle private. È dunque compito degli Stati scegliere se incoraggiare ovvero reprimere il fenomeno delle società a partecipazione pubblica e *"l'azione della Commissione non può svantaggiare o favorire i pubblici poteri quando procedono a conferimenti di capitale di rischio alle imprese"*⁴⁴.

L'Unione Europea, e più in generale il diritto europeo, sono basati sul principio fondamentale del libero mercato: non bisogna dimenticare infatti che uno degli obiettivi principali dei trattati di Roma del 1957, che istituirono la CEE, è stato quello di creare un mercato unico, basato su quattro libertà fondamentali (vale a dire la libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali su tutto il territorio dei sei Paesi aderenti). Questo principio quindi può essere ben definito come il fulcro del sistema europeo e, salvo deroghe espressamente stabilite, comporta l'applicazione a tutte le imprese, sia pubbliche che private, delle regole di mercato.

Volendo dare una definizione di impresa pubblica nel diritto europeo possiamo fare riferimento all'art. 2 della direttiva 25 giugno 1980, n. 80/723/CEE, ai sensi del quale per impresa pubblica si intende *"ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la*

⁴³ Clarich, *in manuale di diritto amministrativo*, p356

⁴⁴ Comunicazione relativa all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese, in Boll. CE, 9/1984, 92 ss

disciplina".

L'influenza dominante è presunta qualora i poteri pubblici, direttamente o indirettamente, nei riguardi dell'impresa: detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa; dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa; oppure possano designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

La nozione di impresa pubblica può essere rinvenuta anche nei trattati e in particolare all'art. 106 TFUE primo paragrafo (ex art 86 TCE), ai sensi del quale gli Stati membri non possono emanare né mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati: è evidente che non possono quindi adottarsi, in quanto contrarie ai trattati, norme che comportano la violazione del principio del libero mercato. Nei paragrafi successivi viene poi ribadito che anche le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, sempre nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della specifica missione loro affidata e che lo sviluppo degli scambi non venga compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. Infine, viene affidato alla Commissione il compito di vigilare sull'adempimento di tali prescrizioni, potendo, se del caso, emanare direttive o decisioni agli Stati Membri.

Da questa ricostruzione risulta evidente come anche l'impresa pubblica sia tenuta al rispetto delle regole in materia di tutela della concorrenza, non essendoci alcun favor per questo modello da parte del legislatore europeo.

Uno dei pilastri normativi del libero mercato è la disciplina sugli aiuti di Stato, che ha contribuito notevolmente in passato a determinare il fallimento dell'impresa pubblica italiana. Tale disciplina può essere vista come un corollario della normativa posta a tutela della concorrenza, o meglio ancora, a tutela del mercato comunitario, il quale si basa, come già è stato detto, su quattro libertà fondamentali.

Come è noto il modello di funzionamento del mercato basato sulla concorrenza perfetta e ideato dagli economisti, è in realtà un modello teorico e utopico, in quanto, nella realtà quotidiana, il mercato risulta caratterizzato da situazioni di oligopoli e monopoli tali da porsi quindi in contrasto con il funzionamento concorrenziale del

mercato e da necessitare una regolamentazione giuridica adeguata. D'altra parte, non si può dimenticare che spesso si verifica nel mercato, a causa di una inadeguata e inefficiente allocazione di beni e servizi, quella situazione che viene comunemente definita come fallimento di mercato (market failure): in questo caso l'intervento pubblico si rende necessario per ripristinare l'equilibrio di mercato e garantire una migliore allocazione delle risorse.

È in questo contesto che si colloca la disciplina in materia di aiuti di Stato, definibili come qualsiasi trasferimento di risorse pubbliche a favore di imprese o produzioni che, attribuendo un vantaggio economico selettivo, rischia di falsare o falsa la concorrenza⁴⁵.

Il trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, agli artt. 107-108, si occupa di ben definire i casi in cui le sovvenzioni alle imprese sono vietate, in quanto finalizzate a distorcere la concorrenza, e i casi in cui invece gli aiuti sono ammessi. Innanzitutto bisogna chiarire che nella disciplina comunitaria in esame per "Stato" si intende qualsiasi amministrazione pubblica, anzi, per essere più precisi, qualsiasi organismo di diritto pubblico, nonché le società a cui sono state affidate funzioni amministrative. La stessa Commissione infatti, in una sua comunicazione relativa all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese⁴⁶, aveva specificato che andavano considerate come assunzioni di partecipazioni pubbliche le partecipazioni dirette dello Stato e degli altri enti territoriali, nonché le assunzioni di partecipazione effettuate da organismi finanziari o di altra natura, a vocazione nazionale, regionale o settoriale, i cui fondi provengano da risorse di Stato ai sensi dell'articolo 92, paragrafo 1, CEE o sui quali lo Stato o gli altri enti territoriali esercitano un'influenza dominante.

La nozione di aiuto di stato viene poi fornita dallo stesso trattato all'art. 107, par. 1 del TFUE (ex articolo 87 del TCE), ai sensi del quale, salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o

⁴⁵ <https://www.diritto.it/gli-aiuti-di-stato-quale-strumento-per-fronteggiare-lemergenza-economica/>

⁴⁶ In Boll. CE, 9/1984, 92 ss

minaccino di falsare la concorrenza. Come ha sottolineato autorevole dottrina⁴⁷, “*il primo elemento di rilievo riguarda la riconosciuta “atipicità” dell’aiuto*”: l’art.107, prevedendo che l’aiuto si possa realizzare in qualsiasi forma, non fa altro che ribadire il principio secondo cui il trasferimento delle risorse può avvenire in diversi modi, e in particolare attraverso sovvenzioni dirette, dei prestiti, dei sussidi, delle garanzie indirette o ancora tramite forme di investimenti in natura. Le maggiori difficoltà sorgono nell’individuare gli incentivi erogati dalle imprese pubbliche, operando quest’ultime nel libero mercato in un regime concorrenziale e adoperando strumenti del diritto privato. La stessa Corte di Giustizia ha più volte ribadito come l’esercizio del controllo da parte dello Stato su una impresa pubblica non possa essere presunto, ma debba essere verificato caso per caso⁴⁸, attraverso un accertamento concreto basato su criteri di massima. La corte stessa poi, nella medesima sentenza, elenca una serie di elementi volti ad affermare l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da un'impresa pubblica. Tra questi indizi vi rientrano sicuramente “*l'integrazione di tale impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta*”⁴⁹.

⁴⁷ Lipari Marco, *La nozione di aiuto di Stato indiretto, attribuito da un soggetto privato, e il requisito dell'imputazione pubblica della misura incentivante*, in rivista.eurojust.it

⁴⁸ Corte di giustizia 16 maggio 2002, Francia/Commissione (Stardust), C-482/99, in particolare al par. 52 la Corte afferma “Infatti, anche nel caso in cui lo Stato sia in grado di controllare un'impresa pubblica e di esercitare un'influenza dominante sulle operazioni di quest'ultima, l'esercizio effettivo di tale controllo nel caso concreto non può essere automaticamente presunto. Un'impresa pubblica può agire con maggiore o minore indipendenza, a seconda del grado di autonomia ad essa concesso dallo Stato...Pertanto, il solo fatto che un'impresa pubblica si trovi sotto il controllo dello Stato non è sufficiente per imputare a quest'ultimo misure adottate da tale impresa, quali i provvedimenti di sostegno finanziario di cui trattasi. Resta ancora da verificare se le autorità pubbliche debbano ritenersi aver avuto un qualche ruolo nell'adozione di tali misure

⁴⁹ Corte di giustizia 16 maggio 2002, Francia/Commissione (Stardust), C-482/99, par.56

Al paragrafo successivo la Corte però specifica che *“il solo fatto che un'impresa pubblica sia stata costituita in forma di società di capitali di diritto comune non può — tenuto conto dell'autonomia che tale forma giuridica è suscettibile di conferire all'impresa in questione — essere considerato sufficiente per escludere che un provvedimento di aiuto adottato da una società di questo tipo sia imputabile allo Stato”*⁵⁰. Per quanto riguarda invece la nozione di “risorsa statale”, la Commissione ha sottolineato, in una sua comunicazione in materia di aiuti di stato⁵¹, che essa comprende tutte le risorse che provengono dal settore pubblico, comprese le risorse di enti infrastatali (decentrati, federati, regionali o altri) e in determinate circostanze le risorse degli enti privati.

A tal proposito viene sottolineato come anche le risorse delle imprese pubbliche costituiscono risorse statali ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato in quanto lo Stato è in grado di orientare l'utilizzazione di tali risorse.⁵²

Successivamente viene chiarito dalla Commissione nella medesima comunicazione come non sia necessario che le risorse siano di proprietà della pubblica autorità, essendo sufficiente che esse, prima di essere trasferite, siano direttamente o indirettamente sotto il controllo pubblico e dunque a disposizione delle autorità nazionali.

Per quanto riguarda invece la nozione di vantaggio viene ribadito che si deve trattare di un beneficio economico che una impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di un intervento statale, e che a tal fine non rilevano né la causa, né lo scopo, né la forma ma solo gli effetti della misura in genere. Tornando alla disciplina dettata dal TFUE, l'art 107, dopo aver sancito un generale divieto in materia di aiuti di Stato, si preoccupa, nei due paragrafi successivi, di prevedere delle eccezioni: da un lato vengono elencati tutta una serie di tipologie di aiuti che sono certamente compatibili con il mercato interno, dall'altro invece quelli che “possono” considerarsi compatibili⁵³.

Appartengono alla prima categoria gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate

⁵⁰ Vedi nota precedente, par. 57

⁵¹ La Comunicazione interpretativa della Commissione 2016/C 262/01

⁵² ibidem

⁵³ http://www.sarannoprefetti.it/SP/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=223

dall'origine dei prodotti, gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali e gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione (anche se viene previsto che cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga quest'ultima previsione); appartengono invece al secondo gruppo gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse, gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune e le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

Un'altra eccezione alla disciplina generale è prevista dall'art. 106 par. 2, il quale, con riferimento alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, consente delle deroghe alle regole della concorrenza nei limiti in cui ciò non osti all'adempimento della specifica missione a loro affidata e a condizione che non vengano compromessi gli interessi dell'Unione.

È evidente quindi come in questo settore sia piuttosto difficile distinguere di volta in volta se i benefici economici concessi alle imprese in questione costituiscono aiuti di stato ovvero un equo compenso per i costi aggiuntivi sopportati in quanto esercenti servizi di interesse economico generale (c.d. SIEG).

Nel tentativo di rendere più agile tale distinzione, la Corte di Giustizia ha elaborato nella sentenza *Altmark*⁵⁴ quattro condizioni cumulative al ricorrere delle quali la

⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003, *Altmark Trans*, C-280/00

compensazione concessa dallo Stato ad una impresa che presta servizi di interesse economico generale non deve essere considerata come aiuto di stato, in quanto, come risulta anche da orientamento costante della stessa Corte, *“tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza”*⁵⁵. Per quanto riguarda invece i vari criteri indicati nella sentenza, viene chiarito che *“In primo luogo l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro. In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti. In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento. L'osservanza di una siffatta condizione è indispensabile al fine di garantire che all'impresa beneficiaria non venga concesso alcun vantaggio tale che falsi o minacci di falsare la concorrenza rafforzando la posizione concorrenziale di detta impresa. Infine, in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi.”*⁵⁶ Nonostante questi criteri rimane comunque difficile per gli Stati Membri riuscire a soddisfarli tutti quanti, anche alla luce del fatto che molto spesso, non tutti gli aiuti alle imprese hanno un impatto rilevante sul mercato

⁵⁵ <http://www.publicpolicy.it/wp-content/uploads/2013/04/70818-8630.pdf>

⁵⁶ Par. 89-93

e non alterano poi in maniera così percepibile la concorrenza.

A supporto di ciò l'art. 108 TFUE par. 1 prevede che *“La Commissione procede con gli Stati membri all'esame permanente dei regimi di aiuti esistenti in questi Stati. Essa propone a questi ultimi le opportune misure richieste dal graduale sviluppo o dal funzionamento del mercato interno”*. Quando poi la Commissione constata l'incompatibilità con il principio del libero mercato di un aiuto concesso dallo Stato o attraverso fondi statali ad una impresa, ordina allo Stato interessato di rimuoverlo o modificarlo entro un termine perentorio al decorrere del quale la Commissione stessa può adire direttamente la CGUE.

In aggiunta il Trattato prevede che, in deroga alla disciplina generale, il Consiglio possa, deliberando all'unanimità, decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, debba considerarsi compatibile con il mercato interno e in tal caso la procedura iniziata dalla commissione di cui al paragrafo 2 dell'art.108 dovrà essere sospesa a partire da quando è stata rivolta la richiesta al Consiglio. In ogni caso alla Commissione deve essere comunicato ogni progetto volto a modificare o a istituire aiuti di Stato in modo tale da permetterle di iniziare tempestivamente la procedura di controllo di cui al paragrafo 2 (c.d. obbligo di stand still) e di conseguenza le misure progettate non potranno entrare in vigore fino a quando non risulti positivamente accertata, all'esito di tale procedura, la loro compatibilità.

Un altro criterio che bisogna menzionare è quello dell'operatore in una economia di mercato, basato sulla redditività dell'investimento e che viene in gioco quando si deve valutare la compatibilità delle operazioni economiche, effettuate dagli enti pubblici e dalle imprese pubbliche, con il diritto dell'Unione. Questo criterio, emerso fin dalla comunicazione della Commissione del 1984⁵⁷, è stato recentemente ribadito in quella del 2016 sulla nozione di aiuto di stato⁵⁸.

Secondo questo principio, elaborato dagli organi giurisdizionali dell'Unione⁵⁹, *“al fine*

⁵⁷ Comunicazione relativa all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese, in Boll. CE, 9/1984, 92 ss.

⁵⁸ Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2016/C 262/01)

⁵⁹ Cfr., ad esempio, Corte giust. eur., 21 marzo 1991, in causa C-305/89, Repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee, dove la Corte afferma che *“Per stabilire se tali interventi abbiano natura di aiuti statali, occorre valutare se, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni*

*di stabilire se l'investimento di un ente pubblico costituisca un aiuto di Stato, è necessario valutare se, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni paragonabili che opera alle normali condizioni di un'economia di mercato avrebbe realizzato l'investimento in questione*⁶⁰. Attraverso questo criterio la giurisprudenza non fa quindi altro che riaffermare la posizione di neutralità dell'ordinamento giuridico dell'Unione rispetto al regime di proprietà delle imprese, in quanto da un lato non viene pregiudicato in alcun modo il diritto degli Stati membri di agire come operatori economici, dall'altro però viene ribadito che le operazioni economiche da loro compiute sono valide solo se non attribuiscono alcun vantaggio alle imprese e non possono quindi essere classificate come Aiuti di Stato.

Simile alla posizione dell'Unione Europea è quella dell'OCSE (organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), istituita con la Convenzione sull'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, firmata il 14 dicembre 1960 ed entrata in vigore il 30 settembre 1961 e che sostituisce l'OECE, creata nel 1948 per amministrare il cosiddetto "Piano Marshall" per la ricostruzione postbellica dell'economia europea.

Si tratta di una organizzazione internazionale il cui scopo è quello di promuovere a livello globale delle politiche in grado di migliorare il benessere economico e sociale dei cittadini. Il Testo Unico risultante dalla riforma Madia, il d.lgs. 175/2016, è stato largamente influenzato dai principi OCSE, elaborati nel 2015, e aventi come finalità quella di assicurare che la gestione delle società partecipate avvenga in ossequio ai principi di efficienza, trasparenza e di responsabilità del manager.

L'OCSE parte dal presupposto che le imprese pubbliche sono presenti in quasi tutte le economie, seppur con caratteristiche e peculiarità differenti, e che allo stesso tempo il contributo che possono fornire allo sviluppo del benessere economico di un paese è in larga parte influenzato dalla loro governance.

Le linee guida elaborate dall'OCSE a partire dal 2005 hanno quindi come finalità quella di individuare una serie di principi e di criteri che possano da un lato assicurare una modello di "Corporate Governance of State-Owned Enterprises" efficiente e

paragonabili a quelle degli enti che gestiscono il settore pubblico avrebbe effettuato conferimenti di capitali di simile entità."

⁶⁰ Comunicazione del 2016, paragrafo 74

dall'altro quello di garantire un regime di parità concorrenziale tra le imprese pubbliche e quelle private.

Il Testo Unico sulle società partecipate risente molto di queste linee guida, basti pensare, come ha sottolineato autorevole dottrina⁶¹, all'art. 1 comma 3 ai sensi del quale *“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”*, e che trova la sua ratio nel fatto che i principi elaborati dall'OCSE per le imprese pubbliche *“sono un complemento dei Principi di Corporate Governance, elaborati sempre dall'OCSE, per la governance delle società private”*⁶². In linea quindi con quanto previsto dal diritto europeo, anche dalle linee guida OCSE emerge una tendenza a limitare l'intervento statale nell'economia in modo tale da garantire un mercato più libero e maggiormente concorrenziale.

⁶¹ Vincenzo De Sensi, Società a partecipazione pubblica: funzione gestoria, obblighi informativi ed emersione dei fattori di rischio, in rivista di diritto societario.

⁶² Ibidem

Capitolo 2

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

1 I tipi di società pubbliche alla luce del d.lgs. 175/2016

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, il d.lgs. 175/2016, emanato in attuazione della legge delega 7 agosto 2015 n.124 e modificato dal decreto correttivo 100/2017, costituisce un complesso normativo avente come obiettivo quello di disciplinare sia le società a partecipazione pubblica, sia le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, a prescindere che si tratti di società a totale o parziale partecipazione pubblica o che quest'ultima sia diretta o indiretta. La finalità principale del Testo Unico risulta essere specificatamente indicata all'art 1. comma 2, ai sensi del quale le disposizioni del decreto dovranno essere applicate in modo tale da perseguire una efficiente gestione delle partecipazioni, la tutela e la promozione della concorrenza e del mercato e soprattutto la razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica: si tratta in pratica delle stesse esigenze che erano alla base della legge delega.

Dal comma 3 del medesimo art. 1 emerge invece come l'intero Testo unico possa essere considerato una "lex specialis", in quanto si prevede che, per tutto ciò che non è espressamente derogato dal suddetto decreto, si devono applicare le norme contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato, che costituiscono quindi "la lex generalis".

Questa precisazione potrebbe risultare ovvia se letta unitamente all'art. 3 comma 1, ai sensi del quale "Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa".

Risulta evidente infatti come questa norma, circoscrivendo la tipologia dei modelli societari utilizzabili, da un lato vincola le pubbliche amministrazioni nella scelta delle società in cui investire, dall'altro individua la disciplina concretamente applicabile, per il fatto che la scelta di un modello societario comporta di regola l'applicazione delle corrispondenti regole di diritto societario.

Le società a partecipazione pubblica si collocano quindi in un contesto generale di tipo privatistico e risultano così definitivamente superati quegli orientamenti, che si

erano andati affermando in passato, i quali ritenevano applicabili le norme di diritto privato esclusivamente nella misura in cui ciò risultava compatibile con gli interessi pubblici in gioco.⁶³

A supporto di ciò, la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo ha ribadito che da un lato “Si è ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari in merito alla sostituzione, al comma 3, della dizione “leggi speciali” con quella di “norme generali di diritto privato”, che meglio chiarisce l’intenzione di fare salve le disposizioni generali e non quelle speciali rispetto al precedente testo”, dall’altro invece “non si è ritenuto di introdurre il riferimento, suggerito dallo stesso Consiglio di Stato, alle norme generali di diritto amministrativo, le quali non sono applicabili alle società partecipate in quanto tali”.

L’art. 1 comma 4 contiene invece due riserve in materia di partecipazioni pubbliche in enti non societari e in società di diritto singolare: viene previsto che restano ferme sia le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare, sia le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni.

Mentre la ratio di quest’ultima previsione risiede nel fatto è la stessa delimitazione del campo di applicazione del Testo Unico a giustificare l’esclusione, più complesso è il caso delle società di diritto singolare.

A tal proposito è intervenuto lo stesso Ministero dell’Economia e delle Finanze il quale, con un orientamento del 18 novembre 2019, ha chiarito innanzitutto che “in via generale, per “norme di diritto singolare” – definite anche norme “del caso singolo” o “a fattispecie esclusiva” – devono intendersi le norme la cui peculiarità consiste nell’individuare con precisione, nella propria fattispecie, uno o più elementi, quali, ad esempio, i destinatari della norma o il suo oggetto.

Le norme considerate si caratterizzano dunque, rispetto alle altre, per una minore astrattezza, essendo applicabili ad un numero finito (o chiuso) di casi”.

⁶³ La stessa Cassazione 1° dicembre 2016, n.24591, ha constatato come gli art. 1 co.3, 12 e 14 del d.lgs. 175/2016 “definitivamente esplicitano la riconduzione delle società a partecipazione pubblica all’ordinario regime civilistico”

Il richiamo al diritto singolare di cui all'art. 1, comma 4, lett. a), del TUSP, deve quindi essere inteso nel senso che “è soltanto nei confronti delle società destinatarie di discipline singolari, ossia di discipline applicabili esclusivamente alle medesime, che la deroga disposta dalla normativa in esame è destinata a trovare applicazione nella misura in cui tali società siano costituite per la gestione di servizi di interesse generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse”.

La stessa Relazione Illustrativa al TUSP specifica infatti, con riferimento al medesimo comma, che per quanto non derogato dalle disposizioni di diritto singolare si dovranno applicare le norme del testo unico che sono speciali rispetto a quelle di diritto privato (*lex specialis derogat generali*) e che “la previsione di salvezza di cui all'art. 1, comma 4, lett. a), del TUSP, rende immune la società dall'applicazione delle norme del Testo unico esclusivamente nella misura in cui queste ultime risultino incompatibili con le previsioni recate dalla normativa di diritto singolare.”⁶⁴ Dalla lettura dell'art 1 comma 4 l. b risulta invece la previsione di modelli organizzativi extrasocietari, la cui disciplina conferma ancora una volta come lo strumento societario costituisca in realtà lo strumento elettivo ma assolutamente non esclusivo per lo svolgimento di determinate attività economiche da parte dell'amministrazione, atteso che la stessa potrà comunque far uso di modelli organizzativi alternativi per lo svolgimento delle medesime attività⁶⁵.

Passando all'analisi dell'art.2 del d.lgs. 175/2016 occorre subito evidenziare che si tratta di una disposizione cardine ai fini della comprensione del testo unico, essendo qui dettate una serie di definizioni strumentali all'interpretazione delle norme ivi contenute.

In aggiunta, sempre all'articolo 2, si pone l'importante distinzione tra società a partecipazione pubblica e società a controllo pubblico.

In particolare si avrebbero società partecipate dalla pubblica amministrazione quando quest'ultima ha la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi o quando, nel caso di partecipazione indiretta, quest'ultima sia detenuta da un'amministrazione

⁶⁴ Vedi orientamento del Mef 18 novembre 2019

⁶⁵ Vedi in tal senso Pecoraro Clemente, “la costituzione delle società”, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, “Le società a partecipazione pubblica”

pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica, mentre si ricade nell'ambito delle società controllate quando si è in presenza della situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile.

Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

In realtà, dalla lettura dell'art. 2 comma 1. n emerge come le società a partecipazione pubblica e le società a controllo pubblico siano in rapporto di genus a species, in virtù del fatto che le società a partecipazione pubblica comprendono le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico.

Con riferimento all'art. 2359 c.c. sono invece considerate società controllate: le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo azionario di diritto); le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo azionario di fatto) e infine le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Il controllo azionario di fatto e di diritto può essere anche indiretto, cioè attraverso un altro soggetto, di regola una società controllata intermedia e, in virtù del richiamo operato all'art. 2359 c.c. dall'art. 2 del TUSP, si deve ritenere che nella nozione di controllo valida ai fini dell'applicazione del d.lgs. 175/2016 rientri quindi anche quella di controllo indiretto, mentre è pacifico non rientri quella di società collegate alla luce del fatto che non viene richiamato interamente l'articolo ma solo con riferimento al concetto di controllo.

Sempre all'art. 2 vengono poi individuate altre due tipologie di società: le società quotate e le società in house.

Le prime ricomprendono le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati e le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati. Le seconde (le società in house) sono invece definite come "quelle

società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3". Alla luce di quest'ultima definizione si rende necessario chiarire cosa si intende per controllo analogo e per controllo analogo congiunto, nonostante la trattazione delle società in house sarà oggetto di un apposito paragrafo.

La definizione di questi due concetti è data sempre dell'art. 2 comma 1 del TUSP, ai sensi del quale per controllo analogo si intende *“la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante”*, mentre con controllo analogo congiunto si fa riferimento *“alla situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”*.

Tale situazione si verifica quando sono soddisfatte tutte le condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ovvero quando gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti, le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica e infine la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

Per quanto riguarda invece i presupposti di legittimità dell'acquisto e del mantenimento delle partecipazioni societarie pubbliche essi possono essere rinvenuti all'art. 3 e all'art. 4 comma 1 e 2 con riferimento al tipo di società ammesse, e all'art. 20 e 24 del TUSP per ciò che concerne la loro revisione e razionalizzazione.

La definizione dei modelli societari ammessi è invece demandata all'art. 3 comma 1 del TUSP, ai sensi del quale *“Le amministrazioni pubbliche possono partecipare*

esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa”.

Prima dell’emanazione del testo unico, come risulta anche dal parere reso dal Consiglio di Stato con l’adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, la giurisprudenza e la dottrina avevano ricondotto le società pubbliche nell’alveo di due diversi modelli: da un lato distinguevano la società a partecipazione pubblica totalitaria o mista (maggioritaria o minoritaria), dall’altro società con partecipazioni di amministrazioni statali, regionali, locali e di altri enti pubblici con possibilità di concorrenza tra queste diverse forme partecipative.⁶⁶

Con questa disposizione il legislatore ha chiaramente scelto di porsi in linea con i tipi societari delineati dal codice civile e ha quindi rifiutato l’idea di adottare come modello di riferimento organismi estranei alla disciplina di diritto privato.

Tuttavia, da una prima lettura della norma, emerge da un lato la preclusione per le pubbliche amministrazioni di assumere partecipazioni che comportino una responsabilità illimitata e dall’altro la sicura inclusione, nell’ambito dei diversi modelli adottabili, dei relativi sottotipi.

Si vuole infatti evitare attraverso questa disciplina che il socio pubblico possa essere illimitatamente responsabile anche in virtù del fatto che, come ha osservato una parte della dottrina⁶⁷, *“l’assunzione della qualifica del socio illimitatamente responsabile è incompatibile con le regole e con la funzione autorizzatoria del bilancio di previsione degli enti in regime di contabilità finanziaria”.*

Del resto, i modelli societari riconducibili alla categoria delle società di persone appaiono incompatibili con la natura pubblicistica del socio in virtù del fatto che quest’ultimo non potrebbe assumere quel ruolo imprenditoriale a carattere strettamente personale, anche se non sono mancate le opinioni di chi ha ritenuto compatibile con la normativa in esame il modello della società in accomandita, sia per azioni che semplice, e quindi la partecipazione del socio pubblico nel ruolo di accomandate. Infatti, nonostante questa previsione appaia testualmente esclusa, vi è stato chi⁶⁸ ha

⁶⁶ Cfr. parere Consiglio di Stato n.968/2016

⁶⁷ Per ulteriori approfondimenti vedi M. Sciascia, *Ambito della capacità societaria delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Le Società Pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, 2017, p.255 ss., a p. 277

⁶⁸ Per ulteriori approfondimenti vedi Ibbà Carlo, Ivan Demuro, in *Le società a partecipazione pubblica*, 2018, p.4

osservato come “benché sia vero che nell’accomandita semplice l’accomandante perde il beneficio della responsabilità limitata là dove compia atti di amministrazione ovvero consenta che il suo nome compaia nella ragione sociale (cfr. rispettivamente gli artt. 2320 e 2314), è anche vero che ciò vale nella s.p.a. e nella s.r.l. per il socio unico qualora non rispetti le condizioni, relative ai conferimenti ed alla pubblicità, poste a suo carico dalla legge”.

Diverso è il caso delle società quotate, per le quali l’art. 1 comma 5 del TUSP prevede che le disposizioni del decreto si applicheranno solo se espressamente previsto, in modo tale da non penalizzarle eccessivamente rispetto alle società quotate private: è evidente quindi che l’esclusione del modello societario costituito dalla società in accomandita per azioni non possa valere per le società quotate in quanto non menzionate all’art.3 del decreto.

Si ritiene inoltre che tra i modelli societari consentiti vi siano sicuramente le società consortili, soprattutto alla luce del fatto che la maggior parte di queste società risulta essere costituita nella forma di una s.r.l o di una s.p.a. Qualche problema di compatibilità con la disciplina in esame si è posto con riferimento alle società consortili miste, in cui accanto ai soci imprenditori privati compare anche il socio pubblico, molto spesso nella veste di finanziatore.

Vi è stato infatti chi ha osservato⁶⁹ come questo tipo di società non corrisponda al modello consortile delineato dal codice civile all’art. 2615 ter, che rinvia a sua volta all’art 2602 c.c. ai sensi del quale “con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un’organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese”.

Da ciò sembrerebbe quindi che la qualifica di imprenditore rivesta un ruolo essenziale nella costituzione del suddetto tipo di società e che conseguentemente il concetto di società consortile di cui all’art. 3 comma 1 del TUSP debba essere inteso in senso più ampio rispetto a quello delineato dalla disciplina codicistica o altrimenti si rischierebbe di non poter qualificare come società consortili la maggior parte delle società in cui la pubblica amministrazione, sebbene detentrica di partecipazioni, non rivista il ruolo di imprenditore.

⁶⁹ Marasà Giorgio, Limiti all’assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali, profili generali, in *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da Carlo Ibba e Ivan Demuro.

In ogni caso resta fermo il principio delineato dall'art. 4 comma 1 secondo cui le pubbliche amministrazioni non possono costituire direttamente o indirettamente società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi che non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né tanto meno possono acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Di conseguenza nell'ambito delle società consortili miste le pubbliche amministrazioni potranno costituire, acquisire o mantenere esclusivamente partecipazioni che siano necessarie a perseguire le loro finalità istituzionali.

Un'altra fattispecie da prendere in considerazione è costituita dalla situazione in cui i soci della società consortile siano esclusivamente soci pubblici e nessuno di essi ricopra la qualifica di imprenditore: si tratta della fattispecie riconducibile all'art. 4 comma 2 lettera d, il quale si riferisce alle società aver per oggetto "l'autoproduzione di beni e di servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di riferimento". In quest'ultimo caso la società persegue uno scopo non di tipo lucrativo, bensì "consortile", avente come obiettivo l'autosufficienza intesa come autodestinazione dei risultati e quindi condividendo con le società consortili di cui al codice civile il fine ultimo costituito dall'abbattimento dei costi.

Dall'art. 3 del TUSP si evince come tra i modelli societari a cui le p.a. possono ricorrere vi è anche quello delle società cooperative, tipologia decisamente meno problematica dal punto di vista di compatibilità con la disciplina codicistica, anche alla luce del fatto che la qualifica di imprenditore non riveste carattere essenziale nel modello in esame. In realtà, con riferimento a questa tipologia societaria, alcuni dubbi si erano posti prima dell'entrata in vigore del decreto correttivo, il d.lgs. 100/2017, con riferimento alla parte finale dell'art. 3 comma 1 del TUSP "anche in forma cooperativa", in virtù del fatto che la suddetta norma non poteva sicuramente essere interpretata nel senso che una società costituita in forma di s.p.a o s.r.l. possa rivestire anche la forma di società cooperativa, data la radicale differenza tra questi modelli. Infatti, mentre le prime rientrano nel genus delle società di capitali e perseguono uno scopo tendenzialmente lucrativo, ovvero finalizzato alla realizzazione di utili per la società che possano poi essere divisi tra i soci, le società cooperative perseguono lo

scopo c.d. mutualistico, ossia hanno come obiettivo quello di fornire, direttamente ai soci, beni, servizi e occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose di quelle che gli stessi soci potrebbero ottenere sul mercato, ottenendo quindi un vantaggio economico diretto consistente o in un risparmio di spesa per beni e servizi, o in una maggiore remunerazione del proprio lavoro.

Al fine di fugare ogni possibile dubbio interpretativo, il legislatore ha deciso di intervenire con il decreto correttivo, il d.lgs. 100/2017, modificando l'art.2 lettera l del TUSP e prevedendo che nel concetto di società valido ai fini dell'applicazione del decreto rientrano sia gli organismi di cui al titolo V che quelli di cui al titolo VI (che disciplina le società cooperative), capo I del libro quinto del codice civile, comprese anche quelle aventi per oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'art 2615 ter c.c.

Ulteriori presupposti alla legittimità dell'acquisto e del mantenimento di partecipazioni societarie pubbliche sono poi indicati all'art. 4, comma 1 e 2. Si tratta in entrambi i casi di requisiti che possono essere definiti sostanziali, infatti da un lato viene previsto che le partecipazioni detenute dalla pubblica amministrazione devono riguardare attività strettamente necessarie per il perseguimento dei propri scopi istituzionali e dall'altro vengono elencate sia una serie di attività che le società dovrebbero svolgere sia le modalità con cui le stesse dovrebbero operare.

Il limite introdotto al comma primo dell'art.4 costituisce quello che è stato definito "vincolo di scopo", il cui antecedente è rinvenibile nella legge finanziaria 2008, la legge 244/2007, dove all'art.3 comma 27, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, veniva introdotto il divieto per le pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e di mantenere o assumere partecipazioni in dette società. Inoltre la normativa attuale, a differenza di quella previgente ai sensi della quale era sempre ammessa la partecipazione in società avente per oggetto la produzione di servizi di interesse generale, impone una verifica caso per caso, al fine di verificare di volta in volta se l'attività in oggetto sia o meno strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali proprie dell'amministrazione in questione.

È opinione prevalente poi che questa disposizione non si applichi alle società di diritto

singolare, ovvero a tutte quelle società costituite per obbligo di legge e dalla legge al fine di gestire i servizi di interesse generale e per altri scopi pubblicistici. A supporto di ciò giova ricordare quanto previsto dall'art 1. comma 4 l. a, il quale prevede che *“restano ferme le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse”*.

In realtà, nonostante questa disposizione, la dottrina appare ancora divisa su due fronti: vi è infatti chi sostiene ⁷⁰, facendo leva sull'art. 24 comma 7 (ai sensi del quale gli obblighi di alienazione di cui al piano di revisione straordinaria della partecipazione si devono applicare anche alle partecipazioni societarie acquisite in conformità ad espresse previsioni normative, statali o regionali), che in realtà anche le società di diritto singolare sarebbero assoggettate alla disciplina di cui agli artt. 3 e 4, comma 1 e 2, del TUSP. È invece pacificamente ammesso che il vincolo di stretta necessarietà si debba applicare anche alle partecipazioni di minoranza detenute dalle amministrazioni in società mista pubblico-privata, alle partecipazioni indirette e alle partecipazioni alla holding.

Il c.d. vincolo di attività è invece previsto all'art. 4 comma 2, ai sensi del quale, entro il limite della stretta necessarietà per il raggiungimento dei propri fini istituzionali, le amministrazioni pubbliche possono, sia direttamente che indirettamente, costituire società, ovvero acquisire o mantenere partecipazioni in società, esclusivamente per lo svolgimento di determinate attività, individuate dal decreto stesso, quali : 1) la produzione di un servizio di interesse generale; 2) la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica; 3) la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero l'organizzazione e la gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato; 4) l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni; 5) i servizi di committenza, incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

⁷⁰ Donativi, Le società a partecipazione pubblica

Attraverso questa disposizione il legislatore ha scelto di predeterminare le attività che possono costituire oggetto delle società (a loro volta costituite dalle amministrazioni pubbliche o di cui quest'ultime detengono partecipazioni) e di inglobare le società strumentali (finalizzate alla produzione di beni e servizi strumentali all'ente pubblico di riferimento) di cui al c.d. decreto Bersani, il d.l. 223/2006, nella più ampia categoria delle società di autoproduzione di cui all'art 4. comma 2 lettera d.

Da questo quadro normativo emerge quindi come la capacità della pubblica amministrazione di costituire una società ovvero di assumere e mantenere partecipazioni sia limitata sotto un triplice punto di vista.

Un primo limite può essere definito "tipologico" ed è riconducibile alla previsione di cui all'art. 3 comma 1 TUSP, dove come abbiamo visto si fa riferimento ai tipi societari ammessi; una seconda limitazione deriva invece dal c.d. vincolo di scopo di cui all'art. 4 comma 1 del TUSP; infine l'ultima preclusione deriva dal c.d. limite di attività, con riferimento alle attività elencate al comma 2 dell'art 4 del TUSP.

Risulta quindi evidente ancora una volta come la ratio ispiratrice della normativa in esame sia quella di procedere ad una razionalizzazione del fenomeno delle società partecipate attraverso la tutela e la promozione della concorrenza ed evitando distorsioni nel libero mercato.

Se è vero che questa costituisce la disciplina generale, è anche vero che ai limiti di cui all'art. 4 co. 1 del TUSP vengono poi previste una serie di eccezioni.

Innanzitutto viene consentito alle amministrazioni pubbliche, in deroga al principio del vincolo di scopo, di assumere partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, esclusivamente però al fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio.

Si tratta di una disposizione abbastanza controversa in quanto non viene specificata la natura dei beni in questione, motivo per cui il Consiglio di Stato aveva suggerito in sede consultiva di eliminarla del testo unico.

A tal proposito vi è inoltre chi ritiene⁷¹ che *“sarebbe stato più corretto escludere dall'ambito di applicazione della disposizione i beni del patrimonio indisponibile, i*

⁷¹ Mataluini Francesco, in Meo Giorgio, Nuzzo Antonio, Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d.lgs. 175/2016, p.74

quali, pur se suscettibili di alienazione, “non possono essere sottratti alla loro destinazione “, se non secondo le regole poste dalla legge (Clarich, 418)”.

La problematicità della norma si pone non solo con riferimento alla previsione secondo cui le amministrazioni potranno agire come qualsiasi operatore di mercato e quindi in aperto contrasto con le finalità pubblicistiche necessarie ai fini della costituzione di società ovvero all’acquisizione e al mantenimento di partecipazioni da parte delle amministrazioni, ma anche avuto riguardo alla disciplina dettata in materia di dismissione del patrimonio pubblico.

Come ha sottolineato autorevole dottrina⁷² infatti *“o il comma 3 in esame individua una ipotesi di privatizzazione solo formale, a seguito della quale non può venire meno la natura sostanzialmente pubblica del bene, anche quando lo stesso sia conferito ad una società di diritto privato; oppure si tratta di una ipotesi di privatizzazione sostanziale e allora il comma 3 si pone in contrasto con le apposite disposizioni legislative che individuano i procedimenti da seguire per la dismissione dei beni pubblici “.*

Un’altra deroga è prevista poi per le società in house, per le quali il testo unico non richiama, tra le attività consentite, quella consistente nella “ realizzazione e gestione di un’opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d’interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all’articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all’articolo 17, commi 1 e 2”. In questo caso la ratio è chiara: trattandosi di società in house esse sono sottoposte al controllo analogo delle amministrazioni e potranno dunque essere entro questi limiti destinatarie di un affidamento diretto.

Viene inoltre previsto che le suddette società in house debbano operare in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, al fine di garantire che la stessa, in virtù della sua natura peculiare, eserciti la propria attività prevalentemente favore della amministrazione partecipante.

Un’ultima eccezione riguarda infine la possibilità attribuita al Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze o dell’organo di vertice dell’amministrazione partecipante e con decreto motivato, e ai presidenti di

⁷² Mataluini Francesco, in Meo Giorgio, Nuzzo Antonio, Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d.lgs. 175/2016, p.75

Regioni e Province autonome, con provvedimento motivato adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, di deliberare rispettivamente l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 4 del TUSP a singole società a partecipazione pubblica o a singole società a partecipazione della Regione o delle province autonome di Trento e Bolzano. È inoltre previsto sia per il decreto del presidente del consiglio dei ministri che per il provvedimento regionale l'obbligo di motivazione con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, che deve sempre rispettare il vincolo di scopo di cui all'art 4 comma 1 del TUSP.

Con questa disposizione, che costituisce una sorta di chiusura del sistema, è stato quindi attribuito al Governo il potere di introdurre deroghe ulteriori rispetto a quella già previste dal testo unico, deroghe che però potranno riguardare solo ed esclusivamente il vincolo di attività di cui al secondo comma dell'art. 4 e non anche il vincolo di scopo, che sembra essere caratterizzato da una tendenziale "inderogabilità". Infine bisogna menzionare le 3 clausole di salvezza previste al sesto, settimo e ottavo comma dell'art. 4 del d.lgs. 175/2016.

La prima riguarda la possibilità di costituire società o enti in attuazione dell'articolo 34 del regolamento (CE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 e dell'articolo 61 del regolamento (CE) n. 508 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio 15 maggio 2014: si tratta dei c.d. gruppi di azione locale, che quando operano nel FEAMP (Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca), sono denominati gruppi di azione locale nel settore della pesca, e che sono composti da soggetti pubblici e privati allo scopo di favorire lo sviluppo locale di un'area rurale attraverso Fondi strutturali.

La seconda clausola ha invece per oggetto la possibilità di ammettere le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Infine viene fatta salva al comma 8 la possibilità di costituire le società con caratteristiche di spin off o di start up universitari, nonché quelle con caratteristiche

analoghe degli enti di ricerca; è inoltre fatta salva la possibilità, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche.

Per concludere, alla luce di questa trattazione risultano tipizzati dal codice i seguenti tipi di società: società quotate, società a controllo pubblico, società meramente partecipate, società in house, società a partecipazione pubblica di diritto singolare. Alcuni di questi modelli saranno approfonditi nei paragrafi successivi in considerazione del fatto che le disposizioni del TUSP non si applicano interamente a tutti i modelli e per il fatto che, con riferimento ad alcune tipologie, sono dettate delle disposizioni specifiche.

2. La costituzione della società e i limiti all'assunzione di partecipazioni

Le disposizioni che si occupano di disciplinare la procedura di costituzione di una società partecipata sono contenute nella prima parte del testo unico, in particolare negli art.3-7 del d.lgs.175/2016.

Dei primi due articoli ci si è occupati quando si è parlato delle diverse tipologie di società disciplinate dal decreto e costituiscono i c.d. limiti sostanziali all'assunzione di partecipazione pubbliche.

Il testo unico prevede accanto a questi ultimi anche dei limiti di natura procedimentale, aventi come finalità quella di regolare la procedura di formazione della volontà dell'amministrazione di procedere alla costituzione di una società ovvero all'assunzione di partecipazioni.

Più nel dettaglio si tratta di regole procedurali *“che operano per il caso in cui l'amministrazione pubblica costituisca direttamente la società, sottoscriva un aumento di capitale sociale o proceda successivamente all'acquisto di partecipazioni già in circolazione”*⁷³, in virtù del fatto che attraverso il compimento di queste

⁷³ Per ulteriori approfondimenti vedi Pecoraro Clemente, Limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali: vincoli sostanziali e procedurali, in Ibba Carlo, Ivan Demuro, Le società a partecipazione pubblica, 2018

operazioni l'amministrazione pubblica risulterà titolare di determinate partecipazioni. Infine vi sono norme che si occupano del contenuto dell'atto costitutivo e del rapporto tra l'attività amministrativa e l'organizzazione societaria.

Volendo cominciare la trattazione con le norme che regolano la costituzione delle società partecipate, bisogna innanzitutto distinguere due fasi: la prima, di carattere amministrativo, è finalizzata alla deliberazione di partecipazione alla costituzione della società, la seconda invece, avente natura privatistica, è incentrata sulla sottoscrizione dell'atto costitutivo, così come disciplinato dal codice civile salvo alcune peculiarità.

La determina di partecipazione alla società non è altro che un provvedimento amministrativo con cui si autorizza la pubblica amministrazione a procedere alla costituzione della società.

Più nel dettaglio il provvedimento viene emesso all'esito di un procedimento amministrativo con cui l'amministrazione in questione valuta la convenienza di ricorrere allo strumento tipico del diritto societario per gestire le proprie attività.

Il primo comma dell'art. 7 si occupa di individuare l'organo competente a rilasciare la deliberazione di partecipazione distinguendo in funzione della partecipazione: nel caso di partecipazioni statali la delibera sarà adottata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri; nel caso di partecipazioni regionali con il provvedimento del competente organo della regione; in caso di partecipazioni comunali con la delibera del consiglio comunale e infine, a chiusura del sistema, con la delibera dell'organo amministrativo dell'ente in ogni altro caso di partecipazioni pubbliche.

Per quanto riguarda la nozione di amministrazione statale essa ricomprende, ai sensi dell'art 1 comma 2 del d.lgs.165/2001, *“tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo”*.

Più complesso invece è individuare quali possano essere gli altri casi di partecipazioni pubbliche, in quanto si tratta di una categoria residuale. A tal proposito si ritiene che si debba fare riferimento alla nozione di amministrazioni pubbliche di cui all'art. 2 del TUSP, ai sensi del quale esse ricomprendono *“le amministrazioni di cui all'articolo 1,*

comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale”, dalle quali dovranno ovviamente essere escluse, perché destinatarie di norme ad hoc, le amministrazioni statali, regionali e comunali. Il testo unico si preoccupa poi di prevedere che, nel caso in cui si tratti di società a partecipazione mista pubblico-privata, oltre all’atto deliberativo sarà necessario anche lo svolgimento di una gara di evidenza pubblica per la scelta dei soci privati, a norma dell’art. 5 comma 9 del d.lgs. 50/2016.

L’atto deliberativo di cui all’art. 7 del TUSP è quindi funzionale ad esplicitare il collegamento tra le due fasi previste per la costituzione della società, in quanto è prodromico alla stipula dell’atto costitutivo.

Si è quindi correttamente affermato che⁷⁴ “questo atto deliberativo si inserisce tra i provvedimenti interni all’amministrazione pubblica e raccoglie la volontà che dovrà essere successivamente manifestata all’esterno dall’organo investito della rappresentanza legale dell’amministrazione pubblica”.

A differenza del passato, dove veniva riconosciuta ampiamente la capacità dell’amministrazione di costituire società per lo svolgimento di qualsiasi attività ad essa affidata, oggi si sente invece la necessità di limitare tale capacità, soprattutto a causa dell’eccessiva proliferazione di società partecipate avvenuta negli anni passati. Proprio a causa dell’esigenza di razionalizzare il sistema sono state introdotte una serie di limitazioni volte a tutelare la concorrenza del mercato e a cercare di contenere la spesa pubblica.

Ecco quindi che quando un soggetto pubblico decide di costituire una società o di assumere delle partecipazioni lo stesso non si può esentare dal rispettare tre diverse limitazioni: si tratta dei già menzionati limiti tipologici, di scopo e di attività. La necessità dell’atto deliberativo si giustifica poi in ragione della specialità della pubblica amministrazione, che è vincolata dal rispetto delle finalità pubblicistiche. Significative sono poi le previsioni di cui all’art. 7 comma 7 l. b e all’art. 8 comma 1

⁷⁴ Cfr. Pecoraro Clemente, Limiti all’assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali: vincoli sostanziali e procedurali, in Ibba Carlo, Ivan Demuro, Le società a partecipazione pubblica, 2018, p. 52, che a sua volta rinvia a Donativi, Le società a partecipazione pubblica, p. 360

del TUSP, ove si prevede, con riferimento alle operazioni straordinarie della società a partecipazione pubblica, l'obbligo di rispettare il limite tipologico di cui all'art. 3 comma 1 del TUSP. Conseguentemente le società partecipate potranno essere oggetto di trasformazioni, fusioni e scissione esclusivamente a condizione che si rispetti il principio secondo cui "Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa".

Da questo quadro normativo si evince dunque che tra le operazioni straordinarie ammesse vi rientrano sicuramente sia le trasformazioni omogenee che quelle eterogenee. Nel primo caso infatti si ha la trasformazione della società in un tipo diverso, e quindi entro i limiti di cui all'art. 3 comma 1 si potrà avere un passaggio dal modello della s.r.l a quello della s.p.a.; nel caso della trasformazione eterogenea si ha invece una trasformazione in enti di tipo diverso rispetto a quello originario e in particolare si distinguono due ipotesi diverse: si potrà avere sia la trasformazione di una società di capitali (quindi di una s.r.l o di una s.p.a.) in una società cooperativa, in una società consortile o finanche in un "ente non societario", quali le associazioni non riconosciute e le fondazioni, sia il fenomeno opposto.

Tornando al procedimento di costituzione della società, una volta individuato l'organo competente a procedere all'assunzione della partecipazione sarà necessario procedere alla redazione dell'atto deliberativo.

A tal fine l'art. 7 del TUSP prevede che lo stesso debba essere redatto secondo le modalità di cui all'art. 5 comma 1 del TUSP, ovvero con una motivazione analitica, che deve contenere l'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo, come previsti dagli articoli 2328 e 2463 del codice civile, rispettivamente per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata e infine che deve essere pubblicato sul sito istituzionale dell'amministrazione partecipante.

Come ha osservato giustamente autorevole dottrina⁷⁵, l'art. 8 del TUSP, che disciplina l'acquisto di partecipazioni già detenute, "non richiama (né ne riproduce il disposto) quanto previsto all'art 7 comma 4, secondo cui l'atto deliberativo è pubblicato sui siti istituzionali dell'amministrazione pubblica partecipante, sicché detta pubblicazione

⁷⁵Cfr. Donativi, Le società a partecipazione pubblica, p.370

parrebbe prima facie richiesta per il solo atto deliberativo di partecipazione alla costituzione di nuova società, non anche per quello relativo alla acquisizione di partecipazione in società già esistente”.

Ai sensi dell’art 7 comma 7 del TUSP l’atto deliberativo sarà poi necessario non solo per le operazioni straordinarie quali trasformazioni (omogenee/ eterogenee), ma anche per le modifiche di clausole dell’oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell’attività della società, nel caso del trasferimento della sede sociale all’estero e infine nel caso di revoca dello stato di liquidazione. Tralasciando quindi le società di diritto singolare che sono disciplinate da leggi o regolamenti governativi o ministeri ai sensi dell’art 1 comma 4 l.a, per costituire una società pubblica sono necessari due atti: quello deliberativo di natura pubblicistica e quello costitutivo di natura privatistica, ed è proprio a quest’ultimi che saranno dedicati i paragrafi successivi.

2.1 L’obbligo di motivazione analitica

Come già detto in precedenza, ai fini della costituzione di una società pubblica è necessaria l’adozione di un atto deliberativo da parte degli organi di cui all’art. 7 comma 1 del TUSP. L’atto dovrà essere redatto in conformità alle previsioni dettate dall’art. 5 comma 1 del decreto, ovvero dovrà contenere una analitica motivazione della volontà dell’amministrazione di procedere alla costituzione della società.

Si prevede infatti che, ad eccezione dei casi relativi alla costituzione di società di diritto singolare (in cui la costituzione o l’acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale avviene in conformità a espresse previsioni legislative), l’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nel caso di una società mista pubblica-privata, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite, debba essere analiticamente motivato.

Più precisamente, la motivazione in questione deve fare riferimento al fatto che la costituzione della società è necessaria per il perseguimento delle finalità di cui all’art. 4, alle ragioni e alle finalità che giustificano tale scelta anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o

esternalizzata del servizio affidato e infine deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.⁷⁶

Questi principi da ultimo menzionati costituiscono il riflesso del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e di buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta di Nizza e ad essi l'ente pubblico si dovrà ispirare per valutare, attraverso una accurata analisi, la compatibilità della propria decisione di costituire ovvero di assumere partecipazioni con il principio dell'equilibrio di bilancio di cui agli artt. 81,97 e 119 Cost, così come modificati dalla legge costituzionale n.1 del 2012.

A supporto di ciò il Testo Unico prevede che l'atto deliberativo debba dare atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese e che lo stesso debba poi essere trasmesso alla Corte dei Conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che, se del caso, può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

In particolare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emettere, entro 60 giorni, un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate.

Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare il ricorso, tramite l'Avvocatura dello Stato, entro i successivi trenta giorni.

La decisione di attribuire questo potere all'Autorità Antitrust è coerente rispetto ai processi di liberalizzazione avviati dal legislatore da ormai qualche decennio.

Per quanto riguarda il controllo operato dalla Corte dei Conti è poi lo stesso decreto ad individuare le sezioni competenti in base al tipo di atto: per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo, per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo e infine per gli atti degli

⁷⁶ Cfr. <https://www.altalex.com/documents/leggi/2016/09/09/testo-unico-societa-partecipate>

enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi.

È poi previsto, esclusivamente per gli enti locali, un obbligo di consultazione pubblica, in riferimento allo schema di atto deliberativo e attraverso modalità dagli stessi disciplinate.

A tal proposito, come ha osservato attenta dottrina⁷⁷, “l’obbligo degli enti locali di sottoporre lo schema deliberativo in questione a forme di consultazione pubblica non potrà considerarsi adempiuto per effetto di una sua mera pubblicazione: il secondo periodo dell’art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016, infatti, rimanda a una specifica attività non confondibile con gli obblighi delineati dall’art. 22, comma 1, lett. d-bis), del d.lgs. n. 33/2013. In secondo luogo, nonostante il legislatore abbia ommesso ogni riferimento al riguardo, occorre riconoscere che dall’atto deliberativo di cui all’art. 5, comma 1, del t.u. dovranno emergere estremi e risultati della consultazione svoltasi sul relativo schema ai sensi delle previsioni in analisi.”

Infine, prima dell’introduzione del decreto correttivo, il d.lgs. 100/2017, il Testo Unico prevedeva un ulteriore obbligo di motivazione con riferimento alla «possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate» che però è venuto meno con la riforma.

2.2L’atto costitutivo e i controlli successivi

Tralasciando il caso delle società di diritto singolare, la cui nascita avviene di regola attraverso specifiche disposizioni di leggi o regolamenti, per la costituzione di una società pubblica o a partecipazione pubblica è necessaria la stipula dell’atto costitutivo, come del resto avviene per qualunque società di diritto privato. Diversamente dall’atto deliberativo, che ha natura provvedimentale, l’atto costitutivo ha natura negoziale, motivo per cui sotto un profilo processuale, il primo sarà impugnabile davanti al giudice amministrativo, il secondo davanti al giudice ordinario.

A ben vedere, la stretta connessione tra atto deliberativo e atto costitutivo si evince da

⁷⁷ Per ulteriori approfondimenti vedi Giuseppe Andrea Primerano, “Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica”, in «Il diritto dell’economia» issn 1123-3036, anno 64, n. 97 (3 2018), pp. 771-796

diverse norme del decreto, e in particolare dall'art. 7 comma 3, ai sensi del quale l'atto deliberativo deve altresì contenere l'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo, come previsti dagli articoli 2328 e 2463 del codice civile, rispettivamente per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata.

In realtà si è osservato che⁷⁸, poiché, ai sensi dell'art 3 del TUSP, tra i tipi di società ammesse vi è anche quello delle società cooperative, sarebbe opportuno integrare il richiamo della disciplina civilistico con il rinvio all'art. 2521 c.c., che per l'appunto si occupa di disciplinare il contenuto dell'atto costitutivo delle società cooperative. Inoltre, come ha sottolineato autorevole dottrina⁷⁹, ulteriori profili problematici sono dati dal fatto che “la norma non si limita ad operare un mero rinvio al contenuto dell'atto costitutivo della società, ma al contrario introduce espressamente un filtro attraverso la qualificazione di essenzialità che farebbe intendere come non tutti gli elementi menzionati dalle norme del codice civile dedicate all'atto costitutivo della società (artt. 2328, 2463 e 2521 c.c.) debbano essere per ciò stesso predeterminati nell'atto deliberativo dell'amministrazione partecipante”.

Inoltre, come è stato spesso affermato⁸⁰, non tutti gli elementi elencati nei già menzionati articoli del codice civile sono considerati essenziali per la costituzione della società, potendosi distinguere quelli necessari da quelli “eventuali in senso lato” o dal “contenuto meramente facoltativo”.

Tra gli elementi “eventuali” (così definiti in quanto a volte è la stessa legge a supplire alla loro mancanza ovvero si tratta di indicazioni non necessarie) vi rientrano sicuramente quelli riguardanti le generalità dei promotori, le sedi secondarie (si tenga conto che una società potrebbe non avere sedi secondarie), l'indicazione del valore nominale delle azioni, il valore attribuito ai crediti e beni conferiti in natura, le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti, i benefici eventualmente accordati ai promotori o ai soci fondatori e infine quelli concernenti il sistema di amministrazione adottato⁸¹.

⁷⁸ Vedi in tal senso Clemente Pecoraro, “La costituzione della società”, in Ibba Carlo, Ivan Demuro, “la società a partecipazione pubblica”, 2018, p.92

⁷⁹ Vedi nota precedente

⁸⁰ Cfr. Stella Richter jr., “il contenuto necessario”. In Colombo e Portale (diretto da), Trattato delle s.p.a. 2004, 1*, 191 ss., e 316.

⁸¹ Vedi in tal senso Sanna Valentino, “La costituzione delle società a partecipazione pubblica secondo il d.lgs. 19 agosto 2016 n.175: prime riflessioni”, in rivista “orizzonti del diritto commerciale”

Del resto non appare neppure soddisfacente enucleare a contrario gli elementi essenziali dell'atto costitutivo solo dall'art. 2332 c.c., il quale, come è noto, elenca i casi al ricorrere dei quali è possibile dichiarare la nullità della società.

Di conseguenza si dovranno ritenere essenziali, oltre agli elementi di cui all'art. 2332 c.c. comma 1 n.3 (ovvero denominazione sociale, ammontare del capitale sociale, conferimenti e oggetto sociale), anche quelli riguardanti l'indicazione del socio o dei soci fondatori, la sede della società, il numero delle azioni, le loro caratteristiche e le modalità di emissione e circolazione, il numero degli amministratori e dei componenti il collegio sindacale, la nomina dei primi amministratori e sindaci e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti⁸².

In particolare, per quanto riguarda l'oggetto sociale, è fuori discussione che l'atto costitutivo debba fare riferimento al vincolo di scopo di cui all'art.4 comma 1 del TUSP, ovvero alla stretta necessità per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e altresì al limite di attività di cui al comma 2, secondo il quale la costituzione della società da parte della pubblica amministrazione può avvenire esclusivamente per l'esercizio di determinate attività, quali la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi, la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato, l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente e infine l'esercizio di servizi di committenza.

Dalla denominazione sociale risulterà invece non solo il *nomen* della società ma anche il tipo societario prescelto, sempre nei limiti dell'art. 3 comma 1 del TUSP.

Di regola poi il codice civile prevede la presenza, accanto all'atto costitutivo, dello statuto, che costituisce parte integrante del primo e insieme ad esso regola la vita interna ed il funzionamento della società.

È opinione comune che la previsione civilistica in questione valga anche per le società a partecipazione pubblica, come del resto emerge da diverse disposizioni del TUSP.

Di conseguenza si ritiene che la previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 2328c.c.,

⁸² Cfr. nota precedente

ai sensi del quale “Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell’atto costitutivo e in caso di contrasto tra le clausole dell’atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde” dovrà ritenersi applicabile anche alle società a partecipazione pubblica.

Alla luce dello stretto legame tra l’atto deliberativo e l’atto costitutivo e tra quest’ultimo e lo statuto ci si è chiesti se fosse o meno necessario indicare il contenuto dello statuto nell’atto deliberativo, visto che il testo unico non dice nulla a riguardo.

Si è infatti notato che “il legislatore (art. 7, comma 3) richiede espressamente soltanto l’indicazione degli elementi essenziali dell’atto costitutivo, motivo per cui si dovrebbe ritenere che qualora tali elementi essenziali non siano presenti nell’atto costitutivo ma vengano invece indicati esclusivamente nello statuto (si può pensare, ad esempio, alla nomina dei primi amministratori), debbano essere comunque previsti nella delibera della amministrazione partecipante.

Si può ritenere, inoltre, che dall’atto deliberativo debbano risultare eventuali clausole statutarie (relative, ad esempio, alla determinazione delle maggioranze assembleari o contenenti limiti alla circolazione delle azioni) alle quali l’ente pubblico subordini la partecipazione alla (costituzione della) società”⁸³.

Ci si è domandati poi quali possano essere le conseguenze nel caso in cui l’atto deliberativo risulti privo di alcuni elementi essenziali del non ancora stipulato atto costitutivo: a tal proposito si contendono il campo due tesi, la prima che ritiene assolutamente indispensabile che l’atto deliberativo contenga tutti gli elementi essenziali alla costituzione della società, e quindi non solo quelli la cui mancanza ne determinerebbe la nullità, la seconda invece che ritiene sufficiente l’indicazione nell’atto deliberativo di questi ultimi a condizione però che gli ulteriori elementi essenziali vengano poi integrati entro la stipula dell’atto costitutivo.

Per quanto riguarda invece la forma dell’atto costitutivo si è già detto che lo stesso debba essere redatto per atto pubblico, attraverso un contratto o un atto unilaterale, mentre per quanto riguarda la redazione dello stesso si ritiene applicabile, in mancanza

⁸³ Per ulteriori approfondimenti vedi Sanna Valentino, “La costituzione delle società a partecipazione pubblica secondo il d.lgs. 19 agosto 2016 n.175: prime riflessioni”, in rivista “orizzonti del diritto commerciale”.

di una norma espressa, la disciplina dettata dall'art. 9 in materia di esercizio dei diritti sociali.

Più precisamente i commi 1-4 della suddetta disposizione individuano il soggetto legittimato all'esercizio sulla base del tipo di partecipazione in questione.

Di conseguenza per le partecipazioni pubbliche statali i diritti del socio sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale, per quelle regionali i diritti del socio sono esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni, per quelle degli enti locali i diritti del socio sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato e infine in tutti gli altri casi i diritti del socio sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente. In virtù del richiamo alle norme del codice civile operato dall'art. 1 comma 3 del TUSP, ai sensi del quale "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", alla stipula dell'atto costitutivo seguiranno le fasi di cui agli artt. 2329, 2330 e 2331 c.c.

Si tratta di disposizioni dettate con riferimento al modello della s.p.a ma che risultano applicabili anche alle s.r.l. in virtù del richiamo di cui all'art. 2463 ultimo comma e che disciplinano il procedimento di costituzione della società successivamente alla stipula dell'atto costitutivo.

Conseguentemente, anche nel caso della società partecipata, dovrà effettuarsi il controllo notarile e la successiva iscrizione nel registro delle imprese, che segna il momento in cui la società viene effettivamente alla luce.

Mentre in passato il codice prevedeva che il controllo circa la regolare stipulazione dell'atto costitutivo dovesse essere effettuato dal tribunale attraverso la c.d. "omologazione", la legge 340/2000 ha soppresso tale previsione e ha affidato al notaio che riceve l'atto il compito di effettuare un controllo preventivo, provvedendo da un lato alla riduzione del tempo entro il quale la società di capitali può considerarsi operativa e dall'altro a rimarcando la funzione di giustizia preventiva affidata al notaio. Quest'ultimo dovrà quindi effettuare un duplice controllo: quello di legalità e quello di verifica delle condizioni richieste dalla legge.

Nel primo caso si tratterà di un controllo volto ad escludere gli atti che si pongono in

aperto contrasto con la legge (essendo da questa proibiti), nel secondo invece si tratta di una verifica analoga al controllo omologatorio spettante al tribunale fino al 2000.

Il controllo notarile rimane comunque sempre un controllo di legalità, in quanto il notaio non può spingersi nel merito, ovvero non potrà mai valutare l'opportunità o la convenienza di costituire la società, ma dovrà limitarsi a verificare che sussistano le condizioni di cui all'art. 2329 (c.d. controllo formale), e che le clausole dell'atto costitutivo non risultino contrarie a norme imperative o incompatibili con la disciplina del tipo prescelto (c.d. controllo sostanziale). Più nel dettaglio, per procedere alla costituzione della società, è necessario verificare, ai sensi dell'art. 2329 c.c., che sia stato interamente sottoscritto il capitale sociale, che siano state rispettate le disposizioni riguardanti i conferimenti e infine che sussistano le autorizzazioni e le altre condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società, in relazione al suo particolare oggetto.

La ratio di questa disposizione si comprende bene soprattutto con riferimento ai primi due requisiti in quanto da essa risulta chiaramente che si tratta, in entrambi i casi, di elementi necessari per tutelare i terzi.

Si osserva infatti come, da un lato, il controllo circa la sottoscrizione del capitale sia funzionale a garantire la serietà dell'impegno assunto e dall'altro che il rispetto delle norme sui conferimenti (che prevedono il versamento del 25% dei conferimenti in denaro o dell'intero ammontare nel caso di costituzione per atto unilaterale) è strettamente funzionale a garantire maggiore effettività e serietà dell'impegno assunto con la sottoscrizione.

Per quanto riguarda le società partecipate di cui al d.lgs. 175/2016 è invece pacifico in dottrina che il controllo notarile debba essere esteso non solo all'atto costitutivo da rogare ma finanche all'atto deliberativo prodotto dall'amministrazione, proprio perché si ritiene che il controllo che svolge il notaio coincida con quello che fino al 2000 veniva effettuato dal tribunale (il quale si ricorda consisteva nella verifica dell'adempimento delle condizioni previste dalla legge per la costituzione della società). Si ritiene infatti che il notaio debba effettuare un controllo volto a verificare da un lato che l'atto deliberativo esista (ovvero che sia stato effettivamente adottato) e che sia valido (ovvero che contenga tutti gli elementi prescritti del testo unico all'art. 7, soprattutto con riferimento alla motivazione analitica di cui all'art. 5 comma 1),

dall'altro che il contenuto dell'atto deliberativo sia coerente con quello dell'atto costitutivo da rogare.

A tal proposito vi è stato chi ha sostenuto, al fine di giustificare la suddetta estensione del controllo notarile, *“che l'atto deliberativo potrebbe forse essere ricondotto alle «condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società, in relazione al suo particolare oggetto», ai sensi dell'art. 2329, n. 3, c.c.”*⁸⁴. Non si può negare, del resto, che questa tesi ha indubbiamente il merito di riaccordare alla disciplina di diritto comune le norme dettate per le società partecipate dal d.lgs. 175/2016.

Del resto, anche prima della legge 340/2000 e della riforma del diritto societario del 2003, il controllo notarile era già previsto dall'art. 28 della legge notarile (legge 16 febbraio 1913 n.89), ai sensi del quale il notaio non può ricevere (ancora oggi) atti che siano espressamente proibiti dalla legge.

Il codice civile prevede poi che, successivamente a questo controllo, il notaio debba procedere al deposito dell'atto presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, il tutto entro 10 giorni dalla ricezione dell'atto e unitamente all'allegazione dei documenti comprovanti la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 2329 c.c.

Una volta verificata la regolarità formale della documentazione, l'ufficio del registro delle imprese dovrà provvedere a iscrivere la società nel registro, e da questo momento si fanno discendere gli effetti di cui all'art. 2332 comma 1, ai sensi del quale la società acquista personalità giuridica con l'iscrizione nel registro delle imprese.

È opinione comune in dottrina che risulti applicabile anche alle società partecipate la disciplina di cui all'art. 2331 c.c. comma 2, il quale disciplina un regime di responsabilità per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione. Si tratta sempre di una norma volta a tutelare l'affidamento di terzi, posto che questi ultimi potranno avere conoscenza dell'atto costitutivo e quindi della consistenza patrimoniale della società solo dal momento in cui viene effettuata la registrazione nel registro delle imprese, che ha quindi, come enuncia la stessa norma, efficacia

⁸⁴ Cfr. Sanna, La costituzione delle società a partecipazione pubblica secondo il d.lgs. 19 agosto 2016 n.175: prime riflessioni, in Garofoli e Zoppini (a cura di), La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica, cit., 12, secondo cui, qualora si decida di accogliere questa tesi, il notaio dovrà anche allegare tra la documentazione comprovante la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 2329 c.c. anche l'atto deliberativo dell'amministrazione partecipante.

costitutiva.

Il contratto con cui avviene la costituzione della società si perfeziona infatti soltanto con l'iscrizione nel suddetto registro, che segna anche il momento in cui la società acquista la qualità di imprenditore commerciale.

Più nel dettaglio la norma prevede che, per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione, siano illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi non solo coloro che hanno agito ma anche il socio unico fondatore, e in caso di pluralità di soci fondatori, coloro che hanno autorizzato o consentito il compimento dell'operazione.

Prima dell'iscrizione infatti la società non è ancora giuridicamente costituita, motivo per cui coloro che assumono delle obbligazioni in nome di una società di capitali non ancora costituita ma in formazione assumono una responsabilità personale e diretta che di regola permane anche dopo l'iscrizione nel registro delle imprese e quindi anche dopo la nascita della società, salvo ovviamente patto contrario.

Inoltre si prevede al comma successivo del medesimo articolo che, qualora successivamente all'iscrizione la società abbia approvato un'operazione compiuta prima dell'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese, la stessa sarà considerata responsabile e sarà tenuta a rilevare coloro che hanno agito.

Da ciò si deduce che, in caso di ratifica dell'operazione compiuta, la responsabilità della società si aggiungerà a quella di coloro che hanno compiuto l'atto e che quindi ne saranno pur sempre solidalmente responsabili.

2.3L'invalidità dell'atto deliberativo

Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica si preoccupa anche di regolamentare le conseguenze derivanti da eventuali patologie dell'atto deliberativo. Si prevede infatti, all'art. 7 comma 6 del TUSP, che, nel caso in cui una società a partecipazione pubblica sia costituita senza l'atto deliberativo di una o più amministrazioni pubbliche partecipanti, o l'atto deliberativo di partecipazione di una o più amministrazioni sia dichiarato nullo o annullato, le partecipazioni debbano essere

liquidate secondo quanto disposto dall'articolo 24, comma 5, mentre nel caso in cui la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo riguarda una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, si devono applicare le disposizioni di cui all'articolo 2332 del codice civile.

L'art. 24 comma 5, dedicato alla revisione straordinaria delle partecipazioni, richiama, con riferimento alle modalità di liquidazione in denaro delle partecipazioni, i criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, e il procedimento di cui all'articolo 2437-quater del codice civile. Si tratta delle regole e dei criteri previsti dal codice nel caso di recesso del socio per l'alienazione delle relative partecipazioni, alla luce del fatto che quest'ultimo ha diritto alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso.

La norma del TUSP appare problematica sotto un duplice profilo: da un lato si è notato infatti *“che vengono espressamente richiamate soltanto le disposizioni dettate per la s.p.a., senza considerare che la società partecipata potrebbe essere una s.r.l., nel qual caso sorge quindi il dubbio se il rinvio debba intendersi alle corrispondenti norme in tema di recesso (art. 2437, 3° e 4° comma c.c.), anche in considerazione delle difformità di disciplina relative al procedimento di liquidazione della quota”*⁸⁵; dall'altro invece si è osservato che la disposizione in esame prende in considerazione esclusivamente la mancanza ovvero l'invalidità dell'atto deliberativo e non anche la sua revoca. A tal proposito una parte della dottrina ritiene più giusto non applicare la disciplina di cui all'art. 7 comma 6 all'atto deliberativo revocato, dal momento che si rischierebbe *“di attribuire al socio pubblico un diritto di recesso ad nutum (basterebbe, infatti, procedere alla revoca dell'atto deliberativo perché si produca lo scioglimento del vincolo societario ed il conseguente diritto alla liquidazione della partecipazione secondo le regole del recesso)”*⁸⁶.

Per quanto riguarda i casi in cui l'atto deliberativo deve considerarsi invalido vi rientra

⁸⁵ Vedi in tal senso Sanna, La costituzione delle società a partecipazione pubblica secondo il d.lgs. 19 agosto 2016 n.175: prime riflessioni, in rivista “Orizzonti de diritto Commerciale”, che a sua volta fa riferimento a G. ZANARONE, (nt. 37), 775 ss., ed in specie 828 ss.; M. TANZI, sub art 2473, in Società di capitali. Commentario, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, in specie 1541 ss.

⁸⁶ Sanna, La costituzione delle società a partecipazione pubblica secondo il d.lgs. 19 agosto 2016, n.175: prime riflessioni, in Garofoli e Zoppini (a cura di), La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica.

sicuramente l'ipotesi in cui lo stesso sia privo degli elementi essenziali dell'atto costitutivo, come previsti dagli articoli 2328 e 2463 del codice civile, rispettivamente per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata, mentre secondo alcuni non si dovrebbe classificare come invalidità una eventuale difformità tra l'atto deliberativo e il successivo atto costitutivo⁸⁷.

Tornando all'art. 7 comma 6 del TUSP, gli effetti derivanti da una eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo si distinguono a seconda che la partecipazione pubblica sia o meno essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale. Nel primo caso la partecipazione dovrà essere liquidata in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, e seguendo il procedimento di cui all'articolo 2437-quater del codice civile, nel secondo caso invece, essendo la partecipazione del socio pubblico essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, la società dovrà essere considerata nulla ex art. 2332 c.c. e di conseguenza si dovrà aprire un procedimento di liquidazione al termine del quale dovrà disporsi la cancellazione della società dal registro delle imprese.

Più nel dettaglio l'art. 2332 c.c. dispone che, una volta avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità possa essere pronunciata soltanto in caso di mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico, di illiceità dell'oggetto sociale e infine in caso di mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, i conferimenti, l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale.

La disposizione in esame presuppone che la registrazione della società sia avvenuta: questo si spiega alla luce del fatto che prima del suddetto momento vi è soltanto un contratto di società, a cui risulteranno applicabili le norme dettate in materia di nullità e annullabilità dalla disciplina generale dei contratti.

La ratio della disposizione in esame è rinvenibile ancora una volta nell'esigenza di voler tutelare i terzi che potrebbero essere venuti a contatto con la società invalidamente costituita senza tuttavia essere a conoscenza dell'esistenza di una causa di nullità.

Alla luce di ciò l'obiettivo della norma risulta chiaramente essere quello di tutelare la

⁸⁷ Vedi in tal senso Pecoraro Clemente, La costituzione della società, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica, 2018, p.98

certezza dei rapporti giuridici, l'affidamento incolpevole dei terzi e, in un certo qual modo, anche l'assetto societario, motivo per cui in realtà la disciplina della nullità di cui al 2332 c.c. sembra di più atteggiarsi come scioglimento di una società che è sempre stata esistente ed operativa, anche se costituita invalidamente.

Ulteriori osservazioni possono farsi poi con riferimento alle cause di nullità, diminuite da otto a tre con la riforma del diritto societario del 2003 e che dovrebbero essere considerate tassative alla luce dell'art. 12 della direttiva 2009/101/CE, ai sensi del quale, al di fuori di questi casi di nullità, le società non sono soggette ad alcuna causa di inesistenza, nullità assoluta, nullità relativa o annullabilità.

Da questo quadro normativo sembrerebbe quindi che la disposizione di cui al comma 6 dell'art. 7 del TUSP sia apertamente contraria alla disciplina comunitaria, che appunto prevede la tassatività delle cause di nullità e tra le quali non rientrerebbe in linea di principio quella disposta dal TUSP.

Infine è opinione comune che la disciplina della sanatoria di cui all'art 2332 comma 5 sia applicabile anche alle società partecipate, non solo nel caso di partecipazione essenziale per la quale l'art 2332 è richiamato interamente, ma finanche per quella non essenziale. Nel primo caso infatti è evidente che l'adozione dell'atto mancante o la revoca con successiva adozione nel caso di atto invalido siano idonee a sanare il vizio, mentre nel secondo caso, trattandosi appunto di partecipazione non essenziale, non vi sono motivi per escludere la sanatoria.

A tal proposito si è affermato⁸⁸ che *“se l'amministrazione pubblica può infatti rimediare alla mancanza o all'invalidità dell'atto deliberativo allo scopo di evitare la declaratoria di nullità della società, allo stesso modo deve potersi consentire di esercitare analogo potere integrativo anche nella fattispecie meno grave in cui il vizio determinerebbe solamente lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio pubblico”*.

⁸⁸ Per ulteriori approfondimenti vedi Pecoraro Clemente, la costituzione della società, in Ibba Carlo, Demuro Iva, le società a partecipazione pubblica, 2018, p.101

3. La governance delle società pubbliche

Con il termine *corporate governance* si intende “il sistema delle regole secondo le quali le imprese sono gestite e controllate”⁸⁹.

Più precisamente, mentre il termine *governance* fa riferimento alle regole di gestione e controllo, il vocabolo statunitense *corporate* viene utilizzato per enfatizzare l’allusione alle grandi imprese.

Nel presente elaborato si è deciso di analizzare il modello di *governance* delle società pubbliche dopo aver prima approfondito il concetto stesso di impresa pubblica, alla luce del fatto che le due nozioni risultano strettamente connesse tra loro. Si è infatti affermato che “The word *governance* is synonymous with the exercise of authority, direction and control (...) Of course this definition of *corporate governance* raises the age-old question of what a firm is. But this question should be central to *corporate governance*. Before we can discuss how a firm should be governed, we need to define what it is. This question is also important because it helps us identify to what extent, if any *corporate governance* is different from the *governance* of a simple contractual relationship”⁹⁰.

La *governance* rappresenta quindi un insieme di regole giuridiche di governo societario ed è finalizzata “*da un lato a favorire lo sviluppo della domanda e l’offerta di investimenti entro il quale i finanziatori hanno la possibilità di vedere tutelati i propri interessi e dall’altro chiarisce i ruoli di chi gestisce e di chi investe nell’Impresa*”⁹¹.

Il testo unico del 2016, il d.lgs. 175/2016, segna decisamente un cambio di rotta rispetto al passato, in virtù del fatto che, prima dell’emanazione del suddetto decreto, la natura giuridica delle società pubbliche era parecchio controversa.

A tal proposito si erano andate affermando due tesi: la prima, avente una impostazione privatistica, riteneva prevalere l’elemento formale (ossia la forma giuridica societaria) su quello sostanziale; la seconda, di stampo pubblicistico, faceva invece prevalere la

⁸⁹ Cfr. Codice Preda

⁹⁰ Cfr. L. Zingales

⁹¹ Per ulteriori approfondimenti vedi Ingenito Chiara, *La corporate Governance delle società pubbliche*, in *Federalismi.it*, 2018, che a sua volta fa riferimento a F.Mazzini, *Il codice italiano di autodisciplina delle società quotate: prime osservazioni*, in *Studi e Note di Economia*, n.3, 2001, pp. 7 e ss.

sostanza (pubblicistica) sull'elemento formale.

Prima del decreto legislativo 175/2016 si avevano quindi diversi modelli di società pubbliche a cui corrispondevano diversi modelli di governance, i quali contribuivano a impedire la ricostruzione di una disciplina unitaria.

Lo scopo del testo unico, e ancor prima della legge delega, era quindi quello di procedere ad una razionalizzazione della governance delle società a partecipazione pubblica e al tal fine, proprio per garantire maggiore unitarietà del sistema, è stato previsto all'art.1 comma 3 che, per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del testo unico, si devono applicare alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato.

Sembrerebbe quindi che il testo unico abbia accolto una soluzione di impostazione tendenzialmente privatistica.

In realtà già il codice civile, all'art. 2449, riservava alle società a partecipazione pubblica una disciplina peculiare, distinguendo il caso in cui lo Stato e gli enti pubblici sono titolari di partecipazioni in società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale del rischio (c.d. società chiuse) da quelle invece detenute in società che vi fanno ricorso, trattandosi di società quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante (c.d. società aperte).

Nel primo caso viene prevista la possibilità che lo statuto conferisca allo Stato e agli enti pubblici la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci ovvero di componenti del consiglio di sorveglianza in proporzione alla partecipazione al capitale sociale (c.d. poteri speciali).

Viene inoltre stabilito, qualora in attuazione della suddetta disposizione vengano nominati amministratori, sindaci e componenti del consiglio di sorveglianza, che gli stessi possano essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati e che a loro spettano i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea.

E ancora che gli amministratori, i sindaci ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

Per quanto riguarda invece le società aperte, ossia quelle che fanno ricorso al capitale del rischio, il codice prevede da un lato che si applichino le disposizioni di cui al

comma 6 dell'art. 2346 c.c.⁹² e dall'altro che il consiglio di amministrazione possa proporre all'assemblea, che a tal fine dovrà deliberare con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni, fermo restando che sarà comunque necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti.

L'articolo del codice civile in esame è stato modificato dalla legge comunitaria del 2008⁹³ soprattutto in seguito a diverse pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che avevano censurato la disposizione in esame in quanto incompatibile con il principio di libera circolazione dei capitali.

La Corte infatti ha ritenuto⁹⁴ che “L'art. 56 CE dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile italiano, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o, come nelle cause principali, in combinato con una disposizione, quale l'art. 4 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, in seguito a modifiche, nella legge 30 luglio 1994, n. 474, come modificata dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società.”

Si deve osservare tuttavia che, nonostante il rinvio alla disciplina civilistica e al codice civile, le norme del Testo Unico che derogano ai suddetti principi sono parecchio significative.

⁹² In particolare tale norma prevede che la società possa, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi, anche di opera e servizi, emettere strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniale o anche diritti amministrativi, con esclusione del diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto dovrà disciplinare le relative modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferisco, le sanzioni in caso di inadempimento e qualora ammessa anche la legge di circolazione.

⁹³ Più precisamente dall'art. 13, comma 1, L. 25 febbraio 2008, n.34

⁹⁴ C-463/04 e C-464/04, 6 dicembre 2007, rese nel giudizio AEM-Federconsumatori

È stato infatti osservato⁹⁵ che “*sulla governance il testo unico non si limita a prevedere una disciplina relativa alla composizione degli organi sociali e alla loro remunerazione, ma individua anche principi organizzativi (in termini di assetti) che dovranno essere implementati dagli amministratori ai quali è richiesto di valutare la necessità (che in alcuni casi è imposta) di dotare la società di strutture organizzative ispirate alla best practice*”.

All'interno del Testo Unico sulle società partecipate le disposizioni fondamentali in materia di governance sono contenute negli art.6 e 11.

Il primo è dedicati ai principi fondamentali sull'organizzazione e la gestione delle società a controllo pubblico, il secondo invece è dedicato principalmente agli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico con un particolare focus sui requisiti che i componenti del consiglio di amministrazione devono possedere.

Prima di procedere all'analisi delle suddette previsioni normative si rende necessaria una premessa: le disposizioni speciali contenute nel TUSP, in quanto derogatorie alla disciplina di diritto comune, si applicano non genericamente a tutte le società pubbliche, bensì limitatamente alle società a controllo pubblico, con ulteriori deroghe per la categoria *sui generis* che è costituita dalle società *in house*.⁹⁶

Iniziando la trattazione dall'art. 6 bisogna osservare come lo stesso segni una svolta rispetto al codice civile, fornendo un quadro sintetico e analitico di principi e criteri relativi all'organizzazione e gestione aziendale, in ossequio ai principi di efficienza, trasparenza ed economicità che governano l'intera disciplina, al fine di garantire un corretto e razionale uso delle risorse pubbliche.

Occorre tuttavia precisare che la disciplina che si sta per analizzare non si applica alle società a controllo pubblico quotate in virtù del fatto che l'art. 1 comma 5 prevede che alle stesse si applicheranno le disposizioni del testo unico solo se espressamente previsto, cosa che invece non è avvenuta nel caso di specie.

Per quanto riguarda invece la nozione di controllo pubblico bisogna fare riferimento all'art. 2 comma 2 l. b che a sua volta rinvia all'art. 2359 c.c. e ai sensi del quale sono

⁹⁵ Cfr. Demuro, Ivan. La governance in Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica, 2018

⁹⁶ Cfr. 2020 D'Attorre Giacomo, La "governance" delle società pubbliche in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, fasc. 2, pt. 1, pp. 262-289

considerate società controllate le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo interno di diritto); le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo di fatto interno); infine le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (c.d. controllo di fatto esterno).

Tornando all'art.6, al primo comma viene previsto che le società a controllo pubblico, che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, devono adottare sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (c.d. principio della separazione contabile).

In vero, già il d.lgs. 11 novembre 2003, n.333, emanato in attuazione della direttiva 2000/52/CE del 26 luglio del 2000, prevedeva disposizioni simili, nell'ottica di perseguire una maggiore trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, nonché una trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese. In particolare, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 333/2003 per imprese soggette all'obbligo di tenuta di una contabilità separata si doveva intendere ogni impresa che fruiva di diritti speciali o esclusivi, ovvero che era incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale e che esercitava anche altre attività.

Si trattava di una disciplina chiaramente ispirata dall'esigenza di evitare una violazione dei principi di libera circolazione all'interno del mercato attraverso la concessione di determinate compensazioni a imprese operanti in particolari settori in violazione delle norme relative al public procurement.

Al medesimo articolo erano poi definiti i concetti di diritti esclusivi e speciali: con "diritti esclusivi" si intendono i diritti riconosciuti ad una impresa mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riserva alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o esercitare un'attività; con diritti speciali invece si intendono i diritti riconosciuti ad un numero limitato di imprese mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che con riferimento ad una determinata area geografica,

congiuntamente o disgiuntamente: limita a due o più, senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione, il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o una data attività; designa, senza osservare detti criteri, varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a prestare un dato servizio o esercitare una data attività; conferisce, senza osservare detti criteri, ad una o più imprese determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudicano in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti.

Volendo quindi confrontare la disciplina di cui al d.lgs. 333/2003 con quella all'art. 6 del TUSP è evidente come quest'ultima risulti più stringente in virtù del fatto che il principio di separazione contabile riguarda esclusivamente la presenza di diritti speciali, esclusivi e di altre attività e non anche la presenza di eventuali compensazione, motivo per cui "si può ragionevolmente ritenere che la novità introdotta dal testo unico consista nel rendere obbligatoria l'adozione della separazione contabile anche in assenza di compensazioni a carico della pubblica amministrazione"⁹⁷. L'adozione del principio di contabilità separata veniva poi prevista in deroga all'art. 8 comma 2-bis della l.287/1990, ai sensi del quale "le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separante".

È evidente quindi che si tratta di una deroga al vincolo di operare attraverso società separate nell'ottica del perseguimento di una riduzione e razionalizzazione delle società partecipate, le quali del resto costituiscono il principio cardine dell'intera disciplina.

Lo stesso Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare, con il parere reso il 21 aprile 2016, n.968, che il principio di separazione "è espressione di un principio fondamentale di diritto europeo a tutela della concorrenza e, in particolare, della *parcondicio* tra operatori economici e che l'imposizione di un dovere di "separazione contabile" e non strutturale risiede nella volontà di evitare, in coerenza

⁹⁷ Per ulteriori approfondimenti vedi Cuccurullo Olga, art.6, in Meo Giorgio, Nuzzo Antonio, Il testo unico delle società pubbliche: commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n.175, 2016

con l'impostazione complessiva dello schema di decreto, la creazione di ulteriori enti societari".

Nel medesimo parere la Commissione speciale aveva poi sottolineato al Governo la necessità di raccordare la disciplina del TUSP con quella di cui al d.lgs. 333/2003 affermando che "sarebbe opportuno introdurre, per evitare non ragionevoli differenziazioni di trattamento, una disposizione che preveda che il principio di separazione operi allo stesso modo in presenza di un'attività posta in essere da società private. Si potrebbe, pertanto, modificare il comma 2-*bis* dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nel senso di consentire anche per quest'ultime l'operatività del principio di separazione contabile, fermo restando, da un lato, le specifiche disposizione di legge che, in relazione a settori particolari, impongono il rispetto del principio di separazione strutturale, dall'altro, il potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di segnalare la necessità di un maggiore rigore. Se tale modifica non è possibile in questo contesto per la mancanza di una specifica norma contenuta nella legge delega, sarebbe comunque auspicabile un pronto intervento del legislatore."⁹⁸ La stessa Commissione speciale evidenziava poi la necessità di precisare l'ambito in cui l'attribuzione di un «*diritto speciale o esclusivo*» può far sorgere un dovere di attuazione del principio di separazione e a tal fine, nell'ottica di indirizzare il Governo, rinviava alla direttiva n.25 del 2014, ripresa negli schemi degli emanandi Codice dei contratti pubblici e Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, e ove per diritto speciale o esclusivo si intende ««il diritto concesso da un'autorità competente mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblica, compatibile con i Trattati europei» e avente l'effetto di riservare, rispettivamente, a un unico operatore economico (diritto esclusivo) o a due o più operatori economici (diritto speciale) «l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività»».⁹⁹

Le novità più significative in materia di governance delle società partecipate sono però contenute nei commi 2-5 dell'art. 6 e in particolare "vi è l'estensione dei principali

⁹⁸ Vedi sempre il parere reso dal Consiglio di Stato n.368 del 21 aprile 2016, in particolare paragrafo 6 e 6.1.

⁹⁹ Vedi nota precedente.

strumenti di governance e funzionamento delle società che operano in regime di libera concorrenza e l'affermazione del principio di matrice comunitaria del comply or explain (rispetta o spiega), che impone alle società quotate di allegare alla loro relazione di gestione anche una relazione sul governo societario, che deve indicare il codice di governo societario al quale l'impresa è soggettata o ha volontariamente aderito (comply) ovvero le motivazioni sulla mancata adozione totale o parziale del codice di governo societario (explain)”¹⁰⁰.

Più precisamente viene previsto che le società a controllo pubblico debbano predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, i quali dovranno poi essere comunicati all'assemblea nell'ambito della relazione sul governo societario che le società controllate sono tenute a predisporre annualmente, a chiusura di ogni esercizio sociale e che dovrà poi essere pubblicata contestualmente al bilancio di esercizio.

Si tratta evidentemente di uno strumento finalizzato all'adozione di programmi aventi come finalità quella di prevenire situazioni di crisi ed eventualmente a porvi rimedio attraverso provvedimenti idonei per evitare che gli organi amministrativi possano essere destinatari di una eventuale azione di responsabilità ex art. 2409 c.c.

Infatti, ai sensi dell'art. 14 comma 2, qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico è tenuto ad adottare senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

In aggiunta, dalla lettura della comma 3 dell'art. 14 del TUSP, sembrerebbe che l'adozione dei provvedimenti necessari a porre rimedio alla situazione di crisi creatasi costituisca un obbligo per l'organo amministrativo, essendo testualmente sancito che “la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile”.

¹⁰⁰ Così Cuccurullo Olga, art. 6, in Meo Giorgio, Nuzzo Antonio (a cura di), il testo unico sulle società pubbliche: commento al d.lgs. 16 agosto 2016, n.175;

Cfr.

<https://www.ipsoa.it/documents/bilanciocontabilita/bilancio/quotidiano/2014/04/17/commissione-ue-societa-quotate-piu-rispetto-del-principio-comply-or-explain>

Tornando alla relazione annuale, essa può inoltre prevedere l'adozione di determinati strumenti di organizzazione del governo societario, elencati esemplificativamente all'art. 6 comma 3 e finalizzati a garantire maggiore efficienza e trasparenza.

Più nel dettaglio si prevede che, fatte salve le funzioni degli organi di controllo previsti a norma di legge e di statuto, le società a controllo pubblico devono valutare l'opportunità di integrare gli ordinari strumenti di governo societario attraverso l'adozione di ulteriori presidi elencati all'art. 6 comma 3 del TUSP, il tutto previa valutazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta dalla società a controllo pubblico in questione.

Tra gli strumenti previsti in via esemplificativa al comma 3 vi rientrano i regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale (c.d. compliance antitrust); l'istituzione di un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione (c.d. internal audit); i codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società (ovvero nei confronti dei c.d. stakeholders); i programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea (c.d. programmi di social corporate responsibility). I suddetti strumenti integrativi dovranno quindi essere indicati nella relazione sul governo societario, la quale dovrà poi essere a sua volta presentata all'assemblea in sede di approvazione del bilancio di esercizio e dovrà altresì essere pubblicata sul sito della società con modalità analoghe alla pubblicazione del bilancio.

A tal proposito si può osservare che un antecedente della relazione di cui si è parlato è rinvenibile all'art. 123-bis del TUF: si tratta della c.d. "relazione sul governo societario e gli assetti proprietari", da cui si è sicuramente preso spunto durante la redazione del testo unico sulle società partecipate.

L'altra disposizione che il d.lgs. 175/2016 dedica alle corporate governance delle società partecipate è l'art.11, dedicato espressamente agli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico. Anche questa disposizione non si applicherà alle società quotate in quanto, ai sensi dell'art. 1 comma 5 le disposizioni del testo unico si applicheranno alle società quotate solo se espressamente previsto.

Tuttavia si rende altresì necessario sottolineare che l'ambito di applicazione dell'art. 11 è circoscritto esclusivamente alle società a controllo pubblico e non a tutte le società partecipate dallo Stato e dagli altri enti pubblici, evidentemente sulla base del fatto che "in mancanza di controllo da parte di un'amministrazione pubblica, la sola presenza della partecipazione pubblica non sarebbe sufficiente a giustificare l'imposizione di un regime normativo restrittivo che inciderebbe direttamente sulla libertà di autodeterminazione del socio privato sul controllo"¹⁰¹.

Innanzitutto viene individuato al secondo comma dell'art.11 come modello di governance l'amministratore unico, essendo sancito che "L'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un amministratore unico". Questa disposizione, che sembrerebbe costituire la regola generale, in realtà non è priva di eccezioni, in quanto va coordinata con quanto previsto al terzo comma, ai sensi del quale "L'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile"¹⁰².

¹⁰¹ Cfr. Ingenito Chiara, La corporate governance delle società pubbliche, in *federalismi.it*, 2018, che a sua volta richiama Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, p.657

¹⁰² Il riferimento è qui da intendersi al sistema dualistico e a quello monistico, che si pongono come alternativa al sistema tradizionale, basato su un modello triadico, in cui si distinguono fondamentalmente 3 componenti: l'assemblea, l'organo amministrativo e il collegio sindacale. Di regola il sistema tradizionale è l'opzione principale, in quanto ai sensi dell'art. 2380 c.c., qualora si decida di optare per un modello alternativo sarà necessario dichiarare espressamente tale scelta nello statuto. Da notare poi che mentre il sistema dualistico, di origine tedesca, è basato sulla presenza di un consiglio di sorveglianza e un consiglio di gestione, che esercitano rispettivamente le funzioni di controllo e di amministrazione, nel sistema monistico vi è invece un unico organo collegiale, il consiglio di amministrazione, al cui interno è poi costituito il comitato per il controllo sulla gestione, a cui spettano le relative funzioni di controllo.

Si tratta di una previsione decisamente in controtendenza rispetto non solo a quanto affermato nel codice di autodisciplina delle società quotate, il quale ritiene invece opportuno evitare la concentrazione di cariche sociali in una persona sola, ma anche con riferimento al Programma Cottarelli, ove veniva ancora conservata la previsione di un consiglio di amministrazione come regola generale e non come mera eccezione. Più precisamente il programma Cottarelli (dal nome del commissario straordinario) proponeva di applicare, come regola generale, alle società a totale partecipazione pubblica¹⁰³, diretta e indiretta, la previsione secondo cui il numero dei componenti del consiglio di amministrazione doveva essere pari a 3 per le società che fanno ricorso al sistema di amministrazione e controllo tradizionale, mentre per le società a sistema dualistico il numero dei membri del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza doveva essere pari a 6.

Si trattava di una regola generale ma non esclusiva, in quanto veniva prevista, in deroga alla suddetta previsione, la facoltà di nominare fino a 5 componenti del consiglio di amministrazione nell'ipotesi in cui la società fosse basata su un sistema monistico (in maniera tale da consentirle la costituzione del comitato di controllo) ovvero si trattasse di società di particolare rilevanza/complessità (quest'ultima nozione doveva essere normativamente individuata attraverso la previsione di indicatori quantitativi dimensionali in grado di misurare sia la dimensione economica, sia la complessità organizzativa e gestionale).

D'altra parte si potrebbe controbattere facendo notare come in realtà la regola generale dell'amministratore unico risulti però in linea con le finalità del testo unico, avendo lo scopo di contenere i costi e operare una maggiore semplificazione.

Ulteriori profili di criticità della norma in esame, l'art. 11 comma 3, sono dati dal fatto che, con riferimento al sistema dualistico, non viene precisato se il numero di 3 o 5 membri riguardi la somma totale dei membri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione o se invece riguarda il numero massimo che ciascuno dei due organi può avere per un totale di massimo 5 componenti per organo.

E analogamente, con riferimento invece al sistema monistico, tenendo conto del fatto che in questo modello vi è un unico organo al cui interno è poi costituito il comitato

¹⁰³ Con esclusione quindi delle società emittenti strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati e le loro controllate, nonché delle società di gestione del risparmio a totale partecipazione pubblica.

per il controllo sulla gestione, ci si è chiesti se la norma dovesse essere interpretata nel senso che il numero massimo riguarderebbe sia il consiglio di amministrazione che il comitato, il che comporterebbe come conseguenza la possibilità di avere fino a dieci consiglieri al cui interno potranno poi essere selezionati fino a cinque componenti del comitato, ovvero che la norma debba essere intesa nel senso che il numero massimo di 5 componenti va inteso con riferimento al solo consiglio di amministrazione, al cui interno dovranno poi essere selezionati i membri del comitato per il controllo sulla gestione.¹⁰⁴

La delibera dovrà poi essere trasmessa alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4, e alla struttura di cui all'articolo 15 (si tratta della struttura competente per l'indirizzo, il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del d.lgs. 175/2016).

Per quanto riguarda la Corte dei Conti saranno competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali, la Sezione regionale di controllo per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione e infine per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi.

Un'ulteriore novità è costituita dal fatto che l'adozione di un modello di amministrazione alternativo a quello tradizionale non è subordinato solo ad una espressa previsione statutaria, essendo invece necessaria una delibera motivata dell'assemblea che tenga conto sia delle specifiche ragioni di adeguatezza amministrativa, sia dell'esigenza rappresentata dal contenimento dei costi.

Si tratta di una motivazione che dovrà essere particolarmente analitica, sia con riferimento alla necessità di optare per un organo collegiale, sia con riguardo alle valutazioni di carattere aziendale relative all'organizzazione.

La disposizione che ammette la presenza di un consiglio di amministrazione in deroga alla disciplina generale deve però essere letta in combinazione con l'art. 11 comma 9, ai sensi del quale lo statuto delle società a controllo pubblico dovrà in tal caso

¹⁰⁴ Cfr. Ingenito Chiara, La corporate governance delle società pubbliche, in federalismi.it, 2018

prevedere l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore¹⁰⁵, salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea; l'esclusione della carica di vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi; il divieto di corrispondere gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività, e il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato, ai componenti degli organi sociali; il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società.

Con riferimento a quest'ultima previsione si è osservato che già nel diritto societario gli organi non sono liberamente istituibili dallo statuto, motivo per cui si è affermato¹⁰⁶ che “tale divieto andrebbe riferito non agli organi ma ai comitati interni al consiglio di amministrazione, che astrattamente potrebbero essere considerati alla stregua di un ufficio interno e determinare quindi ulteriori compensi”.

Quest'ultima interpretazione non sembra però essere in linea con quanto previsto all'art.11 comma 13 del TUSP, ai sensi del quale “Le società a controllo pubblico limitano ai casi previsti dalla legge la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta. Per il caso di loro costituzione, non può comunque essere riconosciuta ai componenti di tali comitati alcuna remunerazione complessivamente superiore al 30 per cento del compenso deliberato per la carica di componente dell'organo amministrativo e comunque proporzionata alla qualificazione professionale e all'entità dell'impegno richiesto”.

Un'altra deroga è poi prevista per le società a responsabilità limitata (nel caso in cui si opti per tale modello societario ex art. 3 comma 1 del TUSP), essendo sancito all'art. 11 comma 5 che in tal caso non sarà consentito prevedere che l'amministrazione possa essere affidata, congiuntamente o disgiuntamente, a due o più soci (come invece prevede l'art. 2475 c.c.).

Per quanto riguarda invece i requisiti soggettivi che i componenti degli organi di

¹⁰⁵ Si tratta evidentemente di una disposizione avente come fine primario quello di contenere il proliferarsi di deleghe e di conseguenza dei compensi.

¹⁰⁶ Cfr. Demuro, Ivan. La governance, in Ibba Carlo, Demuro Ivan (a cura di), Le società a partecipazione pubblica, 2018, p.158

amministrativi e di controllo devono possedere bisogna fare riferimento all'art.11 primo comma, ove viene dedicata una particolare attenzione ai requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza.

Oltre alla clausola di salvaguardia relativa ai requisiti previsti dallo statuto, viene specificato che ulteriori requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia verranno stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

Di conseguenza i requisiti contenuti del dpcm non saranno sostitutivi di quelli contenuti nello statuto, bensì complementari e gli stessi requisiti varranno per tutti gli amministratori, a prescindere dal modello adottato.

In realtà si è osservato in dottrina¹⁰⁷ che qualche problema di coordinamento si pone con riferimento al requisito dell'autonomia, posto che sia nel codice civile, sia nei lavori preparatori al testo unico che nel t.u.b e nel t.u.f. compariva il requisito dell'indipendenza.

In particolare, ai sensi dell'art. 2387 c.c. “Lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati. Si applica in tal caso l'articolo 2382.¹⁰⁸”

Differentemente dalle società a controllo pubblico, per le altre società il requisito dell'autonomia si ricava in via interpretativa, soprattutto con riferimento ai membri che fanno parte dell'organismo di vigilanza (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione, a seconda del modello di governance prescelto).¹⁰⁹

Da questo quadro risulta che eventuali profili di incompatibilità si possono porre avuto

¹⁰⁷ Vedi nota precedente

¹⁰⁸ Art. che a sua volta prevede che non possa essere nominato amministratore, e se nominato decade dal suo ufficio, l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi.

¹⁰⁹ Cfr. Ingenito Chiara, La corporate governance delle società pubbliche, in *federalismi.it*, 2018

riguardo alle società in house, la cui principale peculiarità è costituita dalla presenza del controllo analogo da parte dell'amministrazione¹¹⁰.

Infine all'art. 11 comma 11, con riferimento alle società in cui le amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, si prevede che “non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento”. Passando invece alla scelta degli amministratori non si può non notare come il testo unico si ponga in linea con gli ultimi interventi da parte del legislatore volti a promuovere la parità di genere, necessità che forse è addirittura maggiormente sentita con riferimento alle società pubbliche.

È evidente come attraverso queste disposizioni si miri ad ottenere una governance improntata alla trasparenza, alla non discriminazione e all'uguaglianza professionale, in linea con quanto previsto anche dalla normativa comunitaria.

A tal fine si prevede all'art. 11 comma 4 che nella scelta degli amministratori delle società a controllo pubblico le amministrazioni devono assicurare il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno.

Qualora poi la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo statuto prevede che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata nel rispetto dei criteri stabiliti dalla legge 12 luglio 2011, n. 120.

Scopo della disposizione in esame è quindi quello di risolvere il *gender inequality gap*, in attuazione dei principi costituzionali ed europei.

Con riferimento alla legge 120/2011, richiamata dal TUSP, bisogna sottolineare che la stessa è stata emanata per garantire l'equilibrio tra i generi anche all'interno delle società quotate e in quelle non quotate a controllo pubblico.

¹¹⁰ Più precisamente, ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera c, per controllo analogo si intende “la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante”.

Da un lato infatti la legge ha per oggetto le modifiche del TUF concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e controllo, dall'altro all'art. 3 della medesima legge si prevede che le disposizioni in essa contenute si applicheranno anche alle società pubbliche controllate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 2359 primo e secondo comma c.c., non quotate in mercati regolamentati.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2 della medesima legge, le disposizioni ivi contenute si applicheranno a decorrere dal primo rinnovo degli organi di amministrazione e degli organi di controllo delle società quotate in mercati regolamentati successivo ad un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, riservando al genere meno rappresentato, per il primo mandato in applicazione della legge, una quota pari almeno a un quinto degli amministratori e dei sindaci eletti, mentre all'art. 3 si rinvia ad un apposito regolamento per l'individuazione dei termini e delle modalità di attuazione della disposizione relativa alle società a controllo pubblico.

Il regolamento è stato emanato con il d.p.r 30 novembre 2012 e a sua volta rinvia alla disciplina statutaria che dovrà quindi prevedere dei meccanismi idonei a garantire la l'equilibrio di genere negli organi amministrativi.

Tuttavia si è giustamente osservato in dottrina¹¹¹ che “il regolamento in questione non tiene conto dell'eventualità che le società abbiano adottato un sistema di governance dualistico o monistico. La scelta di uno di questi sistemi determina la necessità del rispetto degli equilibri nei rispettivi organi di gestione e di controllo. Se ciò non dovrebbe creare particolari problemi nel sistema dualistico, essendo i due organi autonomi e distinti, qualche dubbio operativo potrebbe porsi nelle ipotesi in cui la società opti per il sistema monistico. In tal caso si potrebbe richiedere il rispetto dell'equilibrio non solo per il consiglio di amministrazione, ma anche per il comitato per il controllo sulla gestione. In alternativa, in considerazione dell'unicità dell'organo, si potrebbe ritenere sufficiente che il rispetto dell'equilibrio di genere possa essere integrato anche con riferimento alla sola composizione del consiglio di amministrazione, lasciando libera la collocazione delle quote tra i gestori o, rispettati i requisiti di indipendenza e di professionalità, i controllori”.

Si prevede inoltre all'art. 4 del regolamento una attività di monitoraggio e di vigilanza

¹¹¹ Cfr. Demuro Ivan, La governance, in Ibba Carlo, Demuro Ivan (a cura di), Le società a partecipazione pubblica, 2018, che a sua volta rinvia ad Assonime, le quote di genere, p.10

sull'applicazione della normativa da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato per le pari opportunità.

A tal fine le società controllate dalle pubbliche amministrazioni sono tenute a comunicare al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato per le pari opportunità la composizione degli organi sociali entro quindici giorni dalla data di nomina degli stessi o dalla data di sostituzione in caso di modificazione della composizione in corso di mandato.

Specularmente viene poi fatto obbligo all'organo di amministrazione e all'organo di controllo delle medesime società di comunicare al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato per le pari opportunità la mancanza di equilibrio tra i generi, anche quando questa si verifichi in corso di mandato, fermo restando che la segnalazione potrà essere effettuata ai medesimi organi da parte di chiunque vi abbia interesse.

Nelle ipotesi in cui venga poi accertato da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato per le pari opportunità il mancato rispetto della disciplina in esame è prevista la diffida alla società contenente l'obbligo di ripristinare l'equilibrio tra i generi entro sessanta giorni.

In caso di inottemperanza alla diffida, è previsto poi che il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato per le pari opportunità possano fissare un nuovo termine di sessanta giorni ad adempiere, con l'avvertimento che, decorso inutilmente detto termine, ove la società non provveda, i componenti dell'organo sociale interessato decadono e si provvede alla ricostituzione dell'organo nei modi e nei termini previsti dalla legge e dallo statuto.

Ulteriori limiti sono previsti con riferimento ai compensi percepiti dagli organi amministrativi, essenzialmente al fine di contenere la spesa pubblica ed evitare il verificarsi di abusi avvenuti frequentemente in passato e che si ricorda avevano portato anche al proliferarsi delle società pubbliche.

Innanzitutto si prevede che sarà un futuro decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, a definire, per le società a controllo pubblico, gli indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società, fermo restando che, per le società controllate dalle regioni o dagli enti locali, il decreto di cui

al primo periodo è adottato previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

Per ciascuna fascia è determinato poi, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, da cui discende ovviamente l'obbligo di una adeguata motivazione con riferimento ai criteri utilizzati.

Viene inoltre previsto che il trattamento economico non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui, al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico, e che le stesse società dovranno verificare il rispetto del limite massimo del trattamento economico annuo onnicomprensivo dei propri amministratori e dipendenti fissato con il suddetto decreto.

Alla luce della disposizione appena menzionata si è giustamente osservato¹¹² che “si tratta di un limite riferibile alla fonte (pubbliche amministrazioni o altre società a controllo pubblico) dalla quale provengono i compensi, con la conseguenza che se tale limite è già raggiunto gli eventuali altri incarichi dovrebbero essere gratuite”.

Vengono poi fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quelli previsti dal decreto in oggetto e si specifica altresì che il decreto si occupa di stabilire i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente e che in caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta, il tutto sempre nell'ottica di maggior responsabilizzazione e moralizzazione.

Fino all'emanazione del decreto del MEF è previsto che restino in vigore le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 4, secondo periodo, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95¹¹³, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, e

¹¹² Cfr. Demuro Ivan, La governance, in Ibba Carlo, Demuro Ivan (a cura di), Le società a partecipazione pubblica, 2018, che a sua volta rinvia ad Assonime, le quote di genere, p.10

¹¹³ Ai sensi del quale “A decorrere dal 1° gennaio 2015, il costo annuale sostenuto per i compensi degli amministratori di tali società, ivi compresa la remunerazione di quelli investiti di particolari cariche, non può superare l'80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013.”

successive modificazioni, e al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 24 dicembre 2013, n. 166.¹¹⁴

Nonostante l'intento lodevole del legislatore, vi è stato chi¹¹⁵ ha giustamente notato come tali disposizioni “potrebbero talvolta contribuire a mettere sempre più fuori mercato le società a partecipazione pubblica, con esiti controproducenti. Le limitazioni dei compensi, potendo dar luogo a remunerazioni non concorrenziali rispetto a quelle di mercato, renderà più difficile il coinvolgimento nella gestione della società a controllo pubblico di managers con professionalità adeguata”.

Un'altra previsione significativa è poi quella di cui al comma 8 dell'art. 11, ove si prevede, con riferimento agli amministratori delle società a controllo pubblico, che gli stessi non possano essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti. Qualora si tratti di dipendenti della società controllante, in virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate e sempre nel rispetto del limite di spesa di cui al comma 6, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi alla società di appartenenza. In ogni caso, dall'applicazione di questa disposizione non possono derivare aumenti della spesa complessiva per i compensi degli amministratori.

Con riferimento al cumulo della posizione di lavoratore subordinato con quella di amministratore unico è stato giustamente affermato che dal punto di vista del diritto societario non vi siano specifiche preclusioni, anche se in giurisprudenza è stata più volte ribadita la necessità che vi sia da un lato la presenza del vincolo di subordinazione e dall'altro che sussista in concreto l'esercizio delle funzioni sociali ricoperte¹¹⁶.

Inoltre è stato evidenziato come i maggiori profili di incompatibilità della normativa in esame si verrebbero a creare con riferimento alla sussistenza del vincolo di subordinazione, posto che in questo caso il dipendente che riveste la carica di

¹¹⁴Si tratta del “Regolamento relativo ai compensi per gli amministratori con deleghe delle società controllate dal Ministero dell'economia e delle finanze (...)”

¹¹⁵ Cfr. Demuro Ivan, *La governance*, in *Ibba Carlo, Demuro Ivan (a cura di), Le società a partecipazione pubblica*, 2018

¹¹⁶ Cfr. Cass., 13/06/1996 n. 5418 e 25/05/1991, n. 5944

amministratore si verrebbe a trovare alle dipendenze di sé stesso.¹¹⁷

Altri limiti ai compensi derivano poi dalla previsione di cui al comma 10, che fa divieto di corrispondere ai dirigenti delle società a controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva ovvero di stipulare patti o accordi di non concorrenza, anche ai sensi dell'articolo 2125 del codice civile.

Inoltre, per coloro che hanno un rapporto di lavoro con una società a controllo pubblico e che sono al tempo stesso componenti degli organi di amministrazione della società con cui è instaurato il rapporto di lavoro, sono collocati in aspettativa non retribuita e con sospensione della loro iscrizione ai competenti istituti di previdenza e di assistenza, salvo che rinuncino ai compensi dovuti a qualunque titolo agli amministratori, sempre nell'ottica di un contenimento della spesa pubblica.

È stato poi introdotto all'art.11 comma 11 un divieto sostanzialmente finalizzato ad evitare la “moltiplicazione degli incarichi in capo ai soggetti che (amministratori delle controllanti) hanno il potere di nominare gli amministratori delle società controllate”¹¹⁸. A tal fine si prevede che, nelle società di cui le amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

In ogni caso restano ferme le disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39¹¹⁹, il quale si occupa di dettare disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico.

Più nel dettaglio sembrerebbero essere richiamate sia le disposizioni di cui all'art.12 che quelle di cui all'art.14 del d.lgs. 39/2013.

¹¹⁷ Cfr. Cass., 13/11/2006 n. 24188

¹¹⁸ Cfr. Demuro, Ivan. La governance, in Ibba Carlo, Demuro Ivan (a cura di), Le società a partecipazione pubblica, 2018

¹¹⁹ Emanato in attuazione della delega contenuta nella legge 190/2012, c.d. “Legge Severino”.

Il primo si occupa di disciplinare l'incompatibilità tra incarichi dirigenziali interni e esterni e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali, il secondo invece delle incompatibilità tra incarichi di direzione nelle Aziende sanitarie locali e cariche di componenti degli organi di indirizzo politico nelle amministrazioni statali, regionali e locali ed entrambe le disposizioni hanno come finalità quella di "evitare alla radice potenziali conflitti di interesse che potrebbero ledere l'efficiente e trasparente gestione di impresa"¹²⁰.

Per quanto riguarda invece gli organi amministrativi delle società in house viene richiamata la normativa sulla prorogatio di cui al d.l 293/1994, convertito dalla legge 15 luglio 1994, n. 444.

Il decreto legge in esame si applica agli organi di amministrazione attiva, consultiva e di controllo dello Stato e degli enti pubblici, nonché delle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, quando alla nomina dei componenti di tali organi concorrono lo Stato o gli enti pubblici ed è stato emanato a causa della ritenuta sussistenza della straordinaria necessità ed urgenza di disciplinare la proroga degli organi amministrativi oltre la scadenza per ciascuno di essi prevista, nonché le conseguenze delle omesse ricostituzioni degli organi medesimi, al fine di assicurare con immediatezza la legalità, il buon andamento e l'imparzialità dell'organizzazione amministrativa imposti dall'art. 97 della Costituzione.

Il regime di prorogatio pubblicistico, così come disciplinato dal decreto-legge, potrebbe quindi apparire contrastante con la disciplina civilistica.

Mentre il decreto-legge prevede infatti all'art. 3 una proroga non superiore a 45 giorni e che nel periodo in cui sono prorogati gli organi scaduti possano adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità, pena la nullità degli atti compiuti (sempre ovviamente che non rientrino tra gli atti ammessi), il codice civile prevede invece agli art. 2383 e 2385 che "Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi, e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica" e "La cessazione degli amministratori per scadenza del termine ha

¹²⁰ Cfr. Cuccurullo Olga, art.11, in Meo Giorgio, Nuzzo Antonio (a cura di), Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n.175

effetto dal momento in cui il consiglio di amministrazione è stato ricostituito.”

Si tratta comunque di una deroga che appare, sul piano sistematico, compatibile con la peculiarità delle società in house.

Infine l'ultima disposizione in materia di governance dettata dall'art. 11 del TUSP riguarda le società a partecipazione pubblica che non siano a controllo pubblico: in tal caso si prevede la possibilità per l'amministrazione pubblica, che sia titolare di una partecipazione pubblica superiore al dieci per cento del capitale, di proporre agli organi societari l'introduzione di misure analoghe a quelle di cui ai commi 6 e 10 e di cui è stata analizzata la relativa disciplina

4. Gestione e alienazione delle partecipazioni

Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica dedica alle tematiche relative alla gestione e alienazione delle partecipazioni gli art. 9 e 10.

Per espressa previsione dell'articolo in esame la disciplina che si sta per analizzare si applicherà anche alle società quotate, in virtù del richiamo operato all'art. 9 comma 9¹²¹, in osservanza di quanto previsto dall'art. 1 comma 5¹²².

Si è già visto nel capitolo 2 che il procedimento di acquisizione di una partecipazione in società già costituite da parte della pubblica amministrazione ricalca in larga parte la disciplina prevista per la costituzione di una società a partecipazione pubblica e cosa si intenda per “partecipazione pubblica”¹²³.

Iniziando la trattazione dall'art. 9 si può subito osservare che i primi quattro commi del suddetto articolo sono dedicati alla disciplina dell'esercizio dei diritti sociali incorporati nella partecipazione pubblica.

Più precisamente per le partecipazioni pubbliche statali i diritti del socio sono esercitati

¹²¹ Ai sensi del quale “Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle partecipazioni di pubbliche amministrazioni nelle società quotate”.

¹²² Il quale, si ricorda, prevede che “Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate”.

¹²³ A tal proposito giova ricordare che ai sensi dell'art. 2 lettera f per partecipazione si intende “la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi.”

dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale; per le partecipazioni regionali i diritti del socio sono esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni;

per le partecipazioni di enti locali i diritti del socio sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato e infine in tutti gli altri casi i diritti del socio sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente.

La norma in esame rileva sia per quanto riguarda la formazione della volontà del socio, sia per quanto riguarda le modalità di manifestazione di tale volontà.

A tal proposito si deve evidenziare quanto previsto dall'art. 7 comma 7 lettera a, ai sensi del quale “sono adottate con le modalità di cui al comma 1 e 2 (ovvero attraverso una procedura rafforzata) le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società”.

Più precisamente nel caso sub specie si renderebbe necessaria sia la delibera motivata da parte dell'organo competente, sia la relativa motivazione analitica con riferimento alla necessità per il perseguimento delle finalità istituzionali.

È quindi evidente il collegamento tra quanto previsto all'art. 7 comma 7 e quanto invece disciplinato all'art. 9 con riferimento all'esercizio dei diritti sociali.

Con riferimento a questa combinazione di discipline, come ha evidenziato attenta dottrina¹²⁴, si possono porre due diverse interpretazioni: da un lato “si può ipotizzare che il settimo comma dell'art. 7 sia norma integrativa della disposizione generale ed introduca una fase sostanzialmente nuova nella procedura decisionale: l'intervento degli organi designati ai sensi del primo comma dell'art. 7 avrebbe pertanto l'esclusivo significato di un'autorizzazione preliminare all'esercizio del voto, rimesso alle regole di competenza e alle procedure già predeterminate dall'art. 9. In senso opposto si può invece ipotizzare una deroga all'art. 9 e la contestuale remissione, per le specifiche materie contemplate dall'art. 7 comma 7, del voto ad un diverso organo dell'amministrazione pubblica, che dovrà evidentemente determinarsi in ragione del vincolo di necessaria strumentalità al perseguimento delle finalità istituzionali

¹²⁴ Per ulteriori approfondimenti vede Pecoraro Clemente, Gestione delle partecipazioni ed esercizio dei diritti sociali, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica, p.107

dell'amministrazione”.

La prima bozza del decreto faceva riferimento, anziché ai diritti del socio, “ai diritti dell'azionista”, espressione che, come ha rilevato lo stesso Consiglio di Stato¹²⁵, “sembra confinare l'operatività della norma nel solo ambito delle società per azioni”. Si è quindi ritenuto di modificare la disposizione in esame con l'espressione più ampia “diritti del socio” in modo tale da poter applicare questa disposizione anche alle partecipazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni in s.r.l, alla luce del fatto che, ai sensi dell'art. 3 comma 1, “Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa”.

Per quanto riguarda la disciplina codicistica, bisogna innanzitutto differenziare l'ipotesi della s.p.a da quella della s.r.l

Nel primo caso si prevede da un lato che le azioni devono essere di uguale valore e devono conferire ai loro possessori uguali diritti (c.d. principio di uguaglianza delle azioni¹²⁶), dall'altro che resta salva la possibilità di creare, con lo statuto o con successive modificazioni di questo, categorie di azioni fornite di diritti diversi anche per quanto riguarda l'incidenza delle perdite¹²⁷.

Nel secondo caso invece il codice civile prescrive all'art. 2468 che i diritti sociali spettano ai soci nelle s.r.l. in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuna detenuta, partecipazione che, se non è stabilito diversamente nell'atto costitutivo, presume proporzionale a quanto conferito da ciascun socio.

I diritti del socio poi si possono classificare in diritti patrimoniali, diritti amministrativi e altri diritti non riconducibili ad una categoria specifica tra cui vi rientra anche il diritto di opzione.

Per un'analisi di questi diritti si rinvia al codice civile¹²⁸, fermo restando che in materia si applicherà anche la disciplina prevista dal TUF qualora si tratti di società quotate.

¹²⁵ Cfr. il parere del Consiglio di Stato reso dall'adunanza della Commissione speciale il 21 aprile 2016, n.968

¹²⁶ Uguaglianza che si è chiarito in dottrina essere non assoluta ma relativa, anche alla luce del secondo comma dell'art. 2348 che ammette la creazione di categorie speciali di azioni. Per questo motivo si ritiene che il principio di uguaglianza debba essere rispettato nell'ambito di ciascuna categoria.

¹²⁷ Cfr. art 2348 c.c.

¹²⁸ Cfr. art. 2350, 2351, 2370, 2377, 2379, 2433, 2437, 2478-bis, 2479, 2479-ter, 2441, 2481-bis c.c.

Quello che in questa sede preme sottolineare riguarda la modifica subita dal Testo Unico all'art. 9 comma 2.

Più precisamente in origine tale disposizione prevedeva che i diritti del socio incorporati nella partecipazione regionale dovessero essere esercitati dal Presidente della regione, salvo diversa disposizione regionale.

Sul punto si era pronunciato anche il Consiglio di Stato¹²⁹ il quale aveva rilevato in relazione al comma 2, in sede di Commissione speciale, una possibile incompatibilità costituzionale con il vigente sistema di riparto delle competenze legislative.

In particolare si è argomentato sostenendo che tale disposizione regola un profilo che attiene non a “modalità organizzative interne” di *governance* societaria bensì a “modalità organizzative esterne” alla compagine societaria, relative all'individuazione dell'organo amministrativo dell'Amministrazione partecipante che, nell'ambito della singola società, deve esercitare i diritti di azionista.

Di conseguenza la materia in oggetto sarebbe «organizzazione amministrativa» e non «ordinamento civile».

Per questo motivo “ Ne consegue che la funzione legislativa esclusiva: *i*) spetta allo Stato quando occorre disciplinare aspetti afferenti all'«organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» (art. 117, secondo comma lettera *g*, Cost.) ovvero ad «organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (art. 117, secondo comma, lettera *p*, Cost.); *ii*) spetta alle Regioni nei casi in cui vengono in rilievo aspetti relativa all'organizzazione delle Regioni stessi ovvero degli enti ad essa strumentali (art. 117, comma 4, Cost.).”

Alla luce di queste considerazioni la Commissione speciale ha quindi sostenuto che “l'individuazione puntuale nella «Presidenza della Regione» dell'organo deputato ad esercitare i diritti dell'azionista potrebbe ledere le competenze legislative delle Regioni.”

Si prevede poi al sesto comma, con riferimento alla violazione delle disposizioni inerenti l'esercizio dei diritti del socio, che le stesse non determinano l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che

¹²⁹ Cfr. il parere del Consiglio di Stato reso dall'adunanza della Commissione speciale il 21 aprile 2016, n.968

l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato.

Con riferimento alla conclusione, modificazione o scioglimento di patti parasociali¹³⁰ si dispone invece che debbano essere deliberati secondo quanto previsto dall'art. 7 comma 1, ossia secondo il procedimento previsto per l'adozione dell'atto deliberativo necessario ai fini della costituzione di una società pubblica ovvero nel caso di acquisizioni di partecipazioni in società già costituite.

Di conseguenza la competenza a deliberare spetterà al Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri nel caso di partecipazioni statali; al competente organo regionale nel caso di partecipazioni regionali; al competente organo comunale nel caso di partecipazioni comunali e infine in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche al competente organo amministrativo dell'ente pubblico.

Nell'ambito delle società partecipate i patti parasociali hanno un ruolo abbastanza controverso, sebbene in certe occasioni sembrano addirittura essere incentivati.¹³¹

A tal proposito si è affermato che, attraverso i patti parasociali, “i soci pubblici possono convenzionalmente concordare con maggiore autonomia regole di comportamento o vincolo di gestione strumentali all'attuazione del progetto imprenditoriale. Attraverso

¹³⁰ Ove per patto parasociale si intende un accordo tra soggetti appartenenti ad una stessa società al fine di allearsi e di regolare l'agire comune all'interno della società. Più precisamente, secondo autorevole dottrina (Oppo), per patti parasociali si intende “un peculiare fenomeno della pratica societaria consistente nell'integrazione e talora nel superamento del regolamento legale e statutario dei rapporti sociali con vincoli individualmente assunti dai soci tra loro, o anche verso la società, o anche verso terzi organi sociali, che non si appoggiano come loro fonte alla legge o allo statuto sociale ma derivano da accordi distintamente conclusi e quindi estranei al regolamento sociale dei rapporti interni alla società”. Il patto poi ha una efficacia meramente obbligatoria e non reale: il patto produce effetti solo tra i sottoscrittori e non verso i terzi e un eventuale rottura del patto può valere solo come colpa contrattuale tra i soggetti sottoscrittori, ma non è opponibile ai terzi. Per quanto riguarda infine i tipi di patti parasociali più diffusi si possono distinguere i sindacati di voto, attraverso i quali i soci si impegnano a votare in un certo modo all'assemblea, e i sindacati di blocco, con cui invece si pongono dei limiti al trasferimento delle partecipazioni, ad esempio obbligandosi a non cedere a terzi la propria partecipazione. In ogni caso, stabilisce l'art. 2341-bis c.c., che gli stessi non possano avere durata superiore a 5 anni (anche se le parti hanno stabilito un termine maggiore), e che sono rinnovabili alla scadenza.

¹³¹ Cfr. art 16 secondo comma l. c, dove si prevede che l'istituzione del controllo analogo da parte dell'amministrazione possa avvenire anche tramite patti parasociali.

questo strumento si può infatti realizzare un virtuoso bilanciamento tra l'interesse sociale a conservare l'articolazione corporativa tipizzata dal diritto societario e l'interesse particolare delle amministrazioni a preservare un controllo sull'attività anche in funzione di specifiche esigenze di rilevanza pubblica".¹³²

Da notare inoltre che, sebbene da un lato possa considerarsi coerente inserire la disciplina dei patti parasociali nell'articolo dedicato alla gestione delle partecipazioni, è anche vero che, in virtù del richiamo per questi ultimi all'art. 7 comma 1 del TUSP, l'organo competente a decidere la stipula dei suddetti patti non coincide con quello deputato ex art. 9 commi 1-4 all'esercizio dei diritti del socio.

Inoltre si rende necessario sottolineare come il riferimento alla "modificazione" sia stato inserito soltanto in seguito al parere reso dal Consiglio di Stato¹³³, il quale aveva infatti affermato che "I patti parasociali sono veri e propri contratti soggetti in quanto tali alla disciplina generale del codice civile, con la conseguenza che le fasi che possono venire in rilievo sono oltre quella della costituzione ed estinzione anche quella della modificazione del rapporto contrattuale. Pertanto sarebbe preferibile riportare il contenuto della norma nell'ambito dell'art. 7 che la stessa richiama e aggiungere accanto a "conclusione" e "scioglimento" anche la "*modificazione*" dei patti stessi." Infine, a chiudere il cerchio, si prevede all'art. 9 comma 5 che "La violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 e il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali non determinano l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato."

Con riferimento alla parte finale di questa disposizione si può osservare come la stessa sia coerente con quella di cui al comma 3 dell'art. 1, ove si prevede l'applicazione delle norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato per tutto quanto non espressamente derogato dal decreto.

Del resto non si dubita nemmeno che potranno trovare applicazione le disposizioni dettate dal TUF con riferimento alle società quotate.

¹³² Per ulteriori approfondimenti cfr. Pecoraro Clemente, Gestione delle partecipazioni ed esercizio dei diritti sociali, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica, p.115

¹³³ Cfr. il parere del Consiglio di Stato reso dall'adunanza della Commissione speciale il 21 aprile 2016, n.968

Passando all'analisi del settimo comma, con riguardo alla nomina e alla revoca dei componenti degli organi interni delle società partecipate, si prescrive che “Qualora lo statuto della società partecipata preveda, ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, la facoltà del socio pubblico di nominare o revocare direttamente uno o più componenti di organi interni della società, i relativi atti sono efficaci dalla data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina o di revoca. È fatta salva l'applicazione dell'articolo 2400, secondo comma, del codice civile.” Mentre per quanto riguarda l'art. 2449 si rinvia a quanto detto in precedenza, con riferimento all'ultima disposizione richiamata in questa sede preme precisare che la stessa prevede la possibilità di revocare i sindaci solo per giusta causa e che la relativa delibera di revoca debba essere approvata con decreto dal tribunale.

in virtù quindi della clausola di salvezza sembrerebbe che, con riferimento ai sindaci, la sola volontà dell'amministrazione di procedere alla loro revoca non possa considerarsi sufficiente.

Sulla base di queste premesse vi è stato chi¹³⁴ ha affermato che, “ragionando a contrario, si può sostenere, evidentemente per tutti gli altri casi nei quali il socio pubblico decida la nomina e la revoca, che l'esercizio del potere riconosciuto statutariamente ex art. 2449 c.c. importerebbe l'esclusiva produzione di un atto dell'amministrazione cui riconoscere eccezionalmente una efficacia diretta ed immediata nell'ordinamento societario alla sola condizione della preventiva comunicazione alla società”.

Al comma 8 si prevede poi che, nei casi di cui al comma 7, “la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società”.

Viene quindi operata una scelta ben diversa da quella che si è avuta all'art. 8 comma 2, dove si prevede che “L'eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima” e da quella che si è fatta all'art. 10 comma 3, in materia di alienazione delle partecipazioni sociali, dove si dispone analogamente che “La mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della

¹³⁴ Cfr. Pecoraro Clemente, Gestione delle partecipazioni ed esercizio dei diritti sociali, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica, p.123

partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione della partecipazione.”

Infine, l'ultimo comma dell'articolo in esame rinvia a quanto disposto dal decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56. Questo richiamo è da intendersi alla disciplina dei poteri speciali (c.d. Golden power) con riferimento alle partecipazioni detenute nelle imprese operanti nei settori speciali e per la quale si rinvia a quanto approfondito nel capitolo 1.

5. Le alienazioni delle partecipazioni sociali

Il compito di disciplinare la procedura di alienazione delle partecipazioni sociali é affidato dal testo unico all'articolo 10.

Innanzitutto bisogna premettere che la disciplina che ci si appresta ad esaminare sembrerebbe non applicarsi alle società quotate, in quanto non espressamente richiamate.

Si discute poi in dottrina circa l'applicabilità di questa disposizione anche alle partecipazioni indirette detenute dall'amministrazione, vista l'assenza di qualsiasi riferimento, anche se poi, soprattutto per esigenze di sistematicità, si propende per estendere questa disposizione anche ad esse.

Per quanto riguarda le formalità preordinate alla successiva alienazione si dispone che "Gli atti deliberativi aventi ad oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche sono adottati secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1", in linea con quanto previsto in materia di costituzione e acquisizione delle relative partecipazioni.

Nonostante questa sovrapposizione dal punto di vista dell'organo competente a rilasciare l'atto deliberativo preordinato all'alienazione emerge una vistosa differenza: non è qui richiamato l'obbligo di motivazione analitica.

Relativamente alle procedure di alienazione all'art. 2 si dispone che l'alienazione delle partecipazioni sia effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, di conseguenza ne discende che si dovrebbe fare ricorso alle procedure di evidenza pubblica, di cui al d.lgs. 50/2016

Tuttavia, in casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, si prevede che l'alienazione possa essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente.

A tal fine occorre rilevare come lo stesso Consiglio di Stato¹³⁵ abbia sottolineato la

¹³⁵ Cfr. il parere del Consiglio di Stato reso dall'adunanza della Commissione speciale il 21 aprile 2016, n.968

poca chiarezza della disposizione in esame.

Secondo la Commissione speciale sarebbe infatti stato più opportuno sostituire il comma 2 con la seguente formulazione “L’alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In caso di eccezionale convenienza economica, a seguito di deliberazione motivata dell’organo competente ai sensi del comma 1, che ne dà analiticamente atto, con particolare riferimento al prezzo di vendita, l’alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente”.

Si voleva quindi circoscrivere i margini di operatività eliminando la locuzione eccessivamente vaga che faceva e fa ancora riferimento a non meglio specificati “casi eccezionali”.

Sempre al comma 2 viene prevista una clausola di salvezza con riferimento al diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto.

Si tratta di una previsione normativa che è stata inserita in accoglimento della proposta formulata dalla Conferenza Unificata e che comporta in capo all’amministrazione conseguenze diverse a seconda che si tratti di prelazione propria o impropria¹³⁶. Nel primo caso comporta la possibilità di operare attraverso due diverse modalità: o facendo direttamente ricorso ad una procedura ad evidenza pubblica o individuando un terzo potenziale acquirente attraverso la negoziazione indiretta per poi offrire in prelazione le partecipazioni agli altri soci alle stesse condizioni di vendita, dando analiticamente atto della convenienza economica dell’operazione. Nel caso di prelazione impropria invece risulta precluso il ricorso alle gare di evidenza pubblica con la conseguenza che si farà riferimento all’affidamento diretto.¹³⁷

Al terzo comma si prevede invece che la mancanza o l’invalidità dell’atto deliberativo avente ad oggetto l’alienazione della partecipazione rende inefficace l’atto di

¹³⁶ Attraverso le clausole di prelazione propria si impone al socio che intende alienare la sua partecipazione di offrirla in prelazione ad altri soci i quali sono preferiti, a parità di condizioni, rispetto ai terzi. Con la prelazione impropria si fa riferimento invece all’ipotesi in cui il corrispettivo sia predeterminato o determinabile in base ai criteri indicati dallo stesso statuto: la partecipazione potrà quindi essere offerta in prelazione agli altri soci senza il bisogno di ricevere proposte da parte di terzi. (cfr. Paolo Tullio)

¹³⁷ Cfr. Tullio Paolo, art.10, in Meo Giorgio, Nuzzo Antonio, Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d.lgs. 175/2016, 2016

alienazione della partecipazione.

Nel silenzio della norma poi si ritiene ragionevole applicare la medesima disposizione anche ai casi di mancanza o di invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto la costituzione di vincoli sulle partecipazioni in oggetto.

Infine all'ultimo comma si prevede una clausola di salvezza: viene fatto salvo quanto previsto dalla disciplina speciale in materia di alienazione delle partecipazioni dello Stato. Viene quindi operato un rinvio alla disciplina di cui al d.l 31/05/1994, n.332, convertito in legge 30/07/1994, n.474, avente per oggetto la predisposizione di norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni.

6. Le società in house

Il testo unico sulle società partecipate si occupa del tema dell'in house all'art.16, sulla falsa riga di quanto già disciplinato dal codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 50/2016, all'art. 5, emanato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE riguardanti i contratti di concessione, gli appalti pubblici nei settori ordinari e nei settori speciali.

Nonostante la mancata previsione di una definizione in senso proprio del termine, al comma 1 dell'art. 16 si dispone che per società in house si deve intendere quella che riceve affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di essa il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di essa il controllo analogo congiunto, a condizione che non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Il codice dei contratti pubblici invece, all'art. 5, si preoccupa di dettare i principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico.

Nonostante entrambi i decreti si occupino di disciplinare lo stesso fenomeno, ovvero quello dell'in house, diversa è però la prospettiva da cui è stato affrontato.

Si è infatti osservato¹³⁸ che “Il codice degli appalti pubblici è ispirato all'obiettivo di regolamentare l'azione della pubblica amministrazione e l'affidamento diretto è coerentemente concepito come oggettiva modalità di organizzazione dell'attività dell'ente pubblico (da qui il riferimento all'affidamento in house), diversamente dal Testo Unico di riordino della normativa delle società partecipate dove l'affidamento in house è stato invece ripreso nella prospettiva soggettivistica della società a partecipazione pubblica destinata ad operare con l'amministrazione aggiudicatrice (da qui il riferimento alla società in house)”.

¹³⁸ Cfr. Pecoraro Clemente, le società in house, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica, 2018

6.1 L'origine dell'Istituto e l'evoluzione giurisprudenziale

L'origine dell'istituto è dovuta all'orientamento assunto negli ultimi anni dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, con il leading case c.d. “sentenza Teckal”¹³⁹ ha affermato la legittimità del comportamento, da parte della pubblica amministrazione, di procedere all'acquisto di beni o servizi attraverso un affidamento diretto ad un propria articolazione organizzativa, benché dotata di autonoma soggettività giuridica (ad esempio nel caso in cui sia costituita in forma di società) e a condizione che l'amministrazione eserciti su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società in questione svolga a favore dell'amministrazione la maggior parte della sua attività¹⁴⁰.

Si tratta quindi di un istituto di matrice giurisprudenziale, nato per limitare i casi in cui è legittimo ricorrere ad un affidamento diretto, in deroga alle norme dettate dai trattati e dalle direttive a tutela della “concorrenza per il mercato” e recepite in Italia con il codice dei contratti pubblici (d.lgs.50/2016).

Oltre che nella sentenza appena citata, il fenomeno dell'in house è stato affrontato a fine millennio nel Libro Bianco sugli appalti pubblici dell'Unione Europea (COM(98)143) dell'11 marzo 1998, segno che si trattava comunque di un fenomeno in via di diffusione.

Con successive pronunce la Corte di Giustizia, in linea con quanto affermato nel caso Teckal, ha precisato da un lato le modalità attraverso le quali il controllo analogo può essere esercitato e dall'altro ha ammesso che lo stesso controllo analogo possa rivestire una natura plurisoggettiva, come nel caso in cui più amministrazioni controllino congiuntamente lo stesso soggetto destinatario dell'affidamento diretto (c.d. controllo analogo congiunto).

In particolare, nella sentenza c.d. “Parken Brixen”, la corte di giustizia ha affermato

¹³⁹ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999 C-107/98

¹⁴⁰ A tal proposito la Corte afferma che “*conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.*”

che “ Gli artt. 43 CE e 49 CE¹⁴¹ nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un’ autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un’ azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev’ essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all’ estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente”.

Con riferimento invece al controllo analogo plurimo (o congiunto) la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi nella sentenza nota come *Coditel Brabant*¹⁴² affermando che “Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità nonché l’obbligo di trasparenza che ne discende non ostano a che un’ autorità pubblica assegni, senza bandire una gara d’ appalto, una concessione di servizi pubblici a una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, allorché dette autorità pubbliche esercitano su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società in parola svolge la parte essenziale della sua attività con dette autorità pubbliche”.

Qualche anno dopo la Corte ha avuto modo di ritornare sul punto, precisando, con la sentenza “*Econord*”¹⁴³ che “Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un’ entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un’ autorità pubblica aderisce ad un’ entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell’Unione, debbono esercitare congiuntamente sull’ entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al

¹⁴¹ Riguardanti rispettivamente la libertà di stabilimento e la libertà di circolazione dei lavoratori

¹⁴² Corte di Giustizia 13 novembre 2008, C-324/07

¹⁴³ Corte di Giustizia 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11

capitale sia agli organi direttivi¹⁴⁴ dell'entità suddetta”.

L'argomento di cui trattasi ha suscitato un acceso dibattito anche in Italia, tanto è vero che lo stesso Consiglio di Stato è stato chiamato più volte a pronunciarsi.

Con la sentenza 8 marzo 2011 n.1447 è stato ribadito, come ormai risulta da orientamento costante di palazzo Spada, che *“nel caso di affidamento in house, conseguente all' istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se esercitato non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo”*.

Più di recente, con la sentenza C.d.S. 18 luglio 2017, n.3554, è stato confermato che la partecipazione al capitale da parte del singolo ente pubblico può essere anche minimale, come certamente lo era nel caso di specie (si parla dello 0,1%), ma deve sempre e comunque esserci partecipazione nella governance in maniera sufficiente a disporre di autonomia decisionale.¹⁴⁵

Con riferimento ancora alla Corte di Giustizia vi sono poi almeno altre due pronunce che non si può fare a meno di citare: si tratta dei casi “Stadt Halle”¹⁴⁶ e “Tragsa”¹⁴⁷.

Nella prima sentenza la Corte ha affermato, come evidenziato da autorevole dottrina¹⁴⁸, *“che al fine di configurare il controllo analogo non è possibile che vi sia una partecipazione, anche minoritaria, di capitale privato; ciò poiché la presenza, anche minoritaria, di un socio privato inevitabilmente finisce per incidere sulle modalità di controllo sull'azione del soggetto medesimo, impedendo di poter configurare quel controllo analogo che l'amministrazione esercita sui propri servizi interni”*.

Con la seconda sentenza citata invece si è riconosciuto che *“il soggetto in house, in quanto articolazione sostanziale dell'amministrazione controllante, ove voglia*

¹⁴⁴ Da intendersi nel senso che l'amministrazione deve partecipare non solo al capitale ma anche alla governance della società.

¹⁴⁵ Cfr. anche Botto, Castrovinci Zenna, diritto e regolazione dei contratti pubblici, 2020

¹⁴⁶ Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, C-26/03

¹⁴⁷ Corte di Giustizia 19 aprile 2007 C-295/05

¹⁴⁸ Vedi nota 81

rivolgersi a sua volta al mercato (ad esempio per l'acquisto dei beni di cui necessita), deve seguire a sua volta le regole di gara per la scelta dei propri contraenti. Ciò anche e soprattutto al fine di evitare una facile elusione rispetto agli obblighi di gara, in quanto la pubblica amministrazione avrebbe altrimenti buon gioco ad evitare di sottoporsi a gara soltanto ricorrendo all'affidamento di un soggetto in house”¹⁴⁹:

In definitiva quindi la giurisprudenza europea ritiene necessaria, ai fine della qualificazione di una determinata società come in house, la presenza di 3 diversi requisiti: si tratta della sussistenza di una partecipazione interamente pubblica, dell'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e infine dello svolgimento dell'attività da parte della società prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.

L'orientamento che si è andato affermando, così come declinato dalla Corte di Giustizia, è stato poi leggermente modificato dall'introduzione delle direttive del 2014¹⁵⁰ che, per la prima volta, si sono occupate di codificare a livello normativo quello che già si era andato affermando in via giurisprudenziale.

Attraverso queste direttive il legislatore europeo ha introdotto delle modifiche piuttosto rilevanti al quadro che si era andato delineando, tra cui quella relativa alla fissazione della soglia minima di fatturato a favore dell'amministrazione controllante (che deve essere pari almeno all'80%) e quella relativa alla previsione di una mera facoltà in capo all'amministrazione circa l'opportunità di esternalizzare un determinato acquisto.

Un altro elemento di novità è costituito dalla possibilità di ammettere la partecipazione di capitali privati che non comportino un controllo o potere di veto tale da determinare una influenza dominante sulla persona giuridica e a condizione che tale facoltà sia prevista dalle disposizioni legislative nazionali in conformità ai trattati.

Tale previsione, come ha notato una parte della dottrina, “altera notevolmente il modello di controllo analogo elaborato dalla giurisprudenza e finisce per creare una possibile sovrapposizione rispetto ad altri modelli, tra cui specialmente quello del

¹⁴⁹ Vedi nota 81

¹⁵⁰ Si tratta delle direttive 2014/23/UE (la c.d. direttiva concessioni), 2014/24/UE (sugli appalti pubblici nei settori ordinari) e 2014/25/UE (sugli appalti pubblici nei settori speciali)

partenariato pubblico privato mediante società mista”.¹⁵¹

D'altra parte, coerentemente agli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia e dal Consiglio di Stato, il Testo Unico sulle società partecipate prevede all'art. 2 che per controllo analogo si debba intendere “la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante”, mentre per controllo analogo congiunto “la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, situazione che si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.

È evidente quindi come sia necessario il rispetto del requisito relativo alla partecipazione alla governance, anche alla luce dell'art. 5 comma 5 del codice dei contratti pubblici, ove si dispone che, affinché possa ritenersi sussistente il controllo analogo congiunto, con riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori che esercitano tale controllo su una persona giuridica, debbano rispettarsi congiuntamente 3 condizioni.

Si prescrive infatti che gli organi decisionali della persona giuridica controllata devono essere composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti e che singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; che le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori devono essere in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; infine che la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

¹⁵¹ Così Botto, Castrovinci Zenna, diritto e regolazione dei contratti pubblici, 2020

6.2 La natura giuridica e i dubbi di incompatibilità con il diritto societario

La natura giuridica delle società in house appare essere parecchio controversa tanto in giurisprudenza quanto in dottrina posto che, come si è osservato¹⁵², “La società in house è stata evidentemente concepita alla stregua di una unità operativa interna all’amministrazione aggiudicatrice, alla quale resterebbe coerentemente avvinta da una relazione essenzialmente interorganica”.

Questa tesi, che potrebbe essere definita pubblicistica, è stata recentemente ribadita anche dalla Suprema Corte di Cassazione¹⁵³, la quale ha affermato che, con società in house, si intende “un’articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo”.

Si tratta di una ricostruzione teorica che affonda le sue radici nella nota sentenza della Suprema Corte n.26283/2013, ove si afferma che la società in house non costituisce un’entità posta al di fuori dell’ente pubblico ma piuttosto una articolazione interna ad esso.

Più approfonditamente, la Corte osserva che “essa non è altro che una longa manus della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante in house contract neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.); di talché l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa' (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.). Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva.”

Si ribadisce quindi che il termine “società” viene usato dal legislatore, secondo la Corte, esclusivamente per rimarcare che, qualora non sia disciplinato diversamente, il

¹⁵² Cfr. Pecoraro Clemente, Le società in house: profili societari, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica, 2018

¹⁵³ Cass., 14 marzo 2016, n.4938

modello di riferimento sarà pur sempre costituito da quello societario.¹⁵⁴

Nonostante quindi questa ricostruzione giurisprudenziale sia orientata a riconoscere natura pubblicistica alla società in house, come risulta anche dal fatto che la Corte ritiene di poter assoggettare gli amministratori e i sindaci al sindacato della Corte dei Conti¹⁵⁵, è anche vero che la stessa non può fare a meno di sottolineare alcune anomalie, come ad esempio quella relativa al fatto che si ha a che fare con società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, ma che invece si vengono a collocare al di fuori del mercato.

Un'altra anomalia piuttosto evidente è quella relativa alla totale assenza di un potere decisionale proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale.

Proprio a causa di queste interpretazioni, che hanno portato alla creazione di un soggetto che si può definire “ibrido”, in quanto a cavallo tra il diritto pubblico e il diritto privato”, vi è stato chi addirittura ha dubitato della compatibilità di questo soggetto giuridico con le norme di diritto societario.

A tal proposito si è affermato che vi possono essere solo due strade percorribili: o negare che la pubblica amministrazione possa ricorrere all'in house sulla base del fatto che esso costituisce una mera facoltà per gli stati membri o considerare la società in house come una società singolare o di diritto speciale, anche alla luce degli¹⁵⁶ orientamenti giurisprudenziali che hanno più volte legittimato tale modello.

¹⁵⁴ Sotto questo punto di vista la Corte sembra quasi anticipare quello che poi sarà disposto dall'art. 1 comma 3 del tusp, ove si prevede che “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”.

¹⁵⁵ Di questo aspetto se ne parlerà approfonditamente nel quarto capitolo.

¹⁵⁶ Così Pecoraro Clemente, *Le società in house: profili societari*, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, *Le società a partecipazione pubblica*, 2018, che a sua volta richiama Guerra, *il controllo analogo*, in *Giur. Comm.*, 2011

6.3I requisiti organizzativi previsti dal Testo Unico

Il Testo Unico sulle società partecipate si pone in un certo senso in linea di continuità con quanto affermato dalla giurisprudenza europea ed amministrativa, anche se per certi aspetti importa delle novità significative.

Innanzitutto tra i requisiti organizzativi che vengono annoverati all'art. 16, necessari affinché possa configurarsi l'in house, vi sono il controllo analogo, la destinazione prevalente dell'attività svolta a favore dell'amministrazione controllante (che non deve essere inferiore all'80%) e infine la previsione di una possibile partecipazione privata al capitale a condizione che sia prevista dalla legge e non comporti un'influenza dominante.

Occorre subito notare come in realtà il d.lgs. 175/2016 non si accontenti soltanto di una prevalenza in senso quantitativo, vale a dire quella risultante dal terzo comma dell'articolo in esame e che deve essere pari all'80% del fatturato, ma richiede altresì una prevalenza in senso qualitativo, esigendo al comma 3-bis che la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3 (che può essere quindi pari fino al 20% e rivolta anche a finalità diverse), sia strumentale al conseguimento di economie di scala o di altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Anche per la costituzione delle società in house valgono poi le regole generali dettate dall'art. 3 e 4 del TUSP relative al limite tipologico¹⁵⁷, al vincolo di scopo¹⁵⁸ e di attività¹⁵⁹.

Differentemente poi da quanto previsto dal codice degli appalti o dalle direttive comunitarie in materia, il testo unico sulle società partecipate rimette allo statuto delle

¹⁵⁷ Si ricorda in questa sede che il limite tipologico è previsto dall'art. 3 comma 1, ove si prevede che le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consorzi, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa.

¹⁵⁸ Il vincolo di scopo è previsto dall'art. 4 comma 1 e implica la necessità che la società abbia per oggetto la produzione di beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali ivi indicate.

¹⁵⁹ Il limite di attività è disposto dal comma 2 dell'art. 4 del decreto e comporta che le società pubbliche debbano svolgere esclusivamente una delle attività ivi elencate

società in house l'obbligo di prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci (c.d. predeterminazione del vincolo gestionale)¹⁶⁰.

Del resto quest'ultima previsione è coerente con la disciplina dettata con riferimento all'esclusività dell'oggetto sociale.

L'articolo 4 del testo unico prevede infatti che nel caso delle società in house l'esclusività dell'oggetto sociale debba essere limitata ad una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2 (con esclusione quindi della lettera c).

Conseguentemente, l'oggetto sociale di una società in house potrà vertere esclusivamente nella:

- produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
- progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche;
- autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni;

- produzione di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

Si prevede inoltre che il mancato rispetto del limite quantitativo, che si ricorda essere pari almeno all'80% del fatturato, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del testo unico.

In quest'ultimo caso viene concessa alla società la possibilità di sanare l'irregolarità rinunciando a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunciando agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti, il tutto entro comunque un termine massimo di 3 mesi dal momento in cui l'irregolarità si è manifestata.

Qualora si verifichi questa circostanza le attività precedentemente affidate alla società controllata dovranno essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i

¹⁶⁰ Cfr. Pecoraro Clemente, Le società in house: profili societari, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica, 2018

sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale, fermo restando che, nelle more dello svolgimento delle procedure di gara, i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata.

In maniera poi non troppo chiara il legislatore prevede al comma 6 la possibilità per la società, nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti, di cui al comma 5, di continuare la sua attività se e in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4, i quali a loro volta si riferiscono all'obbligo incombente sulla società affidataria di svolgere una quantità di attività pari almeno all'80% del fatturato a favore dell'amministrazione affidante.

In aggiunta si dispone che, a seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.

Per concludere poi l'articolo in esame prevede all'ultimo comma che le società in house sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016.

Si tratta di una norma avente carattere generale la quale, ponendosi quasi a chiusura del sistema, mira ad evitare che le amministrazioni aggiudicatrici possano sottrarsi all'applicazione del codice dei contratti pubblici e quindi alle regole circa l'affidamento degli appalti per mezzo della costituzione di società in house.

6.4 Il controllo analogo

Il controllo analogo costituisce forse il requisito organizzativo più significativo in quanto permette di poter qualificare una determinata persona giuridica come società in house.

Una prima definizione di controllo analogo è data, come si è avuto più volte modo di ricordare, dall'articolo 2 del d.lgs.175/2016, ove si legge che alla lettera c che per esso bisogna intendere “la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata”.

Peraltro si tratta di una forma di controllo che può essere esercitato anche da una

persona giuridica diversa, purché quest'ultima sia a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante.

Alla luce di questa definizione non si può fare a meno di notare come la stessa sia sostanzialmente divergente da quella di controllo pubblico, data dal medesimo articolo, e da quella da quella di cui al codice civile.

Come già osservato in precedenza il controllo analogo può essere anche congiunto, nel caso in cui l'amministrazione eserciti congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.¹⁶¹

Secondo buona parte della dottrina¹⁶² il controllo analogo disciplinato dal d.lgs.175/2016 è fondato su 3 pilastri: l'alterità soggettiva tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società affidataria; l'irritualità delle modalità di esercizio dell'influenza; la predeterminazione dei poteri attraverso i quali si estrinseca il controllo analogo.

Il Testo unico prevede infatti che l'amministrazione possa esercitare il controllo analogo attraverso 3 strumenti:

- Nel caso di società per azioni attraverso clausole statutarie in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis¹⁶³ e dell'articolo 2409-novies¹⁶⁴ del codice civile;

¹⁶¹ Si tratta di una situazione che si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁶² Cfr. Pecoraro Clemente, *Le società in house: profili societari*, in *Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica*, 2018

¹⁶³ Il quale dispone che “La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. L'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci. Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. Se lo statuto non stabilisce il numero degli amministratori, ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all'assemblea. Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall'assemblea”.

¹⁶⁴ Ai sensi del quale “La gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti; si applicano in tal caso il terzo, quarto e quinto comma dell'articolo 2381. È costituito da un numero di componenti, anche non soci, non inferiore a due. Fatta eccezione per i primi componenti, che sono nominati nell'atto costitutivo, e salvo quanto disposto dagli articoli 2351,

- Nel caso delle società a responsabilità limitata gli statuti possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile¹⁶⁵;
- Infine in ogni altro caso il controllo analogo potrà essere esercitato attraverso patti parasociali, la cui durata può anche eccedere il limite quinquennale di cui all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile.

In realtà buona parte della dottrina considera queste previsioni meramente indicative, ritenendo piuttosto che il controllo analogo sia caratterizzato dall'atipicità, da intendersi nel senso che, quello che rileva alla fine, è esclusivamente la possibilità da parte dell'amministrazione di esercitare una influenza dominante sulla governance societaria.

La finalità quindi dell'articolo 16 comma 2 sarebbe piuttosto quella di tipizzare l'utilizzo di strumenti già in uso nella prassi attraverso una legittimazione delle deroghe alla disciplina di diritto comune.

Sul significato di controllo analogo si è scritto tanto, sia in dottrina che in giurisprudenza, e si è spesso giunti alla conclusione che quello indicato al comma 1 dell'articolo 16 sia in realtà un significato metaforico, da intendersi nel senso che "l'amministrazione continua ad esercitare un controllo sull'attività commissionata nonostante la terzietà della società partecipata".¹⁶⁶

Per quanto riguarda invece il carattere dell'influenza determinante, lo stesso va correlato da un lato agli obiettivi strategici e alle decisioni significative che dovranno

2449 e 2450, la nomina dei componenti il consiglio di gestione spetta al consiglio di sorveglianza, previa determinazione del loro numero nei limiti stabiliti dallo statuto.

I componenti del consiglio di gestione non possono essere nominati consiglieri di sorveglianza, e restano in carica per un periodo non superiore a tre esercizi, con scadenza alla data della riunione del consiglio di sorveglianza convocato per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. I componenti del consiglio di gestione sono rieleggibili, salvo diversa disposizione dello statuto, e sono revocabili dal consiglio di sorveglianza in qualunque tempo, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto al risarcimento dei danni se la revoca avviene senza giusta causa.

Se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più componenti del consiglio di gestione, il consiglio di sorveglianza provvede senza indugio alla loro sostituzione.

¹⁶⁵ Il quale prevede appunto che "Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili".

¹⁶⁶ Cfr. nota precedente.

essere prese dalla società, dall'altro invece all'alterità soggettiva che dovrà essere mantenuta tra amministrazione e società partecipata.

Proprio alla luce di queste considerazioni si è spesso parlato in dottrina di controllo analogo come eterodirezione societaria, da intendersi con riferimento al potere di direzione spettante in capo all'amministrazione e avente come destinatario la società partecipata o più precisamente gli organi di riferimento.¹⁶⁷

Di opinione opposta risulta essere invece un'altra parte della dottrina, secondo cui il controllo analogo dovrebbe essere inteso come influenza sull'attività concessa con un affidamento diretto, riferendolo quindi non all'organizzazione societaria ma all'organizzazione del servizio.¹⁶⁸

In realtà questa soluzione non appare molto condivisibile, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale che si è citata in questo elaborato e che appare maggiormente propensa ad intendere il controllo analogo come influenza dominante della pubblica amministrazione sulla governance della società.

¹⁶⁷ Cfr Pecoraro Clemente, *Le società in house: profili societari*, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, *Le società a partecipazione pubblica*, 2018,

¹⁶⁸ vedi nota precedente.

7 Le società miste

Le società a partecipazione mista pubblico- privata costituiscono forse, insieme alle società in house, le fattispecie più peculiari di società a partecipazione pubblica.

Sono disciplinate dall'art. 17 del d.lgs.175/2016 e possono essere considerata una delle più importanti forme di “collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori nella gestione di un servizio pubblico”¹⁶⁹.

Osservando questo fenomeno da un punto di vista dell'amministrazione si potrebbe giustamente affermare che “le società miste rappresentano una modalità di gestione di servizi pubblici alternativa sia rispetto all'esternalizzazione mediante affidamento a soggetti terzi selezionati con gara, sia rispetto alla gestione in proprio da parte dell'ente.

Si tratta di un argomento che ha suscitato un ampio dibattito, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza, e che risulta essere stato recentemente affrontato dal legislatore sotto un duplice punto di vista: si parla infatti di società miste sia nel d.lgs. 50/2016, con riferimento agli aspetti pro concorrenziali, sia nel d.lgs. 175/2016 con riguardo alla disciplina societaria.

La disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici in materia di società miste si spiega anche alla luce del fatto che quest'ultime costituiscono una forma di partenariato pubblico-privato c.d. “istituzionale”, al quale peraltro è dedicato il titolo I della parte IV del d.lgs., 50/2016.

Per partenariato pubblico. privato (PPP)¹⁷⁰ si intende “il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con

¹⁶⁹ Cfr. Codazzi Elisabetta, Le società miste, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica, 2018, la quale a sua volta richiama C.Stato, sez II, 18 aprile 2007, n.456, par. 7.3, in Urb e app., 2007, 983.

¹⁷⁰ Di PPP se ne è parlato anche con riferimento alla direttiva 2014/23/UE, la c.d. direttiva concessioni, le quali costituiscono a loro volta un'altra forma di PPP

assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore”¹⁷¹.

Da questa definizione emerge quindi come gli elementi fondanti questo tipo di contratto siano sostanzialmente 2: la durata dello stesso e l'assunzione del rischio da parte del privato.

Quest'ultimo può riguardare a sua volta sia l'assunzione del rischio di costruzione (che connesso agli eventi legati alla fase progettuale), sia del rischio di domanda o di disponibilità (connesso invece alla fase operativa).

È importante sottolineare che soltanto al ricorrere di queste condizioni un contratto potrà essere classificato come PPP e non come appalto e di conseguenza potrà essere posto off balance ovvero i costi legati alle operazioni non potranno essere messi a carico del bilancio dello Stato.

In generale poi si possono distinguere due tipologie di PPP: quello istituzionale¹⁷², caratterizzato dalla presenza di una entità giuridica nuova di cui fanno parte sia l'amministrazione che il privato (come appunto nel caso delle società miste), e quello contrattuale, ove invece la collaborazione tra l'amministrazione e il privato si realizza per il tramite di clausole contrattuali.

Si tratta comunque in definitiva di tipologie contrattuali in grado di suscitare notevole interesse sia nel privato che nell'amministrazione, spesso anche a causa delle pessime condizioni in cui versano le finanze pubbliche: la stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha sottolineato come la ratio dell'istituto vada rinvenuta “nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività”.¹⁷³

Tornando alle società miste, come si è detto in precedenza, la disciplina societaria in materia è dettata dal testo unico sulle società partecipate, il quale, giova ancora una

¹⁷¹ Vedi articolo 3, comma 1, lett eee) del codice dei Contratti Pubblici.

¹⁷² “I partenariati pubblico privato di tipo istituzionalizzato sono, secondo la Commissione europea, quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità distinta; che implicano, cioè, la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la "missione" di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.” Così C.d.S. ad. Plen., 3 marzo 2008 n.1

¹⁷³ Per ulteriori approfondimenti vedi C.d.S. ad. Plen., 3 marzo 2008 n.1

volta ricordare, per tutto ciò non espressamente derogato rinvia alle disposizioni dettate dal codice civile, sempre nell'ottica di razionalizzare i privilegi che sono tradizionalmente attribuiti al socio pubblico.

Anche per le società miste varranno poi le disposizioni dettate dal testo unico con riferimento sia alle modalità di costituzione di una società partecipata sia alle modalità di acquisizione di partecipazioni in società già esistenti da parte della pubblica amministrazione.

In particolare si dovranno applicare anche nel caso di costituzione di società a partecipazione mista pubblica-privata i c.d. vincoli tipologici, di scopo e di attività di cui si è ampiamente parlato nel primo capitolo.

Con riferimento invece alla partecipazione del privato si prescrive che la stessa non possa essere inferiore al 30% e si conferma che la scelta del socio privato debba avvenire attraverso una gara a doppio oggetto.¹⁷⁴

Coerentemente infatti con quanto disciplinato dall'art. 5 comma 9 del d.lgs. 50/2016, il testo unico sulle società partecipate dispone all'art. 17 comma 1 che la scelta del socio privato debba avvenire con procedure di evidenza pubblica e che la medesima gara “ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista.”¹⁷⁵

Per quanto riguarda invece le modalità di svolgimento della gara si lascia una certa

¹⁷⁴ Diversamente da quanto previsto dal d.l. 135/2009, il quale disponeva come conditio sine qua non che “al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%. Peraltro questa disposizione ha avuto una vita travagliata, in quanto abrogata da un referendum popolare è stata poi nuovamente reintrodotta attraverso il d.l. 13 agosto 2011, n.138

¹⁷⁵ Si tratta peraltro di un principio che era stato già elaborato in via giurisprudenziale, basti pensare a quanto affermato dal Consiglio di Stato con la sentenza 16 marzo 2009, n. 1555, secondo cui appunto si potrebbe parlare di affidamento diretto ad una società mista solo ove fossero soddisfatte una serie di condizioni: “1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale “strumento” 2) che il partner privato sia scelto con gara; 3) che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima; 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi “determinati”); 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata”.

discrezionalità all'amministrazione in quanto il comma 2 dell'articolo in esame si limita a prevedere che:

- All'avviso pubblico siano allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante;
- Il bando di gara specifichi l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura.
- I criteri di aggiudicazione possano includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione.

In aggiunta, analogamente a quanto previsto dal codice dei contratti pubblici, il testo unico dispone che il socio privato debba essere in possesso dei requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita.

A tal proposito si è affermato che la procedura ad evidenza pubblica deve avere come scopo quello di individuare “un soggetto in grado di apportare alla compagine societaria quel *know how* di cui non dispone il socio pubblico e che risulta indispensabile allo scopo di realizzare una gestione efficace, efficiente ed economica del servizio pubblico”.¹⁷⁶

Coerentemente con il quadro delineato fin qui, il testo unico sancisce al terzo comma dell'articolo 17 che la durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata con le modalità di cui al primo comma, ovvero attraverso una gara a doppio oggetto, non può comunque eccedere la durata dell'appalto o della concessione.

Questo principio sembra quasi essere un corollario della regola della gara a doppio oggetto, essendo stata la partecipazione acquisita, dal socio privato, attraverso una procedura competitiva ad evidenza pubblica strettamente legata e finalizzata alla realizzazione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto o della concessione.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Per ulteriori approfondimenti vedi Codazzi Elisabetta, le società miste, in Ibba Carlo, Demuro Iva, le società a partecipazione pubblica, 2018, p.292.

¹⁷⁷ Cfr. Donativi, le società a partecipazione pubblica, 2016, p.1087

Di conseguenza si dovrà procedere all'espletamento di una nuova gara ogniqualvolta il contratto stesso sia venuto a scadere ovvero si siano verificati degli eventi che abbiano comportato una modifica sostanziale dello stesso.¹⁷⁸

Si ritiene in dottrina che lo scioglimento del rapporto con il privato non debba necessariamente portare allo scioglimento della società, potendo ricorrere questa ipotesi esclusivamente nei casi elencati dall'articolo 2484 c.c.¹⁷⁹ ovvero nel caso in cui vi sia stato una apposita delibera da parte dei soci che deponga in tal senso.¹⁸⁰

Proprio alla luce di queste considerazioni il testo unico rimette allo statuto l'obbligo di prevedere meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio.

Secondo una parte della dottrina tra i meccanismi idonei vi rientrerebbero sicuramente la sottoscrizione delle azioni riscattabili, le quali permetterebbero al socio privato di giovare, al momento dello scadere del contratto, degli stessi criteri di liquidazione previsti in caso di recesso, ovvero, nel caso di una società mista sotto forma di s.r.l., la possibilità di prevedere la scadenza del contratto come ipotesi di esclusione per giusta causa.¹⁸¹

Al comma 4 dell'articolo 17 invece sono previste una serie di disposizioni speciali, in deroga a quanto previsto dalla disciplina comune di diritto societario, e attinenti per lo più alla governance societaria. Si ammette infatti che:

a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile al fine

¹⁷⁸ vedi Codazzi Elisabetta, le società miste, in Ibba Carlo, Demuro Iva, le società a partecipazione pubblica, 2018

¹⁷⁹ A tal proposito giova ricordare che l'articolo 2484 c.c. prevede lo scioglimento della società di capitali solo al ricorrere delle seguenti ipotesi: 1) decorso del termine
2) il conseguimento dell'oggetto sociale o sopravvenuta impossibilità di conseguirlo
3) per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea
4) riduzione del capitale al disotto del minimo legale
5) in caso scioglimento della società nelle ipotesi previste dall'art. 2437 quater per la S.p.a. e S.a.a. e dall'art. 2473 c.c. per la S.r.l.

6) deliberazione dell'assemblea

7) altre cause previste dall'atto costitutivo

8) provvedimento dell'autorità governativa nei casi stabiliti dalla legge

9) dichiarazione di fallimento

¹⁸⁰ Vedi note precedenti

¹⁸¹ Vedi nota 115.

di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;

b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile, e derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci;

c) gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato¹⁸²;

d) i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile, purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

Con riferimento all'art. 17, comma 4, lett., a) si è affermato che, al fine di evitare una possibile sovrapposizione con il c.d. controllo analogo, tipico delle società in house, “i soci potranno avere una competenza meramente concorrente con quella degli amministratori(...) non potendo questi ultimi essere del tutto spogliati della propria autonomia decisionale”¹⁸³.

Inoltre, al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, si prevede che la società possa emettere azioni correlate¹⁸⁴ ai sensi dell'articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati¹⁸⁵ o essere assoggettata a direzione e coordinamento¹⁸⁶ da parte di un'altra società.

¹⁸² Si potranno quindi prevedere azioni a voto limitato, senza diritto di voto (poco appetibili però per il socio privato), azioni con voto plurimo (che possono avere fino ad un massimo di 3 voti), azioni privilegiate (sotto il profilo degli utili ovvero del rimborso del capitale) o azioni postergate nelle perdite.

¹⁸³ Cfr. Codazzi Elisabetta, *le società miste*, in *Ibba Carlo, Demuro Iva, le società a partecipazione pubblica*, 2018, p. 302, la quale fa a sua volta riferimento a *Codazzi, l'ingerenza nella gestione delle società di capitali tra atti e attività*, Milano, 2012, p.37ss.

¹⁸⁴ Per azioni correlate si intende quella categoria di azioni fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore. Lo statuto stabilisce i criteri di individuazione dei costi e ricavi imputabili al settore, le modalità di rendicontazione, i diritti attribuiti a tali azioni, nonché le eventuali condizioni e modalità di conversione in azioni di altra categoria, fermo restando che non possono essere pagati dividendi ai possessori delle suddette tipologie di azioni se non nei limiti degli utili risultanti dal bilancio della società.

¹⁸⁵ Si tratta di uno strumento attraverso il quale la società può operare una diversificazione del rischio di impresa.

¹⁸⁶ Si è ripetutamente sottolineato in dottrina come il legislatore abbia voluto evocare, attraverso questa previsione, la figura del gruppo di società. (cfr. *Codazzi Elisabetta, Guerrera*)

Infine l'ultimo comma dell'articolo 17 contiene l'unico riferimento operato dal testo unico alle società strumentali. Si prevede infatti che alle società miste (che non siano organismo di diritto pubblico)¹⁸⁷, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n.50/2016 per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite qualora ricorrano le seguenti condizioni:

- la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n.50/2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Queste deroghe alla disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici, che si ricorda in questa sede essere posta prevalentemente a tutela della concorrenza e del libero mercato, si giustificano alla luce del fatto che “tali società, limitandosi a svolgere una funzione di supporto nei confronti degli enti pubblici promotori o comunque azionisti, o- detto altrimenti- un'attività amministrativa in forma privatistica, si trovano ad operare al di fuori del mercato e in deroga ai principi di concorrenza”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Testi/BI0402a.htm>

¹⁸⁸ Così Codazzi Elisabetta, le società miste, in Ibba Carlo, Demuro Iva, le società a partecipazione pubblica, 2018, p.318.

Capitolo 3

Società pubbliche e procedure concorsuali

Il decreto legislativo 175/2016 è intervenuto in materia di “crisi di impresa di società a partecipazione pubblica” sancendo definitivamente l’assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali previste per le società di diritto comune: fallimento, concordato preventivo e, ove ne ricorrano i presupposti, amministrazione straordinaria¹⁸⁹ delle grandi imprese in stato di insolvenza.

In questo capitolo, dopo aver preliminarmente esaminato le due tesi che si sono rese protagoniste, negli anni passati, di un ampio dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si procederà ad analizzare la posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità e la soluzione recentemente adottata dal testo unico.

1. La vexata quaestio della fallibilità delle società pubbliche

La possibilità di sottoporre le società pubbliche alla disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali ha dato luogo ad una lunga “querelle” tra i fautori della tesi privatistica, i quali ne ammettevano la fallibilità, e i sostenitori della tesi pubblicistica, i quali invece escludevano tale possibilità sulla base del criterio c.d. funzionale o sulla base del criterio c.d. tipologico.

A livello giuridico la nozione di crisi viene definita dal nuovo codice della crisi di impresa¹⁹⁰ come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate. Il concetto di “stato di crisi” viene quindi inteso come probabilità di futura insolvenza, a sua volta definita come “lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”.¹⁹¹

¹⁸⁹ Di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

¹⁹⁰ D.lgs. n. 14/2019, emanato sulla base della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155.

Alla luce di quanto esposto risulta evidente come lo stato di crisi rappresenti una situazione patologica in cui l'impresa si può venire a trovare e che può altresì coinvolgere tutti coloro che si trovano ad operare con quest'ultima, arrivando quindi a comprendere una vasta platea di soggetti interessati.

Proprio a causa della vastità e della pluralità degli interessi coinvolti il legislatore ha introdotto le c.d. procedure concorsuali, istituti giuridici aventi come finalità quella di dettare una disciplina giuridica specifica per le imprese che si trovano in una situazione di decozione.

Esse comprendono, oltre al fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi e la liquidazione coatta amministrativa.

La questione circa la possibilità di assoggettare le società pubbliche alle procedure concorsuali rappresenta un problema complesso, posto che diverse sono le conseguenze a seconda della soluzione accolta.

A tal proposito si rende infatti necessario garantire, da un lato, la conciliazione del fine di lucro tipico delle società commerciali, con gli interessi pubblici che la Pubblica amministrazione deve perseguire e dall'altro appare evidente la necessità di non alterare il regime concorrenziale fornendo ingiustificatamente alle società pubbliche un diverso regime giuridico.

La complessità del dibattito discende direttamente dall'art. 1 della Legge Fallimentare, ai sensi del quale "Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici". In maniera analoga disponeva l'art. 2221 c.c., prima della sua abrogazione ad opera del d.lgs. 14/2019 (c.d. Codice della crisi di impresa), secondo il quale "Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso d'insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali".¹⁹² Analizzando queste previsioni appare evidente come le stesse si riferiscano esclusivamente agli enti pubblici economici, i quali, svolgendo una attività commerciale, potrebbero essere astrattamente ricompresi nella disciplina in esame e per i quali si è quindi resa

¹⁹² Nei casi previsti dalla legge era infatti possibile l'attivazione della procedura di liquidazione coatta amministrativa.

necessaria una esplicita esclusione, diversamente da quanto accaduto invece per gli altri enti pubblici territoriali i quali risultano non assoggettabili al fallimento per loro stessa natura.

Alla base di questa scelta vi è l'idea "della presunta incompatibilità tra le finalità proprie dell'attività degli enti pubblici e gli effetti tipici della procedura fallimentare, nonché l'esigenza di mantenere in capo agli stessi soggetti la titolarità delle funzioni amministrative, evitando l'ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti riservati all'autorità amministrativa, e, ancora, l'interruzione del pubblico servizio erogato dall'ente".¹⁹³

Come si è poi ampiamente visto nel primo capitolo, il modello dell'ente pubblico economico è stato decisamente superato dalle società pubbliche, in quanto si è preferito optare, verso la fine del ventesimo secolo, per un modello di gestione di tipo privatistico. Ed è proprio per questo motivo che si è sollevato un ampio dibattito circa la possibilità di assoggettare anche quest'ultime alla legge fallimentare, in quanto, pur essendo sostanzialmente destinate alla cura di interessi pubblici, le società pubbliche sono pur sempre soggetti giuridici aventi una forma iuris di stampo privatistico.

Ulteriori considerazioni derivano poi dalla disciplina europea, la quale tende ad assimilare le società pubbliche a quelle private nell'ottica di una migliore tutela della concorrenza e delle libertà di circolazione e stabilimento, sancite dai trattati di Lisbona. Di conseguenza esonerare le società pubbliche da una eventuale sottoposizione a fallimento potrebbe comportare una grave violazione dei principi comunitari, oltre che una alterazione delle dinamiche concorrenziali di mercato e una enorme disparità di trattamento tra imprese private e imprese pubbliche.

Il primo arresto giurisprudenziale in materia risale al 1979, quando la Suprema Corte di Cassazione ebbe modo di precisare che "una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato - e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata (art. 187 legge fallimentare) - per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti, che il rapporto giuridico

¹⁹³ Per ulteriori approfondimenti vedi Nicotra Francesco, "Società a capitale pubblico ed assoggettabilità a fallimento: aspetti problematici", in "il diritto amministrativo"

instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio".¹⁹⁴ In quegli anni tuttavia il fenomeno delle società a partecipazione pubblica non era però ancora esploso, motivo per cui la decisione rimase in un certo qual modo isolata. Il problema si ripropose a partire dagli anni 2000, anche a causa di numerose decisioni di merito che avevano trattato e deciso in maniera diametralmente opposta la questione.

Più nel dettaglio, si erano registrate due diverse prese di posizioni con riferimento alla possibilità di assoggettare le società pubbliche al fallimento: da un lato vi era chi infatti ammetteva tale possibilità, sulla scia di quanto espresso con la sentenza del 1979, dall'altro vi era invece chi escludeva radicalmente tale possibilità sulla base di due diversi criteri: quello c.d. "tipologico" e quello c.d. "funzionale". Ed è proprio a queste due tesi che saranno dedicati i paragrafi successivi.

1.1.La tesi privatistica in favore della fallibilità

La tesi privatistica, affermata a partire dalla sentenza Cass., 10 gennaio 1979 n.58, è basata sulla concezione secondo cui le società a partecipazione pubblica dovrebbero essere assoggettate alle stesse regole previste per le società a totale partecipazione privata e di conseguenza anche alle procedure concorsuali per quest'ultime previste. A supporto di questa tesi, attenta dottrina¹⁹⁵, ha evidenziato come il legislatore abbia dedicato poche norme del codice civile a predette società (artt. 2414 bis, 2448, 2449, 2451), di conseguenza nessuna di esse sarebbe in grado di determinare "*effetti enucleativi di un "tipo" a sé stante, dotato di una natura giuridica peculiare*"¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 1979, n. 158, in *Fallimento*, 1979, 593,

¹⁹⁵ In questo senso, F. Fimmanò, *Il fallimento delle "società pubbliche", in crisi di impresa e fallimento*, 13 dicembre 2013, il quale altresì afferma che "la disciplina speciale dettata dal codice civile per le società pubbliche è stata ulteriormente ridotta negli ultimi anni con il progressivo assoggettamento, ormai quasi generalizzato, al diritto delle società comune per quanto riguarda organizzazione, funzionamento e governance".

¹⁹⁶ Cfr nota precedente, cit. p.10

In linea con queste premesse si è avuto modo di notare come l'assoggettamento *de iure* dell'attività delle società a partecipazione pubblica ad alcune regole pubblicistiche non muti *de facto* la loro veste privatistica, rendendo loro conseguentemente applicabile lo statuto dell'imprenditore commerciale.

Ulteriori considerazioni derivano poi dagli eventuali effetti pregiudizievoli che i creditori potrebbero subire a causa di tale esenzione, in quanto “la sottrazione del rimedio dell'esecuzione concorsuale e la possibilità di ottenere la tutela dei propri interessi mediante il ricorso alla sola esecuzione individuale lederebbe i principi di affidamento e eguaglianza dei creditori che entrano in rapporto con la società in mano pubblica, da applicare nelle ipotesi di soggetti insolventi”¹⁹⁷.

Inoltre, occorre rilevare che l'esenzione delle società pubbliche dalle procedure concorsuali potrebbe comportare una grave violazione dei principi comunitari posti a presidio del libero mercato e delle quattro libertà di circolazione, in particolare dell'art. 106 TFUE, ma anche del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, comportando una ingiustificata disparità di trattamento tra imprese pubbliche e imprese private.

A tal proposito, una importanza centrale riveste la sentenza della Suprema Corte di Cassazione n.22209 del 15 maggio 2013, la quale, dopo diverse oscillazioni giurisprudenziali, ha espressamente avallato la tesi dell'assoggettabilità a fallimento delle società a capitale pubblico, ammettendo, nel caso di specie, la fallibilità di una società partecipata al 51% dall'Ente locale, costituita sotto forma di s.r.l. per gestire lo smaltimento e lo stoccaggio dei rifiuti. La Suprema Corte è giunta a tale conclusione facendo leva principalmente su 3 diverse considerazioni.

In primo luogo, afferma la Corte, non osta alla dichiarazione d'insolvenza il pericolo relativo alla possibile interruzione del servizio pubblico essenziale per il tempo necessario all'ente locale ad affidarlo ad un nuovo gestore, in quanto lo stesso può essere agevolmente evitato “attraverso il ricorso all'istituto dell'esercizio provvisorio, previsto dalla L. Fall., art. 104”. Quest'ultima norma prevede che l'esercizio

¹⁹⁷ Per ulteriori approfondimenti vedi Nicotra Francesco, “Società a capitale pubblico ed assoggettabilità a fallimento: aspetti problematici”, in “il diritto amministrativo”; L. Salvato “I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali”, in Dir. Fall., 2010; L. Panzani, “La fallibilità delle società in mano pubblica”, in ilfallimentarista.it, 2013

provvisorio possa essere disposto dal tribunale, con la sentenza dichiarativa del fallimento, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori¹⁹⁸.

A tal proposito, secondo la Cassazione, *“deve essere condivisa la tesi, avanzata in dottrina e seguita anche dalla giurisprudenza di merito, secondo cui nel valutare la ricorrenza di un danno grave, in presenza del quale autorizzare l'esercizio provvisorio, il tribunale può tenere conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita”*.

In secondo luogo, la Corte rileva che, nonostante il fallimento della partecipata, ancorché, in ipotesi, costituita all'unico scopo di gestire un determinato servizio pubblico, i beni necessari alla prosecuzione del servizio rimangono di proprietà pubblica, motivo per cui l'ente locale potrà pur sempre decidere di affidarne la gestione ad un nuovo soggetto. Infine la Corte ribadisce quanto affermato da una parte della dottrina, ovvero il principio secondo cui l'ente locale, una volta che sceglie di utilizzare per la gestione di un servizio lo strumento privatistico della società di capitali, dovrà necessariamente accollarsi i relativi rischi. La corte conclude infatti affermando che *“la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali — e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico — comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa*

¹⁹⁸ Si noti che durante il periodo di esercizio provvisorio il comitato dei creditori è convocato dal curatore almeno ogni 3 mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio. Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio, il giudice delegato ne ordina la cessazione. Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, il curatore deve presentare un rendiconto dell'attività mediante deposito in cancelleria. In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio. Il tribunale può altresì ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori. Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli e inoltre i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione

la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità”.

Occorre inoltre ricordare, come ha avuto modo di puntualizzare attenta dottrina¹⁹⁹, che a livello internazionale la “Insolvency Guide” elaborata dall’Uncitral, prevede che “The insolvency law should govern insolvency proceedings against all debtors that engage in economic activities, whether natural or legal persons, including state-owned enterprises, and whether or not those economic activities are conducted for profit”. In tal senso depongono anche i c.d. “Principles for effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes”, elaborati dalla Banca Mondiale e che richiedono, analogamente alla “Insolvency Guide” che le eccezioni siano chiaramente espresse o dalla legge sull’insolvenza o da un’altra legge²⁰⁰.

Alla luce di quanto appena esposto sembrerebbe quindi acclarata la fallibilità delle società pubbliche, quantomeno di quelle a capitale misto pubblico-privato, in quanto per le società in house la vicenda è ancora più complessa, ma di questo se ne parlerà in un apposito paragrafo.

1.2 La tesi pubblicistica che esclude la fallibilità

Come anticipato precedentemente, una parte della dottrina e della giurisprudenza ritenevano che le società pubbliche, in presenza di determinati indici, dovessero essere escluse dalle procedure concorsuali.

La dottrina che aderiva a questo orientamento, infatti, riteneva opportuno seguire un approccio “on a case by case basis”, distinguendo quindi a seconda delle diverse caratteristiche di ogni società, in quanto solo in presenza di determinati indici sintomatici quest’ultime avrebbero potuto essere escluse dal fallimento e dalle altre procedure concorsuali.

A tal proposito, attenta dottrina, ha avuto modo di sottolineare che “nell’ambito del

¹⁹⁹ Panzani, La fallibilità delle società a partecipazione pubblica, in studi in onore di Mazzocca, Napoli, 2014, 212.

²⁰⁰ Francesco Fimmanò. Insolvenza delle società pubbliche, in Le società pubbliche (a cura di) Francesco Fimmanò. Antonio Catricalà, p.702

fenomeno delle società a partecipazione pubblica bisognerebbe tenere presente che vi sono società che si differenziano tra di loro in maniera radicale, sia in riferimento al grado di ingerenza riconosciuto all'ente pubblico dalla legge istitutiva, dallo statuto e dalla partecipazione sociale, sia con riguardo ai compiti ad esse assegnati²⁰¹.

Di conseguenza, seguendo quest'approccio, per determinare il regime giuridico concretamente applicabile alle diverse società pubbliche bisogna utilizzare un metodo di tipo sostanziale, che vada oltre la veste giuridica prescelta.

Questo orientamento però non era concorde circa il criterio da utilizzare per procedere a tale esclusione: da un lato vi era chi sosteneva il metodo c.d. tipologico, dall'altro chi propendeva per un approccio di tipo funzionale.

Il criterio tipologico è quello che passa “attraverso la qualificazione della società come ente pubblico”²⁰², in quanto postula che “la forma societaria non escluda la natura pubblica dell'ente: là dove si riscontrino indici rivelatori di una sostanza pubblicistica questa dovrebbe prevalere sulla forma e indurre a riconoscere nella società una persona giuridica di diritto pubblico”²⁰³.

Il secondo approccio interpretativo è invece basato sul criterio c.d. funzionale, il quale “si propone di individuare la disciplina applicabile ad un determinato ente avente forma privatistica non sulla base della sua reale natura, bensì sulla base dell'identificazione della ratio di una certa disposizione e degli interessi da essa protetti: sicché, in particolare, anche ad una società formalmente privata dovrà applicarsi una disciplina pubblicistica là dove gli interessi pubblici da questa tutelati lo richiedano”. Di conseguenza, applicando questo criterio si è sostenuto che “poiché gli enti pubblici sono esonerati dal fallimento in quanto enti necessari, lo stesso dovrebbe valere là dove cada in insolvenza una società a partecipazione pubblica che, in quanto affidataria della gestione di un servizio pubblico possa considerarsi pur essa necessaria”²⁰⁴.

²⁰¹ Cfr. Nicotra Francesco, “Società a capitale pubblico ed assoggettabilità a fallimento: aspetti problematici”, in “il diritto amministrativo”

²⁰² Cfr. Ibba Carlo, Demuro Ivan, *La crisi di impresa*, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, *Le società a partecipazione pubblica*, 2018

²⁰³ Vedi nota precedente.

²⁰⁴ Cfr. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, p.345; Ibba Carlo, Demuro Ivan, *La crisi di impresa*, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, *Le società a partecipazione pubblica*, 2018, p.324

Si è inoltre osservato che spesso l'uso di uno strumento privatistico da parte della pubblica amministrazione è avvenuto per consentire alla stessa "di sciogliersi dai vincoli pubblicistici posti alla sua azione, potendo così fruire della più flessibile disciplina privatista".²⁰⁵ In aggiunta, anche il legislatore sembra aver recepito tale orientamento, avendo accentuato, soprattutto di recente, i profili pubblicistici delle società a capitale pubblico, basti pensare agli affidamenti c.d. in house, ormai ampiamente diffusi sia in sede nazionale che in sede comunitaria.

Alla luce di quanto esposto si può quindi affermare che, il criterio c.d. funzionale permette di applicare alle società pubbliche, indipendentemente dalla loro qualificazione formale come enti pubblici, determinate previsioni pubblicistiche, al fine di tutelare determinati interessi rilevanti per l'ordinamento e sulla base di una valutazione che può essere compiuta o a priori dal legislatore, o ex post dalla giurisprudenza. Pertanto, l'esclusione delle società pubbliche dalle procedure concorsuali deriverebbe da una valutazione, basata sul caso concreto, circa la compatibilità degli effetti della normativa fallimentare con gli interessi di volta in volta tutelati.

Secondo i fautori della tesi pubblicistica infatti, la disciplina fallimentare sarebbe il più delle volte incompatibile con l'attività della società pubblica in questione, in quanto comporterebbe una indebita ingerenza degli organi giudiziari nella gestione dell'attività, di cui rischierebbe addirittura di causarne la paralisi, impedendo quindi alla società e di conseguenza all'ente di perseguire l'interesse pubblico attribuitogli.

In tal senso, uno dei primi "leading case" è costituito dalla sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 9 gennaio 2009²⁰⁶, in cui è stata affermata la non assoggettabilità a fallimento della società in mano pubblica sulla base della sussistenza di determinati indici presuntivi.

Si afferma infatti che "Ai fini della qualificazione di un soggetto come pubblico o privato si deve dare prevalenza alla sostanza rispetto alla forma giuridica e, pertanto, in presenza di determinati indici sintomatici, è possibile riconoscere natura pubblica anche a società per azioni formalmente private. Ne discende che, in applicazione

²⁰⁵ Cfr. Nicotra Francesco, "Società a capitale pubblico ed assoggettabilità a fallimento: aspetti problematici", in "il diritto amministrativo"

²⁰⁶ Cfr. tale sentenza in Fallimento, 2009, pp. 713 ss

dell'art. 1 primo comma l.fall., deve ritenersi non assoggettata alla normativa fallimentare la società a partecipazione pubblica avente natura formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica”.

Nel caso di specie era stato proposto ricorso di fallimento nei confronti di una società per azioni a totale partecipazione pubblica, titolare del servizio di raccolta in ambito provinciale. Il tribunale, dopo aver condiviso la tesi della società pubblica resistente circa la non assoggettabilità a fallimento, ha evidenziato che *“in ordine alla natura delle società di servizi a partecipazione pubblica si registra una evoluzione giurisprudenziale che ha portato alla valorizzazione degli aspetti sostanziali e dell'attività di tali società, a discapito degli aspetti formali e della veste giuridica assunta dalle stesse”* e successivamente identifica i passaggi salienti di questa evoluzione nell'art. 1 del d.lgs 165/2001, che identifica le amministrazioni dello Stato, e nella direttiva n.80/723/Cee del 25 giugno 1980, la quale, dando una definizione di impresa pubblica, individuava l'elemento discrezionale della stessa *“nell'influenza dominante da parte dei pubblici poteri, prescindendo quindi dalla natura giuridica, pubblica o privata dell'ente”*.

Di conseguenza il tribunale, sulla base di una attenta analisi, ha identificato gli “indici presuntivi” della natura sostanzialmente pubblica di tale società 1)nelle limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari; 2)nella esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale; 3)nella ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato;4) e nella erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti per la raccolta differenziata e ne ha pertanto escluso la fallibilità.

1.3 La critica della suprema Corte alla tesi pubblicistica

Come già anticipato, la tesi che esclude la fallibilità delle società pubbliche non è stata accolta dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale ha peraltro sollevato pesanti critiche a tale orientamento, sia con riferimento all'approccio tipologico che a quello funzionale.

Secondo la Corte infatti, come affermato nella sentenza del 6 dicembre 2012, n.21991,²⁰⁷ “Le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento, indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione, realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile, per l'impresa non collettiva, stabilire che la persona fisica abbia scelto, tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale”. Nel caso di specie quindi la Corte ha confermato la sentenza di merito, che aveva attribuito la qualità di impresa commerciale ad una società mista, negando la rilevanza, ai fini dell'esonero dal fallimento, di alcuni asseriti indici presuntivi, come ad esempio quello relativo allo svolgimento da parte della società di funzioni fiscali relativi alla riscossione della tariffa per il servizio pubblico. Con riferimento al criterio tipologico, si è poi notato²⁰⁸ che ulteriori limiti ad una eventuale qualificazione di una società pubblica come ente pubblico possono derivare sia dall'art. 4 della legge 20 marzo 1975, n.70, ai sensi del quale “nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge”, sia dall'art. 4 co.13., d.l. 6 luglio 2012, n.95²⁰⁹, a rigore del quale “le norme del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale

²⁰⁷ Cfr. Francesco Fimmanò. Insolvenza delle società pubbliche, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò. Antonio Catricalà, p.703

²⁰⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 25 Novembre 2013, n.26283, in *Giur.comm.*, 2014, e Cass., 27 settembre 2013, n.22209, nonché Ibba Carlo, Demuro Ivan, *Le società a partecipazione pubblica*, 2018

²⁰⁹ Cfr. Cass., 13 maggio 2013, n.111417, in www.iusexplorer.it; ma v. anche Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n.26283, nonché Ibba Carlo, Demuro Ivan, *Le società a partecipazione pubblica*, 2018.

partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”.

Di conseguenza, secondo quest’ultima norma, per poter qualificare come ente pubblico una società pubblica, è necessario che vi sia una norma che sottragga tale società alla disciplina di cui al codice civile.²¹⁰

Per quanto riguarda invece l’approccio funzionale, si tratta di un criterio che conduce in sostanza “ all’applicazione analogica dell’esonazione dal fallimento disposta per gli enti pubblici alle società ritenute *necessarie*”²¹¹.

Di conseguenza si dovrebbero dimostrare sia l’esistenza di una lacuna normativa, sia la non eccezionalità della norma in questione, compito non troppo agevole se si considera che “il mantenimento dell’esonazione per i soli enti pubblici in sede di riforma della legge fallimentare potrebbe essere espressivo di una scelta e non di una dimenticanza”²¹².

Attenta dottrina²¹³ ha poi giustamente osservato che ad essere necessario è lo svolgimento del servizio, non lo svolgimento del servizio in questione da parte di una determinata società.

Secondo la Cassazione infatti “*la scelta del legislatore di consentire l’esercizio di determinate attività a società di capitali — e dunque di perseguire l’interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico — comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall’ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all’interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità*”²¹⁴.

²¹⁰Per ulteriori approfondimenti cfr. sent. Cass., Sez. Un., 9 luglio 2014, n.15594, in www.dirittodeiservizipubblici.it

²¹¹ Vedi Ibba Carlo, Demuro Ivan, La crisi d’impresa, in *Le società a partecipazione pubblica*, 2018, p. 326.

²¹² Cfr. nota precedente.

²¹³ Ibba Carlo, Demuro Ivan, La crisi d’impresa, in *La crisi d’impresa*, in *Le società a partecipazione pubblica*, 2018.

²¹⁴ Per ulteriori approfondimenti Cfr. sent Cass., 27 settembre 2013, n.22209

1.4 La fallibilità delle società in house prima dell'entrata in vigore del testo unico

Il dibattito circa la possibilità di escludere le società pubbliche dalla sottoposizione al fallimento e alle altre procedure concorsuali si è reso ancora più acceso con riferimento ad una specifica tipologia di società a partecipazione pubblica, le c.d. società *in house*, di cui si è ampiamente parlato nel secondo capitolo.

Anche in quest'ultimo caso si erano andati affermando due orientamenti: da un lato vi erano coloro che si schieravano a favore della fallibilità, sulla base di considerazioni strettamente privatistiche, dall'altro invece chi la escludeva sulla base di un approccio pubblicistico.

La prima sentenza in merito, già menzionata precedentemente, è quella del tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 9 gennaio 2009, che, come si ricorderà, aveva affermato la non assoggettabilità a fallimento di una società s.p.a a totale partecipazione pubblica titolare del servizio di raccolta differenziata in ambito provinciale. Successivamente lo stesso tribunale, con la sentenza 22 Luglio 2009, individuerà gli elementi caratterizzanti la società in house affermando quanto segue:

“Posto che la mera titolarità in capo ad un soggetto pubblico delle partecipazioni ad una società per azioni non consente di concludere tout court per la natura pubblica della partecipata, al fine di stabilire la assoggettabilità o meno a procedura concorsuale della medesima, si dovrà in concreto e caso per caso valutarne la gestione e l'attività svolta. Si potrà, pertanto, ritenere sussistente la natura pubblica qualora i) la società affidataria di un determinato servizio svolga la maggior parte della propria attività a favore dell'ente pubblico; ii) l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale a tutto il territorio nazionale e all'estero; iii) il consiglio di amministrazione della società non abbia poteri gestionali di rilievo e l'ente pubblico eserciti poteri maggiori e più incisivi di quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; iv) le decisioni di maggior rilievo debbano essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. Non ha pertanto natura pubblica la società per azioni che pur essendo partecipata in tutto o in parte

da un ente pubblico, sia caratterizzata da una gestione interamente riferibile al diritto privato e peculiare dell'impresa commerciale, le cui decisioni siano adottate con i meccanismi previsti dal diritto privato e non siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente pubblico."²¹⁵

Tale orientamento è stato successivamente avallato da una buona parte della giurisprudenza di merito, la quale ha avuto modo di affermare che "La mancanza della natura di imprenditore commerciale della GESIP (nel caso di specie si trattava di una società partecipata dal comune) esclude che la stessa possa rientrare tra i soggetti fallibili ai sensi dell'art. 1, co. 1, 1.f. e, dunque, anche tra i soggetti sottoponibili ad amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 270/1999."²¹⁶

In aggiunta, coloro che sostenevano tale orientamento, argomentavano la loro tesi affermando che "il servizio pubblico è insuscettibile di interruzione senza recare pregiudizio per la collettività (stante la prevalenza dell'interesse pubblico ad una regolare erogazione del servizio sugli interessi dei creditori istituzionalmente tutelati dalla procedura fallimentare) e che gli effetti tipici derivanti dal fallimento determinerebbero una ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti che sono, invece, riservati alla (sola) Pubblica Amministrazione"²¹⁷.

Per contro un'altra parte della dottrina e della giurisprudenza di merito si erano schierati a favore della fallibilità delle società *in house*.

Una delle prime sentenze rese sul punto è sicuramente quella della Corte d'Appello di Napoli del 15 luglio 2009, in cui si afferma che "*il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette l'applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di sottrarlo all'ordinaria disciplina codicistica. Ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l'applicabilità alle società in mano pubblica dell'esenzione del fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato*".

²¹⁵ Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 22 Luglio 2009, in www.ilcaso.it

²¹⁶ Cfr. tribunale di Palermo 8 gennaio 2013, in www.dirittodeiservizipubblici.it

²¹⁷ Cfr. Trib. La Spezia, 20 marzo 2013 nonché Giovanna Carla Dominici, Luciano Matteo Quattrocchio, "L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica" in "diritto ed economia dell'impresa".

Quanto espresso dalla Corte d'Appello di Napoli è stato successivamente avvallato anche dal tribunale di Velletri, il quale ha affermato che “E' assoggettabile a procedura concorsuale - e può quindi essere ammessa al concordato preventivo - la società per azioni interamente partecipata da capitale pubblico e che utilizzi risorse pubbliche per lo svolgimento della propria attività qualora la sua sfera d'azione sia riconducibile al diritto privato secondo uno schema comunque inquadrabile nel modello previsto dal codice civile. (Nella specie, il potere di indirizzo riconosciuto all'ente pubblico è limitato all'espletamento del servizio nel territorio di riferimento, gli enti locali non hanno alcun potere di ingerenza nella gestione complessiva della società e di verifica del bilancio e non esercitano comunque un potere analogo a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi; l'oggetto sociale ammette infine l'espletamento dell'attività a favore di terzi)”²¹⁸.

Questo orientamento per così dire “privatistico”, è stato pienamente condiviso, come si è già avuto modo di vedere, dalla Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza 27 settembre 2013, n.22209, la quale si è quindi apertamente schiarata a favore della fallibilità di tali società.

Il dibattito però, era tutt'altro che chiuso, tanto è vero che, pochi mesi dopo la summenzionata sentenza, la Corte è nuovamente intervenuta sulla questione, sebbene ai soli fini del riparto di giurisdizione sottopostole,²¹⁹ precisando indirettamente che “l'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, prevista per gli enti pubblici dall'art. 1 comma 1, della legge fallimentare, deve essere applicata anche alle società c.d. *in house providing*”²²⁰.

Con questa pronuncia la Suprema Corte, nell'affermare la giurisdizione della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità relative alle società in house, ha configurato la stessa non come “persona giuridica” ma come un “mero patrimonio separato dell'ente pubblico socio”²²¹. Di conseguenza, alla luce di tali premesse, una parte della

²¹⁸ Cfr. Trib. Velletri, 8 marzo 2010 in www.unijuris.it o in www.ilcaso.it, nonché Giovanna Carla Dominici, Luciano Matteo Quattrocchio, “L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica” in “diritto ed economia dell'impresa”.

²¹⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n.26283

²²⁰ Per ulteriori approfondimenti cfr. Giovanna Carla Dominici, Luciano Matteo Quattrocchio, “L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica” in “diritto ed economia dell'impresa”

²²¹ Cfr. Ibba Carlo, Demuro Ivan, La crisi d'impresa, in in Le società a partecipazione pubblica, 2018.

giurisprudenza di merito ha ritenuto di dover conseguentemente escludere dal fallimento tali società.²²²

In realtà, come è stato ampiamente precisato in dottrina e giurisprudenza, la qualificazione del rapporto tra società in house ed ente pubblico socio è un “falso problema”²²³, in quanto è funzionale esclusivamente al riparto di giurisdizione sottoposto alla Suprema Corte, ma “non comporta, per quanto concerne la soggezione alla normativa civilistica, un annullamento completo dell’alterità giuridica della società anche per qualunque altro profilo che non attenga al rapporto tra partecipante e partecipato”²²⁴.

Affermando infatti, anche ai fini fallimentari, la mancanza di alterità soggettiva tra società ed ente pubblico socio si rischierebbe di rendere anche quest’ultimo responsabile per le obbligazioni sociali, quantomeno in via sussidiaria, con l’estrema conseguenza per cui i creditori sociali diverrebbero a tutti gli effetti creditori dell’ente pubblico, verso cui potranno agire anche in via diretta.²²⁵

Di conseguenza, si rischierebbe di ottenere un risultato diametralmente opposto rispetto a quello perseguito dalla Suprema Corte di Cassazione con la già menzionata sentenza n. 26283 del 2013, in quanto piuttosto che “*salvaguardare l’erario dalla diffusa mala gestio degli organi sociali di società strumentali*” si aprirebbe “*una voragine nei conti pubblici derivante dalla responsabilità diretta delle pubbliche amministrazioni per tutti i debiti contratti dalle società in house*”²²⁶.

Per questo motivo l’ultima pronuncia²²⁷ relativa ad una vicenda antecedente all’entrata in vigore del D.lgs. n. 175 del 2016 ha avallato l’orientamento per così dire “privatistico”, in ossequio a quanto previsto dal testo unico che riconduce l’intera

²²² Cfr. Trib. Verona 17 dicembre 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Di Napoli, 9 gennaio 2014, *ibidem*.

²²³ Ibba, *il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv.dir.civ.*, 2015

²²⁴ Per ulteriori approfondimenti vedi Ibba Carlo, Demuro Ivan, *La crisi d’impresa*, in *Le società a partecipazione pubblica*, 2018, nonché Trib.Modena, 9 gennaio 2014.

²²⁵ In tal senso vedi Francesco Fimmanò. *Insolvenza delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò. Antonio Catricalà, p.714

²²⁶ Vedi nota precedente.

²²⁷ Cfr. Cass., Sez. Un. 1° dicembre 2016, n.24591

materia alla disciplina civilistica, motivo per cui oggi tutte le società a partecipazione pubblica devono ritenersi assoggettati alla disciplina del fallimento, del concordato preventivo e, ove ne ricorrano i presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi²²⁸.

²²⁸ Ex art. 14 co.1 d.lgs. 175/2016.

2. La soluzione adottata dal testo Unico

Il testo unico, nel risolvere la vexata quaestio, prevede in modo esplicito all'art. 14, primo comma, che “Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39”. In realtà, a ben vedere, si tratta di una soluzione che si poteva agevolmente ricavare dalla lettura del terzo comma dell'art. 1, ai sensi del quale, “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”.

Attraverso questa esplicitazione a livello normativo il legislatore ha quindi voluto eliminare ogni dubbio circa la possibilità di assoggettare le società pubbliche alle procedure concorsuali. Di conseguenza quest'ultime, analogamente a quanto accade per le altre società di diritto comune, potranno essere assoggettate a fallimento qualora ricorrano i presupposti di cui alla legge fallimentare e a condizione che l'attività da quest'ultime possa essere qualificata come impresa commerciale.²²⁹

A tal proposito, occorre ancora una volta richiamare l'orientamento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione con sent. 6 dicembre 2012, n. 21991 secondo cui “Le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento, indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione.”²³⁰

Peraltro, la scelta adottata dal legislatore, sebbene in linea con la giurisprudenza di

²²⁹ Vedi in tal senso anche Ibba Carlo, Demuro Ivan, La crisi d'impresa, in in *Le società a partecipazione pubblica*, 2018

²³⁰ In www.ilcaso.it

legittimità, è stata sul punto poco “coraggiosa”, posto che la legge delega 7 agosto 2015, n. 124 ammetteva espressamente, all’articolo 18, comma 1 lett. a), la possibilità di introdurre delle deroghe alla disciplina privatistica in materia di crisi di impresa con il solo limite del principio di proporzionalità.

Si è infatti sottolineato che i problemi evidenziati dagli interpreti in materia di sottoposizione a fallimento delle società a partecipazione pubblica non sono affatto venuti meno, soprattutto per quel che riguarda lo spossamento del debitore e la cessazione dell’attività di impresa.

Quest’ultimi costituiscono in particolare due delle principali conseguenze della dichiarazione di fallimento e, soprattutto nel caso di fallimento di una società pubblica che svolge un servizio di pubblico interesse, rischiano sia di pregiudicare l’interesse della collettività ad una esecuzione regolare e continuativa del servizio, sia di determinare un grave danno all’ordine pubblico e alla sicurezza pubblica.

Il testo unico non detta infatti alcuna disposizione volta a disciplinare la c.d. “fase patologica”, ovvero lo svolgimento della procedura di fallimento di società a partecipazione pubblica, diversamente da quanto fa per la fase c.d. “fisiologica”, per le quali addirittura prevede delle deroghe alla disciplina di diritto comune.

Proprio per questi motivi, secondo autorevole dottrina, per cercare di trovare un punto di equilibrio tra gli interessi pubblici e privati coinvolti nella crisi delle società a partecipazione pubblica il legislatore avrebbe dovuto “delineare una specifica procedura concorsuale per le società a partecipazione pubblica esercenti pubblici servizi”, piuttosto che “veicolare tutte le insolvenze nella procedura fallimentare”, trattandosi questa di una scelta che “certamente risponde alle esigenze di eliminazione dal mercato delle imprese insolventi e di tutela della *par condicio creditorum*, ma che apre scenari di difficile soluzione nel corso della procedura”²³¹.

²³¹ Giacomo D’Attorre, La crisi d’impresa nelle società a partecipazione pubblica, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà

2.1 La fallibilità delle società in house alla luce del testo unico

Come già anticipato, prima dell'entrata in vigore del Dlgs 175/2016 si auspicava da più parti una diversificazione del regime applicabile in materia di crisi di impresa per le società a partecipazione pubblica esercenti pubblici servizi.

In particolare, si erano espressi in tal senso sia il Consiglio di Stato, sia la Commissione Bilancio della Camera dei Deputati. Nel primo caso, il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa, nelle osservazioni rese nel parere n. 968 del 21 aprile 2016 afferma che ““la Commissione si limita a segnalare come l’art. 18, comma 1, lettera i) della legge delega preveda la «possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento». Si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società in house”.

Nel secondo caso invece la Commissione Bilancio della Camera dei Deputati, nel parere reso il 27 luglio 2016, invitava il Governo a valutare “ “l’opportunità di introdurre per le società in house o strumentali, in ragione della peculiarità del loro assetto organizzativo, un sistema di gestione della crisi d’impresa diverso dall’applicazione integrale della disciplina del fallimento prevista per le altre società a partecipazione pubblica”²³².

Successivamente all’entrata in vigore del testo unico, parte della dottrina, sulla base del fatto che l’art. 14 assoggetta espressamente alle procedure concorsuali ivi menzionate le “società a partecipazione pubblica”, aveva ritenuto che tale regola non operasse per le “società in house”, posto che l’art. 2 differenzia i due tipi societari.

Si ricorderà infatti, come si è già avuto ampio modo di approfondire, che per «società a partecipazione pubblica» si intendono le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico, mentre per «società in house» si intende le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto.

Proprio per questi motivi, anche in seguito all’entrata in vigore del testo unico vi era

²³² Cfr. anche Maria vittoria Ferroni, Le procedure concorsuali nel testo unico delle società a partecipazione pubblica, in “Nomos, le attualità del diritto”.

chi continuava a sostenere la non applicabilità dell'art. 14 alle società *in house* e di conseguenza la loro non assoggettabilità alle procedure concorsuali.²³³

In realtà, come hanno avuto giustamente modo di sottolineare alcuni autori, “se questa fosse la conclusione, l'intento chiarificatore dell'intervento legislativo sarebbe del tutto vanificato, in quanto proprio con particolare riferimento alle società *in house* si era negli ultimi anni concentrato il dibattito circa la fallibilità o meno”²³⁴.

Di conseguenza la soluzione detta dall'art. 14 del testo unico deve ritenersi applicabile anche alle società *in house*.²³⁵

A tal proposito si è infatti evidenziato che, da un lato le società *in house* possono essere considerate una “*species*” del “*genus*” più ampio costituito dalle società a partecipazione pubblica e dall'altro che l'articolo 14 comma 6²³⁶ del testo unico fa espressamente riferimento alle “società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti”, le quali, come si è già visto²³⁷, non possono che essere le società c.d. *in house*. Tale orientamento è stato avallato anche dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare la suprema Corte di Cassazione, Sez. I Civile, con la sentenza n. 3196 del 7 febbraio 2017, ha sancito definitivamente l'applicabilità della disciplina del fallimento alle società *in house*.²³⁸

La Corte infatti, richiamando l'orientamento già espresso con la sentenza n. 22209 del 2013, ribadisce il principio per cui “*In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della*

²³³ C. ANGELICI, Tipicità e specialità delle società pubbliche, in AA.VV., Le “nuove” società partecipate e *in house providing*, Milano, 2017, p. 15 ss.

²³⁴ Giacomo D'Atorre, La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica, in Le società pubbliche (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà

²³⁵ Iba Carlo, Demuro Ivan, La crisi d'impresa, in in Le società a partecipazione pubblica, 2018

²³⁶ Il quale dispone che “Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita”.

²³⁷ Cfr. cap. 2

²³⁸ In www.giurdanella.it

concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità.”

La corte prosegue poi affermando che *“Il profilo pubblicistico della società in house, in cui l'ente pubblico esercita sulla società un controllo analogo, quantomeno per prerogative ed intensità, a quello esercitato sui propri servizi ed uffici, appare allora ispirato - in realtà - dal mero obiettivo di eccettuare l'affidamento diretto (della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate) alle citate norme concorrenziali, ma senza che possa dirsi nato, ad ogni effetto e verso i terzi, un soggetto sovra qualificato rispetto al tipo societario eventualmente assunto”*.

Secondo la Cassazione infatti *“Su tale società (...), per quanto intesa come articolazione organizzativa dell'ente, ove posta in una situazione di delegazione organica o addirittura di subordinazione gerarchica (...), si determina solo una responsabilità aggiuntiva (contabile) rispetto a quella comune — secondo i dettami di Cass. s.u. 26283/2013, poi ripresi dall'art.12 d.lgs. n.175 del 2016 — ma senza l'effetto di perdere l'applicazione dello statuto dell'imprenditore”*.

Per questo motivo conclude la Corte *“Il rapporto tra società ed ente è perciò di assoluta autonomia, non essendo consentito al secondo di incidere unilateralmente sullo svolgimento dello stesso rapporto e sull'attività della società mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario e mediante la nomina dei componenti degli organi sociali”*.

2.2 La valutazione del rischio di crisi aziendale delle società a controllo pubblico e le misure di prevenzione

Dopo aver quindi espressamente avallato l'orientamento privatistico, il testo unico si è preoccupato di individuare, sulla base delle "best practices internazionali"²³⁹, i principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico. Il testo unico detta infatti una procedura di allerta della crisi ricavabile dalla lettura congiunta dell'articolo 14 comma 2 del d.lgs. n. 175 del 2016 e dell'articolo 6 comma 2.

Si tratta di una serie di strumenti di allerta e di prevenzione aventi come finalità quella di "anticipare la reazione rispetto alla crisi e (...) di evitare che la risposta si basi solo su periodici versamenti da parte delle amministrazioni pubbliche-socie, che curano i sintomi ma non rimuovono le cause della crisi"²⁴⁰.

Mentre infatti nelle società private il rischio è quello che il socio, con l'avanzamento dello stato di crisi, possa abbandonare la società al suo destino o comunque possa scaricare eventuali conseguenze sui creditori sociali, nelle società pubbliche il rischio che può profilarsi riguarda la possibilità che il socio pubblico possa, nonostante un peggioramento della crisi, continuare a finanziare la società, dilapidando risorse pubbliche e causando un grave danno all'erario.

Questi strumenti di allerta, che sono però previsti solo per le società a controllo pubblico²⁴¹, come esplicitato all'art. 14 comma 2, si articolano nel "programma di valutazione del rischio di crisi aziendale", nel "piano di risanamento" e nel "piano di

²³⁹ Ibba Carlo, Demuro Ivan, La crisi d'impresa, in *Le società a partecipazione pubblica*, 2018

²⁴⁰ Giacomo D'Atorre, La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà

²⁴¹ Si ricorderà che l'art. 2 lett. m) definisce tali società come quelle in cui "una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)". Quest'ultima a sua volta precisa che per "controllo" si intende "la situazione descritta nell'[articolo 2359 del codice civile](#). Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo".

ristrutturazione aziendale”.²⁴²

Mentre il primo costituisce uno strumento necessario ex lege per una tempestiva rilevazione dello stato di crisi e della perdita della continuità aziendali, gli altri due piani entrano “in gioco” in un momento successivo, trattandosi di provvedimenti necessari al fine di prevenire l’aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause e che dovranno quindi essere predisposti ogniqualvolta, nell’ambito dei programmi di valutazione, emergano degli indicatori di rischio di crisi aziendale.²⁴³

In particolare, all’art. 6 comma 2 del testo unico si prevede che le società a controllo pubblico debbano predisporre specifici “programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale” e che le stesse dovranno poi provvedere ad informare l’assemblea dandone conto nella relazione sul governo societario da redigere annualmente a chiusura dell’esercizio sociale e da pubblicare contestualmente alla pubblicazione del bilancio di esercizio.

Questa disposizione deve essere letta, come anticipato, congiuntamente a quanto previsto dall’articolo 14 comma 2 del d.lgs. n. 175 del 2016, il quale prevede che “Qualora emergano, nell’ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all’articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale, l’organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l’aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento”. Si tratta di una disposizione avente come finalità quella di gestire in maniera tempestiva ed efficace il rischio di crisi, in modo tale da evitare che un aggravamento dello stato di crisi possa portare ad una dichiarazione di fallimento.

²⁴² Cfr. G. D’ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giurisp. comm.*, n.2/2020, p. 262 e ss., secondo cui “La differenza tra il “programma di valutazione del rischio di crisi aziendale” e gli altri due strumenti è di agevole individuazione: il primo rappresenta uno strumento (anche) per la tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale, costituendo un tassello, imposto ex lege, dell’adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile che ogni imprenditore ha il dovere di istituire; i secondi costituiscono la cornice al cui interno collocare, in modo coerente e razionale, i provvedimenti necessari al fine di prevenire l’aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause; vedi anche Ferroni, *Le procedure concorsuali nel testo unico delle società a partecipazione pubblica*, in *Nomos, Le attualità del diritto*.

²⁴³ [http://www.formazionedif.it/doc/T U societ%C3%A0_publiche.pdf](http://www.formazionedif.it/doc/T_U_societ%C3%A0_publiche.pdf)

Come è stato giustamente sottolineato in dottrina²⁴⁴, sebbene da un lato il legislatore abbia codificato espressamente, con questo sistema di allerta, i doveri in capo agli amministratori al ricorrere di una situazione, quantomeno potenziale, di crisi, dall'altro è innegabile che lo stesso abbia taciuto circa l'identificazione degli indicatori di crisi aziendale.

A ben vedere poi, quanto previsto dall'art. 14 comma 2 non rappresenta altro che una specificazione di quanto previsto in materia di obblighi dell'organo amministrativo dall'art. 2381 c.c., il quale attribuisce, come è noto, al consiglio di amministrazione il compito di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

Qualora quindi si verifichi una delle situazioni di cui all'art. 14 comma 2, l'organo amministrativo dovrà adottare senza indugio i provvedimenti necessari, "al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause". Allorquando ciò non si verifichi, il comma 3 sancisce espressamente che "Quando si determini la situazione di cui al comma 2, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile".

Questa disposizione si collega a quanto disciplinato dall'articolo 13 del testo unico, rubricato "Controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico". In esso si prevede che, nelle società a controllo pubblico, ogni amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare e in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall'articolo 2409²⁴⁵ del codice civile, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale.

Si tratta evidentemente di uno strumento generale, applicabile in deroga al codice civile anche alle società costituite sotto forma di S.r.l., il quale permette ad ogni amministrazione pubblica socia, anche se titolare di una minima partecipazione al

²⁴⁴ Cfr, Mastrangelo, "La prevenzione nelle società a partecipazione pubblica" in www.diritto.it.

²⁴⁵ Ai sensi dell'art. 2409 comma 1 c.c. "se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale del rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione.

capitale sociale, di presentare denuncia al tribunale competente ogni qualvolta ravvisi l'esistenza di una grave irregolarità e di sollecitare di conseguenza l'autorità a compiere le verifiche opportune.

Inoltre, la violazione della disciplina dettata dal comma 3 dell'art 14 comporterà, trattandosi di un obbligo a contenuto specifico, la possibilità di revocare i componenti degli organi amministrativi e soprattutto esporrà gli stessi a responsabilità, nei limiti del pregiudizio patrimoniale riconducibile a tale inadempimento²⁴⁶.

Successivamente al comma 4, “al fine di evitare interventi tampone”²⁴⁷, si considera inadeguata “la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte”.

A tal proposito si pone il problema della non agevole distinzione tra “i piani di risanamento” di cui al comma 2 e “i piani di ristrutturazione aziendale” di cui al comma 4 dell'art. 14 del Testo Unico.

In particolare, ci si è chiesti se questi due piani coincidano ovvero si differenzino sia per contenuti che per effetti.

Ebbene secondo una parte della dottrina, si dovrebbe optare per una loro sostanziale identità di contenuto, posto che, sul piano giuridico-aziendale, i concetti di ristrutturazione aziendale e di risanamento si equivalgono, avendo entrambi come finalità quella di recuperare l'equilibrio economico dell'attività²⁴⁸, mentre secondo altri autori²⁴⁹ i due piani sarebbero sostanzialmente in un rapporto di *genus a species*.

²⁴⁶ Cfr. Giacomo D'Attorre, La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà

²⁴⁷ Ibba Carlo, Demuro Ivan, La crisi d'impresa, in *Le società a partecipazione pubblica*, 2018, p.340

²⁴⁸ G. D'Attorre, La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà, p. 680

²⁴⁹ Cfr. G. Guizzi- M. Rossi, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. Garofoli- A. Zoppini, p. 610, nel diritto editore, 2018.

Al primo orientamento si è obiettato sottolineando che, mentre al comma 4, quando si parla di piano di ristrutturazione aziendale, si fa riferimento al raggiungimento dell'equilibrio economico, al comma 5 del medesimo art. 14 del TU, ove si menzionano nuovamente i piani di risanamento, si parla di “equilibrio finanziario”, motivo per cui si tende ad affermare che, sebbene il piano di risanamento sia unico, diversi possono poi essere gli effetti conseguenti alla sua predisposizione.

Il piano di risanamento ex art. 14 T.U. dovrebbe poi distinguersi dal piano attestato di risanamento ex art. 67 comma 3, lett. d)²⁵⁰, sia dal punto di vista contenutistico che da quello degli effetti.

Sotto il primo profilo, mentre il piano di risanamento deve comprovare “la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico”, il piano ex art. 67 deve essere idoneo “a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria”.

In realtà, come si è giustamente sottolineato in dottrina, le differenze tra i due piani tendono ad assottigliarsi, considerato che anche il piano attestato di risanamento dovrà essere finalizzato al recupero dell'equilibrio non solo finanziario ma anche economico, posto che per ottenere la stabilità finanziaria è necessario rimuovere le cause economiche della crisi.²⁵¹

Più marcate sono invece le differenze tra i due piani dal punto di vista procedimentale e degli effetti.

Nel primo caso, infatti, si evidenzia che il piano attestato di risanamento ex art. 67 l. fall. deve essere asseverato da un professionista indipendente, il quale deve “attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano”²⁵², mentre il testo unico non sembra richiedere tale requisito per i piani ex art. 14.

²⁵⁰ Con esso si dichiarano esentati dalla dell'azione revocatoria fallimentare gli atti posti in essere in esecuzione del piano.

²⁵¹ Cfr. G. Meo, *I piani “di risanamento” previsti dall'art. 67 l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 37 ss.; G.B. Nardecchia, *Le esenzioni da revocatoria. Piani attestati. Accordi di ristrutturazione. Concordato preventivo*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, Milano, 2016, 1496 ss.; M. Fabiani, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, 433, G. D'Attorre, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà, p. 680 ss

²⁵² Cfr. art. 67 comma 3 l.d legge fall.

Sul piano degli effetti invece occorre ricordare che, mentre l'effetto principale del piano ex art. 67 l. fall. è quello di dichiarare esentati dalla dell'azione revocatoria fallimentare gli atti posti in essere in esecuzione del piano, il piano ex art. 14 T.U. non è dotato di alcun effetto protettivo, motivo per cui non garantisce alcuna esenzione da una eventuale azione revocatoria.²⁵³

Per risolvere quest'ultimo problema si potrebbe pensare di redigere un piano che assuma la forma sia di quello ex Art. 14 T.U. che di quello ex art. 67 l. fall., in modo tale che, combinando le due disposizioni, anche il piano di risanamento di una società pubblica possa beneficiare dell'esenzione dall'azione revocatoria²⁵⁴.

Procedendo con l'analisi dell'art. 14 del testo unico, al comma 5 si prevede che, "le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196²⁵⁵, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta

²⁵³ In tal senso vedi anche G. D'Attorre, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà, p. 680 ss

²⁵⁴ F. Guerrero, *Crisi*, cit., 375; F. Fimmanò, *Insolvenza*, cit., 719; L. Stanghellini, *Commento*, 10 del dattiloscritto.

²⁵⁵ Ovvero le amministrazioni inserite nell'elenco Istat, in particolare si tratta degli organismi pubblici, delle istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica, controllate e finanziate per la maggior parte da amministrazioni pubbliche.

della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma.” Infine, l’ultimo comma prevede che, nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.

3 L'amministrazione straordinaria

Come anticipato, in seguito all'entrata in vigore del D.lgs. 175/2016 anche le società pubbliche possono essere assoggettate, ove ne ricorrano i presupposti, alle disposizioni dettate in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Questa procedura concorsuale risulta infatti essere la migliore via percorribile per assicurare sia la conservazione dei valori aziendali, sia per garantire la continuità dei servizi pubblici necessari per la collettività.²⁵⁶

L'istituto, introdotto nel nostro ordinamento con la legge n. 95 del 2 aprile 1979, è stato ampiamente modificato con il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (legge Prodi-bis). Nel tempo, la disciplina prevista per questa nuova procedura concorsuale ha comunque subito ulteriori modifiche, basti pensare al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (decreto Marzano), conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39 o al d.l. 28 agosto 2008, n. 134 (decreto Alitalia), conv. in l. 27 ottobre 2008, n. 166.

Questa procedura concorsuale era originariamente concepita come uno strumento per risolvere le crisi che interessavano le imprese di grandi dimensioni, in quanto ampliando la sfera d'azione dell'autorità amministrativa comportava la possibilità di conservare sia i posti di lavoro, sia le attività produttive di tali imprese.²⁵⁷ La disciplina è stata in ultimo modificata dal "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" di cui al d.lgs. 14 gennaio 2019, n. 14.

Si tratta di una procedura che è stata definita "Mista", perché prevede l'intervento sia dell'autorità giudiziaria che di quella amministrativa (MISE), ed è suddivisibile in due fasi: una di osservazione giudiziale e una di esecuzione del programma in seguito all'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria.²⁵⁸ È una procedura caratterizzata da un iter abbastanza complesso, posto che richiede di accertare sia la sussistenza dello stato di insolvenza, sia l'esistenza di concrete possibilità di recupero

²⁵⁶ Cfr. Francesca Angiolini, "L'amministrazione straordinaria delle società pubbliche", in *"Le società pubbliche"* (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà; vedi anche F. Fimmanò, *risanamento mediante amministrazione straordinaria*, in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 604.

²⁵⁷ Vedi nota precedente.

²⁵⁸ Aldo Fiale, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Edizioni Simone, 2016

dell'impresa.

La prima fase si apre infatti con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza emanata dal Tribunale del luogo in cui l'azienda ha sede, a cui segue poi la contestuale nomina di 1 o 3 commissari giudiziali su indicazione del MISE.

Successivamente a questa prima fase segue un periodo di osservazione da parte del commissario giudiziale, della durata di circa 70 giorni, volto a verificare se sussistono possibilità di risanamento per l'impresa.²⁵⁹

Decorso questo periodo, il Tribunale, qualora non vi siano concrete possibilità di recupero dell'attività produttiva e sulla base della relazione stilata dal commissario giudiziale ed un parere del MISE, è tenuto a dichiarare con sentenza il fallimento.²⁶⁰

In caso contrario, ovvero quando sono state riscontrate delle serie possibilità di risanamento dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, il Tribunale, con decreto motivato, ammette l'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria, la quale verrà gestita sulla base di un programma che il commissario straordinario è tenuto a redigere entro i sessanta giorni successivi al decreto di apertura della procedura.²⁶¹

In particolare, la disciplina dettata per l'amministrazione straordinaria prevede la possibilità di gestire la crisi optando per due diversi programmi:

- il programma di ristrutturazione, di durata non superiore ai due anni e avente come finalità il soddisfacimento integrale dei creditori dell'impresa;
- il programma di cessione, della durata massima di un anno e al termine del quale si dovrà procedere alla cessione dei complessi aziendali, sebbene con questa tipologia di programma sia possibile il soddisfacimento non integrale dei creditori.

Come anticipato precedentemente, la disciplina dettata per l'amministrazione straordinaria è stata più volte oggetto di interventi da parte del legislatore.

Una delle modifiche sicuramente più importanti è quella avutasi con il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (c.d. decreto Marzano), convertito in legge 18 febbraio 2004, n. 39, che ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. "amministrazione straordinaria speciale". Si tratta di una procedura concorsuale che si differenzia da quella ordinaria per le

²⁵⁹ <https://it.wikipedia.org/wiki?curid=585852>

²⁶⁰ ibidem

²⁶¹ ibidem

regole che la disciplinano, volte ad avviare velocemente e preferibilmente un programma di ristrutturazione.

Innanzitutto sono stati infatti modificati i presupposti di assoggettabilità alla procedura in questione: all'amministrazione straordinaria speciale può infatti accedere l'impresa, soggetta a fallimento e in stato di insolvenza, esistente da più di un anno, avente un numero di dipendenti non inferiore a 500 e un ammontare di debiti non inferiore a 300 milioni di euro.

L'ammissione alla procedura è poi disposta direttamente dal Ministro dello sviluppo economico su richiesta dell'impresa insolvente, ma quest'ultima è comunque tenuta a presentare ricorso al tribunale affinché questo accerti lo stato di insolvenza.²⁶²

Contestualmente alla ammissione alla procedura il Ministro dello sviluppo economico dovrà altresì provvedere a nominare il commissario straordinario, il quale fin dalla nomina dovrà provvedere all'amministrazione dell'impresa e dovrà altresì presentare, entro 180 giorni, prorogabili per altri 90, un programma di ristrutturazione, che il Ministro può rigettare o autorizzare.

Nel primo caso il commissario può convertire il programma di ristrutturazione in uno di cessione dei beni aziendali, purché sia attuabile nei successivi due anni e sia proposto entro i 60 giorni successivi al rigetto. Diversamente la procedura si convertirà in fallimento automaticamente. Nel secondo caso invece la procedura autorizzata proseguirà come da programma.²⁶³

Alla luce di queste premesse, sono numerose le differenze con l'amministrazione straordinaria "comune".

Innanzitutto si può osservare una preminenza dell'organo amministrativo: nell'amministrazione straordinaria speciale è infatti l'autorità amministrativa quella che interviene direttamente, mentre l'autorità giudiziaria, ovvero il tribunale, interviene successivamente e al solo fine di dichiarare lo stato di insolvenza. Proprio per questo motivo, lo stesso provvedimento di ammissione alla procedura è un provvedimento amministrativo e non giudiziario.

La disciplina sull'amministrazione c.d. "speciale" è stata successivamente innovata, come accennato sopra, dal d.l. 28 agosto 2008, n. 134 (decreto Alitalia), convertito in

²⁶² <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/2014-03-05-18-28-03.html>

²⁶³ <https://it.wikiversity.org/wiki?curid=4681>

legge 27 ottobre 2008, n. 166., con il quale il legislatore è intervenuto, modificando la legge Marzano, per cercare di arginare il dissesto in cui versava Alitalia.

Attraverso questo intervento legislativo, è stato quindi inserito, nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria (speciale) per le grandi imprese insolventi, anche la cessione di complessi aziendali, oltre alla ristrutturazione economica e finanziaria.

Secondo il provvedimento in esame l'ammissione alla procedura e la nomina degli organi, in particolare del commissario straordinario, può essere disposta con decreto sia dal Presidente del Consiglio dei Ministri che dal Ministro dello sviluppo economico. Quest'ultimo ha poi il compito di approvare il programma del Commissario, di nominare l'istituzione finanziaria indipendente per la stima dei beni aziendali da vendere e di autorizzare affitti e cessioni dei complessi aziendali.

Si prevede inoltre la possibilità, per il Commissario straordinario, di individuare l'acquirente mediante trattativa privata e l'obbligo di fissare il prezzo di cessione ad un valore non inferiore a quello di mercato.

Infine il decreto ha introdotto altresì delle misure destinate alla tutela dei lavoratori e degli indennizzi per i piccoli azionisti o gli obbligazionisti.

Quest'ultimi, in particolare, sono stati ammessi ai benefici di cui all'articolo 1, comma 343, della legge 23 dicembre 2005, n. 266²⁶⁴, sempre a condizione che non abbiano esercitato eventuali diritti di opzione aventi oggetto la conversione dei titoli in azioni di nuove società. Proprio per questo motivo non sono mancate le critiche in dottrina, in quanto alcuni hanno ritenuto che così facendo si sia sostanzialmente creata una condizione di privilegio, con la conseguenza che, proprio gli azionisti, “da una originaria posizione di creditori postergati arrivano adesso ad essere maggiormente tutelati di quelli chirografari”.²⁶⁵

²⁶⁴ Si tratta di un fondo costituito per le vittime di frodi finanziarie

²⁶⁵ In tal senso vedi M. Fabiani- L. Stanghellini, *La legge Marzano con le ali*, cit., 1342; Francesca Angiolini, “L'amministrazione straordinaria delle società pubbliche”, in “*Le società pubbliche*” (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà

4 I rapporti fra il Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica e il Codice della Crisi

Il tema dell'insolvenza delle società a partecipazione pubblica ha oggi notevole importanza anche alla luce del recente "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n.14. Quest'ultimo ha infatti operato un riordino della disciplina dettata dal Regio Decreto 19 marzo 1942, n.267 e della legge 27 gennaio 2012, n. 3, adeguando ai mutamenti e alle esigenze proprie della società attuale un sistema nato in una determinata realtà sociale e imprenditoriale. È emerso infatti che alcune delle soluzioni adottate dal legislatore con il testo unico sulle società a partecipazione pubblica hanno costituito l'archetipo su cui si è successivamente basato il legislatore e prima ancora la "Commissione Rordorf" per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali.

L'analisi congiunta di queste due norme ha principalmente due vantaggi²⁶⁶: in primo luogo le disposizioni dettate dal testo unico potranno essere utilizzate per interpretare quelle dettate dal codice della crisi, in quanto anticipatorie di quest'ultimo.

In secondo luogo occorre evidenziare che lo stesso d.lgs. 14/2019 fa salve, all'art. 1 comma 3, le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche. Inoltre, proprio con riferimento a quest'ultime, il codice della crisi di impresa fornisce una definizione chiara e incontrovertibile, definendole come "le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società in house di cui all'articolo 2, lettere m), n), o), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175".

In aggiunta, coerentemente con lo spirito della riforma, il nuovo codice della crisi abroga quanto disposto dall'art.2221 c.c., il quale, come si ricorderà, prevedeva che "gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali".

Inoltre, proprio per eliminare ogni dubbio, il d.lgs. 14 del 2019 estende all'art. 1 comma 1 il novero dei soggetti rientranti nelle procedure di accertamento dello stato

²⁶⁶ Maurizio Irrera-Marco Sergio Catalano, "L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica", in "diritto ed economia delle imprese"

di crisi e dell'insolvenza, prendendo in considerazione una figura molto ampia di debitore. Il nuovo codice della crisi disciplina, infatti, le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.

Di conseguenza si conferma ancora una volta il principio per cui una società di capitali non muta la sua natura per il solo fatto che la stessa sia partecipata da un ente pubblico, accogliendosi dunque definitivamente l'orientamento privatistico di cui si è parlato a inizio capitolo.

Capitolo 4

La azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica e il riparto di giurisdizione tra la Corte dei Conti e il Giudice Ordinario.

1. La genesi del nuovo regime delle azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica

L'art. 12 del d.lgs. 175/2016, emanato in attuazione dell'art. 18 della legge agosto 2015, n. 124 (deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche), è intervenuto in materia di "Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate".

Tra i principi e i criteri direttivi della legge delega vi era infatti sia quello di dare una "precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate", sia quello di eliminare "le sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo"²⁶⁷.

Attraverso quest'intervento normativo il legislatore delegato ha cercato di operare un riordino della disciplina preesistente, provando altresì a risolvere l'annosa questione circa i criteri relativi al riparto di giurisdizione.

In conformità quindi con quanto stabilito nella legge delega, l'articolo 12 del Testo Unico dispone che "I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che,

²⁶⁷ Vedi art. 18 comma 1 lett. c e h, d.lgs. 175/2016

nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.”.

Questa disposizione rappresenta la cristallizzazione di una complessa opera di elaborazione giurisprudenziale, dovuta soprattutto alla costituzione di un numero eccessivo di società pubbliche, che aveva, di fatto, finito per complicare il quadro in cui gli interpreti si erano trovati ad operare.

Proprio per questo motivo, appare utile ripercorrere il cammino seguito dalla suprema Corte di Cassazione per risolvere la questione relativa al riparto di giurisdizione in materia di azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica.

1.1 L'evoluzione giurisprudenziale

Come anticipato, il tema della responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate è stato oggetto di numerose pronunce della Suprema Corte di Cassazione, aventi soprattutto come obiettivo quello di definire il riparto di giurisdizione. È noto infatti che tale questione fosse quella, ab origine, più controversa: ci si domandava infatti se fosse configurabile o meno la giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori e degli altri dipendenti della società in termini di “danno erariale”.

A tal proposito giova ricordare che, ai sensi dell'art. 103 Cost. comma 2, “La Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”. L'espressione “materie di contabilità pubblica” fa riferimento all'origine della giurisdizione della Corte, la quale ha sempre svolto, fin dalla sua istituzione, avvenuta con legge 14 agosto 1862 n. 800, funzioni giurisdizionali in materia di giudizi di conto e di responsabilità dei contabili ed altri agenti pubblici per i “valori” perduti per loro colpa e negligenza.

L'istituzione di quest'organo si era resa necessaria, secondo la storica affermazione di Cavour, a causa della “*assoluta necessità di concentrare il controllo preventivo e consuntivo in un magistrato inamovibile*”²⁶⁸.

Le linee fondamentali del suo ordinamento sono state fissate nel testo unico approvato

²⁶⁸ Cfr. Garofoli, Ferrari (a cura di) Manuale di diritto amministrativo

con regio decreto 12 luglio 1934, n.1214.

La Corte dei Conti infatti, oltre ad essere un organo ausiliario (di rilevanza costituzionale²⁶⁹) del Governo e del Parlamento, è anche titolare della giurisdizione contabile, al cui interno è ricompreso sia il contenzioso contabile che quello pensionistico.

Da un punto di vista “giurisdizionale”, essa risulta essere caratterizzata dalla pienezza dei poteri, dalla esclusività (potendo conoscere sia degli interessi legittimi che dei diritti soggettivi) e della sindacatorietà del proprio apprezzamento, non essendo la Corte vincolata nel giudizio dalle richieste delle parti e potendo altresì conoscere di tutte le questioni sollevate in via pregiudiziale o incidentale, ad eccezione della querela di falso. Secondo autorevole dottrina²⁷⁰ si possono distinguere diversi tipi di processo: giudizio di conto, giudizio di responsabilità amministrativa, giudizio per resa di conto, giudizio pensionistico e giudizio ad istanza di parte.

Tradizionalmente, quando si parla di “responsabilità amministrativa”, si fa riferimento non solo alla responsabilità diretta della pubblica amministrazione, ma anche a quella del funzionario pubblico suo dipendente, in forza del disposto di cui all’art. 28 Cost., ove si afferma che “I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”. La ratio di questa previsione è sicuramente quella di agevolare il soggetto danneggiato, soprattutto ai fini di un più celere ottenimento del risarcimento del danno.

Ebbene fino agli anni Novanta la giurisdizione contabile in materia di responsabilità amministrativa era ancorata ad un presupposto c.d. “organico”²⁷¹ in quanto postulava la sussistenza di un vero e proprio rapporto di impiego.

Infatti, ai sensi dell’art. 13 del r.d. 12 luglio 1934, n. 121, “la Corte dei Conti giudica

²⁶⁹ Cfr. art. 100 Cost comma 2, ai sensi del quale “La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito”

²⁷⁰ F. Saitta; <https://www.scribd.com/document/232704081/Diritto-Amministrativo-Casetta-1>

²⁷¹ Cfr. Daniela Morgante, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica*, in Fimmanò, Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*.

sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni”.

Tuttavia, a partire dagli anni Novanta, si è assistito ad un cambio di rotta, in quanto sono stati introdotti, con la legge 8 giugno 1990, n. 142 (che riguardava esclusivamente i dipendenti degli enti locali) e, soprattutto, con leggi n. 19, n. 20 del 1994 e le ulteriori integrazioni apportate dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639, diversi elementi innovativi, tali da determinare un ampliamento della disciplina relativa alla responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte.

All'interno di questo nuovo quadro normativo, la giurisdizione della Corte dei Conti risultava ancorata non più al presupposto c.d. “organico”, bensì a quello “funzionale”²⁷², derivante a sua volta dalla riscontrabilità di un “rapporto di servizio.” Infatti, ai sensi dell'art.1 comma 4 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 “ La Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, per i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge”.

Attraverso questo intervento normativo il legislatore, attuando il secondo comma dell'art. 103 Cost., che, come è noto²⁷³, impone di trovare il fondamento della giurisdizione della Corte dei Conti, al di fuori delle materie di contabilità pubblica, in una specifica disposizione di legge, ha ampliato e definito i caratteri della “responsabilità per danno erariale”.

Grazie a questo mutamento legislativo è stato superato il tradizionale orientamento della Suprema Corte di Cassazione, che configurava la giurisdizione del giudice contabile esclusivamente nei confronti dei dipendenti e degli amministratori di enti soggetti alle regole di contabilità pubblica, ovvero di soggetti statali e di enti pubblici

²⁷² *Ibidem*

²⁷³ Cfr. sent. Cass. Sezioni Unite, n.26283/2013, ove si ricorda che “l'art. 103 Cost., comma 2, impone, al di fuori delle materie di contabilità pubblica, di trovare il fondamento della giurisdizione della Corte dei conti in una specifica disposizione di legge (rinvenibile all'origine nella previsione del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, art. 13, secondo cui la Corte dei conti giudica sulla responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni, con il successivo ampliamento dovuto alla L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, comma 4, che ha esteso il giudizio della stessa Corte dei conti alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici anche per danni cagionati ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza)”.

non economici. Dalla Giurisdizione della Corte dei Conti, infatti, esulavano le azioni di responsabilità promosse contro gli amministratori e i dipendenti degli enti pubblici economici e delle società pubbliche, come del resto risulta dal fatto che, in diverse occasioni, la Suprema Corte di Cassazione aveva affermato la giurisdizione del giudice ordinario in materia di responsabilità degli amministratori di un'azienda municipalizzata.²⁷⁴

È solo nel 2003, a quasi 10 anni di distanza dall'entrata in vigore della legge 20/1994, che si assisterà ad un revirement giurisprudenziale, operato con l'importantissima pronuncia del 22 dicembre 2003, n. 19667, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avranno modo di estendere la giurisdizione della Corte dei Conti anche ai giudizi di responsabilità amministrativa, per fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art.1 ultimo comma della legge n. 20 del 1994, nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici.

Si afferma infatti che *“Il discrimen tra le due giurisdizioni risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo , e , pertanto , nella natura – pubblica o privata – delle risorse finanziarie di cui esso si avvale , avendo il legislatore del 1994 inteso più incisivamente tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici, diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente – e così, in definitiva , l'interesse pubblico -, con l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte dei conti , presso la quale (a differenza di quanto invece avviene , salvo eccezioni che qui non interessano , per il giudice ordinario) , è istituito il procuratore regionale abilitato a promuovere i relativi giudizi nell'interesse generale dell'ordinamento giuridico (Cass. n. 12827/82 e 9780/98)”*.²⁷⁵ Questo arresto giurisprudenziale sarà successivamente confermato dalla Suprema Corte con riferimento ad analoghe fattispecie. Con una serie di pronunce successive, infatti, la giurisdizione contabile sarà estesa, dalle Sezioni Unite, anche ai giudizi di responsabilità amministrativa promossi contro gli amministratori e i dipendenti delle aziende municipalizzate e delle società a partecipazione pubblica.²⁷⁶ Tuttavia, fino al 2009, non vi era univocità di vedute circa il criterio da utilizzare per

²⁷⁴ Cfr. tra le tante, Corte di Cassazione, 11 febbraio 2002, n° 1945, in Foro it., 2002, I, 1408,

²⁷⁵ http://amcorteconti.it/giurisp/cass_19667_03.htm

²⁷⁶ Cfr. Cass., SS. U.U., 19 febbraio 2004; 26 febbraio 2004, n. 3899; 3 maggio 2005, n.9096; 27 settembre 2006, n.20886; C. conti, sez. giur. Reg. Lombardia, 22 febbraio 2006, n.114; id. 5 settembre 2007, n. 448.

fondare il riparto di giurisdizione e si erano andati affermando due diversi orientamenti giurisprudenziali.

Da un lato, infatti, una parte della giurisprudenza di legittimità, tra cui si segnala l'ordinanza Cass., SS.UU., 26/2/2004 n. 3899, continuava a ritenere necessario, ai fini della configurazione della giurisdizione contabile per responsabilità amministrativa, la sussistenza di un rapporto di servizio tra il soggetto pubblico e il soggetto responsabile. Dall'altro invece vi era chi riteneva che ormai la responsabilità erariale si fosse evoluta in "responsabilità finanziaria"²⁷⁷, facendo leva sul criterio della "natura del denaro e degli scopi perseguiti".²⁷⁸

Proprio con riferimento a quest'ultimo orientamento, le Sezioni Unite della Cassazione, con l'ordinanza 1 marzo 2006 n. 4511, avevano affermato che *"ormai il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicché ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla Pubblica Amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguito, egli realizza un danno per l'ente pubblico (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al Giudice contabile (ex plurimis Cass. sez. un. n. 8450/98, 926/99, 11309/95)"*.

Il punto di svolta si ebbe però con la sentenza della Corte di Cassazione n° 26806/09, che, inaugurando un nuovo filone giurisprudenziale, aveva introdotto la centrale distinzione tra enti pubblici economici da un lato e società partecipate dall'altro.

Con riferimento ai primi si è infatti osservato come *"a partire dal 2003, le sezioni unite abbiano ritenuto spettare alla Corte dei conti, dopo l'entrata in vigore della L. n. 20 del 1994, art. 1, u.c., la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto la*

²⁷⁷ Cfr. Daniela Morgante, Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica, in Fimmanò, Catricalà (a cura di), Le società pubbliche.

²⁷⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 1 marzo 2006 n. 4511.

responsabilità di privati funzionari di enti pubblici economici (quali, ad esempio, i consorzi per la gestione di opere) anche per i danni conseguenti allo svolgimento dell'ordinaria attività imprenditoriale e non soltanto per quelli cagionati nell'espletamento di funzioni pubbliche o comunque di poteri pubblicistici (Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667)”²⁷⁹.

Sempre con riferimento agli enti pubblici economici la Corte ha affermato, superando il suo tradizionale orientamento che *“si esercita attività amministrativa non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono le finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato; con la conseguenza - si è precisato - che, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della corte contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno (Sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973; 20 giugno 2006, n. 14101; 1 marzo 2006, n. 4511; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3367)”*.

Di conseguenza, secondo il ragionamento seguito dai giudici di legittimità, gli enti pubblici economici restano nell'alveo della pubblica amministrazione anche quando operano imprenditorialmente con strumenti privatistici.

La situazione cambia nel diverso caso della responsabilità di amministratori di società di diritto privato partecipate da un ente pubblico: si afferma infatti che una società non perde la sua natura di ente privato per il sol fatto che il suo capitale è alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico.

Si osserva infatti come il codice civile dedichi un solo articolo, l'art. 2449, alle s.p.a. a partecipazione pubblica e che la scarna disciplina ivi contenuta non è certamente in grado di configurare²⁸⁰ *“uno statuto speciale per dette società (spesso, viceversa, interessate da norme speciali, non sempre tra loro ben coordinate), salvo per i profili*

²⁷⁹ Si ricorderà infatti come, antecedentemente alla sentenza del 2003 ivi citata, la Corte fondasse il suo ragionamento sulla distinzione tra atti inerenti all'esercizio dell'attività di impresa e atti relativi all'espletamento di pubbliche funzioni.

²⁸⁰ <http://www.salvatorebrienza.it/dirittocivile/giurisprudenza/1081-azione-sociale-di-responsabilita-e-azione-di-responsabilita-patrimoniale-nella-gestione-di-societa-a-partecipazione-pubblica.html>

inerenti alla nomina e revoca degli organi sociali, specificamente ivi contemplati”, né tantomeno di investire “il tema della responsabilità di detti organi, che resta quindi disciplinato dalle ordinarie norme previste dal codice civile a questo riguardo”.

Ebbene nel caso oggetto della sentenza in esame la Suprema Corte circoscrive la giurisdizione contabile alla sola ipotesi in cui, l’azione del procuratore contabile, sia volta a far valere la responsabilità dell’amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall’ente pubblico, quando questo sia stato direttamente danneggiato dall’azione illegittima.

Di conseguenza, secondo i giudici di legittimità, la giurisdizione della Corte dei Conti dovrebbe essere esclusa nell’ipotesi in cui l’azione sia stata proposta per reagire ad un danno cagionato al patrimonio e alla redditività della società.

Infatti, da un lato *“non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l’ente pubblico partecipante e l’amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall’atto di mala gestio”*, dall’altro non sussisterebbe neppure *“un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio”*.

Quello che rileverebbe infatti secondo la Corte è soltanto il danno “diretto” arrecato al patrimonio dell’ente pubblico socio, mentre dovrebbe considerarsi irrilevante, in tema di responsabilità erariale, il danno c.d. “riflesso”.

Sebbene sia vero che il danno sofferto dal patrimonio della società sia destinato a ripercuotersi sui soci, non può non considerarsi, ad avviso dei giudici, che lo stesso diritto societario, con riferimento a società interamente partecipate da privati, distingue *“i danni arrecati direttamente al patrimonio del socio o del terzo da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società”*²⁸¹.

Pertanto, conclude la Suprema Corte, *“Si capisce, allora, come il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all’azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un’ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un*

²⁸¹ Cfr. sentenza ivi menzionata

danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale”.

La tappa successiva di questa evoluzione giurisprudenziale è segnata dall'ordinanza 22 dicembre 2009, n.27092, con cui è stata riconosciuta la giurisdizione contabile nei confronti delle azioni di responsabilità promosse nei confronti di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto è soggetto a regole legali sui generis e dalla sentenza del 25 novembre 2013, n.26283, con cui è stata affermata la giurisdizione della Corte dei Conti nell'ipotesi in cui l'azione del Procuratore contabile sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*.

Nel primo caso le Sezioni Unite hanno riconosciuto infatti alla Rai, sulla base di speciali indici e nonostante l'ambito formale che riveste di S.p.A., *“natura sostanziale di ente assimilabile ad una amministrazione pubblica”*, da cui discenderebbe la *“qualificabilità come erariale del danno cagionato dai suoi agenti, nonché da quelli degli enti pubblici suoi azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa del giudice contabile”*.

Con riferimento invece alla sentenza del 2013, la Corte di Cassazione ha affrontato il problema della *“sostanza pubblicistica”*²⁸² della società *in house*, arrivando a ricomprendere nella giurisdizione contabile anche la cognizione del danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti di tale società.

Infatti, secondo i giudici della Suprema Corte, le società *in house* hanno della società solo la forma esteriore in quanto in realtà costituiscono delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi.

Di conseguenza, *“gli organi di tali società, assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica,*

²⁸² Cfr. Daniela Morgante, Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica, in Fimmanò, Catricalà (a cura di), Le società pubbliche.

come investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società".²⁸³

Tali organi sono infatti preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, motivo per cui gli stessi, ad avviso della Corte, sono ad essa personalmente legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non diversamente da quanto accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico.

Pertanto, *“Non essendo possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in questo caso, il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità*".²⁸⁴

1.2 Il parere del Consiglio di Stato

L'iter evolutivo seguito dalla giurisprudenza è stato accolto e condiviso dal Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto delegato il 21 aprile 2016, n.968, che espressamente definisce come “consolidato” l'esito interpretativo a cui è giunta la Corte di Cassazione, la quale, come è ormai noto, distingue il regime delle società a partecipazione pubblica da quello delle società in house.

In particolare, in relazione alle prime, il Consiglio di Stato ricorda che “l' autonoma soggettività della società impedisce, per mancanza del rapporto di servizio, di radicare la giurisdizione del giudice contabile. Si afferma, infatti, che «non sembra si possa prescindere dalla distinzione tra la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica

²⁸³ Cfr. massima sentenza in neldiritto.it

²⁸⁴ Cfr. nota precedente.

amministrazione, e quella personale degli amministratori (nonché dei sindaci o degli organi di controllo della stessa società) i quali, ovviamente, non s'identificano con la società, sicché nulla consente di riferire loro, sic et simpliciter, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte» (Cass. civ., S. U., 19 dicembre 2009, n. 26806)”. Tuttavia, osserva la Commissione Speciale, la Suprema Corte ha individuato due eccezioni a tale principio generale, in relazione alle quali è configurabile la giurisdizione della Corte dei conti.

La prima ipotesi riguarda il caso in cui l'azione del procuratore contabile sia volta a far valere «la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illegittima non di riflesso, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì direttamente». . In questi casi, sottolinea la Cassazione, si è «in presenza di un cosiddetto danno erariale, ossia di un danno provocato dall'agente al patrimonio dell'ente pubblico, come ad esempio accade nel caso del danno all'immagine della pubblica amministrazione» (Cass. civ., S. U., 12 dicembre 2013, n. 27733, che richiama, sul punto, Cass. n. 26806 del 2013).²⁸⁵

La seconda ipotesi si avrebbe invece nel caso in cui l'azione del procuratore contabile sia proposta «nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione». Ciò può accadere «quando il socio pubblico, in presenza di atti di mala gestio imputabili agli amministratori o agli organi di controllo della società partecipata, trascuri ingiustificatamente di esercitare le azioni di responsabilità alle quali egli sia direttamente legittimato, ove ne sia derivata una perdita di valore della partecipazione» (sentenze da ultimo citate).

Pertanto, secondo il Consiglio di Stato, la qualificazione dell'in house come articolazione interna della pubblica amministrazione è coerente con il riconoscimento, in tali casi, della giurisdizione contabile.

La Commissione Speciale ricorda infatti che “Se l'attività degli amministratori e degli

²⁸⁵ Cfr. parere ivi menzionato

organi di controllo non è riconducibile ad un soggetto privato dotato di una sua autonoma soggettiva ma ad “organi” di una pubblica amministrazione, è certamente riscontrabile un rapporto di servizio con l’ente pubblico”.

Essendo quindi prive de facto le società in house di soggettività giuridica, in quanto riconducibili ad una articolazione interna dell’amministrazione , il danno arrecato ad esse “è un danno arrecato al patrimonio (separato) dell’ente pubblico, il che giustifica l’attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità”.²⁸⁶

2. La soluzione adottata dal Testo Unico

L’art. 12 del d.lgs. 175/2016, rubricato “Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate”, va ad attuare l’art. 18 comma 1 lettera c) della legge delega, che prescriveva come principio e criterio direttivo la: «precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate».

Si può innanzitutto osservare come il legislatore delegato, accogliendo le osservazioni formulate dal Consiglio di Stato nel parere n.968/2016, si sia posto in una sostanziale linea di continuità con gli orientamenti a cui era giunta la suprema Corte di Cassazione. La norma dispone al primo comma che “I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2”.

Si tratta evidentemente di una disposizione avente come finalità quella di favorire “(l’)

²⁸⁶ Ibidem

eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo”.²⁸⁷

Per questo motivo è stata infatti disposta dal legislatore “la concorrente applicazione della normativa di diritto comune in tema di responsabilità e di quella per danno erariale”.²⁸⁸

Si può inoltre osservare come tale norma abbia finito per cristallizzare le conclusioni a cui era giunta la Suprema Corte con la sentenza 26283/2013, venendo estesa la giurisdizione contabile sia alle ipotesi di *mala gestio* da parte degli amministratori e dei dipendenti di una società *in house*, sia alla diversa fattispecie di danno erariale nei casi di società miste.

Il comma 2 dell’articolo 12 si preoccupa poi di dare una definizione di danno erariale, inteso come “il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”.

Salvo quindi le diverse ipotesi delle *società in house* e del danno erariale, le società a partecipazione pubblica sono assoggettate, analogamente a quanto avviene per quelle a totale partecipazione privata, al regime generale di responsabilità previsto dal diritto societario e di cui agli art..2392 ss c.c.

²⁸⁷ Cfr. art. 18 comma1, lettera h), l. 124/2015

²⁸⁸ In tal senso cfr. A. Police, La responsabilità degli amministratori e soci per cattiva gestione di società a capitale pubblico, in AA.VV., Manuale delle società pubbliche, Torino, 2015, 502; M. Sciascia, La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema delle partecipazioni pubbliche delineato dal Testo Unico, in Le società pubbliche, in F.Fimmano’(a cura di), Napoli, 2016, 165-175; F. Cerioni, Le responsabilità degli amministratori degli enti pubblici soci per danno erariale, in AA.VV.,Le società pubbliche nel Testo Unico, Milano, 2017, 149, nonché Napolitano Andrea, L’evoluzione della giurisprudenza ed i recenti interventi del legislatore in materia di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, in federalismi.it

2.1 La responsabilità civile: l'art. 12 del T.U. e il rinvio al diritto societario

Come anticipato nel paragrafo precedente, la scelta operata dal legislatore è stata quella di prevedere, come “regola generale”, l’assoggettamento degli amministratori e dei dipendenti delle società pubbliche al regime previsto dal diritto societario in materia di responsabilità per le società a totale partecipazione privata.

In questo paragrafo si procederà quindi ad analizzare le azioni di responsabilità previste dal diritto societario contro gli amministratori, le quali, in virtù dei rinvii civilistici, si applicheranno anche nei confronti dei sindaci e dei direttori generali e finanziari.²⁸⁹

Giova inoltre ricordare che tali disposizioni, grazie alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali²⁹⁰, saranno applicabili anche nei confronti dell’amministratore “di fatto”, per tale intendendosi il soggetto che, “pur non essendo stato investito formalmente della carica di amministratore della società, svolge in modo continuativo l’attività gestoria ed esercita i poteri relativi alla qualifica o alle funzioni dell’amministratore di diritto”²⁹¹.

L’art. 2392 c.c., rubricato “Responsabilità verso la società”, sancisce a carico degli amministratori l’obbligo di adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze: il parametro di riferimento è quindi quello della diligenza professionale. Essi sono poi solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall’inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.

Infine, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto in loro potere per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

²⁸⁹ Cfr. art. 2396 c.c., art. 2407 c.c. e art. 154-bis d.lgs. n. 58/1998.

²⁹⁰ Cass., Sez I, 6 marzo 1999, n.1925; Cass., Sez I, 14 settembre 1999, n.9795; C. Conforti, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003; N. Abriani, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998

²⁹¹ In www.ilsocietario.it

Tuttavia, tale responsabilità, non si estende all'amministratore che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale. Si tratta infatti di una responsabilità "per colpa" e non di tipo "oggettivo".

Inoltre, occorre subito evidenziare che, sebbene il modello preso di riferimento dal legislatore sia quello c.d. "tradizionale", è anche vero che, in virtù del richiamo operato dall'art. 2380 ultimo comma, tali disposizioni si applichino altresì ai sistemi c.d. "monistico" e "dualistico". Infatti, salvo che sia diversamente stabilito, le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori si applicano anche, a seconda dei casi, al consiglio di amministrazione o al consiglio di gestione.

Nelle disposizioni seguenti il codice civile contempla 3 diversi strumenti processuali per far valere la responsabilità degli organi aziendali, utilizzabili, in virtù del richiamo operato dall'art. 12 del testo unico, anche dalle società a partecipazione pubblica. Più nel dettaglio, il diritto societario distingue tradizionalmente tra "l'azione sociale di responsabilità", "l'azione di responsabilità verso i creditori sociali" e infine "l'azione individuale", spettante quest'ultima *uti singuli* "al socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati".²⁹²

L'azione sociale di responsabilità è disciplinata dagli artt. 2393 e 2393 bis c.c. e costituisce lo strumento processuale per far valere la responsabilità degli amministratori per i danni da essi cagionati alla società.

Tale azione può essere promossa o in seguito ad una deliberazione dell'assemblea ordinaria, anche se la società è in liquidazione, o con una deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, o da tanti soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale, ovvero, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale del rischio, da tanti soci che rappresentino almeno un quarantesimo del capitale sociale, salvo che lo statuto non preveda una percentuale inferiore. In particolare, quest'ultime due ipotesi, sono state introdotte rispettivamente nel 1998 e nel 2003 per offrire una tutela più efficace nei confronti delle minoranze, permettendo così anche agli azionisti di minoranza di poter far valere i propri interessi

²⁹² Art. 2395 c.c.

superando l'eventuale inerzia degli azionisti di maggioranza.

La delibera assembleare riguardante la responsabilità degli amministratori può anche essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche nell'ipotesi in cui non sia indicata nell'elenco delle materie da trattare e a condizione che si tratti di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio.

L'approvazione di quest'ultimo invece non comporta la liberazione degli amministratori per responsabilità incorse nella gestione (ex art. 2434 c.c.).

Viene poi fatto divieto agli amministratori- soci di votare nelle deliberazioni assembleari concernenti la loro responsabilità, in quanto risulta evidente il conflitto di interessi.

La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca di diritto dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, a condizione che la stessa sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In tal caso l'assemblea stessa provvederà alla sostituzione degli amministratori.

Diversamente, qualora la delibera non sia approvata con i voti favorevoli di almeno un quinto del capitale sociale, la revoca non potrà operare automaticamente, ma sarà necessaria una distinta ed espressa delibera di revoca, e addirittura, secondo una parte della dottrina, "anche una nuova convocazione dell'assemblea, ove la revoca non figuri all'ordine del giorno".²⁹³

La società può anche rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale del rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura (minore) prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte della minoranza (art. 2393 ultimo comma).

Nell'ipotesi in cui la società sia caduta in dissesto, e sia stata quindi assoggettata a fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, la legittimazione a promuovere l'azione sociale di responsabilità spetterà al curatore, al commissario liquidatore e al commissario straordinario (art. 2394 bis c.c.).

²⁹³ G. F. Campobasso, diritto commerciale 2, il diritto delle società, p.384

Quando invece l'azione sociale di responsabilità è promossa dagli azionisti di minoranza (c.d. azione sociale di responsabilità esercitata dai soci), il codice dispone che la società deve essere chiamata in giudizio e che l'atto di citazione deve esserle notificato, anche in persona del presidente del collegio sindacale.

I soci che intendono promuovere l'azione dovranno poi nominare, a maggioranza del capitale posseduto, uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti.

In caso di accoglimento della domanda la società è tenuta a rimborsare agli attori le spese di giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito della loro escussione.

I soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigerla ma in tal caso alla società dovrà andare ogni corrispettivo ricevuto per la rinuncia o per la transazione.

Quest'ultime potranno essere altresì deliberate con le stesse modalità previste dall'art. 2393 c.c. ultimo comma, a cui l'art. 2393 bis rinvia espressamente.

L'azione sociale di responsabilità è poi tradizionalmente considerata avente natura contrattuale, sebbene il codice preveda, analogamente a quanto disposto per la responsabilità aquiliana, un termine di prescrizione quinquennale, sia pure decorrente dal momento di "cessazione dell'amministratore dalla carica".²⁹⁴

Si è infatti sottolineato che "la responsabilità degli amministratori verso la società è responsabilità da inadempimento di preesistenti obbligazioni", di conseguenza "la società che agisce in giudizio sarà tenuta a provare solo l'esistenza di un danno imputabile a inadempimento degli amministratori, non anche la colpa degli stessi. Spetterà invece agli amministratori provare i fatti che valgono ad escludere o ad attenuare la loro responsabilità: assenza di colpa o nesso di causalità fra inadempimento e danno".²⁹⁵

L'azione di responsabilità dei creditori sociali è invece disciplinata dall'art. 2394 c.c., il quale sancisce al primo comma che "gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del

²⁹⁴ Art. 2393, comma 4 c.c.

²⁹⁵ G. F. Campobasso, diritto commerciale 2, il diritto delle società, p.387

patrimonio sociale”.

Di conseguenza, tale azione potrà essere promossa dai creditori sociali solo quando il patrimonio sociale risulta insufficiente ai fini del soddisfacimento dei loro crediti.

È evidente infatti che, prima di tale momento, per i creditori non sussista alcun pregiudizio.

Dalla situazione di insufficienza patrimoniale, che come si è visto costituisce il presupposto per poter esperire l'azione di responsabilità dei creditori, deve essere tenuto distinto il concetto di “insolvenza”, che, come si ricorderà, costituisce invece il presupposto per la dichiarazione di fallimento.

In tal senso, la giurisprudenza ha precisato che *“L'insufficienza patrimoniale, che assume rilievo ai fini della decorrenza della prescrizione, data dalla eccedenza delle passività sulle passività. Tale situazione, si distingue quindi dall'insolvenza, che costituisce il presupposto per la dichiarazione di fallimento ed è determinata dall'impossibilità per il debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 5, l. fall) e, come tale, non implica necessariamente un'eccedenza delle passività sulle attività, potendo essere determinata anche da una semplice situazione di illiquidità (Cass. N. 5241/81, cit.). Il che, naturalmente, non esclude che l'insufficienza patrimoniale possa manifestarsi ancor prima (ed eventualmente, molto tempo prima) che il fallimento sia dichiarato”*.²⁹⁶

Significativa è poi la previsione di cui all'art. 2394 ultimo comma, secondo cui “la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono i presupposti”.

Infatti, mentre la rinuncia non produce normalmente alcun effetto benefico per il patrimonio sociale e quindi non risulta idonea a precludere la legittimazione dei creditori all'esercizio dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c., lo stesso non si può dire della transazione, che invece comporta la compensazione del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale.

Con riferimento alla natura di tale azione non vi sono in verità univocità di vedute.

²⁹⁶ Cfr. sent. Cassazione civile, sez. I, 28 Maggio 1998, n. 5287

Secondo alcuni²⁹⁷ la stessa avrebbe natura extracontrattuale, da inquadrarsi come “una particolare forma di quella responsabilità aquiliana più in generale riconosciuta a favore del creditore per la lesione ad opera di un terzo della capacità del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni”.²⁹⁸

Secondo altri invece²⁹⁹ anche questa azione, al pari di quella “sociale”, avrebbe natura contrattuale, sebbene si prescriva in 5 anni e il *dies a quo* non coincida con quello previsto per la seconda, in quanto comincerebbe a decorrere “*non già dal momento in cui la violazione di tali disposizioni si sia concretata, ma solo dopo che, per effetto di tale comportamento, risulti che il patrimonio sociale non è sufficiente al soddisfacimento dei crediti sociali, come si ricava dal secondo comma dell’art. 2394, che subordina la proponibilità dell’azione al manifestarsi dell’evento dannoso*”.³⁰⁰

I sostenitori di quest’ultima tesi fondano infatti tale azione sull’inadempimento di specifici obblighi posti dalla legge a carico degli amministratori, ovvero nella violazione del dovere di conservazione dell’integrità del patrimonio sociale, motivo per cui i creditori che agiscono in giudizio non sono tenuti a provare né il dolo né la colpa degli amministratori.³⁰¹

Più controversa è invece la questione se l’azione dei creditori sia una azione diretta o surrogatoria. In particolare, coloro che sostengono quest’ultima tesi³⁰², ritengono che l’azione in questione non sia altro che l’azione sociale di responsabilità ex 2393 c.c. esercitata in via surrogatoria dai creditori, i quali non farebbero altro che far valere la legittimazione sostitutiva di cui all’art. 2900 c.c, sostituendosi così all’inerzia della società. Le conseguenze di tale qualificazione sono notevoli: i creditori potrebbero essere esposti a tutte le eccezioni che gli amministratori avrebbero potuto opporre alla società e soprattutto spetterebbe a quest’ultima quanto corrisposto, a titolo di risarcimento, dagli amministratori, con l’ulteriore conseguenza che i creditori ne

²⁹⁷ Cfr. Galgano-Genghini, *il nuovo diritto*, 485; Di Sabato, *Diritto delle società*; in giur. Cass. 20-9-2012, n.15995

²⁹⁸ Cfr. Daniela Morgante, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica*, in Fimmandò, Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*; C. Conforti, *La responsabilità degli amministratori di società*, Milano, 2003.

²⁹⁹ G. F. Campobasso, *diritto commerciale 2, il diritto delle società*; Bonelli, *Gli amministratori*, 207 ss..

³⁰⁰ In tal senso vedi Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1981, n.5241

³⁰¹ *Ibidem*

³⁰² Cfr. Borgioli; Cottino; Ferri “*Le società*”, Minervini “*gli amministratori*”.

beneficerebbero soltanto in via indiretta, per effetto dell'incremento del patrimonio sociale.³⁰³

Per contro, coloro che sostengono la tesi dell'azione diretta e autonoma³⁰⁴ ritengono invece che “gli amministratori non potranno opporre ai creditori agenti le eccezioni opponibili alla società e che di conseguenza i creditori si avvantaggeranno direttamente dei risultati utili dell'azione, fino a concorrenza del loro credito”³⁰⁵.

Secondo autorevole dottrina³⁰⁶ questa soluzione dovrebbe essere accolta in quanto nell'art. 2394 non sarebbe rinvenibile il presupposto dell'inerzia della società.

Si è inoltre sostenuto, a supporto di questa tesi, che numerose sono le differenze tra la disciplina di cui all'art. 2394 c.c. e quella relativa all'azione sociale di responsabilità: in particolare, si è osservato che la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali, che la responsabilità verso i creditori sussiste solo per la violazione degli obblighi inerenti la conservazione del patrimonio sociale e che il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione è diverso, pur essendo identica la durata.³⁰⁷

Questa tesi sembrerebbe essere stata accolta anche dalla giurisprudenza, la quale ha avuto modi di affermare, fin dalla sentenza Cass., Sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, che *“la qualificazione dell'azione di cui trattasi alla stregua di azione diretta ed autonoma risulta attendibilmente affidata non solo al testuale tenore della norma secondo cui gli amministratori rispondono verso i creditori sociali, ma altresì, e soprattutto, a considerazioni di ordine sistematico, emergenti: dal quarto comma dell'art. 2394, ove si stabilisce che la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali, con disposizione che risulterebbe inconcepibile se ad essa si dovesse attribuire il significato del conferimento all'attore in surrogatoria della facoltà di sostituirsi al titolare principale del diritto nel far valere un'azione a questo preclusa; dall'art. 146 della legge fallimentare, ove si prevede la possibilità per il curatore del fallimento della società*

³⁰³ *Ibidem*

³⁰⁴ Ex multis, in dottrina, cfr. Bonelli, Di Sabato, Graziani, Galgano, Ferrara, Franzoni, Libonati, Sambucci.

³⁰⁵ G. F. Campobasso, diritto commerciale 2, il diritto delle società;

³⁰⁶ *ibidem*

³⁰⁷ *ibidem*

*di agire contro gli amministratori a norma degli articoli 2393 e 2394 del codice civile, per tal modo confermandosi la persistenza, nella pendenza della procedura concorsuale, di una duplicità di azioni; dal regime della prescrizione, che il legislatore, se non ne avesse presupposto l'autonomia, non avrebbe disciplinato con una specifica previsione normativa, per assoggettarla allo stesso termine dell'azione sociale di responsabilità, con la sola differenza che in questo caso non opera la causa di sospensione di cui al n. 7 dell'art. 2941, non essendo configurabile quel rapporto diretto tra le parti che della causa di sospensione costituisce ragione di essere, e con la particolarità che il termine di prescrizione inizia a decorrere in questo caso, in applicazione del criterio generale posto dall'art. 2935 C.C., dal momento in cui sia divenuto oggettivamente conoscibile il dato di fatto della insufficienza del patrimonio sociale, anche se lo stesso sia stato in concreto ignorato. Ne consegue, sul piano delle differenze specifiche, che mentre l'accoglimento della domanda proposta ai sensi degli artt. 2392 e 2393 C.C. comporta la devoluzione del risultato utile di essa in via primaria e diretta ad incremento del patrimonio sociale (mentre i creditori attori ne trarrebbero solo indiretto beneficio), ciò non si verifica nel caso di cui all'art. 2394 C.C., dove il danno subito dai creditori costituisce anche la misura del loro interesse ad agire”.*³⁰⁸

³⁰⁸ Questa tesi è stata successivamente accolta anche dalla giurisprudenza di merito, basti pensare a quanto affermato dal Trib. Di Pescara il 15 Novembre 2006, secondo cui “Altra e distinta forma di responsabilità è, per converso, quella degli amministratori verso i creditori sociali - prevista dal successivo art. 2394 cod. civ. come conseguenza dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale - la cui natura extracontrattuale presuppone l'assenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti, ed un comportamento dell'amministratore funzionale ad una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inadatto per difetto ad assolvere la sua funzione di garanzia generica (art. 2740 cod. civ.), con conseguente diritto del creditore sociale di ottenere, a titolo di risarcimento, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di compiere (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 10488 del 22/10/1998). La indiscutibile natura diretta ed autonoma dell'azione ex art. 2394 cod. civ. ne esclude, poi, qualsivoglia carattere surrogatorio, attesa la non riconducibilità al novero degli effetti di un mero fenomeno surrogatorio di un così radicale mutamento del titolo di responsabilità, da contrattuale (artt. 2392, 2393) ad extracontrattuale (art. 2394), con la conseguenza che, se l'accoglimento della domanda proposta ai sensi degli artt. 2392 e 2393 cod. civ. comporta la devoluzione del risultato utile di essa in via primaria e diretta all'incremento del patrimonio sociale (mentre i creditori attori ne trarrebbero solo indirettamente beneficio), ciò non è a dirsi in caso di azione proposta ex art. 2394 cod. civ., ove il danno subito dai creditori costituisce anche (ed esclusivamente) la misura del loro interesse ad agire (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 10488 del 22/10/1998)”.

Inoltre, qualora si decida di accogliere la tesi che considera tale azione come “autonoma e diretta”, bisogna tenere conto di altre due conseguenze, vale a dire la non necessarietà, da parte dei creditori, di dover citare in giudizio anche la società e la non operatività della sospensione della prescrizione dell’azione finché gli amministratori restano in carica.³⁰⁹

Resta fermo poi quanto previsto dall’art. 2394 bis, ai sensi del quale, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, anche l’azione di responsabilità dei creditori, analogamente a quanto accade con l’azione sociale di responsabilità, è esercitata dagli organi della procedura concorsuale.

Infine l’ultimo strumento processuale azionabile per far valere eventuali profili di responsabilità degli amministratori e degli altri componenti degli organi della società è costituito dall’art. 2395 c.c., rubricato “azione individuale del socio e del terzo”.

Si tratta di un’azione, distinta e ulteriore rispetto a quelle analizzate fino ad ora, come agevolmente si deduce dal primo comma, il quale dispone infatti che le azioni responsabilità della società e dei creditori sociali “non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori”.

Attraverso quindi questo strumento, il singolo socio o il terzo potranno agire contro gli amministratori che, nell’esercizio o in occasione del loro ufficio, compiendo un atto illecito, abbiano cagionato un danno diretto al loro patrimonio.

A tal proposito si osserva che proprio la rilevanza del danno diretto ha circoscritto significativamente l’ambito di applicazione di tale norma, posto che non viene data alcuna rilevanza ai danni di “mero riflesso” subiti dal socio.

È innegabile infatti che “ogni atto di depauperamento del patrimonio sociale, dovuto ad atti illeciti degli amministratori, arreca anche un danno indiretto e riflesso al singolo socio, in quanto si risolve in una riduzione del valore di mercato delle azioni”.³¹⁰ In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, precisando che “*L’azione individuale del socio nei confronti dell’amministratore di una società di capitali non è esperibile quando il danno lamentato costituisca solo il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale, giacché l’art. 2395 c.c. esige che il singolo socio sia stato*

³⁰⁹ G. F. Campobasso, diritto commerciale 2, il diritto delle società;

³¹⁰ *Ibidem*

danneggiato "direttamente" dagli atti colposi o dolosi dell'amministratore, mentre il diritto alla conservazione del patrimonio sociale appartiene unicamente alla società; la mancata percezione degli utili e la diminuzione di valore della quota di partecipazione non costituiscono danno diretto del singolo socio, poichè gli utili fanno parte del patrimonio sociale fino all'eventuale delibera assembleare di distribuzione e la quota di partecipazione è un bene distinto dal patrimonio sociale, la cui diminuzione di valore è conseguenza soltanto indiretta ed eventuale della condotta dell'amministratore".³¹¹

Quanto alla natura dell'azione in esame, essa è volta a far valere una responsabilità extracontrattuale degli esponenti aziendali nei confronti del socio o del terzo che si ritengono danneggiati *uti singuli* dal compimento di un atto illecito da parte di questi soggetti. Infatti, coerentemente con queste premesse, il secondo comma dell'art. 2395 dispone che "L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo".

Di conseguenza, il socio o il terzo che intendono agire contro gli amministratori, ritenendosi lesi direttamente da un atto illecito da questi compiuto, dovranno provare non solo l'elemento soggettivo, ovvero il dolo o la colpa degli amministratori, ma anche il nesso di causalità tra il danno subito e l'atto illecito compiuto dagli amministratori.

³¹¹ Cfr. Massima sent.Cass. civ. n. 4548/2012, in brocardi.it

2.2 Il danno erariale prodotto da una società partecipata

L'art. 12 del d.lgs. 175/2016, nel prevedere come regola generale in materia di responsabilità degli organi delle società partecipate l'applicazione della disciplina ordinaria prevista dal diritto societario, fa salva la giurisdizione contabile sulle controversie in materia di danno erariale, nei limiti della quota di partecipazione pubblica. La definizione di danno erariale è poi data dal secondo comma del medesimo articolo, ove viene definito come "il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione".

Nonostante l'intento chiarificatore del legislatore, ad oggi continuano a porsi numerosi problemi interpretativi, in particolare ci si chiede se, ai fini del riparto di giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario, sia ancora decisiva la sussistenza di un rapporto di servizio tra l'amministratore o il diverso componente dell'organo della società partecipata e l'ente pubblico partecipante.

Come si è visto infatti, prima dell'entrata in vigore del testo unico, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 26806/2009, avevano escluso la giurisdizione contabile in assenza di un rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore della società partecipata, non ritenendo configurabile come danno erariale l'atto di *mala gestio* compiuto dagli organi societari.

Ad una diversa soluzione erano giunte pochi anni dopo le Sezioni Unite, le quali, con la sentenza 26283/2013, avevano escluso, con riferimento alle società in house, un concorso di azioni di responsabilità. La Suprema Corte aveva infatti qualificato in termini di rapporto di servizio il legame tra gli organi di tale società e la Pubblica Amministrazione.

Il tema è stato poi affrontato dal legislatore delegato con il testo unico sulle società partecipate, il quale ha però omissivo ogni riferimento al rapporto di servizio.

Sull'argomento si è quindi nuovamente soffermata la Suprema Corte di Cassazione con una sentenza resa a Sezioni Unite il 5 dicembre 2019, n. 31755. La controversia alla base del caso trae origine dalla vicenda per cui, a seguito della denuncia da parte

del Sindaco di un ente comunale, la Procura regionale della Corte dei conti aveva citato in giudizio, per il ristoro del danno erariale, due società concessionarie, a causa delle gravi illiceità ed inadempienze asseritamente compiute, consistenti nell'omesso versamento di ingenti somme riscosse a titolo di entrate comunali e per minori somme riscosse a titolo di ICI. Successivamente la stessa Procura regionale, sulla base di ulteriori circostanze apprese, aveva proposto un atto di citazione integrativo nei confronti delle due società e dei loro amministratori nonché degli amministratori dell'ente locale, con il quale contestava una serie di poste di danno relative a mancati riversamenti, alla tesoreria, delle riscossioni effettuate dalle società concessionarie. Inoltre, secondo la Procura doveva affermarsi la responsabilità in solido degli amministratori, ovvero i soggetti che avevano ricoperto le cariche di Presidente e di amministratore delegato, perché con il loro comportamento omissivo avevano favorito il prodursi del danno complessivamente prodotto.

Il presidente di una delle due società, costituendosi in giudizio, eccepiva il difetto di giurisdizione, ma la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Lazio, con la sentenza n. 601/2012, rigettava l'eccezione di carenza di giurisdizione formulata a vario titolo da tutte le parti coinvolte. La giurisdizione contabile veniva poi ribadita anche dalla sezione II giurisdizionale centrale d'appello della Corte dei conti, la quale aveva tra l'altro confermato la condanna per responsabilità amministrativo-erariale già pronunciata in primo grado.

Avverso tale decisione, l'amministratore soccombente di una delle due società aveva proposto ricorso per cassazione, lamentando la violazione dei principi attinenti la giurisdizione ai sensi degli artt. 103 e 111 Cost. e dell'art. 360 c.p.c., n. 1 e art. 362 c.p.c. 1.1. Secondo il ricorrente infatti la giurisdizione della Corte dei Conti non era configurabile nel caso di specie, non essendoci mai stato, nei confronti del socio privato, alcun potere di controllo o di veto.

La Corte ha rigettato il ricorso ritenendo infondata, sulla base di una serie di argomentazioni, la cesura sul mancato esame della questione di giurisdizione da parte del giudice di merito.

Le Sezioni Unite rilevano infatti preliminarmente che la Corte dei Conti partecipa al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, e riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito (art.

100 Cost., comma 2), avendo la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge (art. 103 Cost., comma 2).

Inoltre, in tema di responsabilità, *“il contenuto ed i limiti della giurisdizione della Corte dei conti trovano la loro base normativa nella previsione del R.D. n. 1214 del 1934, art. 13, secondo cui la Corte giudica sulla responsabilità per i danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni. Tali limiti sono stati successivamente ampliati dalla L. n. 20 del 1994, art. 1, comma 4 che ha esteso il giudizio della Corte dei conti alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici anche per i danni cagionati ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza. All'interno di tale giurisdizione vengono tradizionalmente ricompresi i giudizi in materia di responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici funzionari. Il fondamento dell'attribuzione alla Corte dei conti di funzioni giurisdizionali è rinvenibile nella necessità di verificare, sia ex ante con un sistema di controlli, sia ex post con decisioni di un organo neutrale - qual è il giudice -, l'operato di chi maneggia risorse della collettività e di chi agisce per conto di una pubblica amministrazione (Cass., S.U., 15 gennaio 2010, n. 519)”*.

Per quanto riguarda invece i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei Conti, essi sono stati tradizionalmente individuati in base alla distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato; pertanto, nell'ambito del riparto della giurisdizione tra Corte dei Conti e giudice ordinario, occorre considerare il rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona fisica o giuridica, privata o pubblica.

Infatti *“Nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte dei conti è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dalla natura - pubblica o privata - del soggetto dal quale proviene la condotta produttiva del danno”*.

Questo è certamente vero, come si è già avuto modo di vedere, per gli enti pubblici economici, i quali rientrano nell'alveo della pubblica amministrazione pur quando

operano con strumenti privatistici.³¹²

Diverso è invece il caso delle società di diritto privato partecipate da un ente pubblico, le quali non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da un altro ente pubblico. Per questo motivo, con riguardo alla responsabilità del concessionario privato di un pubblico servizio o di un'opera pubblica, si è giunti a riconoscere la giurisdizione contabile nel solo caso in cui la concessione investa il privato dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche, attribuendogli la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione, in quanto il medesimo opera per conseguire obiettivi istituzionali propri dell'amministrazione pubblica.

Coerentemente con tali premesse, nella sentenza si afferma che *“spetta alla Corte dei conti la giurisdizione in ordine alla domanda di risarcimento danni avanzata da un comune nei confronti della società concessionaria per la mancata riscossione dei relativi tributi. Infatti, poiché la gestione e la riscossione delle imposte comunali hanno natura di servizio pubblico e l'obbligazione, a carico della società concessionaria, di versare all'ente locale le somme a tale titolo incassate ha natura di servizio pubblico, il rapporto tra società ed ente si configura come rapporto di servizio, in quanto il soggetto esterno si inserisce nell'iter procedimentale dell'ente pubblico, come compartecipe dell'attività pubblicistica di quest'ultimo”*.

Pertanto, quando la società partecipata opera nell'ambito di un rapporto di servizio con pubbliche amministrazioni partecipanti per lo svolgimento di loro compiti istituzionali, la sua responsabilità diventa erariale, mentre, al fuori di tale rapporto di servizio, le società partecipate restano soggette alla giurisdizione ordinaria.³¹³

La Suprema Corte è giunta a tale conclusione chiedendosi innanzitutto se gli amministratori della società partecipata siano assoggettati o meno alla giurisdizione della Corte dei conti quando sia in discussione un danno sofferto dall'ente locale per effetto delle condotte agli stessi ascrivibili.

Ebbene, preliminarmente le Sezioni Unite hanno affermato che, nel caso di specie,

³¹²Cfr. <http://www.salvatorebrienza.it/dirittocivile/giurisprudenza/1081-azione-sociale-di-responsabilita-e-azione-di-responsabilita-patrimoniale-nella-gestione-di-societa-a-partecipazione-pubblica.html>

³¹³Cfr. <http://www.salvisjuribus.it/la-giurisdizione-sulle-azioni-di-responsabilita-degli-amministratori-di-societa-partecipate/>

“assume peculiare rilievo l'individuazione del soggetto che ha subito un danno dall'attività posta in essere dall'amministratore”.

In secondo luogo, richiamando i suoi precedenti orientamenti sul punto, la Corte ha avuto modo di ricordare che *“quando l'amministrazione, per l'espletamento dei propri compiti istituzionali, si avvale di società di diritto privato da esse partecipate, l'esistenza di un rapporto di servizio idoneo a fondare la giurisdizione del giudice contabile può essere configurata in capo alla società, ma non anche personalmente in capo ai soggetti (organi o dipendenti) della stessa, essendo questa dotata di autonoma personalità giuridica (cfr. Cass., S.U., 12 ottobre 2011, n. 20941). Data la distinta personalità di cui la società è dotata e la sua conseguente autonomia patrimoniale rispetto ai soci (e quindi rispetto all'ente pubblico partecipante), i danni eventualmente ad essa cagionati dalla mala gestio degli organi sociali o comunque da atti illeciti imputabili a organi o a dipendenti non integrano gli estremi del danno erariale, in quanto si risolvono in un pregiudizio gravante sul patrimonio della società, che è un ente soggetto alle regole di diritto privato, e non su quello del socio pubblico”.* Il patrimonio sociale rimane infatti privato e separato da quello dei soci, e la società stessa non diviene un ente pubblico per il solo fatto di essere partecipata da esso.

Ad una diversa conclusione si giunge invece, secondo la Corte, nell'ipotesi di danno erariale cagionato direttamente all'ente pubblico dall'amministratore della società.

Sussisterebbe infatti in questo caso la giurisdizione della Corte dei Conti, in quanto l'azione di responsabilità troverebbe fondamento *“in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio (conf. Cass., S.U., 8 maggio 2017 n. 11139).”*

Pertanto, la Corte, sulla scia dei numerosi richiami giurisprudenziali, conclude ribadendo il radicamento della giurisdizione contabile anche nei confronti degli amministratori di società private, quando viene prodotto un danno diretto e immediato all'ente pubblico partecipante.

2.3 Giurisdizione contabile e società in house

L'art. 12 del d.lgs. 175/2016 fa salva, in materia di responsabilità, “la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*”.

Nonostante la sua sinteticità, essa apre le porte ad interrogativi non molto agevoli da sciogliere. In particolare, ci si è chiesti se per “danno erariale” si debba intendere quello di cui al secondo comma del medesimo articolo, definito come “il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti (...)” o se invece si debba fare riferimento ad una diversa definizione.

Il problema non è di poco conto, soprattutto ai fini del radicamento della giurisdizione, posto che, qualora si decida di accogliere la prima tesi “ne conseguirebbe che non competono alla giurisdizione contabile le azioni volte a risarcire il danno subito direttamente dal patrimonio della società *in house*, trattandosi di danno *non* erariale poiché non *direttamente* arrecato al patrimonio dell'ente pubblico socio”.³¹⁴ Dovrebbero quindi di conseguenza essere sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario sia l'azione sociale di responsabilità, sia l'azione esperibile dai creditori sociali e di cui all'art. 2394 c.c.

Secondo un diverso filone interpretativo invece, la clausola di salvezza appena menzionata dovrebbe essere intesa come avulsa del restante disposto di cui all'art. 12 del T.U. Conseguentemente, si dovrebbe continuare ad intendere il danno erariale in maniera più ampia, così come definito dalla sentenza Cass., Sez. Un, n. 26283/2013: Si ricorderà infatti che con tale pronuncia la Suprema Corte aveva affermato, con riguardo alle *società in house*, la sostanziale identità tra il patrimonio sociale e il patrimonio dell'ente pubblico, configurando la separazione giuridica derivante dalla veste societaria come una mera “formalità. Secondo l'orientamento della Corte era quindi configurabile, nei confronti di tali società, la sola giurisdizione contabile, in quanto arrecare un danno al patrimonio sociale significava cagionare un pregiudizio al patrimonio dell'ente pubblico e quindi un danno erariale.

Il problema è tutt'altro che teorico, posto che, escludendo per le *società in house* la

³¹⁴ Cfr. Perrino Michele, “Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche *in house*) e riparto di giurisdizione”, in rivista di diritto societario.

configurabilità di una responsabilità civile concorrente a quella erariale si rischia di generare conseguenze ben più ampie di quelle attinenti al riparto di giurisdizione.

In questo modo infatti si avvalorerebbe la tesi di coloro che continuano a inquadrare le società *in house* in chiave pubblicistica, nonostante la loro veste “societaria”.

Ulteriori profili problematici deriverebbero poi dall’azione di responsabilità promossa dai creditori sociali, la quale, come è noto, ha natura autonoma rispetto a quella “sociale” ed è volta a risarcire quest’ultimi da una lesione cagionata all’integrità del patrimonio sociale. Poiché il giudizio contabile è volto tendenzialmente a risarcire i danni subiti dall’ente pubblico, ammetterne la sua esclusività significherebbe negare la tutela giurisdizionale ai creditori sociali, i quali non avrebbero così a disposizione alcuno strumento per far valere le proprie pretese.

Per contro, vi è chi ha aggirato³¹⁵ il problema sostenendo che i creditori sociali potrebbero comunque intervenire nel processo, instaurato davanti alla Corte dei Conti dal PM contabile, ai sensi dell’art. 3 del d.lgs. 174/2016³¹⁶, il quale sancisce il c.d principio di concentrazione. Questa teoria non appare però soddisfacente, in quanto continuerebbe ad essere negato ai creditori sociali il diritto ad una tutela giurisdizionale diretta ed effettiva.

Infatti si è sottolineato che³¹⁷ l’azione intrapresa dal procuratore contabile :1) può essere esperita solo da quest’ultimo ed è volta a risarcire il danno erariale, ovvero il danno subito dal socio pubblico e non dall’intero patrimonio sociale; 2) può comportare l’attenuazione della condanna³¹⁸ rispetto all’entità del danno accertato; 3) sarebbe limitata ai comportamenti illeciti causativi del danno erariale caratterizzati da dolo o colpa grave; 4) sarebbe esercitabile anche contro gli eredi del soggetto responsabile del

³¹⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 10019/2019, in cui si afferma che “non è dato neppure valorizzabile il principio di concentrazione delle tutele di cui al D.Lgs. n. 174 del 2016, art. 3 (su cui si sofferma anche l’anzidetta memoria), poichè, a prescindere da problemi di ordine processuale, è anche da escludere la possibilità di una pronuncia di condanna da parte della Corte dei conti in favore della società *in house* anzichè dell’ente socio, così da offrire tutela ai creditori. Sebbene effettivamente sussista l’esigenza di evitare una duplicazione dei risarcimenti, ciò tuttavia involge questioni applicative che non incidono sulla configurabilità della giurisdizione del giudice ordinario sull’azione in esame”.

³¹⁶ Ai sensi del quale “Nell’ambito della giurisdizione contabile, il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice contabile di ogni forma di tutela degli interessi pubblici e dei diritti soggettivi coinvolti, a garanzia della ragionevole durata del processo contabile.

³¹⁷ *Ibidem*

³¹⁸ Attraverso il c.d. “potere di riduzione” di cui all’art. 1, comma 1°-bis, legge n. 20/1994

danno esclusivamente nel caso di indebito arricchimento³¹⁹; 5) e infine escluderebbe³²⁰ la solidarietà passiva tra i compartecipi alla condotta illecita, a differenza di quanto previsto dagli artt. 2392, 1° comma, 2407, 2° comma, 2489, 2° comma e 2491, ult. comma, c.c., per la responsabilità civile di amministratori, sindaci e liquidatori di s.p.a. (nonché, più in generale, per tutti i condebitori, ai sensi dell'art. 1294 c.c.).

Si deve inoltre osservare che, interpretare il fenomeno *dell'in house* in chiave pubblicistica, per quanto attinente ai profili della “responsabilità”, si pone in aperto contrasto con quanto previsto in materia di crisi d'impresa dall'art. 14 del T.U., il quale, risolvendo una volta e per tutte la “vexata quaestio” della fallibilità delle società pubbliche, sembrerebbe aver assoggettato anche le società in house alle procedure concorsuali, come recentemente confermato anche dalla Cassazione³²¹.

Sottoporre quindi le società in house, con riferimento alla crisi d'impresa, alla medesima disciplina prevista dal diritto societario per le società private, per poi escluderne l'applicabilità in materia di responsabilità risulta non solo altamente contraddittorio ma anche lesivo dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento.

Il tema è stato recentemente affrontato dalla Suprema Corte con due ordinanze, le n. 22406/2018 e n. 10019/2019.

La prima pronuncia rappresenta il definitivo superamento del modello di responsabilità delineato con la Sentenza n. 26283/2013, in quanto si ammette espressamente la possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile. La Corte infatti, richiamando quanto affermato con la decisione n. 26806 del 2009, ritiene che *“laddove sia prospettato anche un danno erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio”*. Secondo i giudici la specifica attribuzione delle azioni relative al danno erariale alla giurisdizione della Corte dei conti lascia chiaramente intendere la configurabilità di un danno non erariale, soprattutto in considerazione del fatto che l'azione contabile sarebbe inidonea a ristorare i creditori sociali e conseguentemente non sarebbe in grado di produrre

³¹⁹ Cfr. art. 1, 1° comma, legge n. 20/1994)

³²⁰ Vedi art. 1, comma 1°-quater, legge n. 20/1994

³²¹ Cfr. sent. Cass. Sez. I Civile, n.3196 del 7 febbraio 2017

effetti ostativi nei confronti di una eventuale azione proposta davanti al giudice ordinario.

Nel motivare le sue conclusioni la Corte fa espresso riferimento a due importanti pronunce, le sentenze n. 24591/2016 e n. 7759/2017, con cui aveva in passato affermato la giurisdizione del giudice ordinario anche con riferimento alle azioni concernenti la nomina e la revoca degli amministratori, essendo atti compiuti dall'ente "*uti socius*" e non "*jure imperii*".

Centrale è poi secondo le Sezioni Unite quanto affermato con la sentenza del 7 febbraio 2017, n. 3196, in cui, come si ricorderà, si è sostenuto che "*In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità*". Nel caso di specie quindi, conclude la Corte, la proponibilità dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146, comma 2, 1. fall., che cumula le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore della società e dei creditori sociali, costituisce la necessaria conseguenza del fallimento della società in house, ormai pacificamente ammesso anche dalla giurisprudenza.

In linea con quanto affermato fino ad ora si pone l'ordinanza n. 10019/2019, in cui si è ribadito che la responsabilità contabile non può comportare la paralizzazione dell'attuazione della tutela dei creditori sociali, in quanto una siffatta soluzione interpretativa potrebbe determinare seri dubbi di tenuta costituzionale.

In tale pronuncia si evidenzia infatti che "*La concorrenza di differenti discipline comporta che la società a partecipazione pubblica (anche quando in house) è assoggettabile alle regole concernenti i soggetti pubblici là dove ciò è stabilito ed assume rilievo preminente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti; essa resta invece assoggettata nel resto alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento*".

Il problema nascerebbe quindi, secondo i giudici, da una errata interpretazione della

sentenza n. 26283/2013: in tale occasione infatti l'intenzione della Suprema Corte non era assolutamente quella di negare la tutela giurisdizionale dei creditori sociali che erano entrati in relazione con la società facendo affidamento sulla natura privata del soggetto, bensì quella di preservare l'erario dalla *mala gestio* degli organi sociali delle società "strumento" della P.A. Di conseguenza, con tale pronuncia, non si era affatto voluto introdurre una "giurisdizione contabile esclusiva" in materia di responsabilità degli organi delle società in house, ma semplicemente rafforzare il relativo regime di responsabilità.

Pertanto, sembrerebbe pacifico anche in giurisprudenza la possibilità del concorso tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile in materia di azioni di responsabilità contro gli amministratori e gli organi di controllo delle società *in house*, motivo per cui deve ormai ritenersi ammissibile, anche in presenza di un danno erariale, la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio.

CONCLUSIONI

Come preannunciato nell'introduzione, l'obiettivo di questa tesi era quello di dimostrare come le società pubbliche, alla luce dei recenti mutamenti legislativi e giurisprudenziali, non siano più dei soggetti giuridici *sui generis*, ma possano essere ormai considerate a pieno titolo una *species* del più ampio *genus* costituito dalle società di diritto privato.

Tralasciando le questioni analizzate nei primi capitoli, meramente "introduttive", occorre invece effettuare alcune riflessioni con riferimento alle tematiche relative alla crisi di impresa nelle società pubbliche e alla responsabilità degli amministratori.

Alla base di queste due problematiche, come si è avuto modo di vedere, vi è sempre stata la *vexata quaestio* della natura giuridica delle società in mano pubblica.

Il legislatore delegato, intervenendo in materia con il d.lgs. 175/2016, sembrerebbe essersi ormai definitivamente orientato a favore della tesi c.d. privatistica, ascrivendo così le società pubbliche nel novero delle società di diritto privato.

Tale assunto sembrerebbe essere confermato innanzitutto dall'art. 1 comma 3 del testo unico, ove si prevede che "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".³²²

Si tratta di una disposizione che, a ben vedere, finisce per costituire una vera e propria norma di chiusura del sistema, attribuendo alle società in mano pubblica un carattere "presuntivamente privatistico"³²³.

Coerentemente con queste premesse, l'art.14 del d.lgs. 175/2016 assoggetta espressamente le società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

La soluzione adottata, sebbene tenda a dare rilievo esclusivamente al dato formale, è

³²² Del resto, tale disposizione appare coerente con quanto previsto, prima dell'entrata in vigore del testo unico, dall'art. 4, co. 13, secondo periodo, del d.l. n. 95 del 2012, ai sensi del quale "Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali".

³²³ Cfr. Francesco Goisis, in *rivistacortedeiconti.it*

in realtà ampiamente condivisibile.

In tal senso depongono sia i principi di uguaglianza e non discriminazione, i quali impongono di evitare ogni ingiusta disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private, sia l'art. 345 TFUE, il quale sancisce il c.d. principio di neutralità nei confronti del regime di proprietà delle imprese.

La scelta del legislatore di avallare l'orientamento pan-privatistico, delineato dalla Suprema Corte a partire dalla sentenza n.58/1979, è altresì coerente con l'obiettivo di evitare di addossare ai creditori sociali gli effetti pregiudizievoli che potrebbero derivare qualora si decidesse di escludere la fallibilità.

Questi ultimi infatti, venendo privati, proprio a causa di tale esenzione, del rimedio dell'esecuzione concorsuale, potrebbero fare ricorso soltanto all'esecuzione individuale, con la conseguenza che sarebbe così violato il principio cardine della *par condicio creditorum*.

Sebbene poi l'art. 14 comma 1 assoggetti alle procedure concorsuali ivi menzionate esclusivamente le "società a partecipazione pubblica", non vi è motivo di ritenere che la stessa disposizione non si applichi anche alle società in house.

Ad una simile conclusione si giunge non solo per ragioni di ordine sistematico, in quanto accogliendo una simile interpretazione si rischierebbe, di fatto, di vanificare l'intento chiarificatore del legislatore, ma anche alla luce di quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 14, ove si menziona "la dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti", la quale non può che essere, per ovvie ragioni, una società in house.

Sono state così respinte tutte quelle teorie pubblicistiche che ne escludevano la fallibilità, valorizzando la necessità di salvaguardare il servizio pubblico essenziale svolto a favore della collettività.

Del resto, come ha avuto modo di sottolineare più volte la giurisprudenza, un ostacolo insormontabile all'equiparazione delle società pubbliche agli enti pubblici deriverebbe dall'art. 4 della legge 70/1975, secondo cui "nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge".

Proprio per questi motivi, in assenza di deroghe espresse, la disciplina applicabile alle società pubbliche oggi non può che essere quella di diritto privato: da un lato infatti la sussistenza di indici presuntivi di una sostanza pubblicistica non basta a far assurgere

una società di capitali al rango di ente pubblico e dall'altro, come ribadito più volte dalla Suprema Corte, una società di capitali non muta la sua natura per il solo fatto che la stessa sia partecipata da un ente pubblico.

Tuttavia, l'esplicito riconoscimento della fallibilità delle società pubbliche non è l'unico elemento innovativo dettato dalla riforma Madia.

Un altro merito del Testo Unico è infatti quello di essersi concentrato soprattutto sulla fase preventiva della crisi, attraverso la predisposizione di una serie di strumenti di allerta e di prevenzione (i c.d. campanelli d'allarme), aventi come finalità quella di anticipare la reazione rispetto alla crisi³²⁴.

È stato infatti previsto, limitatamente alle società a controllo pubblico, l'obbligo di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, nell'ottica di consentire, attraverso un costante monitoraggio, una gestione efficace dell'attività di impresa ed evitare così che lo stato di insolvenza diventi irreversibile.

Gli strumenti di allerta delineati dal testo unico sono per molti aspetti simili a quelli delineati dal nuovo Codice della crisi d'impresa, il d.lgs. 14/2019, tanto che secondo alcuni ne hanno addirittura costituito l'archetipo.

Non può però sfuggire come le due previsioni, pur avendo tratti in comune, si distinguano tra loro per quanto riguarda le finalità perseguite.

Lo scopo della previsione di cui al d.lgs. 175/2016 non è infatti solo quella di far emergere anticipatamente lo stato di crisi, ma è anche quella di garantire un migliore utilizzo delle risorse pubbliche, attraverso un efficientamento delle regole di governance.

Ciò nonostante, la natura privatistica delle società a partecipazione pubblica sembrerebbe essere ribadita anche dall'art. 1 del nuovo Codice della crisi, il quale include, nel novero dei soggetti rientranti nelle procedure di accertamento dello stato di crisi e dell'insolvenza, anche le società pubbliche, sebbene poi faccia salve le specifiche disposizioni dettate in materia dal Testo Unico.

Diversa, e per certi versi ambigua, è invece la soluzione adottata dal legislatore con riferimento al tema della responsabilità degli organi delle società partecipate.

³²⁴ In tal senso vedi anche Giacomo D'Attorre, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà

Sembrerebbe infatti *prima facie* che il legislatore delegato abbia operato una diversificazione di regime a seconda che la società in questione sia una società a partecipazione pubblica o una società *in house*.

Come si è avuto modo di vedere, l'art. 12 del T.U. dispone al primo comma che “*I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.*”

Da una prima lettura della norma alcuni avevano ipotizzato che il legislatore avesse previsto la soggezione alle ordinarie azioni previste dal codice civile solo per gli amministratori delle società a partecipazione pubblica, e non anche per quelli delle società *in house*.

Il problema nasceva dal fatto che ci si chiedeva se per “danno erariale delle società *in house*” si dovesse intendere quello di cui al secondo comma del medesimo articolo, definito come “il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti (...)” o se invece si dovesse fare riferimento ad una diversa definizione.

Si trattava di una questione di non agevole soluzione, anche a causa delle conseguenze che ne sarebbero derivate.

Seguendo questa linea interpretativa, solo le società a partecipazione pubblica potevano essere pienamente ricondotte nel novero dei soggetti avente natura privatistica, mentre con riferimento alle società *in house* si sarebbe riaperto quel vaso di pandora che era già stato sollevato dalla sentenza n. 26283/2013.

Se da un lato infatti il sistema di controlli prefigurato dal T.U. per le società partecipate (consistente, come è noto, nell'ammissibilità del concorso delle azioni di responsabilità) è coerente con la necessità di contemperare equamente le due diverse esigenze in gioco, vale a dire tutelare le risorse pubbliche e i creditori sociali, lo stesso non si potrebbe dire, seguendo questa interpretazione, per le società *in house*.

Se infatti si ammettesse una “giurisdizione contabile esclusiva” in materia di responsabilità degli organi delle società *in house*, non soltanto si avvalorerebbe la tesi di coloro che continuano a inquadrare le società *in house* in chiave pubblicistica,

nonostante la loro veste “societaria”, ma soprattutto si rischierebbe di negare il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ai creditori sociali che erano entrati in relazione con la società facendo affidamento sulla natura privata del soggetto.

I fautori di questo orientamento pan-pubblicistico richiamavano a tal proposito, a supporto di questa interpretazione, quanto affermato dalla Cassazione con la più volte menzionata pronuncia del 2013.

In tale occasione la Corte aveva affermato, con riguardo alle *società in house*, la sostanziale identità tra il patrimonio sociale e il patrimonio dell’ente pubblico, configurando la separazione giuridica derivante dalla veste societaria come una mera formalità e ammettendo conseguentemente la sola giurisdizione contabile, in quanto arrecare un danno al patrimonio sociale significava cagionare un pregiudizio al patrimonio dell’ente pubblico e quindi un danno erariale.

Questa interpretazione in realtà non appare condivisibile per una serie di ragioni.

Innanzitutto non appare sistematicamente coerente interpretare in chiavi diverse lo stesso fenomeno, seppur per profili diversi.

Non si capisce infatti per quale ragione si dovrebbero considerare le società in house un soggetto giuridico “privato” dal punto di vista della loro fallibilità per poi tornare ad assimilarle agli enti pubblici in tema di responsabilità.

In secondo luogo, giova ancora una volta ribadirlo, verrebbe negata la tutela giurisdizionale ai creditori sociali che entrano in contatto con la società: l’azione intrapresa dal procuratore contabile è infatti volta a risarcire esclusivamente il danno erariale, ovvero il danno subito dal socio pubblico, e non dall’intero patrimonio sociale. Neppure affermare che i creditori sociali potrebbero comunque intervenire nel processo contabile appare soddisfacente: il relativo intervento sarebbe pur sempre subordinato alla proposizione dell’azione da parte del procuratore contabile.

Proprio per questi motivi è recentemente tornata sull’argomento la Suprema Corte, la quale, con le ordinanze n. 22406/2018 e n. 10019/2019, sembrerebbe aver definitivamente superato il modello di responsabilità delineato con la sentenza n. 26283/2013, ammettendo espressamente la possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile anche nel caso delle società in house.

Conseguentemente oggi deve ritenersi ammissibile, anche in presenza di un danno erariale, la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio

contabile risarcitorio, sia nel caso di società meramente partecipate che con riferimento alle società c.d. *in house*, senza che ciò possa comportare la violazione del principio del *ne bis in idem*.

Infine, appare utile menzionare le novità introdotte in materia di responsabilità erariale dall'art. 21 del d.l. 76/2020, il c.d. “decreto semplificazioni”, adottato dal governo al fine di risollevere le sorti del paese, duramente colpito dalla pandemia dovuta al Covid-19. Dichiarato scopo della decretazione di urgenza è quello di attuare la semplificazione e la digitalizzazione dei procedimenti al fine di favorire la sburocratizzazione e fronteggiare in maniera adeguata le ricadute economiche derivanti dall'emergenza epidemiologica.

Per effetto del decreto, convertito in legge 120/2020, è stata attenuata la responsabilità erariale degli amministratori e dei pubblici dipendenti.

Oggetto di intervento è l'elemento psicologico, il quale, come è noto, è una componente necessaria ai fini della configurazione dell'illecito amministrativo-contabile. Nello specifico, l'art. 21 comma 1 del decreto va ad integrare quanto disposto dall'art. 1 comma 1 della legge 20/1994 in materia di responsabilità erariale. Infatti, fermo restando che *“la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave”*, adesso viene precisato che *“la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”*. È stato quindi reso più gravoso, con la riforma, l'onere probatorio del procuratore contabile, il quale adesso dovrà dare la prova dell'elemento soggettivo, non più in relazione alla condotta, ma con riferimento all'evento dannoso.

Il dolo dovrà conseguentemente essere ricostruito in “chiave penalistica” e non più in termini civilistici, come invece era solita fare la giurisprudenza contabile.

In secondo luogo, l'art. 21 dispone al secondo comma che *“Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni*

cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”.

È stato quindi introdotto transitoriamente (fino al 31 dicembre 2021) uno scudo erariale per i pubblici funzionari, avente come scopo quello di garantire una esenzione da responsabilità per colpa grave, ad eccezione dei danni derivanti da omissione e inerzia per i quali il soggetto agente continua a rispondere sia a titolo di dolo che di colpa grave. Si tratta evidentemente di una disposizione introdotta dal legislatore per fronteggiare, in un periodo emergenziale come quello che stiamo vivendo, la sempre più frequente tendenza dell'amministrazione all'immobilismo e alla c.d. “burocrazia difensiva”.

Sebbene lo scopo del legislatore sia stato certamente quello di dare “ossigeno” ad un sistema amministrativo sempre più appesantito e di favorire, in qualche modo, una burocrazia meno immobile e più coraggiosa, non si può fare a meno di dubitare della legittimità costituzionale di questa disposizione, soprattutto alla luce degli art.3, 28 e 97 della Costituzione.

Si è infatti venuta a creare una ingiusta disparità di trattamento, lesiva del principio di uguaglianza, tra coloro che cagionano un danno grave attraverso una omissione o inerzia e coloro che invece causano tale danno in virtù di una loro condotta gravemente colposa, i quali, grazie a questa norma, andrebbero esenti da responsabilità contabile. Non si può poi non chiedersi come possa favorire il “buon andamento” della pubblica amministrazione una norma, quale è quella in oggetto, che esclude, seppur transitoriamente, la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni a chi ha causato, con una condotta gravemente colposa, un danno erariale.

Né tantomeno si capisce come tale esenzione possa conciliarsi con il principio dell'equilibrio dei bilanci che anche le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, devono rispettare.

L'impressione è quindi quella che il legislatore, più che attenuare la burocrazia c.d. “difensiva” ponendo rimedio alla “paura della firma” abbia invece introdotto un vero e proprio regime di impunità, mascherato dalla scusante della “semplificazione”.

Resta da capire se questa disposizione rimarrà in vigore anche al termine del periodo emergenziale, ma questa è una risposta che ci potrà dare solo il tempo.

BIBLIOGRAFIA

- Amato G., *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972
- Amato G., *Il mercato nella costituzione*, in Quad. cost., 1992.
- Amato G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998
- Amato G., *Il gusto della libertà. L'Italia e l'antitrust*, Bari 2000
- Ammannati L. (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano 1995
- Ammannati L., *Le privatizzazioni in Italia: alla ricerca di un progetto*, in Ammannati L. (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano 1995
- Amorelli G., *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Padova, 1992
- Amoroso - Ole Jess Olsen, *Lo stato imprenditore*, Bari, Laterza, 1978
- Angelici, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in AA.VV., *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017
- Antonioli, Marco. *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*. Milano: Giuffrè, 2016
- Arnaudo, Luca. *A l'économie comme a la guerre. Note su golden power, concorrenza e geo-economia*. In *Mercato Concorrenza Regole, Il Mulino*, 2017
- Auletta, Ferruccio. *I controlli nelle società pubbliche: D.lgs 19 agosto 2016, n. 175, TU in materia di società a partecipazione pubblica*. Bologna: Zanichelli, 2017
- Baldassarre A., *Iniziativa economica privata*, in Enc. Dir., XXI, Milano, 1971
- Baldassarre A., *Proprietà*, in Enc. Dir., XXV, Milano, 1971
- Bilancia P., *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996
- Bognetti G., *La costituzione economica Italiana*, Milano, 1995

- Bognetti G., *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, In *La costituzione economica italiana*, 1995
- Botto, Castrovinci Zenna, *diritto e regolazione dei contratti pubblici*, 2020
- Bozzi G., *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977
- Buonomo D., *Società e controllo pubblico*, Milano : Giuffrè, 1978.
- Caia G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc.giur.*, XX, Roma, 1900
- Caia Giuseppe, *Le società partecipate dopo il correttivo al testo unico*, in *Enciclopedia Treccani*
- Calabria F., *Istituto per la ricostruzione industriale (IRI)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1976
- Cammelli, Marco.; Dugato, Marco. *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato: una premessa metodologica e sostanziale*. P. 1-16 Studi in tema di società a partecipazione pubblica. Torino: G. Giappichelli, 2008.
- Capalbo, Francesco. *La compliance della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE in tema di rendicontazione e controllo delle società a partecipazione pubblica*. Fa parte di p. 247-284 *Controlli nelle società pubbliche*. Bologna: Zanichelli, 2017. Strumenti del diritto.
- Caranta R., *intervento pubblico nell'economia*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., Torino, 2000
- Caringella, Francesco. *Manuale di diritto amministrativo*. Roma: Dike, 2018
- Carlizzi Marco, *La direzione e il coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in Guizzi, Giuseppe (a cura di) *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016: (aggiornato al D.Lgs. n.100/2017)*. Milano: Giuffrè, 2017.
- Casillo Maria, *Le società pubbliche- dlgs 175/2016 e il correttivo del 2017*, in *Salvis Juribus*
- Cassese S., *La guida delle imprese nel settore pubblico*, in *Stato e Mercato*, 1985

- Cassese S., *La legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960
- Cassese S., *Aspetti giuridici dello sviluppo economico*, in *Studi in memoria di Angelo Gualandi*, Urbino, 1960
- Cassese S., *È ancora attuale la legge bancaria del '36?*, Roma, 1987
- Cassese S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962
- Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Bari, 2007
- Cassese S., *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, in “*Rivista trimestrale di diritto pubblico*”, 1958, n. 4, pp. 907-938
- Cassese S., *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. Trim.dir.pubbl.*, 1989
- Cassese S., *Le privatizzazioni in Italia*, in *Stato e mercato*, 1996
- Cassese S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in G. Marasà (a cura di), *Profili Giuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998
- Cassetti L., *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997
- Castronovo V., *Storia economica d'Italia*, Torino, 1995
- Celati Benedetta, *Il parere del Consiglio di Stato n. 83 del 17 gennaio 2017 sulle modalità di attuazione sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *amministrazione in cammino*
- Cerulli Irelli Vincenzo, *Impresa pubblica*, in *astrid online*
- Cianci, Ernesto., *nascita dello stato imprenditore*, Ugo Mursia Editore, 1977
- Cicchinelli Simone, *I controlli interni nella società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica*, in Guizzi, Giuseppe (a cura di) *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016: (aggiornato al D.Lgs. n.100/2017)*. Milano: Giuffrè, 2017
- Clarich, Marcello. *Manuale di diritto amministrativo*. Bologna: il Mulino, 2019

- Clarich M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione straordinaria*, in Dir.amm., 1995
- Clarich M., *Privatizzazioni*, in Dig.disc.pubbl., XI, Torino, 1996
- Clarich M., *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in Riv.trim.dir.pubbl., 1998
- Clarich M., Pisaneschi A., *Privatizzazioni*, in Dig.disc.pubbl., Agg., Torino, 2000
- Codazzi E., *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, 2014
- Corso G., *Attività economica privata e deregulation* in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1998
- Corso G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in Dizionario di diritto pubblico, IV, Milano, 2006
- Cossu, Monica. *Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici; Delle società di interesse nazionale: artt. 2449-2451*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.
- Costi R., *I profili societari della legge "Amato"*., in Le società, 1990
- Costi R., *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in Giurcomm., 1995
- Cuccu Francesco, *La nuova disciplina dei compensi degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in Guizzi, Giuseppe (a cura di) *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016: (aggiornato al D.Lgs. n.100/2017)*. Milano: Giuffrè, 2017
- Cuccurullo Olga, *art.11*, in Meo Giorgio, Nuzzo Antonio (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n.175*
- D'Attorre G, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche* (a cura di) Francesco Fimmanò, Antonio Catricalà
- D'Attorre G., *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Ipsoa, Milano, 2007

D'Attorre, Giacomo., *La governance delle società pubbliche*, in giurisprudenza commerciale, 2020

D'Attorre G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In, *Il Fallimento*, 2009.

D'Attorre G., *la fallibilità delle società in mano pubblica*. In "Il Fallimento", 5/2014

Della Cananea G.-NapolitanoG., *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998

. Demuro, Ivan. *La governance*, in *Ibba Carlo, Demuro Ivan (a cura di), Le società a partecipazione pubblica*, 2018

De Sensi, Vincenzo, *Società a partecipazione pubblica: funzione gestoria, obblighi informativi ed emersione dei fattori di rischio*, in rivista di diritto societario, 2019

Di Gaspare G., *Monopolio e Riserva*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1996

Di Gaspare G., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003

Di Gaspare Giuseppe, *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative) societarizzazioni e privatizzazioni: un approccio teorico*, in *amministrazione in cammino*.

Donativi, Vincenzo. *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"*. Assago: Wolters Kluwer, 2016

D'Orazio, Luigi.; Monteferrante, Luca.; Bernabai, Renato.; Travi, Aldo. *Procedure concorsuali e diritto pubblico: insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori*. Assago: Wolters Kluwer, 2017

Eberle, Cristiano. *Le società pubbliche e il Testo unico sulle partecipate: appunti per un primo inquadramento dogmatico, per alcuni profili operativi anche con riferimento alle possibili interferenze con il diritto societario e della crisi d'impresa*. Assago: Wolters Kluwer ; Padova : CEDAM, 2017

F.Mazzini, *Il codice italiano di autodisciplina delle società quotate: prime osservazioni*, in *Studi e Note di Economia*, n.3, 2001

Fimmanò, Francesco; Catricalà Antonio (a cura di), *Le società pubbliche*. Napoli: Giapeto editore, 2016

F. Fimmanò, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011.

F. Fimmanò, *La società pubblica anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 10.

F. Fimmanò, *Il fallimento delle "società pubbliche"*, in *crisi di impresa e fallimento*, 13 dicembre 2013

F. Fimmanò, *Risanamento mediante amministrazione straordinaria*, in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 604.

Fonderico, Giuliano., *Per una breve storia dell'impresa pubblica in Italia: un grande futuro alle spalle?* In H. Bonura, A. Rughetti *L'impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini: riflessioni su mercato, società pubbliche e pubblica amministrazione dopo la legge Madia*. Franco Angeli, Milano, 2017

Forte, Ascenzo. *I poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale*. In *Nomos, le attualità del diritto*, 2014

Freni E., *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, 2000

Freni E., *Golden Share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn.dir.amm.*, 2007

Furci Lorena, *I controlli interni nella società per azioni a partecipazione pubblica*, in Guizzi, Giuseppe (a cura di) *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016: (aggiornato al D.Lgs. n.100/2017)*. Milano: Giuffrè, 2017

Galgano F., *Art. 41*, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1982

Galgano F., *Art. 43*, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1982

Galgano F., *L'imprenditore pubblico*, in Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare, a cura di F.Bricola, F. Galgano, G. Santini, Zanichelli, Bologna-Roma, 1974

Galli G., Privatizzazione e riforma della regolamentazione in Italia, in Riv.trim.dir.pubbl., 1998

Garofoli R., *Golden share e Authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, In Riv.it.dir.pubbl.comun., 1998

Garofoli R., Le privatizzazioni degli enti dell'economia (profili giuridici), Milano, 1998

Garofoli, Roberto; Ferrari Giulia. *Manuale di diritto amministrativo*. Molfetta: neldiritto, 2019

Garofoli e Zoppini (a cura di), *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*

Ghidini G., *Monopolio e concorrenza*, in Enc. Dir., XXVI, Milano, 1976

Giacchi O., *Istituto per la ricostruzione industriale (IRI)*, in Nss.Dig.it., IX, Torino, 1963

Giacomelli Silvia, *Le tendenze internazionali in materia di impresa pubblica: le dimensioni del fenomeno e le nuove linee guida dell'OCSE sulla governance* in Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2015

Giannini M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995

Goisis Francesco, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in www.rivistacorteconti.it

Guizzi, Giuseppe (a cura di) *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016: (aggiornato al D.Lgs. n.100/2017)*. Milano: Giuffrè, 2017

Grottanelli De'Santi G., *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996.

Guarino G., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni Comunitarie*, in AA.VV., *La costituzione economica*, Padova, 1997

Guerrera, *Lo statuto della nuova società a partecipazione mista pubblico-privata*, in *Riv.dir. civ.*

Guizzi Giuseppe, Rossi Massimo, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in Guizzi, Giuseppe (a cura di) *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n.*

Iaione, Christian. *Le società in-house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*. Napoli: Jovene, 2012

Ibba, Carlo; Demuro, Ivan; Barbagallo, Filippo. *Le società a partecipazione pubblica: commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*. Bologna: Zanichelli, 2018

Ibba, Carlo, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015

Ingenito, Chiara. *La corporate governance delle società pubbliche*, in *Federalismi.it*, 2018

Irrera Maurizio-Marco Sergio Catalano, *“L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica”*, in *“diritto ed economia delle imprese”*, 2019

Irti N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Rivista delle Società*, 1993

Irti N., *Iniziativa privata e concorrenza (verso una nuova Costituzione Economica)*, In *Giur.it.*, 1997

Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2008

La Spina A., Majone G., *“Deregulation” e privatizzazione; differenze e convergenze*, in *Stato e mercato*, 1992

- Lipari Marco, *La nozione di aiuto di Stato indiretto, attribuito da un soggetto privato, e il requisito dell'imputazione pubblica della misura incentivante*, in rivista.eurojust.it
- Losca Gianluca, *outsourcing negli appalti pubblici: la prassi e il quadro normativo*, in *diritto & diritti*, 15 novembre 2017
- Luigi Giugni, *Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, Jovene, 1972
- Luciani M., *economia del diritto costituzionale*, in Dig.disc.pubbl.,V,Torino, 1990
- Luciani M., *Istituto per la ricostruzione industriale (IRI)*, in Enc.giur., XVII, Roma, 1990
- Luciani M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983
- Maltoni Andrea, *Esercizio privato di pubbliche funzioni [Annali I, 2007]*, In Enc. Giur.
- Marasà G. (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998
- Massera, Alberto. *Gli statuti delle società a partecipazione pubblica e l'applicazione delle regole amministrative per la trasparenza e l'integrità. fa parte di p. 45-90 Controlli nelle società pubbliche. Bologna: Zanichelli, 2017. Strumenti del diritto*
- Mastragostino Franco, Novaro Piergiorgio, Trenti Enrico, *Le prospettive di riordino delle società partecipate dagli enti locali*
- Meo, Giorgio; Nuzzo Antonio. *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*. Bari: Cacucci, 2016
- Merlino M., Boin A., Savoldelli A., 1998, "Outsourcing: uno strumento operativo o una moda?", *Sistemi e Impresa*, n.1 gennaio/febbraio.
- Merusi F., Ilaria D., *Partecipazioni pubbliche*, in Enc. Giur., XXII, Roma, 1990
- Merusi F., Spattini G.C., *Economia (intervento pubblico nell')*, in Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006
- Merusi F., *Le leggi del mercato: innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002

- Merusi F., *Tre obiettivi per un cannone: la c.d. privatizzazione delle banche pubbliche in Italia*, in Banca, Borsa e titoli di credito, 1991
- Milano Livio, Caridi Giorgio. *L'aiuto di Stato nella legislazione europea*, in diritto.it
- Morbidelli G., *Iniziativa economica privata*, in Enc. Giur. XVII, Roma, 1989
- Napolitano, Andrea. *Riflessioni in merito al rapporto tra società pubbliche e procedure concorsuali alla luce delle recenti novità normative*. In "federalismi.it", 3/2018
- Napolitano G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003
- Nicodemo, Antonio; Morbidelli, Giuseppe. *Imprese pubbliche e settori speciali: l'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*. Torino: Giappichelli, 2018
- Nicotra F., *Società a capitale pubblico ed assoggettabilità a fallimento: aspetti problematici*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2015
- Ninatti S., *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in Dizionario di diritto pubblico, IV, 2006
- Pace A., *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in Studi in memoria di Franco Piga, Milano, 1992
- Pace A., *Libertà del mercato e nel mercato*, in Pol. Dir., 1993
- Padoa-Schioppa T., *Sugli aiuti statali alle imprese industriali*, in Rivista economica del Mezzogiorno, 1990
- Padoa-Schioppa T., *Governo dell'economia e contesto europeo*, in Il Mulino, 1994
- Padoa-Schioppa T., *Il Governo dell'economia*, Bologna, 1997
- Pani Mattia, Sanno Carlo. *Le novità in materia di società partecipate nella legge di stabilità 2015*, in Lexitalia.it
- PANZANI L., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in www.ilfallimentarista.it, 2013

PATRONI GRIFFI U., *le nuove società partecipate e in house providing*, Milano, 2017

Pecoraro Clemente, *Gestione delle partecipazioni ed esercizio dei diritti sociali*, in Ibba Carlo, Demuro Ivan, *Le società a partecipazione pubblica*

Pecoraro Clemente, *la costituzione della società*, in Ibba Carlo, Demuro Iva, *le società a partecipazione pubblica*, 2018

Perrino Michele, “*Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche in house) e riparto di giurisdizione*”, in rivista di diritto societario.

Picardi Lucia, *struttura e principi di governance*, in Guizzi, Giuseppe (a cura di) *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016: (aggiornato al D.Lgs. n.100/2017)*. Milano: Giuffrè, 2017

Picozza E., *L’incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell’economia*, in Riv.it.dir.pubbl.com., 1996

Pisaneschi, Andrea., *dallo stato imprenditore allo stato regolatore e ritorno? G. Giappichelli Editore – Torino, 2009*

Predieri A., *Collettivizzazione*, in Enc.dir., VII, Milano, 1970

Predieri A., *Mercati e concorrenza: asimmetrie e diseconomie nello Stato prefederativo*, in Nuova antologia, 1993

Primerano Andrea Giuseppe,” *Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica* in «Il diritto dell’economia» issn 1123-3036, anno 64, n. 97 (3 2018), pp. 771-796

Ranci P., *Note su Privatizzazione e Liberalizzazione delle public utilities*, in Economia pubblica, 2003

Rangone N., *I servizi Pubblici*, Bologna, 1999

Richter Mario Stella jr, *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell’art. 3 TUSP* in Studi e materiali, 2017, fasc. 3-4, pp. 549-559

Roberti G.M., *Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998

Rodotà S., *art. 42* in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1982

Rossi G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv.Publ. e appalti*, 2004

Rossi Massimo, *Nomina, revoca e prorogatio degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in Guizzi, Giuseppe (a cura di) *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016: (aggiornato al D.Lgs. n.100/2017)*. Milano: Giuffrè, 2017

Sala, Giovanni. *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica. p. 31-74 Servizi pubblici e società private. Padova: CEDAM, 2007. Università degli studi, Verona. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza. 4, Raccolte, 11*

Salvato L. *"I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali"*, in *Dir. Fall.*, 2010

San Mauro, Cesare. *La disciplina del Golden Share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07* in *Astrid*

Sanna, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica secondo il d.lgs. 19 agosto 2016 n.175: prime riflessioni*, in rivista "Orizzonti de diritto Commerciale",

Santonastaso F., *Dalla "Golden Share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381-384 comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n.266*, in *Giur.comm.*, 2006

Saraceno P., *Il sistema delle imprese a partecipazione statale nell'esperienza italiana*, Milano, Giuffrè, 1975

Saraceno P., *Partecipazioni statali*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982

Schirra A., *Nuove frontiere delle società partecipate: il dissesto e la fallibilità*, in www.ilfallimentarista.it

- Serafini Stefania, *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi* in Guizzi, Giuseppe (a cura di) *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016: (aggiornato al D.Lgs. n.100/2017)*. Milano: Giuffrè, 2017
- Sorace D., *il governo dell'economia*, in G. Amato, A. Barbera, manuale di diritto pubblico, Bologna, 1997
- Sorace D., *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in Riv.it.dir.pubbl.com., 1992, 357
- Spagnuolo Vigorita V., *Nazionalizzazione (disciplina interna)*, in Nss.Dig.it., XI, Torino, 1965
- Tesouro G., *Diritto comunitario*, Padova, 2005
- Tesouro G., D'Alberti M., *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000
- Travi A., *La liberalizzazione*, in Riv.trim.dir.pubbl., 1998
- Trentini C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Ipsoa, Milano, 2012
- Tullio Paolo, *art.10*, in Meo Giorgio, Nuzzo Antonio, *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d.lgs. 175/2016*, 2016
- Urbano Giuseppe, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in Amministrazione in Cammino
- Varlese Ciro, *L'outsourcing nella pubblica amministrazione*.
- Zioldi, Alberto. *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato. p. 17-62 Studi in tema di società a partecipazione pubblica*. Torino: G. Giappichelli, 2008.

SITOGRAFIA

https://it.wikipedia.org/wiki/Banca_mista#:~:text=Le%20banche%20miste%20comp%20ortavano%20una,il%20settore%20industriale%20quanto%20quello

<https://www.bancaditalia.it/chi-siamo/storia/istituzione/index.html>

<https://www.chiamamicitta.it/crisi-delle-banche-la-storia-non-ci-insegnato-niente/>

<https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/golden-share162.htm>

<http://www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower/9296>

http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Guid/Guida_Esternalizzazioni_FunzionePubb.pdf

<http://qualitapa.gov.it/sitoarcheologico/relazioni-con-i-cittadini/utilizzare-gli-strumenti/outsourcing/index.html>

https://www.esteri.it/mae/it/politica_estera/organizzazioni_internazionali/ocse.html

<https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1105323.pdf>

<https://www.filodiritto.com/le-societa-house-profili-giuridici-e-dubbi-interpretativi>

<https://www.giurdanella.it/2013/11/fallimento-delle-societa-partecipate-la-cassazione-fa-marcia-indietro/>

<https://www.corteconti.it/Home/Attivita/Giurisdizione>

RINGRAZIAMENTI

Con questa tesi giunge ufficialmente al termine il mio percorso universitario: sono stati anni emozionanti, che mi hanno fatta crescere e maturare.

Fin da quando ero piccola ho sempre avuto le idee molto chiare: quando mi chiedevano cosa avrei voluto fare da grande dicevo sempre che avrei studiato giurisprudenza, seguendo le orme di mamma e papà.

Ricordo ancora quando, tornando da scuola, guardavo dopo pranzo Forum con mio nonno o quando, rifugiandomi in quella che era stata la cameretta di mia madre, mi mettevo a sfogliare i suoi libri universitari.

Guardavo sempre con ammirazione il lavoro che svolgevano i miei genitori e, da bambina curiosa quale ero, facevo spesso e volentieri tante domande sul significato dei vari termini giuridici che sentivo loro pronunciare.

Per questo, quando seppi di aver passato il test d'ingresso alla Luiss ero la persona più felice del mondo: avrei iniziato a studiare legge in uno degli atenei più prestigiosi d'Italia, coronando così il mio sogno.

Certo, quando mi sono iscritta in Luiss non avrei mai immaginato di dovermi laureare in piena pandemia, ma, come diceva Einstein, "In the middle of every difficulty lies opportunity". Per questo non posso innanzitutto non ringraziare la mia università, perché anche nei momenti più bui di questo 2020, diversamente da tanti altri atenei, è sempre stata vicina a noi studenti, ci ha ascoltati e soprattutto non ci ha mai lasciati soli. La Luiss infatti non si è mai fermata, non ha mai permesso che nessuna delle nostre vite si fermasse, ma anzi ci ha sempre incentivato "a pensare al dopo", a fare programmi per il futuro. Quasi un'utopia visto il periodo che stiamo vivendo.

Anche io ho scelto di non fermarmi e ho infatti continuato a inseguire, come un treno ad alta velocità, l'obiettivo che mi ero prefissata quando entrai in Luiss: finire tutti gli esami in 3 anni, con il massimo dei voti e laurearmi a soli 21 anni.

Alcuni direbbero un vero e proprio record, io invece dico che in un modo come il nostro, che cambia così velocemente, bisogna stare a passo con i tempi.

In questi anni, però, non ho solo studiato, come molti, non conoscendomi, penseranno, ma ho avuto anche la possibilità di cimentarmi nelle prime esperienze lavorative, tra cui uno stage in una law firm inglese, e, soprattutto, la possibilità di continuare quella

che è sempre stata una mia grande passione, ovvero giocare a tennis, avendo fatto parte della squadra agonistica dell'ateneo. Del resto, come diceva Giovenale nelle sue Satire, "Mens sana in corpore sano".

Non posso quindi che essere orgogliosa di aver scelto questa università, non solo per come ha gestito la didattica in piena pandemia, ma soprattutto per le opportunità che ha messo e continua a mettere a disposizione di noi studenti.

Desidero poi ringraziare il Professore Aristide Police, non solo per avermi trasmesso la passione per il diritto amministrativo ma anche per la fiducia accordatami accettando il ruolo di Relatore e per il supporto datomi nella stesura del presente elaborato.

Un grosso ringraziamento voglio farlo anche al Career service della Luiss, per avermi aiutato nella ricerca di tirocini, in un periodo, come quello che stiamo vivendo, dove le offerte di lavoro scarseggiano, e alla Segreteria del dipartimento, per la pazienza con cui mi ha seguito nelle varie richieste di anticipo esami, in particolare alla signora Patrizia Terenzio e alla signora Antonella Moretti.

Un ringraziamento speciale va ovviamente ai miei genitori, per avermi dato l'opportunità di frequentare questa università e soprattutto per avermi supportato e supportato prima di un esame: siete la mia ancora, il mio punto fermo nella vita.

Un enorme grazie va anche a mio fratello Leandro, per avermi sempre incoraggiato a dare e fare il massimo: sei il regalo più bello che mi abbiano mai fatto mamma e papà.

Un grazie di cuore anche al mio fidanzato Santi, per avermi sostenuto in questi anni con amore e soprattutto tanta pazienza, nella speranza che continui a farlo a lungo.

Un ringraziamento sentito va anche al resto della mia numerosa famiglia: alle mie nonne, alle mie zie e ai miei zii, in particolare a mia zia Paola, a mia zia Alessandra, a mia zia Luigina, a mia zia Gabriella, a mio zio Pietro, a mio zio Marco, a mio zio Fabrizio e a mio zio Dario, su cui ho sempre potuto contare.

Un grazie enorme anche a zia Fina e alla sua meravigliosa famiglia, in particolare a "zia Angela", per avermi supportato esame dopo esame e per essere sempre tra le mie più grandi sostenitrici.

Grazie ai miei cuginetti, Virginia, Augusto e Giulio, per avermi sempre incoraggiato facendomi capire quanto siete fieri di me: vi voglio un bene infinito.

Grazie anche ai miei amici di sempre, Mariacristina, Damiana, Federica, Fabrizia, Nicoletta, Cecilia, Angelica, Fabiana, Giulia, Mattia, Alessandro, Alberto, Adriano e

Andrea: con voi ho capito che “verae amicitiae sempiternae sunt”.

Un grazie particolare va alle mie sorelle del “25”, Adriana, Ilenia, Giulia, Martina, Anna Sofia e Irene: sono stata fortunata ad avervi come coinquiline, porterò i giorni trascorsi con voi a Villa Betania sempre nel mio cuore.

Grazie anche a tutte gli amici che ho incontrato tra le aule e le residenze universitarie, in particolare Camilla, Monya, Silvia, Marialuisa, Iolanda, Agnese, Maddalena, Rosella, Stefano, Calogero, Luca, Francesco, Lorenzo, Marco, Gabriele ma soprattutto grazie a Jacopo e Clocca, per esserci stati più di ogni altro nel momento del bisogno.

E infine grazie a mio nonno Ernesto e a mia zia Lucia, senza i quali oggi non sarei la persona che sono diventata e a cui è dedicata questa tesi.

Mio nonno era una persona modesta, umile, buona, ma soprattutto era il mio più grande sostenitore. Lui credeva tanto in me, mi spronava sempre a dare il massimo, ad eccellere e a sfruttare tutte le possibilità che lui non aveva avuto quando era giovane.

Mi raccontava sempre quanto fosse brava a scuola mia zia Lucia, la zia che non ho mai conosciuto, se non attraverso i suoi occhi e i suoi ricordi. Per questo io mi sono sempre impegnata negli studi, non solo per una soddisfazione personale, ma anche perché volevo renderlo fiero di me, così come lo era stato di mia zia.

Purtroppo il giorno della laurea nessuno dei due potrà essere fisicamente con me, ma spero che, ovunque essi siano, possano guardarmi ed essere orgogliosi di me.

Virtute duce, comite fortuna!

