



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI
CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE

Corso di Dottorato in
“ISTITUZIONI, MERCATI E COMPORAMENTI”
curriculum Istituzioni e aziende
CICLO XXXII

**Il modello privatistico nella *governance* delle
società a partecipazione pubbliche e le esigenze
pubblicistiche nella gestione ordinaria e nella crisi.
L'impatto della *“Riforma Madia”*.**

SSD: IUS/04

Coordinatore del Corso
Chiar.ma Prof.ssa Rossella Tommasoni

Dottorando
Antonio Fico

Tutor/ Relatore
Chiar.mo Prof. Giuseppe Recinto

Anno Accademico
2016-2019

Il modello privatistico nella *governance* delle società a partecipazione pubblica e le esigenze pubblicistiche nella gestione ordinaria e nella crisi.

L'impatto della "Riforma Madia".

INDICE

Introduzione..... 5

CAPITOLO I

**LA SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: EVOLUZIONE
STORICA E CRITICITA' DEL FENOMENO**

1. Le ragioni storiche dello "Stato" imprenditore: crisi economica e politica
accentralista 10

2. Il progressivo ricorso al modulo societario per l'esercizio di attività pubbliche. .. 19

3. La società a partecipazione pubblica statale tra *spending review* ed esigenze di
razionalizzazione 26

4. La società a partecipazione pubblica nel contesto locale tra competenza
legislativa statale e regionale..... 33

5. La spinta comunitaria verso la privatizzazione delle imprese pubbliche. Le
stagioni di riforma dell'ultimo quarto di secolo. 40

CAPITOLO II

I DIVERSI MODELLI DI SOCIETÀ PUBBLICHE

1. La capacità delle pubbliche amministrazioni di costituire società di capitali 48

1.1. La causa lucrativa del contratto di società e interesse pubblico del socio
pubblico 53

2. Le limitazioni alla partecipazione pubblica ai sensi dell'art. 4 del nuovo T.U. 58

3. I tipi societari consentiti 62

3.1. Società "miste" 63

3.2. Società *in house* 68

CAPITOLO III

LE “NUOVE” SOCIETÀ *IN HOUSE* NELLA RIFORMA MADIA

1. La matrice “pubblicistica” del modello originario dell’ <i>in house providing</i> ed il rapporto tra la legificazione comunitaria e il modello pretorio.....	80
1.1 Il requisito della totale partecipazione pubblica.....	86
1.2 Il requisito del controllo analogo.....	89
1.3 Il requisito del prevalente svolgimento dell’attività in favore dell’ente controllante	93
2. L’anomalia del modello domestico dell’ <i>in house</i> . L’evoluzione normativa.....	94
2.1 Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Profili di responsabilità erariale.....	98
3. Gli effetti sistemici del “controllo analogo” come fonte di un rapporto gerarchico tra ente pubblico ed amministratori.	102
4. L’impatto della riforma Madia sulle “nuove” società <i>in house</i> . Natura privatistica e deroghe alla disciplina societaria.	105
5. Le implicazioni sulla loro configurazione privatistica e il confronto con le società a partecipazione mista pubblico - privata.....	109

CAPITOLO IV

LE SOCIETÀ PUBBLICHE TRA DIRITTO COMUNE E DIRITTO SPECIALE: LA CRISI E LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI E DELL’ENTE

1. La corporate governance delle società pubbliche.....	119
2. L’applicazione delle norme in materia di trasparenza e contrasto alla corruzione per le società a controllo pubblico.....	130
3. Il fallimento delle società pubbliche.	134
4. La responsabilità dei membri degli organi di governante e dell’ente tra diritto pubblico e privato in caso di crisi e fallimento.....	144
5. La responsabilità per attività di etero direzione abusiva <i>ex art. 2497 c.c.</i> dell’ente socio e dei sui amministratori in caso di crisi e fallimento.	151

5.1. L'attività di etero direzione abusiva <i>ex art. 2497 c.c.</i> : elementi essenziali dell'istituto e natura della responsabilità.....	152
5.2. Le differenti condotte in cui può sostanziarsi l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento	154

Bibliografia

Introduzione

Il progetto di ricerca sviluppato è incentrato sulle società a partecipazione pubblica ed affidatarie *in house providing*¹ dei servizi pubblici su cui la pubblica amministrazione esercita un “controllo analogo” a quello esercitato sugli stessi servizi pubblici di cui è titolare.

L’*“in house”*, in particolare, costituisce un modello organizzatorio per mezzo del quale la Pubblica Amministrazione reperisce prestazioni a contenuto negoziale aventi ad oggetto lavori o servizi senza ricorrere ad un procedimento di evidenza pubblica finalizzato ad individuare il contraente affidatario, bensì servendosi di un ente strumentale, distinto dalla pubblica amministrazione sul piano formale, ma non anche alla stregua di una valutazione sostanziale dei rapporti, concernente il profilo della strumentalità dell’attività svolta dalla società controllata rispetto alle esigenze della pubblica amministrazione e al concreto governo delle scelte e delle decisioni da parte di quest’ultima sull’assetto e sull’attività della prima².

La frammentarietà della configurazione del “modello” ha reso queste società di dubbia qualificazione giuridica, scaturendone una difficoltosa identificazione della loro natura privatistica o pubblicistica³ (e quindi del

¹ Come sostenuto in Dottrina (D’ATTORRE, *La crisi d’impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò e Catricalà, Giapeto Editore, 2017) con l’introduzione del T.U. delle società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, in G.U. 8 settembre 2016, n. 210 - attuativo dell’articolo 18 della legge delega n. 124/2015, c.d. legge Madia - integrato dal decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100, in G.U. 26 giugno 2017, n. 147), il Legislatore ha differenziato, con l’art. 2 T.U. (rubricato «definizioni»), le «società a partecipazione pubblica» dalle «società in house»: “le prime sono «le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico» (art. 2, comma 1, lett. n), mentre le seconde sono «le società sulle quali un’amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto» (art. 2, comma 1, lett. o) [...] ... può ragionevolmente ritenersi che tra «società a partecipazione pubblica» e «società in house» sussista, con riferimento all’intero T.U., un rapporto di **genus a species**, in forza del quale le seconde rappresentano una peculiare categoria di società a partecipazione pubblica. Ne consegue che, ogni qualvolta il T.U. imponga l’applicazione di una determinata disposizione normativa alle «società a partecipazione pubblica», tale disposizione opera, salva diversa previsione, anche con riferimento alle «società in house»”.

² GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, VIII Edizione, 2015, pag. 213.

³ Le difficoltà di inquadramento e di applicazione pratica della “società pubblica” sono state sollevate in modo trasversale, oltre che dagli interpreti, anche da vari organi giudiziari. La Corte dei Conti e le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno dedicato al tema un

regime giuridico loro applicabile), a causa della incertezza concettuale di conciliare lo scopo lucrativo (insito in questa tipologia di enti) con il perseguimento del pubblico interesse.

Vi è l'esigenza, anche oggi⁴, di ricercare in che termini tali dissonanze tra i regimi giuridici consentano di qualificarle come enti pubblici o privati, essendo la causa lucrativa più "tipica" del modello societario e poco conciliabile con la funzione pubblicistica assegnata a tali enti⁵. La complessità dell'indagine è allora stabilire se, in questi casi, alla veste in apparenza societaria dell'ente corrisponda sempre e comunque anche la sua natura (in modo sostanziale) privatistica oppure se, in taluni casi e con talune limitazioni, possa corrispondere anche una matrice pubblicistica e, quindi, essere la società sottoposta al regime giuridico (per molte attività compiute) degli enti pubblici, con tutti gli effetti che conseguentemente possono derivarne, nell'applicazione di norme sostanziali e processuali⁶.

Per fare ciò, dopo aver delineato le ragioni storiche della nascita e dell'evoluzione del fenomeno (sino all'introduzione della Legge Madia ed al conseguente d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), legato soprattutto al tentativo di

incontro di studi (trasfuso in un volume del novembre 2013 pubblicato dal *Seminario di formazione permanente* dell'Associazione Nazionale Magistrati delle Corti dei Conti e disponibile su www.cortedicassazione.it), in cui si tracciano le incertezze del modello e la rilevanza del fenomeno. "...Proprio per la sua diffusione e per la sua entità – afferma Tommaso Miele (Consigliere della Corte dei Conti - Presidente dell'Associazione Magistrati della Corte dei Conti), il fenomeno si è posto, peraltro, al centro del dibattito giuridico e, nonostante abbia costituito oggetto di una copiosa elaborazione giurisprudenziale e di una sterminata letteratura, pone ancora non poche questioni controverse. Molteplici, più volte puntualmente indicate, sono le ragioni della complessità dei problemi e della difficoltà di offrire soluzioni condivise. Tra queste, la circostanza che si tratta di un fenomeno che si colloca al confine tra diritto pubblico e diritto privato, con rilevanti e complessi profili anche di diritto societario e di diritto fallimentare".

⁴ L'interpretazione del modello è in continua evoluzione. Le Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei Conti con la deliberazione n. 11 del 20.06.2019 si sono (ri)occupate della definizione di "controllo pubblico".

⁵ CAMPOFILI, *Interesse pubblico e causa societaria: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse* in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò-Catricalà, 2017; CAMPOBASSO G.F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 390 e ss.; MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 892.

⁶ ROSSI, *La società per azioni con partecipazione pubblica*, in AA.VV., *I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padova, 1976, 1605 e ss.; SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009.

eludere i patti di stabilità⁷, delle regole della concorrenza e delle norme di contabilità pubblica, si enucleeranno i gravi effetti sistemici del modello ideato dal Legislatore sulla base di una strumentale lettura della giurisprudenza comunitaria.

Tali distorsioni sono state acuite dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione degli ultimi anni in tema di giurisdizione sulle azioni di responsabilità agli organi Sociali, che ha rischiato e sta rischiando di produrre danni per la finanza pubblica superiori a quelli che, in partenza, era diretta a scongiurare.

L'interesse scientifico al tema da trattare affonda le sue radici nei problemi irrisolti che le società a partecipazione pubblica portano ancora con sé e che oggi, in ragione dell'acuirsi della crisi economica e finanziaria di questi anni, ha fatto emergere tutte le contraddizioni di tali modelli di gestione⁸

⁷ Sulla diffusione del modello si veda CAPALBO, *La società a partecipazione pubblica in Italia e all'estero: numeri e incidenza sull'economia*, in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò-Catricalà, 2017, che compie un'analisi dettagliata, su scala nazionale ed internazionale, affermando "le amministrazioni italiane hanno fatto ampio ricorso a tale strumento. Alle società frutto del cosiddetto capitalismo di Stato [Saraceno 1975, 16], storicamente presenti in settori delicati e centrali dell'economia, come la produzione e la distribuzione dell'energia elettrica, le comunicazioni, gli idrocarburi, si sono così aggiunte le numerosissime entità create dalle amministrazioni locali. Queste, tuttavia, si sono rivelate, in molti casi, delle mere estensioni dell'amministrazione partecipante, prive di qualsiasi capacità autonoma di sopravvivenza sul mercato⁷, accumulatrici seriali di risultati negativi [Corte dei conti 2008b, 2010b, 2014] e, in molti casi, geneticamente condannate alla insolvenza [Capalbo 2012]. Ciò nonostante, queste entità sono cresciute in modo frenetico su tutto il territorio nazionale. E così, sin dal 2006, il Governo ha avvertito l'esigenza di strutturare sistemi per poter conoscere la dimensione e monitorare l'andamento di un fenomeno il cui controllo è stato fortemente ostacolato dalla capacità di generarsi a tutti i livelli di Governo fino ai Comuni di piccola o piccolissima dimensione".

⁸ Inquadra, compiutamente, la crisi dell'applicazione negli ultimi decenni del modello della società *in house* taluni passi dello scritto di FIMMANÒ, *Strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento ed insolvenza delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò-Catricalà, 2017: "negli ultimi decenni le P.P.AA hanno abusato del privilegio derivante dall'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza. Da una parte, v'è stata la progressiva tendenza ad ampliare l'ambito dei servizi pubblici includendo non solo quelli aventi per oggetto attività economiche incidenti sulla collettività, ma anche quelli riguardanti attività tendenti a promuovere lo sviluppo socio-economico delle comunità locali, fino ad arrivare ad affidare a società partecipate addirittura funzioni che, lungi dal rientrare nell'ambito dei servizi pubblici in senso proprio, costituiscono tipiche attività istituzionali o strumentali dell'ente.... Dall'altra parte si è sviluppato in modo esponenziale un modello di gestione mediante società controllate (c.d. *in house*) in un'ottica rivolta (solo) formalmente alla aziendalizzazione dei servizi e ad una privatizzazione effettiva, in realtà sostanzialmente

conducendoli, in molti casi, lentamente al fallimento con un'inevitabile ulteriore esorbitante costo sociale⁹.

Il malfunzionamento, o meglio il fallimento del *concept*, delle società *in house providing* ha fatto pagare (e persiste nel far pagare) costi altissimi¹⁰ all'intera comunità sia in termini di occupazione che di disservizi vista la vasta applicazione in settori essenziali del servizio pubblico (tra cui spiccano, ad esempio, i trasporti e lo smaltimento rifiuti¹¹).

Così, in una stagione di “*spending review*”, passare al setaccio la genesi del modello “*in house*” ed indagare sulla sua crisi d'identità (e con la sua fallibilità in presenza di specifici requisiti) per poi spingersi ad individuarne tutte le criticità di tenuta sistemica è il punto di partenza attraverso cui ricercare modelli alternativi o suggerire correttivi al vasto fenomeno dell'*in house providing*.

diretta ad eludere i procedimenti ad evidenza pubblica ed a sottrarre interi comparti dell'amministrazione ai vincoli di bilancio”. Dello stesso Autore, si vedano sulla crisi del modello: FIMMANÒ, *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici locali e dei beni culturali*, in A.a. V.v., Tutela della persona, beni comuni e valorizzazione dei nuovi diritti, Esi, Napoli, 2008, 73 s.; Id., *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in Riv.not., 2009, 897 s.; Id., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di Fimmanò, Ricerche di Law & Economics, Milano, 2011, 12 s.).

⁹ I possibili tentativi di aggiramento delle norme in tema di contabilità pubblica che potevano scaturire dall'utilizzo dello strumento di società di diritto privato ancillari all'ente è stato da tempo oggetto di analisi da parte della Dottrina: BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 33). Nello stesso senso COSTA, *Brevi considerazioni in ordine alle società partecipate da enti pubblici locali*, in *Studi in onore di Mazzocca*, Napoli, 2014, 20 s.; PANZANI, *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, ibidem, 214. Cfr. sul tema anche G (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010; IBBA, MALAGUTI, MAZZONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino 2011; LIBERTINI, *Le società di autoprodotto in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in Benazzo-Cera-Patriarca, *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanon*, Torino, 2011, 473 ss.

¹⁰ Il costante accrescimento del livello di indebitamento delle casse pubbliche è analizzato e riepilogato dalla Corte dei Conti nella Relazione sugli organismi partecipati dagli enti territoriali presentata con delibera n. 27/2016, p. 109. Dai modelli elaborati dal Centro Studi di Confindustria (consultabile in www.confindustria.it) la pubblica amministrazione si è accollata nel solo 2012 oneri per 22,7 miliardi di euro, circa l'1,4% del Pil nazionale.

¹¹ Tra le società più rilevanti in termini occupazionali, in tale settore, si pensi all'AMA S.p.A. che è il più grande operatore in Italia nella gestione integrata dei servizi ambientali. Costituita in società per azioni nel 2000, ha un unico socio, il Comune di Roma, che ne detiene l'intero capitale sociale. Con 7.560 dipendenti, l'azienda serve un bacino di utenza di 2.876.614 persone (ultimo dato del Comune di Roma, Anno 2017, rinvenibile sul sito www.amaroma.it).

In tal modo, in coerenza con la linea tracciata dal titolo del programma di ricerca, la tesi toccherà argomenti di studio e di ricerca su temi di attualità politica ed economica visto che le società *in house* - come dimostra l'intervento mirato delle Sezioni Unite della Cassazione e del Legislatore (in particolare con l'art. 192, co. 2, d.l.gs. n. 50/2016) – lambiscono, non solo il diritto pubblico dell'economia, il diritto civile, il diritto amministrativo, ma soprattutto la crisi d'impresa e l'inefficienza della pubblica amministrazione, soprattutto laddove gli effetti sistemici del *monstrum* “controllo analogo” impongono di dare certezza sulla responsabilità dell'ente *holder* e dei suoi amministratori.

CAPITOLO I

LA SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: EVOLUZIONE STORICA E CRITICITA' DEL FENOMENO

Sommario: 1. Le ragioni storiche dello “Stato” imprenditore: crisi economica e politica accentralista. 2. Il ricorso al modulo societario per l'esercizio di attività pubbliche. 3. La società a partecipazione pubblica statale. 4. La società a partecipazione pubblica nel contesto locale tra competenza legislativa statale e regionale. 5. La spinta comunitaria verso la privatizzazione delle imprese pubbliche. Le stagioni di riforma dell'ultimo quarto di secolo.

1. Le ragioni storiche dello “Stato” imprenditore: crisi economica e politica accentralista

Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica non costituisce di certo un fenomeno nuovo, poiché la loro comparsa risale al principio del secolo scorso¹² ed è storicamente correlata a tre fattori principali: l'affermarsi agli inizi del Novecento dello Stato imprenditore¹³, la privatizzazione formale di enti pubblici negli anni Novanta del secolo scorso¹⁴ e l'esternalizzazione delle attività amministrative¹⁵.

I primi due fattori riguardano più in generale il rapporto tra lo Stato e l'iniziativa economica nel mercato e sono identificabili quali effetti della transizione dallo Stato liberista del XIX secolo allo Stato regolatore dei nostri tempi. Lo sviluppo economico del Paese appena unificato aveva, infatti, bisogno di nuovi soggetti pubblici in grado di realizzare prima di tutto infrastrutture per gli investimenti. Il terzo è invece manifestazione delle

¹² Su tutti si veda GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, pp. 227 e ss.

¹³ Tra gli Autori che hanno approfonditamente indagato il tema dei rapporti tra Stato ed economia si ricordano COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Imprese e società, Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol. I, Napoli, 1968, pp. 367 e ss.; CIANCI, *Nascita della Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977; CASSESE, *La nuova costituzione economica*, II ed., 2005, pp. 7 e ss.

¹⁴ CACCIOTTI, *Diritto amministrativo*, Milano, 2008, pp. 16 e ss.

¹⁵ TRIMARCHI, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'“outsourcing” nella pubblica amministrazione*, in *Dir. Econ.*, 2002,1, pp. 1 e ss.; CICOGNA, *L'outsourcing delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione*, in *Astrid-online.it*; FIORENTINO, *L'esternalizzazione delle attività amministrative: l'acquisto di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni e il patrimonio immobiliare dello Stato*, in *Economia dei servizi*, 2, 2009, pp. 259 e ss.

difficoltà organizzative della pubblica amministrazione sempre più alla ricerca di strumenti atti a rendere più snella ed efficiente l'azione amministrativa¹⁶.

Con particolare riguardo allo Stato imprenditore la sua origine viene comunemente individuata in due eventi della primavera del 1926 (liquidazione della Banca italiana di sconto, con conseguente trasferimento delle partecipazioni a un nuovo ente dipendente dalla Banca d'Italia, l'Istituto di liquidazioni, e creazione dell'Azienda generale italiana petroli, Agip) e la sua piena affermazione è ricondotta all'istituzione nel 1933 dell'Istituto per la ricostruzione industriale.

Invero l'azione pubblica nell'economia ha caratterizzato, seppur in modo marginale, anche epoche precedenti giacché la prima impresa pubblica, la Cassa depositi e prestiti, nacque nel 1863 come grande banca del Ministero delle finanze che iniziò a raccogliere i propri mezzi attraverso le casse postali¹⁷, in un contesto culturale di stampo liberista che negava la possibile esistenza di una macchina statale di governo dell'economia¹⁸.

Con la prima industrializzazione l'intervento dello Stato nell'economia non solo si incrementò notevolmente ma assunse anche un carattere inedito. Se infatti nel modello liberista lo Stato è mero spettatore, limitandosi a creare la cornice giuridica per lo svolgimento del libero mercato, in questo periodo lo Stato irrompe sulla scena come attore che opera sul mercato mediante la produzione diretta di beni e servizi.

In questo periodo lo Stato ha esteso il proprio raggio d'azione in tutti i rami dell'attività economica, in particolar modo nei settori del credito, delle

¹⁶ URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>, 24.05.2012.

¹⁷ Per un approfondimento sulla storia di Cassa Depositi e Prestiti di rinvia a CECCODE, TONIOLO, *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Bari, 2014.

¹⁸ La storia ci rimanda un quadro culturale dell'epoca in cui anche i classici liberali della scuola inglese ritenevano necessario l'intervento pubblico almeno al fine di garantire la difesa dei diritti di proprietà e definire le regole dello scambio. *Adam Smith* nel capolavoro "*La ricchezza delle nazioni*" pubblicato nel 1776 dimostrava come anche la libertà 'naturale' del mercato abbisognasse di un minimo di garanzie statali, come il corretto funzionamento delle istituzioni, la giurisdizione, la protezione contro le invasioni esterne.

infrastrutture, degli idrocarburi, del manifatturiero, delle *utilities*¹⁹. Tra le venti più grandi società per fatturato, nel 1991, dodici erano a totale partecipazione pubblica²⁰.

Il superamento del modello liberista fu accompagnato dall'aumento esponenziale della presenza dello Stato imprenditore che, completando lo strumentario di soggetti pubblici attraverso cui interviene nell'economia, dà vita ad una nuova entità organizzativa, la società a partecipazione pubblica statale²¹. L'organizzazione societaria diventa il principale modello privatistico per l'esercizio di un'impresa pubblica²², alternativo a modelli pubblicistici (in passato più frequentemente ricorrenti) quali l'impresa-ente pubblico e l'impresa-organo²³. Ecco spiegato come mai in occasione del varo del codice civile nel 1942 il legislatore scelse di riservare alle società per azioni a partecipazione pubblica poche disposizioni normative (gli originari artt. 2458-2460 c.c.)²⁴, lasciandole per il resto assoggettate alle regole comuni²⁵.

¹⁹ CASSESE, *La nuova costituzione economica, op. cit.* L'autore segnala la nascita dell'Azienda Ferrovie dello Stato (1905); Impresa per la telefonia interurbana (1907); Istituto Nazionale delle Assicurazioni-INA (1913); Banca Nazionale del Lavoro-BNL (1913); Consorzio per le sovvenzioni sui valori industriali (1914); Consorzio di credito per le opere pubbliche (1919); Azienda generale italiana petroli (l'AGIP) e Raffinerie olii minerali e società per azioni (ROMSA), entrambe sorte nel 1926.

²⁰ FAZIOLI, *Economia delle public utilities*, Roma, 2013.

²¹ CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, VIII. Torino, 1992, p. 1 ss.

²² Alla locuzione "impresa pubblica" è riconosciuto pacificamente un significato descrittivo anziché tecnico, che comprende tutte le attività economiche esercitate direttamente o indirettamente da (ovvero riconducibili a) pubblici poteri, qualunque sia la forma giuridica prescelta (di diritto pubblico o di diritto privato). Sul punto si rinvia a ARENA, *Spunti sulle società commerciali pubbliche, sugli enti pubblici imprenditori a struttura istituzionale, sulle società per azioni in mano pubblica e sugli enti pubblici non imprenditori sotto l'aspetto della privatizzazione. In parte disposta, in parte disponenda, in parte attuata, in parte attuanda*, in *Dir. fall.*, 1994, 180 ss.

²³ L'esercizio di un'attività economica da parte di pubblici poteri può infatti realizzarsi anche nelle forme del diritto pubblico: attraverso la costituzione di un apposito ente, cd. "ente pubblico economico", oppure mediante l'attribuzione dei relativi poteri ad una struttura organizzativa interna all'ente interessato, ovvero un "organo" dell'ente, privo di personalità giuridica ma dotato di autonomia operativa e contabile. Sul tema si veda MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dall'Unità d'Italia*, in Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, p. 185 ss.

²⁴ La riforma delle società di capitali attuata con d.lgs. 6/2003 aveva cambiato solo la collocazione di tali norme, divenute gli attuali artt. 2449 e 2450 c.c., ma l'art. 2450 c.c. è stato abrogato dal d.l. 10/2007, convertito in l. 46/2007, e l'art. 2449 è stato modificato dalla l. 34/2008.

²⁵ Il legislatore dell'epoca mostra una grande sensibilità intellettuale nell'asseverare le ragioni che sostengono l'azionariato pubblico; infatti, il par. 998 della Relazione al codice

L'acquisto di azioni di società di diritto comune divenne il principale strumento attraverso il quale lo Stato interveniva a sostegno delle imprese in crisi. Vicenda emblematica di questa epoca è senz'altro l'istituzione nel 1933 dell'IRI (Istituto per la ricostruzione industriale) che da ente provvisorio di salvataggio delle imprese in crisi fu poi trasformato nel 1937 in ente permanente di conseguimento degli obiettivi di politica economica dello Stato²⁶.

Va detto che il sistema finanziario italiano era incentrato sulla banca mista che ha sostenuto all'inizio del secolo le maggiori iniziative industriali. Gli anni successivi al 1922 furono caratterizzati da un forte sviluppo delle banche miste. Se tale tipologia di istituto *“costituiva in qualche modo una esigenza dettata dalle condizioni di arretratezza delle strutture finanziarie italiane, non v'è dubbio che le caratteristiche dello sviluppo economico del periodo 1922-26 furono particolarmente favorevoli alla crescita di quest'istituzione la quale fu, a sua volta, uno dei fattori permissivi di tale sviluppo”*²⁷.

Tuttavia all'inizio del 1925 la fase di espansione si arrestò determinando una drastica contrazione del credito e contemporaneamente le grandi imprese nazionali soffrivano lo squilibrio creatosi tra i prezzi interni e quelli esteri. Le banche miste furono costrette a sostenere finanziariamente le imprese industriali secondo la formula della *“fratellanza siamese”*²⁸. Con l'acuirsi della

civile spiega: *«Il nuovo codice non poteva ignorare la categoria delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. Il frequente ricorso allo schema delle società per azioni per la creazione di imprese che lo Stato intende sottrarre all'iniziativa privata o gestire in unione con questa riconferma sotto questo profilo la vitalità dell'istituto delle società azionarie. In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente»*.

²⁶Nella sua originaria configurazione l'IRI rispondeva alla strategia della *“straordinarietà”*: l'intervento fu cioè concepito come *“uno strumento dell'emergenza, provò a dare agli istituti pubblici carattere transitorio, e a offrire la possibilità del rientro nel sistema provato e ordinario”*. Così D'ANTONE', *Straordinarietà e Stato ordinario*, in Barca (a cura di), *Storia del capitalismo italiano. Dal dopoguerra a oggi*, Donzelli, Roma 1997, p. 586.

²⁷ TONIOLO, *Crisi economica e smobilizzo pubblico delle banche miste (1930-34)*, in Id., *Industria e banca nella grande crisi 1929-1934*, Milano, 1978, p. 350.

²⁸ La formula fu concepita da MATTIOLI come causa del *catoblepismo* del sistema bancario dei primi anni '30. In un articolo pubblicato su *Mondo Economico* nel 1962 ed intitolato, *I problemi attuali del credito*, MATTIOLI scriveva *“(Avendo subito) la struttura delle grandi banche italiane di credito ordinario severe trasformazioni il grosso del credito*

crisi economica del 1929 e l'aggravarsi delle minacce al sistema economico italiano già indebolito dal ruolo ibrido delle principali banche dell'epoca, l'IRI divenne coattivamente proprietario delle Banche e delle imprese controllate dalle stesse, trasformandosi in gruppo di controllo del sistema bancario e industriale italiano²⁹. È il periodo delle *holding*-società pubbliche per le quali viene coniata la nuova ed ambigua categoria degli enti pubblici economici, vere e proprie imprese commerciali con garanzia pubblica³⁰.

Superata la grande crisi, la funzione della "galassia IRI"³¹ fu riformata e l'ente venne incaricato di provvedere con criteri unitari alla gestione delle partecipazioni di sua pertinenza secondo le direttive della politica economica del regime fascista. L'intervento dello Stato tramite l'impresa pubblica diventa sistematico strumento per perseguire il benessere della collettività.

Benessere sociale che diventa l'obiettivo primario nel secondo dopoguerra quando in Europa lo Stato sociale si diffonde come normale forma di statualità³². Le costituzioni di alcuni importanti Stati europei – come affermato in dottrina³³ -, dopo l'esperienza dei regimi totalitari di massa, sanciscono congiuntamente diritti civili, diritti politici e diritti sociali. Uomini e donne non

era fornito ad un ristretto numero di aziende, un centinaio, che con quell'aiuto avevano potuto svilupparsi notevolmente, ma che ne dipendevano ormai al punto da non poterne più fare a meno. In altre parole, erano sotto il controllo delle banche, i cui impieghi in quel gruppo d'aziende assorbivano, a loro volta, tutti i fondi da esse (...). La fisiologica simbiosi si era mutata in mostruosa fratellanza siamese. Le banche erano ancora banche 'miste' sotto l'aspetto formale, ma nella sostanza erano divenute banques d'affaires, istituti di credito mobiliare." Le banche dell'epoca, per tentare di porre rimedio a tale situazione, avevano finito per ricomprare tutto il loro capitale: possedevano sé stesse, attraverso il possesso delle finanziarie da esse create per assicurarsi il controllo del loro capitale.

²⁹ URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, op. cit.

³⁰ CAFAGNO, MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in Ferrara, Sorace (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2017.

³¹ L'IRI assunse presto dimensioni ragguardevoli giungendo a controllare imprese e gruppi il cui capitale era pari al 42% del capitale complessivo delle società per azioni italiane attive nei più diversi settori. L'Istituto svolse una funzione fondamentale per le sorti del capitalismo italiano, subentrando "in grandi imprese e in grandi banche a uomini d'affari privi di risorse, ovvero refrattari a investirli in rischiosi settori strategici". Così CIOCCA, *Ricchi per sempre? Una storia economica d'Italia (1796-2005)*, Torino, 2007.

³² FLORA, HEIDENHEIMER (a cura di), *lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Bologna, 1983. Per approfondimenti sul tema della statualità si veda BIXIO, *La statualità come momento di una teoria giuridica della società*, in www.ordines.it (rivista semestrale telematica giuridica, numero 2 – dicembre 2017).

³³ Il rilievo è di CASULA, *Per una storia dello Stato sociale, Origini, percorsi, soggetti*, in <http://host.uniroma3.it/docenti/casula>.

sono più solo cittadini, astrattamente uguali di fronte alla legge e isolati di fronte allo Stato. Essi sono concepiti come titolari di diritti che le istituzioni debbono non solo riconoscere, ma garantire e promuovere.

In linea con tale spirito riformatore la Costituzione italiana apre un nuovo capitolo dell'intervento pubblico, ribadendo la presenza di un'economia mista in cui convivono proprietà pubblica e privata³⁴, benché quest'ultima venga funzionalizzata all'utilità sociale.

Seppur con formula compromissoria, frutto dell'encomiabile sforzo di mediazione ideologica tra istanze liberali e forze socialiste, l'art. 41 Cost. riconosce che lo Stato ed in generale i pubblici poteri, possano svolgere attività a carattere imprenditoriale con gli strumenti più variegati, giacché la riserva o il trasferimento di un'attività imprenditoriale *ex art. 43 Cost.* non esaurisce le modalità dell'intervento pubblico nell'economia. Lo Stato può procedere all'acquisizione di imprese già esistenti, con atti di diritto comune (acquisto d'azienda o di partecipazioni in società), ovvero alla costituzione *ex novo* di complessi aziendali³⁵. Dunque, il sopravvento della Costituzione repubblicana non confermò il *favor* per un'economia mista, in cui soggetto pubblico può svolgere attività d'impresa o diventare soggetto regolatore di un mercato in cui operano insieme attori pubblici e privati.

La struttura di controllo delle partecipazioni statali si presentava assai complessa e frammentata, poiché caratterizzata dalla presenza di diversi enti ed organismi della pubblica amministrazione (le *holding* pubbliche, le società di interesse pubblico - sotto forma di Enti, Aziende speciali - i ministeri e i governi locali nella forma dell'autoproduzione).

Il sistema così disorganico fu ricondotto ad uniformità dalla l. n. 1589/1956, istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali cui furono

³⁴ VISENTINI, *Lo Stato nell'economia liberale*, in Giorn. dir. amm., 2005, pp. 1109 ss.

³⁵ URBANO, op. cit, secondo cui: "Nei primi anni '50 venne costituito l'ENI (Ente nazionale idrocarburi), ente pubblico per la gestione, in regime di esclusiva, della ricerca e delle coltivazione di giacimenti di idrocarburi. All' ENI vennero affidate le partecipazioni azionarie, già dello Stato, nell'AGIP nonché il patrimonio dell'Ente nazionale metano. Nella stessa epoca - e in particolare nel 1962 - venne costituito l'ENEL (Ente nazionale per l'energia elettrica) e la nazionalizzazione dell'industria elettrica. In una prima fase lo Stato espropriò, previo indennizzo, le imprese elettriche e, in una seconda fase, venne disposta la riserva originaria a favore del neocostituito ente pubblico ENEL, precludendo l'iniziativa economica privata."

attribuiti penetranti poteri di direzione e di controllo tali da orientare le scelte operative delle società private³⁶. In realtà il potere decisionale nelle imprese pubbliche era formalmente attribuito al Ministero delle partecipazioni statali e al Comitato inter-ministeriale, ma informalmente esercitato da una molteplicità di soggetti quali Commissari parlamentari, rappresentanti politici, sindacati, che di fatto influenzavano la vita della società attraverso il diritto di voto nelle assemblee e la nomina degli amministratori³⁷.

E' tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, quando l'Italia vive un periodo di forte miglioramento economico e produzione industriale, che l'intervento pubblico nell'economia cambia volto e allo Stato produttore, si affianca uno Stato finanziatore o uno Stato maieutico che aiuta e sostiene lo sviluppo.

Tutto coincide con il consolidarsi del *welfare state* e del suo ruolo nella scolarizzazione di massa e nella creazione del sistema sanitario e previdenziale nazionale.

Tuttavia il sistema delle partecipazioni pubbliche iniziava a mostrare già i primi segni di cedimento sotto il peso dei propri limiti che emersero in modo allarmante negli anni Ottanta quando divenne chiaro che l'eccesso dell'intermediazione politica era causa di gravi sprechi della spesa pubblica³⁸.

Così il sistema accumulò continue perdite che potevano essere ripianate solo dalle contribuzioni periodiche dello Stato che a sua volta si trovava a

³⁶“Fino al 1992 quando fu soppresso a seguito di referendum popolare, il Ministero svolgeva una funzione di vigilanza ed esercitava poteri di direttiva nei confronti degli enti di gestione delle partecipazioni statali, cioè di enti pubblici economici con funzione di holding finanziaria. Questi ultimi erano titolari in modo diretto o indiretto delle azioni delle società a partecipazione pubblica ed esercitavano l'influenza su queste ultime essenzialmente attraverso il diritto di voto nelle assemblee e la nomina degli amministratori. Gli enti di gestione delle partecipazioni statali (aventi natura di enti pubblici economici) fungevano per così dire da “cerniera” in quanto si interponevano tra gli input politici, nelle forme del diritto pubblico (atti di indirizzo) e l'attività di impresa esercitata da società di diritto comune.” Ibidem.

³⁷ Non solo l'indipendenza del *management* risultava fortemente limitata quanto alle scelte strategiche di medio e lungo periodo, ma la stessa scelta del *management* rispondeva a criteri clientelari, tesi a premiare la fedeltà politica piuttosto che la professionalità. Il tutto con gravi ricadute sul piano della *performance* finanziaria ed operativa di queste società tendenzialmente inferiori rispetto a quelle delle imprese private.

³⁸ L'operatività degli enti secondo criteri di economicità prevista dall'art. 3 della legge istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali, risultava del tutto disattesa in quanto non si riusciva neanche a conseguire un pareggio di bilancio per evitare che i costi fossero superiori alle entrate.

fronteggiare una delle peggiori crisi economiche, istituzionali e politiche del dopoguerra, anche a causa dell'emersione di gravi fenomeni corruttivi³⁹.

La crisi dei grandi enti di gestione, l'involuzione del sistema produttivo ed il consolidarsi della Comunità europea come realtà sovranazionale tesa – in quel periodo – alla creazione di un mercato unico di beni e persone, hanno determinato l'implosione del sistema delle partecipazioni pubbliche.

Proprio il principio comunitario del libero mercato, unitamente a quello concorrenziale della neutralità dell'assetto proprietario delle imprese (ricavabile dall'art. 345 TFUE) hanno contribuito a demolire il sistema di privilegi che inficiavano l'operatività dell'impresa pubblica, favorendo la diffusione della società a partecipazione pubblica.

Negli anni Novanta viene, infatti, avviata la stagione delle "privatizzazioni"⁴⁰ che porta alla progressiva trasformazione in società per azioni dei preesistenti enti pubblici economici, tra cui i cc.dd. enti di gestione, costituenti la struttura portante del sistema delle partecipazioni statali (in quanto, come detto, fungevano da raccordo tra il Ministero omonimo e le società partecipate), così determinando profondi mutamenti nei "gruppi" pubblici.

Si tratta di un'operazione che in questa fase storica riveste carattere formale, giacché riguarda solo il cambiamento della veste giuridica delle imprese pubbliche⁴¹, e si pone come antecedente logico rispetto alla successiva

³⁹ Senza contare, poi, che il servizio di debito divenne progressivamente più oneroso a causa dell'aumento dei tassi di interesse, del differenziale di rendimento dei nostri titoli pubblici rispetto a quello degli altri paesi e del rischio di insolvenza. Sono questi i fattori scatenanti dell'attacco speculativo alla Lira del 1992 che in una sola estate perse il 20% del suo valore rispetto al Marco tedesco. FAZIOLI, Economia delle *public utilities*, Roma, 2013.

⁴⁰ Sul tema si veda la relazione del CNEL redatta nel 1997, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche. Aspetti giuridico-normativi ed economico-finanziari*, in www.cnel.it.

⁴¹ I dati sullo sviluppo del modello sono significativi. Secondo CAPALBO (in *Le società a partecipazione pubblica in Italia e all'estero: numeri e incidenze sull'economia*, Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Napoli, 2016) "il primo intervento del legislatore nazionale si ebbe con il comma 587 della legge 296 del 2006 che impose a tutte le pubbliche amministrazioni l'obbligo di comunicare, in via telematica, i dati relativi a qualsiasi partecipazione detenuta in società o consorzi, nonché i dati relativi al numero dei componenti degli organi di gestione ed il trattamento economico loro riservato. I dati così raccolti hanno alimentato una banca dati, nota come banca dati Consoc, la cui gestione è stata affidata, fino al 2015, al Dipartimento della funzione pubblica. Sulla base di tali dati, il Dipartimento ha prodotto, per il periodo 2011-2014, quattro relazioni, l'ultima delle quali, con riferimento all'annualità 2013, ha indicato in 7.052 gli organismi partecipati da 5.086 amministrazioni [Dipartimento della funzione pubblica 2011,

cessione a soggetti privati delle partecipazioni detenute dallo Stato nelle società per azioni risultanti dalla trasformazione - anche al fine di destinare i proventi al risanamento del bilancio pubblico - (c.d. privatizzazione sostanziale)⁴².

I provvedimenti legislativi che segnarono le tappe principali del processo di privatizzazione sono: il d.l. 386/1991, convertito nella l. 35/1992, che prevedeva la generale possibilità per gli enti pubblici di trasformarsi in S.p.a., sulla base di una decisione facoltativa apparentemente rimessa all'ente stesso – dubbi concernevano le concrete modalità della trasformazione e la stessa competenza a deliberarla – ed introduceva alcune disposizioni derogatorie della disciplina comune per le società che fossero risultate dalla trasformazione⁴³; il d.l. 333/1992, convertito nella l. 359/1992, che, per superare i dubbi e le titubanze causate dalla precedente normativa, si sostituì ad essa e dispose direttamente la trasformazione in società per azioni di E.N.I., I.R.I., I.N.A. ed E.N.E.L., attribuendone le azioni al Ministro del Tesoro, individuandole quali “concessionarie necessarie” (*ex lege*), inoltre riconobbe al Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) la competenza a deliberare la trasformazione di altri enti pubblici in S.p.a.¹¹; infine, il d.l. 332/1994, convertito nella l. 474/1994, che fissò una disciplina generale e dettagliata per la dismissione delle partecipazioni azionarie detenute dallo Stato nelle imprese trasformate e stabilì ulteriori deroghe alla disciplina di diritto comune delle società (ad es. limiti al possesso azionario), tra cui la più rilevante fu l'attribuzione al Ministro del Tesoro di poteri speciali (*golden*

2012, 2013, 2014]”. Il rilevamento prima affidato alla CONSOC, a seguito dell'entrata in vigore della legge n.114/2014, a far data dal 1/1/2015, relativo all'elenco dei consorzi e delle società a totale o parziale partecipazione da parte delle amministrazioni pubbliche prevista dall'articolo 1, comma 587, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è confluita nelle competenze del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento del Tesoro.

⁴²Non sempre questa fase è seguita alla precedente sicché in certi casi la privatizzazione si è limitata all'aspetto formale, senza dunque che vi sia stato alcun mutamento in termini di *governance*. A mero titolo esemplificativo si rammentano i casi dell'ex Azienda autonoma delle FF.SS., poi ente Ferrovie dello Stato ed oggi Ferrovie dello Stato S.p.a. Per una ricostruzione *cfr.* JAEGGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p 990 e ss.

⁴³ Su cui CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, op. cit.

share)⁴⁴ nei confronti di società operanti in determinati settori (difesa, energia, etc.), a prescindere dalla partecipazione azionaria detenuta.

Da ultimo, come detto in premessa, vi è anche un altro fattore che ha alimentato il ricorso pubblico allo strumento societario: le esigenze di razionalizzazione dell'organizzazione pubblica. Per fare fronte alle problematiche relative al risanamento del *deficit* pubblico ed alla necessità di uno snellimento e di una maggiore efficienza delle strutture organizzative, le pubbliche amministrazioni hanno, soprattutto negli ultimi anni, fatto ricorso all'*outsourcing* ovvero all'esternalizzazione delle attività strumentali all'esercizio delle funzioni amministrative, affidandole a società strumentali, puntando così all'innalzamento della qualità dei servizi mediante riduzione dei costi, semplificazione delle strutture burocratiche⁴⁵.

2. Il progressivo ricorso al modulo societario per l'esercizio di attività pubbliche.

A valle della digressione storica appena condotta possiamo affermare che le iniziative economiche pubbliche sono state organizzate secondo tre diversi schemi: l'impresa pubblica-organo, l'impresa pubblica-ente pubblico e l'impresa pubblica- società per azioni⁴⁶.

⁴⁴ Si osserva che la disciplina nazionale della *golden share* ha dovuto subire svariati rimaneggiamenti per evitare il contrasto con le regole comunitarie a tutela della concorrenza, che non ammettono ingiustificate limitazioni derivanti da poteri governativi. Cfr. C. Giustizia CE, 26 marzo 2009, C-326/07, in *Foro it.*, 2009, IV, 221 ss. La disciplina vigente (d.l. 21/2012, convertito nella l. 56/2012) regola l'esercizio di poteri speciali del Governo sul presupposto della necessità di salvaguardare interessi essenziali dello Stato, cd. *goldenpower*.

⁴⁵ L'elemento che più di ogni altro ha contribuito alla diffusione di tale tecnica organizzativa è stato lo sviluppo della dottrina del *new public management* secondo cui occorre ripensare i processi organizzativi e decisionali dell'amministrazione. Così, in contrapposizione alla tradizionale idea di pubblica amministrazione, caratterizzata da concetti quali burocrazia e gerarchia, va enfatizzata l'introduzione di strumenti e tecniche, proprie del settore privato, finalizzate al miglioramento dell'efficienza del settore pubblico. In argomento CICOGNA, *L'outsourcing delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione*, op. cit.

⁴⁶ In generale alla locuzione "impresa pubblica" va riconosciuto un significato descrittivo e non tecnico, ricomprendente cioè tutte le attività economiche esercitate direttamente o indirettamente da pubblici poteri. Peraltro, la dottrina oggi prevalente fa rientrare nella nozione di impresa anche le attività gestite con metodo economico ma non lucrativo: le "imprese pubbliche" non societarie, quindi, si distinguerebbero normalmente dalle imprese private per il fatto di essere dirette a realizzare scopi diversi dal lucro, con il solo limite dell'autosufficienza economica. Si vedano, tra gli altri, OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 595 ss.; CAMPOBASSO, in *Diritto commerciale - I. Diritto dell'impresa*, Milano, 2008, 34; CIRENEI, *La società per azioni a*

L'impresa-organo si ha quando un'attività economica è esercitata dallo Stato o da enti pubblici territoriali mediante complessi aziendali la cui titolarità è direttamente posta in capo allo Stato o all'ente pubblico territoriale senza che vi sia altro soggetto, né pubblico né privato, cui venga imputata l'attività di impresa. La figura dell'impresa-organo si divide in due categorie.

La prima è quella dell'impresa-organo gestita direttamente dall'ente pubblico di erogazione attraverso sue strutture, prive di distinta soggettività. La seconda è quella dell'organo dotato di una più accentuata autonomia gestionale e contabile, denominato azienda o amministrazione autonoma il cui prototipo è stata dal 1905 al 1985, anno della sua trasformazione in ente pubblico economico, l'Azienda Ferrovie dello Stato. In ogni caso l'impresa-organo, essendo un'articolazione della pubblica amministrazione, ha l'organizzazione e l'attività rette dal diritto amministrativo. Il soggetto pubblico, inoltre, non diventa imprenditore perché l'attività imprenditoriale è solo secondaria ed accessoria rispetto ai fini istituzionali e non è sottoposto alla disciplina concorsuale, non essendo ipotizzabile che gli effetti derivanti dalla procedura si ripercuotano nei confronti dello Stato o degli enti pubblici territoriali di riferimento.

Il secondo tipo di impresa pubblica è quella ordinata in forma di ente dotata di personalità giuridica di diritto pubblico distinta dall'amministrazione territoriale di riferimento.

Si tratta di quegli enti che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale e risultano soggetti a norma dell'art. 2201 c.c. alla iscrizione nel registro delle imprese. Possono distinguersi anche qui due categorie di enti pubblici economici: quelli con finalità operative (come l'ENEL, che erogava il servizio elettrico) e quelli con finalità di gestione delle partecipazioni in altre imprese (era il caso dell'IRI o dell'ENI).

Le differenze tra l'impresa pubblica-ente e l'impresa pubblica-organo risiedono innanzitutto nel fatto che nel primo caso il soggetto pubblico acquista la veste di imprenditore perché la finalità imprenditoriale diventa prevalente se

partecipazione pubblica, in Colombo e Portale, in Trattato delle società operazioni: Società di diritto speciale, Torino, 1992, vol. 8, 165 ss.

non esclusiva. In questo caso, poi, l'attività svolta è quasi interamente retta da norme di diritto privato (i rapporti con il personale, i contratti, il regime dei beni di un'impresa-ente seguono le stesse regole che si applicherebbero ad un'impresa privata). Si riscontrano invece delle vistose deviazioni dalle norme di diritto comune in tema di disciplina concorsuale. L'elemento caratterizzante, infatti, risiede nella scelta del legislatore di sottrarre gli enti pubblici economici all'applicazione del codice civile per sottoporli ad una disciplina speciale, sicché l'esenzione dalla procedura fallimentare può essere ricavata dalla inapplicabilità all'ente della disciplina degli enti privati in virtù di specifiche disposizioni di diritto pubblico. In tale prospettiva ed in assenza di un'espressa dichiarazione contenuta nella loro legge istitutiva, il carattere pubblico dell'ente va desunto da diversi indici sintomatici variamente individuati nell'origine, nell'ingerenza gestoria dei pubblici poteri, nella composizione dell'organo rappresentativo o di controllo.

Il modello dell'ente pubblico economico ha avuto un forte sviluppo soprattutto negli anni '30 del secolo scorso. A partire infatti dagli anni '50, a causa della commistione di attività di impresa e attività amministrativa - che provocava il sorgere in capo all'ente pubblico di condizioni di privilegio - il modello fu progressivamente abbandonato in favore dell'impresa-società per azioni in partecipazione pubblica.

Con la scelta del modello societario l'Amministrazione non si limita ad esercitare un'attività di impresa e quindi ad agire secondo il diritto comune in forza della propria capacità di diritto privato - come fa quando esercita direttamente l'attività attraverso una struttura pubblica con o senza personalità giuridica - bensì costituisce o comunque partecipa ad un'autonoma struttura privatistica, la quale diventa l'unico centro di imputazione delle situazioni giuridiche derivanti dall'attività che integra l'oggetto sociale.

L'amministrazione controlla l'impresa attraverso la sua partecipazione al capitale, così come farebbe un'azionista privato e tanto l'organizzazione quanto l'attività sono rette dal diritto privato.

V'è da dire che inizialmente tra le modalità di gestione previste dal Testo unico sull'assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei Comuni e delle Province varato nel 1925 non era contemplata la società per azioni⁴⁷.

In un primo tempo i giudici amministrativi si mostrarono contrari ad un'interpretazione estensiva della disciplina poiché il ricorso al modello societario per la gestione di un servizio pubblico, stante l'ontologica esistenza dello scopo lucrativo, non risultava adatto al perseguimento di fini pubblici per i quali la legge predispone specifici mezzi di diritto pubblico⁴⁸.

Successivamente sia la dottrina⁴⁹ che la giurisprudenza⁵⁰ riconobbero anche in capo ai soggetti pubblici la capacità e l'autonomia privata e conseguentemente, la possibilità di creare organismi di diritto privato ai quali affidare la realizzazione dei compiti istituzionali.

Il *favor* per il modello societario non trovò, tuttavia, consenso unanime giacché la tesi della capacità negoziale degli enti locali, ivi compresa quella di costituire società per azioni o di parteciparvi si è come *“bipartita in due sottotesi, ciascuna rispondente ad un diverso moto di intendere il rischio sotteso al possibile abuso dello strumento per eludere gli strumenti di garanzia funzionale e finanziaria proprie delle forme di gestione tipicamente pubblicistiche”*⁵¹.

⁴⁷ Regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578 sulla municipalizzazione dei servizi pubblici che aveva riunito e coordinato le norme già introdotte in materia dai regi decreti n. 103/1903 e n. 3047/1923. Nel Testo unico si regolavano le modalità per l'assunzione diretta in capo agli Enti locali (tramite la costituzione di apposite aziende speciali) dei servizi pubblici destinati alle comunità locali e nel contempo si riconosceva l'opzione alternativa dell'affidamento in “concessione all'industria privata”, la quale doveva però essere accompagnata dalla previsione obbligatoria, nel relativo contratto, della facoltà di riscatto per l'Ente locale e con il riconoscimento al concessionario privato di una “equa indennità” commisurata secondo criteri codificati.

⁴⁸ Consiglio di Stato, Sez. I, Parere 6 marzo 1956, n. 373, in *Riv.Amm.*, 1957, 284. In realtà, a ben vedere le preoccupazioni del Consiglio di Stato erano, più che altro, di natura contabile, in quanto una società a totale partecipazione pubblica, con un solo azionista, si sarebbe trasformata in “uno strumento di comodo” nelle mani dell'ente che sarebbe diventato illimitatamente responsabile delle obbligazioni sociali.

⁴⁹ In generale sulla capacità degli enti pubblici di costituire società si veda ROSSI, *Questioni in tema di partecipazione di un comune ad una società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 220.

⁵⁰ *Ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, 374 in *Riv.Amm.*, 1990, 668; Corte dei conti, sez. controllo enti, 6 luglio 1982, n. 1677.

⁵¹ CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano 2007.

Per la prima sottotesi⁵² va riconosciuto il carattere generale della capacità negoziale degli enti pubblici, tra cui anche Comuni che, attesa la pienezza di tale capacità, erano legittimati a ricorrere a tutti i mezzi possibili per raggiungere i propri scopi istituzionali, anche mediante la costituzione di una società per azioni, purché vi fossero ragioni di pubblico interesse tali da far ritenere vantaggiosa l'istituzione di una società per azioni.

L'orientamento più restrittivo, invece, pur riconoscendo la possibilità di costituzione della società per azioni, faceva “*salvi i limiti preordinati – anche in relazione alla scelta dei soci – ad evitare la violazione o l’elusione dei procedimenti amministrativi e dei vincoli posti agli enti pubblici a garanzia della trasparenza dell’azione amministrativa, fra cui principalmente il divieto di riserva per la concessione dei beni, appalto di servizi o di opere pubbliche, per il cui espletamento devono essere utilizzate ordinarie procedure*”⁵³.

Come visto nel paragrafo precedente, il punto di svolta nell’evoluzione dello Stato imprenditore è segnato dai profondi cambiamenti politici ed economici degli anni ‘90 che impongono un complessivo ripensamento delle formule gestorie dei servizi pubblici⁵⁴. Il ruolo dello Stato nell’economia cambia prospettiva assumendo le sembianze del regolatore dei processi economici interessato ad un risparmio di spesa pubblica e, al contempo, ad una maggior efficienza nell’erogazione delle *public utilities* secondo le dinamiche dell’economia di mercato⁵⁵.

⁵² Accolta dal Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818 e sviluppata in dottrina da ROVERSI MONACO, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. Soc.*, 1973, 7989; MAZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987; CAMMELLI, *Le gestioni comunali. L’azionariato pubblico*, in *Atti convegno Provincia Sicilia*, Catania 1988, 71.

⁵³ In dottrina BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, p. 3 ss.; MASSERA, *Nuovi aspetti dell’uso delle società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi per Ottaviano*, Milano, 1993, 550 ss.; ANDREANI, *Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 1996, 245. In giurisprudenza Tar Puglia, Bari, sez. I, 16 dicembre 1989, n. 581 in *I T.A.R.*, 1990, p. 1194.

⁵⁴ Sono gli anni delle (vere o presunte) liberalizzazioni e privatizzazioni, della riforma del sistema bancario, della modifica del sistema di contabilità pubblica, dell’apertura del mercato dei servizi pubblici locali, della creazione di un ampio numero di Autorità amministrative indipendenti.

⁵⁵ DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*; LAZZARA, *La funzione egolatria contenuto natura e regime giuridico* in *L’intervento pubblico nell’economia* (a cura di) Cafagno, Manganaro, in *A 150 anni dall’unificazione*

Paradossalmente, però, proprio a partire dagli anni novanta, il numero complessivo delle società a partecipazione pubblica, anziché ridursi, risulta costantemente in crescita⁵⁶ a causa del loro utilizzo da parte non più solo delle Amministrazioni dello Stato centrale, ma anche degli Enti locali. Questi ultimi infatti, mentre in una prima fase erano stati meno attivi, in seguito all'entrata in vigore della l. n. 142/1990 hanno cominciato ad impiegare il modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali, oltre che per una serie ulteriore di servizi e, in alcuni casi, persino per lo svolgimento di funzioni amministrative.

La legge n. 142/1990⁵⁷ ha per la prima volta espressamente⁵⁸ riconosciuto agli enti locali la possibilità di detenere partecipazioni societarie⁵⁹, così traducendo in norma la fase storica delle privatizzazioni⁶⁰, favorita dagli impulsi comunitari dell'epoca volti alla creazione del mercato unico basato sulla libera concorrenza⁶¹, e dando il via alla c.d. aziendalizzazione della pubblica amministrazione.

amministrativa italiana Studi (a cura di) Ferrara e Sorace, vol 5, Firenze *University Press*, Firenze, 2016.

⁵⁶Per avere un'idea (parziale) della situazione e dei numeri delle società partecipate è consultabile *on line* il portale 'open partecipate' dell'Agenzia per la Coesione Territoriale, nonché la relazione sulle imprese (anche non societarie) partecipate dagli enti locali redatta nel 2014 nell'ambito del più ampio programma di razionalizzazione della spesa pubblica (cd. *spending review*) affidato all'allora Commissario Straordinario Carlo Cottarelli.

⁵⁷ Per un commento alla legge n. 142 del 1990 si vedano ITALIA, BASSANI (a cura di), *Le autonomie locali*, II vol., Milano, 1990; BRANCA, PIZZORUSSO, *Art. 128 Supplemento. Ordinamento delle autonomie locali. Elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio*, in *Commentario della Costituzione* fondato da BRANCA e continuato da PIZZORUSSO, Bologna, Il Foro Italiano, 1996; VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali, 1990-2000. Dieci anni di riforme. Commento alla legge 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 2000.

⁵⁸In realtà il ricorso alle formule gestionali privatistiche, pur nel silenzio della legge, era già stato implementato da molti Comuni che avevano costituito ovvero acquisito partecipazioni delle società per azioni che gestivano i servizi pubblici. Così MAZZARELLI, in *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, ricostruendo la nascita e l'evoluzione storica del fenomeno, indica come società con partecipazione locale di più antica costituzione la "Autoservizi Perugia Spa" risalente al 1907.

⁵⁹Per avere contezza della situazione di quel periodo, si veda Corte dei Conti, Sezione enti locali, *Referto speciale sulle società per azioni a capitale pubblico locale, deliberazione n. 80/1991*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1992. Inoltre, MOLINAS, *Indagine ricognitiva sulle S.p.a. costituite prima e dopo la legge 8 giugno 1990, n. 142*, in AA.VV., *La S.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, 1995, pp. 93 ss.

⁶⁰ L'avvio dei processi di privatizzazione si è avuto col decreto legge n. 133/1992 recante «Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica», convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359/1992, con cui alcuni enti pubblici economici sono stati trasformati in società (tra questi, Ferrovie dello Stato e Poste).

⁶¹Si veda il Libro bianco sul mercato interno del 1985 della Commissione delle Comunità europee.

L'art. 22 della l. 142/1990 schematizzava le possibili forme di gestione dei servizi pubblici nel seguente modo:

- gestione in economia: quando le caratteristiche del servizio permettevano la sua erogazione mediante il semplice ausilio degli uffici amministrativi;

- concessione a terzi: nel caso in cui l'erogazione del servizio richiedesse attrezzature, professionalità o risorse economiche che l'ente non era in grado di garantire;

- azienda speciale;

- istituzione: per l'erogazione di servizi sociali che non fossero a rilevanza imprenditoriale;

- società per azioni a prevalente capitale pubblico: nel caso in cui per l'erogazione del servizio fosse necessaria la presenza anche di un soggetto privato.

L'istituzionalizzazione del modello societario era tuttavia sottoposto a specifiche limitazioni quali la prevalenza del capitale pubblico, anche da parte di più enti pubblici; la necessaria compresenza di più soggetti; lo svolgimento di attività tese a perseguire i fini istituzionali dell'ente.

La disciplina soffriva così di un duplice difetto: vi era, da una lato, il vincolo della proprietà del pacchetto azionario di maggioranza da riservare al soggetto pubblico e, dall'altro, l'inadeguatezza del solo strumento della società per azioni per la gestione dei servizi di modeste dimensioni.

Solo successivamente con la legge n. 498/1992, è stata introdotta la possibilità, per Comuni e Province, di istituire società per azioni senza vincolo di proprietà maggioritaria per l'esercizio di servizi pubblici, nonché per la realizzazione delle opere necessarie per l'erogazione del servizio. Con l'art. 117, co. 58, della legge n. 127/1997 è stata poi introdotta la possibilità per gli enti locali di istituire o partecipare a società a responsabilità limitata.

Con la l. 142/1990 si assiste, dunque, all'affermazione sul piano legislativo del modello delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, la cui felice intuizione fu frenata nella pratica da molteplici fattori tra cui l'impreparazione degli enti territoriali a gestire società commerciali, la tendenza ad utilizzare le società come potenziali bacini elettorali mediante

assunzioni clientelari, le difficoltà interpretative sulla scelta del socio privato e sulle modalità di affidamento dei servizi⁶².

Tuttavia l'ubicazione periferica del fenomeno lo ha reso difficilmente controllabile e, di fatto, incontrollato, con la conseguenza che sono stati perpetrati molti abusi ai danni delle finanze locali, che il legislatore ha cercato di contrastare con svariati interventi tesi a garantire il contenimento della spesa e la razionalizzazione delle partecipate. Interventi quasi mai lineari e coordinati che hanno ingenerato una stratificazione normativa caotica e dispersiva frutto di una legislazione “a ‘toppe’ piuttosto che a ‘tappe’”⁶³ e che il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica⁶⁴ ha tentato di ricondurre all'ordine (e di cui si dirà nel prossimo paragrafo).

3. La società a partecipazione pubblica statale tra spending review ed esigenze di razionalizzazione

Proprio le società a partecipazione pubblica sono il terreno d'elezione per la “diluizione di confini tra diritto pubblico e diritto privato”⁶⁵, in cui le norme dell'uno finiscono per sovrapporsi ed intrecciarsi alle norme dell'altro.

Non a caso è un tema che ha acquisito crescente interesse nel corso degli anni ed è a tutt'oggi un importante campo di indagine tanto a livello internazionale, dove sempre più è avvertita l'esigenza di trasparenza e completezza di informazioni, simili a quelle disponibili per le società private⁶⁶, quanto a livello nazionale, dove la normativa è stata contraddistinta da una frammentazione della disciplina che ne ha compromesso la chiarezza e la semplificazione. A tali ragioni di meritevolezza sottese all'argomento della

⁶² CAFAGNO, MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, op. cit.

⁶³ Al riguardo, si veda FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. Civ.*, 2014, 1135 ss.

⁶⁴ Per un'ampia ed articolata disamina del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (come modificato dal D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100) si rinvia su tutti a Fimmanò-Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Giapeto Editore, Napoli, 2017.

⁶⁵ CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.

⁶⁶ Informazioni relative alla qualità, divulgazione, conformità dei dati che ha condotto alla stesura di vere e proprie linee guida sulla *corporate governance* delle società pubbliche. Si veda il documento “*OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*” redatto dall'OECD nel 2015 e consultabile *on line* all'indirizzo www.oecd.org.

presente indagine, occorre aggiungere una considerazione di carattere empirico che rende il tema ancora più interessante: nonostante roboanti ed aggressivi piani di vendita di pacchetti azionari di importanti aziende pubbliche, i dati mostrano che tra i grandi gruppi industriali italiani quelli a controllo pubblico sono stati tra i pochi a non soccombere alla crisi finanziaria del 2009 e a continuare a crescere⁶⁷. Attualmente, il maggior numero delle quote di partecipazioni societarie dello Stato sono in mano al Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), ferme restando le ipotesi (numericamente superiori, ma di certo meno rilevanti sul piano economico-finanziario nazionale) di pacchetti societari in mano agli Enti Locali.

La volontà di contrastare la proliferazione del numero di società pubbliche e il loro interventismo al di là del perseguimento delle finalità istituzionali degli enti di riferimento doveva trovare un adeguato bilanciamento con l'esigenza di garantire servizi pubblici essenziali anche in presenza di criteri di antieconomicità, combattere il dilagante tasso di disoccupazione, evitare monopoli privati in settori estremamente delicati per l'intera economia o per la sicurezza nazionale ed incentivare forme di sviluppo nei territori in evidente difficoltà. E tale bilanciamento indusse il legislatore ad intervenire su una maggiore regolamentazione delle Società Pubbliche, piuttosto che indirizzarsi verso la totale dismissione dei relativi pacchetti partecipativi.

Sulla scia di queste considerazioni, il primo significativo intervento fu inserito all'interno della Legge Finanziaria 2008 in cui al comma 27 dell'art. 3⁶⁸ viene introdotta una disciplina vincolistica relativamente alla costituzione

⁶⁷ A differenza delle aziende private che tra cessioni, ridimensionamenti e trasferimento delle sedi all'estero tendono ormai a scomparire. Lo dimostra il fatto che confrontando le dieci maggiori società per azioni italiane per fatturato nel 2015 con quelle del 1991 delle sette società su dieci controllate da soci privati italiani oggi rimane solo la soldi Edizione della famiglia Benetton. Per il resto le grandi aziende industriali italiane sono quelle statali. I dati sono tratti da *Altro che privatizzazioni, le uniche imprese italiane che si salvano sono quelle statali* di L. Piana consultabile al sito www.LaRepubblica.it

⁶⁸ Legge n. 244 del 2007, art. 3 comma 27 “*Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25,*

di società e al mantenimento delle partecipazioni, prevedendo la legittimità delle sole società produttrici di beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali cioè delle c.d. società strumentali⁶⁹ che erogano attività rivolte agli stessi enti azionisti, con funzione di supporto alle amministrazioni pubbliche⁷⁰.

Al successivo comma 28, si precisa che *“l’assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall’organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27. La delibera di cui al presente comma è trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti.”*

Come si evince chiaramente dalla norma citata, il Legislatore rinuncia ad una privatizzazione *tout court* delle partecipate, preferendo intraprendere un’azione di contenimento del fenomeno ed incentivando così gli Enti Pubblici di qualsivoglia livello, alla creazione o al mantenimento dei pacchetti di controllo societario, solo laddove gli scopi della società in questione fossero strettamente compatibili con le finalità intrinseche dell’Ente stesso e quindi laddove si trattasse di *“società strumentali”* che operassero nel campo dei *“servizi di interesse generale”*.

Tuttavia è solo con la legge di stabilità del 2014 (Legge 27 dicembre 2013 n. 147, art. 1 commi da 550 a 569) che il legislatore interviene in maniera corposa, anche se disorganica, per correggere i difetti che avevano inficiato fino ad allora la politica di privatizzazione delle Società a controllo pubblico.

In particolare, tra le novità introdotte dal provvedimento si ricordano le disposizioni di cui all’art. 1 commi da 550 a 569 ossia:

del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l’assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell’ambito dei rispettivi livelli di competenza”.

⁶⁹ Per più ampie considerazioni, rinvio a GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 396 ss. e *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1351 ss. Secondo l’Autore la strumentalità attiene solo all’oggetto sociale (ossia all’attività) in cui la società è chiamata ad operare e non alla causa sociale (che rimane lucrativa).

⁷⁰Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282 e sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, oltre che, per esempio, alle Deliberazioni della Sezione n. 147/2012/PAR e n. 531/2012/PAR.

- l'introduzione per le pubbliche amministrazioni locali partecipanti a società che avessero registrato un risultato di esercizio o saldo finanziario negativo dell'obbligo di *“accantonare nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione ...”*;

- la previsione per le medesime amministrazioni partecipanti, detentrici della maggioranza, diretta e indiretta, della società di concorrere *“alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza”*;

- la regolamentazione dei compensi spettanti ai componenti degli organi di amministrazione di aziende speciali, istituzioni e società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, stabilendone la riduzione del 30 per cento qualora *“nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo”*;

- l'abrogazione dei vincoli quantitativi alle partecipazioni societarie introdotti dal d.l. 78/2010;

- l'abrogazione del vincolo di cessione o liquidazione *delle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato”*.

Il faticoso processo di razionalizzazione delle partecipate, fondato sui criteri di efficienza ed economicità, fu ulteriormente sviluppato con la successiva legge di stabilità del 2015 n. 190 del 2014, la quale, all'art. 1 comma 611 ha sancito che, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, diversi enti pubblici (tra cui gli Enti locali) *“... a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione*

delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri:

a. *eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;*

b. *soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;*

c. *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;*

d. *aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;*

e. *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 successivo comma 612 stabilisce che gli organi di vertice dei soggetti obbligati *“definiscono e approvano, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, nonché l’esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Tale piano, corredato di un’apposita relazione tecnica, è trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato nel sito internet istituzionale dell’amministrazione interessata”.*

L’iter di riordino della materia secondo dei criteri di organicità trova però nella Riforma Madia sulla riorganizzazione della Pubblica Amministrazione il vero punto di svolta. La legge delega 7 agosto 2015, n. 124, all’art. 18⁷¹, nel

⁷¹ Tra i criteri che il legislatore delegato ha dovuto seguire corre l’obbligo di riportarne i più significativi: *“la 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.(..); la definizione di un preciso regime che regoli le responsabilità degli*

prevedere il riassetto delle partecipate allo scopo di semplificarne la disciplina, riducendone la portata ha in parte ripreso i precedenti interventi normativi in materia di dismissioni, prevedendo la conservazione delle quote entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, come la gestione di servizi di interesse economico generale, e definendo con riguardo alle partecipate dagli Enti locali criteri e procedure per la scelta del modello societario in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento. Grande rilievo viene attribuito alla riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e all'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggiore trasparenza.

Nonostante le indicazioni Parlamentari, la gestazione del Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica fu lunga e travagliata⁷² tant'è che è entrato in vigore solo il 23 settembre del 2016, recando con sé una trattazione organica della materia.

amministratori degli enti partecipanti, degli organi di gestione e di controllo e del personale delle società partecipate; l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo societario, anche al fine di garantire l'autonomia rispetto agli enti proprietari; la razionalizzazione e rafforzamento dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, al fine di contenere i costi e di introdurre criteri obiettivi di valutazione che siano rapportati ai valori anche economici della gestione; la promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali; l'eliminazione delle sovrapposizioni tra il regime privatistico e quello pubblicistico nella regolamentazione di istituti ispirati alle medesime esigenze di disciplina e di controllo; la possibilità di adozione di piani di rientro per le società con disavanzo di bilancio ed eventuale ricorso all'istituto del commissariamento". Per un maggiore approfondimento si rinvia a COSMAI, IOVINO, Riforma delle società partecipate. Guida operativa al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, Milano, 2016.

⁷²Innanzitutto il Governo inviò, sia alla Camera dei Deputati che al Senato della Repubblica, uno schema di Decreto Legislativo contenente una prima bozza del *Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica* (A.G. 297). Esso non passò indenne l'esame delle Commissioni Parlamentari, che accompagnarono il loro parere favorevole con numerose prescrizioni ed osservazioni. Il Governo, ritenendo chiaramente di non essere in grado di superare organicamente le perplessità evidenziate dalla Commissione Bilancio della Camera e dalla Commissione Affari Costituzionali del Senato, rimandò all'esame delle Camere un decreto *ex novo* (A.G. 297-bis), all'interno del quale, anche grazie ad una dettagliata relazione illustrativa, si diede conto del lavoro svolto, in ottemperanza alle osservazioni precedentemente avanzate da entrambe le Camere, attraverso le Commissioni sopra citate, allegando altresì i pareri favorevoli del *Consiglio di Stato* e della *Conferenza Unificata Stato-Regioni*. Seppur con nuove osservazioni, il decreto ottenne l'approvazione delle due Camere.

Come ampiamente specificato nella premessa dello stesso T.U., *“l’intervento normativo operato, (...)nel riassumere in un quadro organico le numerose disposizioni finora vigenti in materia, ne ridisegna la disciplina con la finalità di ridurre e razionalizzare il fenomeno delle società a partecipazione pubblica, avendo anche riguardo ad una efficiente gestione delle partecipazioni medesime ed al contenimento della spesa pubblica”*.

Volendolo anticipare alcuni concetti, che saranno meglio sviluppati nelle prossime pagine, possiamo sinteticamente affermare che la riforma del 2016 ha innanzitutto, preso posizione sulla prevalenza del diritto privato mediante una serie di previsioni orientate in tal senso. Su tutte, l’art. 1, co. 3, a norma 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”*.

Inoltre, la matrice dell’intervento legislativo è riconducibile a tre principali finalità: la tutela della concorrenza, il contenimento della spesa pubblica e la *“moralizzazione”* della pubblica amministrazione per l’abuso dell’utilizzo delle partecipate.

Dal punto di vista strutturale è poi possibile suddividere il Testo unico in quattro parti ideali:

- la parte introduttiva, dall’art. 1 all’art. 3, individua gli ambiti di operatività del Testo Unico, l’oggetto, le definizioni e i vari tipi di Società in cui è ammessa una partecipazione pubblica;
- la seconda parte, dall’art. 4 all’art. 10, è volta a stabilire condizioni e limiti delle partecipazioni pubbliche, nonché a ridisegnare compiutamente le regole per la costituzione di società, l’assunzione, il mantenimento ovvero l’alienazione di partecipazioni societarie da parte degli Enti Pubblici;
- la terza parte, dall’art. 11 all’art. 24, reca diversi criteri di amministrazione e controllo delle Società Pubbliche, in riferimento ai requisiti degli amministratori ed ai relativi compensi; al regime di responsabilità degli organi rappresentativi; all’assoggettabilità al fallimento ed alle procedure concorsuali; al sistema di controllo da parte delle AA.GG. e un monitoraggio costante da parte del MEF;

- la quarta ed ultima parte, dall'art. 19 all'art. 25, detta disposizioni in materia di razionalizzazione dei sistemi di impresa finalizzate all'economicità, all'efficienza ed alla trasparenza della gestione amministrativa delle Società Pubbliche.

4. La società a partecipazione pubblica nel contesto locale tra competenza legislativa statale e regionale

A livello locale, come già riferito nel primo paragrafo, il modello di impresa pubblica originario era quello dell'azienda municipalizzata che agiva come organo dell'ente locale e che venne disciplinata dapprima dalla legge Giolitti del 1903 e successivamente dal Testo Unico 2578/1925.

La legge 103/1903 interveniva a colmare un vuoto normativo disciplinando, attraverso regole amministrative e organizzative, una materia di importanza fondamentale, ossia la gestione diretta di servizi di primaria necessità in alternativa alla concessione all'industria privata. La situazione in essere, caratterizzata dalla diffusa presenza di gestori privati operanti in regime di monopolio, si era infatti dimostrata sempre più incompatibile tanto con l'efficienza del sistema economico quanto con le condizioni di vita dei cittadini, alla luce soprattutto dei processi di industrializzazione e di accentuata urbanizzazione che caratterizzavano l'Italia intorno alla fine dell'ottocento. La legge, nello specifico, poneva un freno alla tendenza in atto, da parte dei Comuni, a concedere gli impianti e l'esercizio di questi servizi a imprenditori privati, per sottrarsi agli investimenti notevoli, e difficilmente sopportabili dalle finanze comunali, che l'erogazione dei servizi pubblici richiedeva soprattutto nelle grandi città. La legge 103/1903, confluita poi nel Testo Unico 2578/1925, rimasto in vigore fino al 1990, introduceva così la figura delle cosiddette "aziende municipalizzate", indicando una lunga serie di servizi (ma anche di beni), che i consigli comunali potevano deliberare di "municipalizzare". Si trattava della possibilità di assumere tra i compiti facoltativi del proprio ente, stabilendo poi se il Comune dovesse amministrarli in via diretta (a cura degli stessi organi comunali), o affidarli in concessione a

privati o, ancora, prevedere una gestione a mezzo di aziende speciali, prive di personalità giuridica autonoma, ma dotate di ampia autonomia amministrativa.

A partire dalla l. n. 142 del 1990, che incluse espressamente tra le forme giuridiche consentite per la gestione dei servizi pubblici locali le società per azioni «a prevalente capitale pubblico» (art. 22, comma 3, lett. e), le società di capitali a partecipazione comunale, provinciale e regionale si diffusero rapidamente pur se in assenza di una pianificazione normativa o di criteri predeterminati, a differenza dell'azionariato statale. Peraltro, con il progressivo espandersi della sfera pubblica in economia non mancarono riconoscimenti legislativi del ruolo dei governi locali nell'ambito della promozione economica attraverso la partecipazione in società⁷³.

In origine, erano ammesse solo società a prevalente capitale pubblico. Successivamente, è stata ritenuta ammissibile anche la società a partecipazione pubblica minoritaria⁷⁴.

L'opzione per il modello societario, piuttosto che per altri modelli pubblicistici, consentita agli Enti nella gestione dei servizi pubblici – servizi che mirano a soddisfare bisogni e interessi connessi a diritti della persona – testimoniava la fiducia riposta dal legislatore nell'efficienza di tale forma giuridica: efficienza derivante dalla stessa struttura organizzativa delle società di capitali, anche quando adottata per svolgere attività prive di un'intrinseca attitudine lucrativa, come quelle di servizio pubblico.

Veniva confermata una certa tendenza alla “neutralizzazione” della forma societaria⁷⁵, da cui tuttavia non si poteva desumere la completa scomparsa della

⁷³ Le società finanziarie regionali erano previste dall'art. 10 l. 281/1970 (abrogato dal d.lgs. 118/2011, come modificato dal d.lgs. 126/2014), su cui VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 123 ss.; CIRENEL, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 220 ss.. La possibilità di costituire società consortili fra piccole e medie imprese ed «enti pubblici, anche territoriali» era espressamente riconosciuta dall'art. 17, l. 240/1981, su cui CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e «privatizzazione» dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. it.*, 1991, 248 ss.

⁷⁴ Così l'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 e successivamente il D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533 (*Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali*), che, oltre a prevedere che il socio privato di maggioranza fosse scelto attraverso una procedura concorrenziale modellata sugli schemi disciplinati dal d.lgs. n. 157 del 1995 per l'aggiudicazione degli appalti, aveva fissato la partecipazione dell'ente locale promotore in misura non inferiore del 20% del capitale sociale e quella dei soggetti privati in misura non inferiore al 51%.

causa lucrativa, poiché questa, non essendo riducibile alla massimizzazione del profitto, risulta compatibile con l'interesse pubblico ad una gestione corretta ed efficiente dell'attività (economica) volta a soddisfare bisogni generali⁷⁶.

La legge sulle Autonomie locali del 1990 fu sostituita dal d.lgs. 267/2000 recante il Testo Unico degli Enti Locali, che nel dettare la disciplina dei servizi pubblici locali⁷⁷ distingue tra servizi pubblici “di rilevanza economica” (art. 113) da quelli “privi di rilevanza economica” (art. 113-*bis*)⁷⁸.

Il criterio distintivo non è di agevole individuazione; tuttavia la Corte costituzionale ha avuto modo di specificare che per potersi avere un servizio di rilevanza economica occorre che il servizio possa essere offerto in un mercato, anche solo potenziale, e che i costi dell'attività siano coperti dai ricavi⁷⁹.

L'art. 113, comma 5, TUEL, nel regolare le alternative modalità di erogazione dei servizi di rilevanza economica tra cui l'ente pubblico avrebbe dovuto scegliere, compiva un passo avanti rispetto alla precedente disciplina, poiché prevedeva che in ogni caso la gestione del servizio fosse affidata a società di capitali, a capitale privato oppure pubblico con partecipazione dell'ente medesimo.

La disposizione, quindi, consentiva la gestione del servizio da parte dell'ente pubblico interessato soltanto mediante l'interposizione di una struttura societaria, escludendola invece secondo le forme tradizionali del

⁷⁵ MARASA', *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984.

⁷⁶ ABBADESSA, *Le società miste per i servizi pubblici locali: profili organizzativi speciali*, in *Le società miste per i servizi locali. Atti del convegno Messina, 22/23 novembre 1996*, a cura di Trimarchi, Milano, 1999.

⁷⁷ I servizi pubblici la cui gestione spetta agli enti locali nell'ambito delle proprie competenze vengono definiti all'art. 112 TUEL come quelli aventi “*per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”. Sul concetto di servizio pubblico la dottrina ha tuttavia fornito delle definizioni più complete basate sulla relazione che si instaura tra il soggetto pubblico, che organizza un'offerta pubblica di prestazioni rendendola doverosa, e gli utenti, la quale è finalizzata a soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento. Cfr. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 745.

⁷⁸ Con la legge Finanziaria per il 2004 (n. 350/2003) vennero modificati gli articoli 113 e 113 *bis*: non più servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale, ma servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica. Questi ultimi sono stati dichiarati incostituzionali in quanto lesivi del riparto di competenze, in ragione del fatto che gli stessi non potesse essere fatti rientrare nella materia della tutela della concorrenza, di competenza esclusiva statale.

⁷⁹ C.Cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Foro.it.*, I, 1332 ss.

diritto pubblico (istituzioni e aziende speciali). La *ratio legis* era anzitutto di promuovere il ricorso al mercato, sollecitando gli enti pubblici a selezionare operatori (imprese societarie) cui affidare i compiti materiali connessi all'erogazione del servizio; tuttavia, qualora gli enti non avessero ritenuto opportuno – sulla base di valutazioni discrezionali, non sindacabili nel merito – delegare interamente a terzi tali funzioni, avrebbero potuto e dovuto costituire una società per la gestione del servizio, nella cui forma organizzativa il legislatore evidentemente confidava per il miglior impiego delle risorse pubbliche necessarie. L'ulteriore distinzione tra le società partecipate dall'ente pubblico affidante di cui alle lettere b) e c) del comma 5, art. 113 TUEL, indicanti rispettivamente le società a partecipazione mista pubblico-privata e le società a partecipazione interamente pubblica, si rendeva necessaria in relazione alla disciplina a tutela della concorrenza “per il mercato” di origine comunitaria. Infatti, l'obbligatorietà delle procedure “ad evidenza pubblica” per la scelta del terzo concessionario di un servizio pubblico comportava altresì che, qualora l'Ente avesse deciso di riservarsi la gestione del servizio attraverso la costituzione di una società, avrebbe dovuto scegliere l'eventuale socio privato, quale *partner* da associare a sé nella gestione, per mezzo delle stesse procedure (lett. b). Invece, la costituzione di una società da parte del solo ente pubblico interessato al servizio, in assenza di soci privati, e l'affidamento ad essa della gestione del servizio, non rappresentavano un'ipotesi di ricorso al mercato (esternalizzazione) che rendesse necessario l'espletamento di procedure competitive, poiché l'alterità soggettiva tra l'ente pubblico e la società da lui costituita era voluta dal legislatore, ma non corrispondeva all'esistenza effettiva di due diversi centri di interessi: si delineava il cd. affidamento diretto o *in house providing*, i cui elementi caratterizzanti erano già stati individuati dalla Corte di Giustizia⁸⁰.

La definizione di ente *in house* fornita dalla Corte di Giustizia venne trasfusa nella lettera c), comma 5, art. 113 TUEL, come modificato dall'art. 14 d.l. 269/2003, convertito in l. 326/2003, che elencava le condizioni per il

⁸⁰ C. Giust., 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1339 ss.

conferimento diretto della titolarità del servizio a “società a capitale interamente pubblico”.

Tali condizioni erano: “*che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*” e “*che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano*”.

Una simile disciplina consentiva di fatto agli Enti locali di utilizzare le società *in house* come *escamotage* per sottrarsi alle regole pubblicistiche, sfruttando l’indubbio vantaggio di combinare il controllo diretto sulla gestione dei servizi pubblici, assimilabile a quello precedentemente svolto attraverso strutture di diritto pubblico, con i vantaggi derivanti dalla separazione personale e patrimoniale nei confronti di un ente avente personalità giuridica di diritto privato, come tale esonerato dal rispetto di normative e vincoli pubblicistici⁸¹.

Per arginare l’uso distorto dello strumento societario, il legislatore era intervenuto sostituendo la disciplina del TUEL nella parte in cui rimetteva alla valutazione discrezionale delle Amministrazioni la scelta tra la gestione esternalizzata e quella *in house* dei servizi pubblici di rilevanza economica, che nella prassi si risolveva quasi sempre a favore della seconda. L’art. 13 del Decreto Bersani⁸², recante “*Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*”, abrogato dal testo unico sulle società partecipate, stabiliva che “*al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni*

⁸¹In tal modo, si è prodotto l’effetto di un ulteriore significativo aumento del numero di “partecipate” locali, accompagnato inevitabilmente da abusi, a causa della facilità di aggirare le regole amministrative

⁸² BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, 742.

aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti". Inoltre, il secondo comma precisava che *"le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1"*. È evidente la prospettiva teleologica del primo comma che contiene la formulazione dello scopo della norma ossia quello di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori.

Al fine di limitare ulteriormente la costituzione di società a partecipazione pubblica allo scopo di evitare forme di abuso che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica, il comma 5 dell'art. 113 TUEL venne abrogato dall'art. 23-bis (*Servizi pubblici locali di rilevanza economica*) del d.l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008, che predeterminava in modo tassativo le peculiari caratteristiche del contesto territoriale di riferimento in presenza delle quali soltanto l'affidamento *in house* sarebbe stato (eccezionalmente) consentito, con l'obbligo di previa verifica della loro ricorrenza attraverso la richiesta di un parere all'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato.

Attraverso l'art. 23-bis venivano introdotte regole concorrenziali più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea e normalizzato il ricorso all'*outsourcing* (anche sostanziale) del servizio pubblico.

Tuttavia l'art. 23-*bis* è stato a sua volta abrogato dal *referendum* popolare indetto nel giugno 2011⁸³ a valle del quale si aprì una fase di apparente vuoto normativo⁸⁴, fino a quando il legislatore con il d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011, non ha sostanzialmente riproposto quanto già contenuto nell'art. 23-*bis*.

L'art. 4 del d.l. 138 tornava a regolare i servizi locali in modo da favorire la concorrenza “nel” mercato, limitando la legittimità dell'affidamento diretto soltanto alle ipotesi di scarso valore economico del servizio e ad alcuni particolari servizi, tra cui il servizio idrico, che era stato direttamente interessato dal *referendum*, ed altri quali distribuzione di gas, di energia elettrica, etc.

La disciplina appena richiamata si presentava *ictu oculi* incostituzionale tant'è che veniva dichiarata illegittima⁸⁵ nella parte in cui, in contrasto con l'esito del *referendum* abrogativo, riproduceva la precedente norma oggetto di abrogazione referendaria.

Alcune disposizioni relative all'affidamento dei servizi pubblici locali sono poi state introdotte dall'art. 34, d.l. 179/2012, convertito nella l. 221/2012, che però nulla dice in merito specificamente alle modalità di affidamento, di talché devono ritenersi senz'altro ammesse quelle compatibili con il diritto comunitario, quindi sia l'affidamento a società mista, con gara per la scelta del socio operativo, sia l'affidamento *in house*.

La materia dei servizi pubblici locali di interesse economico generale è stata fatta oggetto di delega legislativa al Governo con la legge di riforma n. 124/2015 che tra le modalità di gestione del servizio prevede l'affidamento *in*

⁸³ Sul referendum del 2011, passato alla storia come referendum sull'acqua, si rinvia a PIEROBONA, *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente - Analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*, Napoli, 2012.

⁸⁴ Il vuoto normativo era di fatto solo apparente giacché come specificato dalla Corte costituzionale con l'abrogazione dell'art. 23-*bis* ha ritrovato applicazione la disciplina comunitaria, considerata più vicina alle esigenze regionali e locali, proprio perché maggiormente favorevoli agli affidamenti diretti. Cfr. Corte costituzionale, sent. 26 gennaio 2011, n. 24

⁸⁵ C. Cost., 20 giugno 2012, n. 199, in *Foro it.*, 2013, I, 2758 ss., secondo cui la volontà risultante dalla consultazione popolare era nel senso di respingere una normativa interna più stringente di quella comunitaria sui presupposti per l'affidamento diretto con riguardo a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica e non solo al servizio idrico: volontà violata dalla successiva regolamentazione della materia, parzialmente sovrapponibile alla disciplina di cui all'abrogato art. 23-*bis*.

house e consente che la relativa scelta sia effettuata dall'ente pubblico senza restrizione alcuna circa i presupposti. L'ente pubblico che ritenga opportuno procedere alla "gestione diretta" del servizio mediante affidamento *in house* ha soltanto un onere di motivazione specifica in ordine ai parametri (convenienza, economicità, efficienza, migliore impiego delle risorse pubbliche, etc.) che avrebbero dovuto guidarne la scelta⁸⁶.

5. La spinta comunitaria verso la privatizzazione delle imprese pubbliche. Le stagioni di riforma dell'ultimo quarto di secolo.

Con la partecipazione dell'Italia all'ordinamento comunitario e, quindi, con l'imporsi del principio del primato di quest'ultimo ordinamento su quello nazionale, venne a crearsi la categoria delle società *in house* (o *in house providing*). Questa società, all'inizio di origine puramente giurisprudenziale, venne menzionata più volte nelle leggi citate precedentemente, senza che ne venisse data una definizione precisa.

Infatti: le società *in house* possono essere, ad oggi, studiate alla luce di tre momenti storici diversi.

(i) In primo luogo va detto che l'istituto della *società in house* è una creazione della giurisprudenza comunitaria e, poi, da noi, della giurisprudenza nazionale.

"La società *in house*" –si legge nel Parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 16-3-2016, n. 438 sulla bozza del TU in materia di *società a partecipazione pubblica* (par. 7)- "è un istituto nato nel diritto europeo con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della "concorrenza per il mercato" mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere

⁸⁶ Peraltro, a differenza che in passato i riferimenti normativi alle società *in house* non sono più contenuti soltanto nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici locali; al contrario, tali società sono previste e regolate compiutamente dal nuovo Codice degli Appalti pubblici, d.lgs. 50/2016, e dal Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica, d.lgs. 175/2016.

pubbliche o alla gestione di servizi pubblici (Corte di Giustizia, sent. Teckal 18-11-1999, in causa C-107-98)”.

Quindi, per disciplinare tale situazione si pervenne - e per l'Italia - a teorizzare una specifica società di capitali (per azioni o a responsabilità limitata: artt. 2325 e segg. e 2462 e segg. cc) che avesse le seguenti caratteristiche:

(1) il capitale sociale doveva essere totalmente pubblico;

(2) il controllo della società da parte dei soci pubblici doveva essere di tipo gerarchico e, quindi, anche a scavalco di quello degli amministratori, con deroga a quanto previsto dagli artt. 2380 *bis* e 2475 cc: in definitiva il controllo sulla società doveva essere *analogo* a quello che qualsiasi ente pubblico esercitava sui propri uffici (v.si, specialmente, la sent. SEA del 10-9-2009, C-573/07);

(3) in caso di più soci pubblici era ammesso il controllo analogo congiunto: *“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’entità pubblica aderisce ad una entità siffatta, la condizione enunziata 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 capitale sia agli organi direttivi dell’entità suddetta”* (sent. Giustizia Ue, 13-6-2013, C-386/11; sent. 8-5-2014 C-15/13; sent. 19-6-2014, C-574/12);

(4) la società doveva operare sostanzialmente solo (per circa l’80%) per gli enti pubblici titolari del relativo capitale sociale⁸⁷.

⁸⁷ Per un riassunto dei requisiti delle società *in house*, si veda, altresì, Cons. St., VI, 2660/2015, par. 14 e parere Cons. St., II, 298/2015, par. 2.

Il requisito del “controllo analogo” (e quindi della società pubblica che affida i servizi pubblici attraverso processi misto pubblico/privati) deve la sua elaborazione, come noto, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁸⁸.

In particolare, nella sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea 18 novembre 1999, causa C-107/98-*Teckal*, per la prima volta si ritenne legittimo l’affidamento diretto di un servizio “*in favore di un soggetto avente diversa personalità giuridica e, pertanto, distinto dall’amministrazione affidante*” ove l’ente pubblico esercitasse sull’affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e purché quest’ultimo svolgesse la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti che lo controllavano.

Con l’indicata pronuncia la Corte chiarisce, in particolare, che il controllo analogo è ravvisabile allorché, in considerazione degli ampi e penetranti poteri di vigilanza e controllo spettanti alla P.A. nei confronti dell’ente *in house*, questo sia assoggettato gerarchicamente alla prima, alla stregua degli uffici interni.

Un importante contributo alla puntualizzazione del requisito in menzione⁸⁹ si rinviene, poi, nella sentenza della Corte di Giustizia del gennaio 2005 (cd. Sentenza *Stand Halle*), in cui viene escluso che l’Ente conferente possa esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso di partecipazione, anche minoritaria, di un’impresa privata al capitale di una società partecipata dall’Ente locale (con conseguente esclusione, in tale fattispecie, della possibilità di affidamento *in house*); nonché nella sentenza del 15 ottobre 2005 (cd. sentenza *Parking Brixen*), ove si afferma che “*non è conforme al diritto comunitario l’attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimento di pubblica gara qualora l’impresa concessionaria sia una società per azioni costituita mediante la trasformazione di un’azienda*

⁸⁸ L’istituto dell’*in house*, invece, deriva dalla prassi comunitaria: l’espressione «*in house contract*» è stata per la prima volta utilizzata, in ambito comunitario, nella Comunicazione della Commissione (98) 143. Cfr. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 511, nota 46.

⁸⁹ Per la definizione del controllo analogo quale *fictio iuris* cfr. LUCARELLI, LONGHI, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali nella giurisprudenza costituzionale*, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Napoli, 2016, par.14.

speciale di un'autorità pubblica, il cui capitale sociale al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui Consiglio di amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi". Nella successiva sentenza del 19 aprile 2007 (cd. *Tragsa*, causa C-295/05), la Corte di Giustizia è ritornata ad occuparsi dell'istituto in esame, indicando come elemento sintomatico della sussistenza del controllo analogo la circostanza che il soggetto affidatario non goda di alcun margine di libertà né relativamente alle modalità di esecuzione degli incarichi conferiti, né con riguardo alle tariffe da applicare alle prestazioni.

Elemento determinante ai fini della configurabilità del c.d. "controllo analogo" è stato costantemente ritenuto, sulla base delle pronunce citate, il potere per l'Ente committente di nomina degli organi direttivi della società affidataria, di determinazione delle spese di funzionamento e degli obiettivi dell'ente e di verifica sull'attività sociale: in sostanza, quando - tramite organi statutari composti da rappresentanti degli Enti stessi - questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società.

Anche la giurisprudenza amministrativa nazionale, sulla base delle indicazioni e degli orientamenti espressi a livello comunitario, ha esplicitato le condizioni affinché il controllo esercitato dalle Amministrazioni aggiudicatrici sulle società affidatarie pubbliche presenti le caratteristiche legittimanti il ricorso all'affidamento diretto escludendo che il controllo analogo possa ravvisarsi ove l'organo di amministrazione possieda ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma.

La sesta sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza del 25 gennaio 2005, n. 168, ha, ad esempio, chiarito che il controllo analogo sussiste in presenza di *"un rapporto equivalente ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario"*. Il Tar Campania, in una decisione coeva (30 marzo 2005, n. 2784), ha rilevato, altresì, che *"il*

soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una sorta di longa manus dell'affidante, pur conservando natura distinta e autonoma rispetto all'apparato organizzativo dell'ente: deve, in altri termini, determinarsi una sorta di "amministrazione indiretta", nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sulla attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo. Si deve verificare se i rapporti organizzativi e funzionali tra Ente e società a capitale pubblico siano tali da realizzare in concreto questa assimilazione e tale indagine dovrà incentrarsi sull'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società".

In definitiva, ai sensi della richiamata giurisprudenza, il controllo analogo sulla società pubblica affidataria del servizio può ritenersi garantito dalla previsione, espressa nell'atto costitutivo e nello statuto della società, di stringenti poteri di controllo finanziario e gestionale a favore dell'Amministrazione aggiudicatrice. Il controllo deve riguardare le attività fondamentali e di straordinaria amministrazione, nonché il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico assegnati e gli organi della società.

Il Consiglio di Stato (Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072) ha chiarito, inoltre, che *"lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati"*; ed ha precisato, altresì, che *"il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'Ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale"* (Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514).

In sintesi, si ritiene che, ai fini della configurazione dell'*inhouse*, non sia sufficiente il controllo societario totalitario, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni di maggior rilievo⁹⁰. I connotati dell'istituto in esame e i suoi rapporti

⁹⁰ Le SS.UU. della Corte di Cassazione fanno riferimento ad una *"minuziosa forma di controllo da parte del socio pubblico così da implicare una subordinazione dei suoi organi*

con la fattispecie di affidamento a società mista risultano ampiamente rassegnati nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 marzo 2008, n. 1⁹¹.

Gli estremi dell'ingerenza pubblica sono tali da considerare la società alla stregua di parte integrante dell'amministrazione controllante, la quale esercita i propri poteri (formalmente) di azionista mediante gli schemi di diritto amministrativo dell'autoritatività e della unilateralità: non si tratta di semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario, ma di un assoluto potere – come peraltro evidenziato dalla Commissione UE nella nota 26 giugno 2002 diretta al Governo Italiano – di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato⁹².

L'importante conseguenza cui siffatta ricostruzione dei rapporti conduce è la qualificazione della società alla stregua di “ente strumentale” dell'Amministrazione, con ogni conseguenza in merito alla natura sostanzialmente pubblicistica della medesima: se il rapporto tra i due enti deve essere ricondotto ad un modello organizzativo di dipendenza organica (simile a quello che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione) e dunque di derivazione pubblicistica, allo stesso modo gli atti organizzativi, ossia quegli atti attraverso i quali tale rapporto va

amministrativi alla volontà di quello al punto da renderle assimilabili ad una sua articolazione interna”: cfr. sentenza 24 marzo 2015, n. 5848 (Presidente: Rovelli - Estensore: Rordorf).

⁹¹Per un commento (critico) alla sentenza si rinvia a MARRAMA, *La Plenaria – nicchia – sull'in house providing*, in *Gazzetta Forense*, n.2/2008.

⁹²In dottrina si è rilevato che (cfr. MARINO, in *Diritto & Giustizia*, fasc.18, 2016, pag. 45, nota a Cass. Civ., 06 aprile 2016, n.6693, sez. lav.) sussiste quel particolare fenomeno giuridico che va sotto il nome di *in house providing* tutte le volte in cui una società è costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici esercizi, di cui esclusivamente i medesimi enti possono essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici (cfr., Cass. S.U., n. 21217/2015). In particolare è stato chiarito che il ‘controllo analogo’ consiste in un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio in base alle regole dettate dal codice civile e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessun autonomia rilevante autonomia gestionale.

regolato (e tra questi le nomine dei membri della società), debbono essere concepiti secondo analoghi schemi di diritto pubblico⁹³.

In altri termini, un affidamento *in house* è tale soltanto se l'entità giuridica a cui viene attribuita la titolarità del servizio sia legata alla stazione appaltante da vincoli talmente serrati da non rendere esistente, nella sostanza, una duplicità di soggetti fra P.A. e affidatario. In una tale situazione, l'obbligo di indire una gara ad evidenza pubblica viene meno in quanto la P.A. non affida il servizio ad un terzo⁹⁴.

Gli organismi *in house*, infatti, anche se sono formalmente distinti dall'Amministrazione pubblica, non hanno alcuna autonomia decisionale, in quanto essi rappresentano solo un modulo organizzativo di cui l'amministrazione stessa si avvale per soddisfare le proprie esigenze, né è possibile ricondurre l'*in house* al modello della società mista⁹⁵.

Gli indicati approdi risultano recepiti, ancorché non puntualmente declinati, nelle disposizioni della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE. Tale direttiva, alla quale è stata riconosciuta, almeno per ciò che riguarda il profilo qui di rilievo (contemplato all'art.12, comma 1),

⁹³ Sulla scorta delle riportate considerazioni, si è ritenuto applicabile ai fini delle nomine nelle società *in house* il principio di pari opportunità di cui all'art.51 Cost. e, per il reclutamento del personale, l'obbligo di rispetto sia dei criteri di evidenza pubblica per la scelta dei contraenti, sia del principio di concorsualità (cfr. art. 18 del decreto-legge n. 112 del 2008).

⁹⁴ Cons. di Stato, sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643 “*Le società in house hanno solo la forma esteriore delle società, ma costituiscono in realtà articolazioni in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi. Se dunque è vero — come è vero — che l'organismo in house rappresenta sotto ogni aspetto un'articolazione in senso sostanziale dell'amministrazione pubblica di riferimento, ne consegue l'applicabilità degli artt. 1, comma 2, e 63, comma 4, d.lgs. 31 marzo 2001, n. 165 («Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche») con tutto ciò che ne deriva in punto di estensione, all'organismo in house, delle previsioni in punto di giurisdizione riferibili all'amministrazione pubblica di riferimento».*

⁹⁵ Cfr., da ultimo, Cons. di Stato, sez. V, 15/03/2016, n. 1028 “*la differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza; in quest'ultimo caso l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto».*

natura *self executing*⁹⁶ in ragione del «contenuto incondizionato e preciso» e delle caratteristiche di «compiutezza»⁹⁷ stabilisce che la persona giuridica va considerata *in house providing* quando: a) l'amministrazione esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. A mente dello stesso art.12 della direttiva, «si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice».

Tali previsioni risultano testualmente recepite dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici approvato con il decreto legislativo n. 50/2016 e dall'art. 2, comma 1, lett. c) del Testo Unico.

⁹⁶ Consiglio di Stato, Sezione seconda, parere del 22 ottobre 2014 e del 17 dicembre 2014, n. 298/2015, in <http://www.osservatorioappalti.unim.it/content.jsp?id=81>.

⁹⁷ Su tali requisiti cfr. Cassazione, SS.UU., sentenza n.13676/2014.

CAPITOLO II

I DIVERSI MODELLI DI SOCIETÀ PUBBLICHE

SOMMARIO: 1. La capacità delle pubbliche amministrazioni di costituire società di capitali – 1.1. La causa lucrativa del contratto di società e interesse pubblico del socio pubblico – 2. Le limitazioni alla partecipazione pubblica ai sensi dell'art. 4 del nuovo T.U. – 3. I tipi societari consentiti – 3.1. Società "miste" – 3.2. Società in house.

1. La capacità delle pubbliche amministrazioni di costituire società di capitali

La *vexata quaestio* dell'estensione della capacità giuridica delle Pubbliche Amministrazioni e della loro libertà di costituire o partecipare a società per azioni in presenza di un riscontrato interesse pubblico, appare come particolarmente complessa e nient'affatto marginale.

Che le pubbliche amministrazioni possano ricorrere allo strumento dell'impresa pubblica, ovvero a quel modello di impresa il cui capitale o patrimonio è conferito in tutto o in parte dallo Stato o da altro ente pubblico, per esercitare attività finalizzata alla produzione di beni e servizi destinati alla vendita, ovvero per conseguire finalità extraeconomiche, è elemento da tempo acquisito nella nostra cultura giuridica.

Ad oggi il modello tipico di impresa pubblica è costituito dalla società per azioni con capitale pubblico, aperta all'ingresso del capitale privato. Si tratta di un modulo organizzativo assai utilizzato (se non addirittura abusato) che ha sofferto a lungo della mancanza di un quadro normativo coerente ed omogeneo. Le incertezze che ne sono derivate hanno indotto dottrina e giurisprudenza a chiedersi se per il ricorso al modello societario sia necessaria

una norma autorizzatoria o se, invece, ciò possa avvenire in virtù della generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione⁹⁸.

Sul tema si sono contrapposte due tesi differenti: una minoritaria⁹⁹, incline a ricondurre gli enti pubblici nell'alveo di una disciplina speciale di natura pubblicistica e sostenitrice dell'eccezionalità del modello societario; ed una maggioritaria¹⁰⁰ fortemente convinta che la possibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare il modello societario ogni volta che sia funzionale al conseguimento degli interessi pubblici, rientri nella generale capacità di diritto privato di cui all'art. 11 c.c.¹⁰¹, ribadita e consacrata dall'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990¹⁰². Tale ultima posizione era corroborata dall'art. 4, co. 13, secondo periodo, d.l. n. 95 del 2012 a mente 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*".

⁹⁸ URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.it

⁹⁹ ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, 1969, p. 137; BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, 1959, pp. 159 e 162; COTTINO., *Diritto commerciale*, Zanichelli, 1994, p. 727; DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, 2012, 3 ss.; MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di Ibbi-Malaguti-Mazzoni, Torino, 2011 spec. 78. Per l'Autore "*si deve, ormai considerare vigente il principio opposto: gli enti pubblici hanno soltanto la capacità speciale di acquisire o mantenere partecipazioni nelle società in cui la partecipazione è consentita in ragione della corrispondenza dell'oggetto sociale a una delle fattispecie consentite dalla legge*".

¹⁰⁰ GALGANO, *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, in *Riv. delle soc.*, 1982, 435,

¹⁰¹ A norma dell'art. 11 c.c. "*le provincie e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*". Sulla possibilità per le P.A. di costituire e partecipare a società lucrative si vedano, tra gli altri, GOISIS F., *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, fasc. 4, p. 1371; VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, fasc. 3, p. 868.

¹⁰² Sull'art. 1, co. 1-bis e sull'attività privatistica della p.a. si rinvia a TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 co. 1 bis della legge n. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CdS*, 2005, 947, ss; CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90. I parte*, in www.giustamm.it, 2005; ITALIA, *Commento all'art. 1 bis (principi generali dell'attività amministrativa)*, in *L'azione amministrativa, commento alla l. 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35*, a cura di ITALIA E SANDULLI, Milano, 2005; CIVITARESE MATTEUCCI, *La funzione amministrativa e il diritto privato*, in *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, a cura di Civitarese, Matteucci e Gardini, Bologna, 2004.

La questione è stata affrontata anche dalla migliore giurisprudenza amministrativa.

In particolare, sull'ampiezza della capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, comprendente anche il potere di costituire società, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁰³ ha ritenuto che la legge finanziaria per il 2008, ed in particolare l'art. 3, co. 27 della l. n. 244 del 2007, prima normativa ad aver vietato la costituzione e l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni in società per attività non strettamente necessarie al conseguimento degli obiettivi istituzionali dell'ente pubblico, non fosse una norma innovativa ma mera espressione di un principio generale in base al quale sarebbe preclusa alle pubbliche amministrazioni, ontologicamente prive di un fine lucrativo, di svolgere attività di impresa e, dunque, di costituire o partecipare a società, salvo il caso che questa sia destinata a scopi di autoproduzione o sia strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente o sia legittimata da un' apposita autorizzazione legislativa¹⁰⁴.

D'altronde, come sapientemente evidenziato da autorevole dottrina¹⁰⁵, fino all'entrata in vigore del Testo unico sulle società partecipate, era rinvenibile una serie di disposizioni che sembravano avallare tale ricostruzione

¹⁰³ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n.10, in *Foro.it*, 2011, III, 365, con nota di GRANIERI.

¹⁰⁴ E' interessante notare come nel rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, il collegio criticò una precedente pronuncia del Consiglio di Stato (la n. 1514 del 2007) secondo cui il ricorso alla società è consentito solo se espressamente previsto da una norma, in omaggio al principio di legalità. Il collegio rimettente, in particolare, ebbe modo di rilevare che i soggetti pubblici godono di una generale capacità di diritto privato, che li abilita a concludere ogni tipo di contratto, salva la sola valutazione di compatibilità con le finalità istituzionali assegnate al singolo ente. La rimessione è avvenuta con ordinanza del Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, in *Foro it*, 2008, III, 68, con nota di SIMONETTI.

¹⁰⁵ IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di Ibba, Malaguti, Mazzoni, Torino, 2011, 4. L'Autore si chiede se le numerose disposizioni esistenti "...determinino un superamento – nella materia de qua – del principio della capacità generale degli enti pubblici, sicché la partecipazione di un soggetto pubblico ad una società debba considerarsi in linea di principio vietata salvo che nei casi eccezionali previsti dalla legge; e se ciò possa condurre non solo a un rovesciamento della tendenza espansiva delle partecipazioni pubbliche manifestatasi negli ultimi decenni ma addirittura, in progresso di tempo, a un vero e proprio "tramonto delle partecipazioni pubbliche".

ermeneutica, imponendo alle pubbliche amministrazioni limitazioni e vincoli procedurali alla creazione e/o partecipazione in società di capitali¹⁰⁶.

Non può non evidenziarsi come le conclusioni cui approda l'Adunanza Plenaria rappresentassero una forzatura poiché, negli anni immediatamente precedenti, era andata consolidandosi l'opinione di quanti affermavano una sostanziale equiparazione tra l'iniziativa economica privata e quella pubblica, a vantaggio di una libertà, priva di condizionamenti, in ordine alla costituzione di società lucrative da parte di enti pubblici¹⁰⁷. La dottrina dominante, infatti, tendeva non solo a rimarcare il valore semantico del dato normativo¹⁰⁸ ma anche e soprattutto ad enfatizzare il profilo della neutralità del modello societario¹⁰⁹, profilo peraltro riconosciuto sia dalla giurisprudenza di legittimità¹¹⁰ che dal Consiglio di Stato, seppur in sede consultiva¹¹¹.

¹⁰⁶Possono in proposito individuarsi disposizioni volte a determinare significativi limiti alla costituzione e all'attività delle società a partecipazione pubblica come l'art. 13 del d.l. n. 223/2006 (cd. Decreto Bersani); ma anche norme tese alla "moralizzazione" del fenomeno che hanno inciso non tanto sulla capacità d'agire delle società pubbliche, quanto sull'ordinamento delle stesse irrigidendo la loro organizzazione e la loro attività come ad esempio gli artt. 14, comma 32, e 6, comma 19, d.l. n. 78/2010, conv. dalla l. n. 122/2010. In particolare quest'ultima disposizione prevedeva che le amministrazioni pubbliche - intendendosi per tali quelle inserite nell'elenco Istat - «non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 c.c., effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali», salvo che ciò avvenga «a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti» o – previa autorizzazione del Presidente del Consiglio dei ministri – «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».

¹⁰⁷CERULLI IRELLI – LIBERTINI, *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, 2019.

¹⁰⁸D'altronde chiara era la posizione del legislatore del 1942 che, nella Relazione ministeriale n. 998 al codice civile, espressamente interpreta: «...la disciplina comune delle società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente.». Per una compiuta analisi delle complesse interrelazioni tra le regole del diritto privato e quelle delle discipline pubblicistico-amministrative, si rinvia a NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2018; GALGANO, *Diritto Commerciale, Volume II*, Bologna 2004, pag. 439 e ss.

¹⁰⁹TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Foro Amm. TAR*, 2010, fasc. 7-8, p. 2740

¹¹⁰Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799.

¹¹¹Cons. Stato, 21 aprile 2016, parere n. 968 in cui è stato affermato che l'interesse pubblico caratterizzante le società partecipate non è idoneo a configurare «una società diversa da quella contemplata dal codice civile».

In realtà, come osservato da attenta dottrina¹¹², sarebbe preferibile ritenere che le Pubbliche Amministrazioni siano subordinate alle disposizioni del codice civile, salvo quanto prescritto da norme speciali di diritto pubblico che, al fine di perseguire determinati interessi pubblici¹¹³, possono derogare a quelle generali¹¹⁴ senza trasformare la natura privatistica di tali enti.

D'altronde, come più volte ribadito dalla Corte di cassazione, la società in mano pubblica «*non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo per il rapporto di dipendenza con l'ente pubblico, e tutti i rapporti che ne derivano, restano di assoluta autonomia*», sicché all'ente pubblico «*non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento di questi e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, non prevedendo la legge alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società*»¹¹⁵.

Questa sembra l'impostazione seguita anche dai redattori del Testo Unico laddove all'art. 1, comma 3 è espressamente stabilito che per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del d.lgs. 175/2016, si applicano alle società partecipate «*le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*».

E' pur vero però che, come vedremo nelle pagine che seguono, l'art. 4 Tusp sembra riprodurre il contenuto dell'art. 3, co. 27 delle l. n. 244/2008 nella misura in cui introduce una norma generale che, in ossequio al principio di legalità, vincola la costituzione delle società pubbliche al perseguimento di uno scopo pubblico. Tale vincolo appare peraltro rafforzato dalla previsione dell'obbligo di analitica motivazione che deve accompagnare l'atto di costituzione della società¹¹⁶.

¹¹²MATALUNI, *Le società a partecipazione pubblica: limiti di scopo e di attività*, in *Astrid Rassegna*, n. 16/2016.

¹¹³CALCAGNILE, *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro Amm. TAR*, 2012, fasc. 11, p. 3714.

¹¹⁴NICOLAI, *Regole organizzative e autonomia statutaria nella recente legislazione sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 2012, fasc. 1, p. 121.

¹¹⁵In questo senso Cass., sez. un., 19 aprile 2013, n. 9534 e Cass., sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4217

¹¹⁶L'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 175/2016 prevede che «*A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di*

La *ratio* sottesa a tali limitazioni è certamente riconducibile, da una lato, alla necessità di tutelare la concorrenza, evitando che società a partecipazione pubblica operanti nel mercato possano godere di indiscutibili vantaggi concorrenziali rispetto agli altri *competitors* privati; dall'altro, alla sempre più crescente esigenza di contenimento della spesa pubblica che il fenomeno delle società partecipate ha contribuito ad aggravare (soprattutto a livello locale) a causa degli sprechi e delle inefficienze nella loro gestione.

Il vincolo di scopo di cui al citato art. 4, comma 1 reintroduce nel dibattito dottrinario il tema che più d'ogni altro ha segnato l'evoluzione dogmatica delle società pubbliche ovvero la compatibilità dello scopo lucrativo che, ai sensi dell'art. 2247 c.c., contraddistingue ogni ente societario, con l'interesse pubblico perseguito.

1.1. La causa lucrativa del contratto di società e interesse pubblico del socio pubblico

È questo l'aspetto nel quale si manifestano i riflessi di un'opzione legislativa che ancora oggi impegna la migliore dottrina a riflettere sulla contrapposizione fra scopo perseguito e forma giuridica nonché sui profili dei possibili conflitti d'interesse che possono sorgere a causa della commistione tra profili pubblicistici, attinenti alla funzione pubblica assolta dall'ente, e profili privatistici, connessi alla vocazione delle società di capitali al conseguimento dello scopo lucrativo¹¹⁷.

Lo scopo lucrativo, inteso non solo come distribuzione di utili tra i singoli soci, ma anche come capacità della società di generare ricchezza e creare

capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'[articolo 17](#), o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

¹¹⁷IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003, 162, parla di «contrasto ontologico» tra fine di lucro e pubblicità.

valore per tutti i soci complessivamente considerati, ricerca la propria massimizzazione e difficilmente sembra potersi conciliare con lo scopo pubblicistico volto alla ricerca del bene comune di una data collettività¹¹⁸.

Ed infatti, i maggiori dubbi circa la possibilità di ricondurre la società a partecipazione pubblica al modello di società previsto all'art. 2247 c.c. si basavano, soprattutto in passato, sull'assenza dello scopo lucrativo quale fine dell'attività economica dalla stessa esercitata¹¹⁹.

Appare doveroso, a questo punto affrontare il tema dello scopo del contratto societario, tradizionalmente distinto in lucro soggettivo ed oggettivo. Il primo indica la finalità di distribuzione tra i soci dell'utile prodotto; il secondo indica la finalità di produzione di un utile da parte della società ossia la tendenza della società a produrre ricchezza attraverso l'esercizio dell'attività oggetto del contratto sociale.

Se parte della dottrina ritiene che entrambe le declinazioni dello scopo lucrativo rappresentino elementi essenziali della causa contrattuale¹²⁰, altri non hanno mancato di osservare come in astratto lo schema societario possa essere utilizzato anche per perseguire fini diversi dallo scopo di lucro che potrebbe dunque non essere essenziale¹²¹.

In effetti, volgendo lo sguardo ai dati empirici, non sono pochi i casi in cui il paradigma societario viene utilizzato per perseguire finalità diverse da quelle indicate all'art. 2247 c.c. oppure quelle in cui, pur riscontrandosi un lucro oggettivo, manca l'interesse dei soci agli utili¹²².

Proprio questa deformazione dello scopo lucrativo ha indotto parte della dottrina a teorizzarne il decadimento e ad affermare, conseguentemente, la neutralità del modello societario. La causa del contratto sociale verrebbe mortificata per effetto di un fenomeno di *fading*, di appassimento della causa

¹¹⁸GOISIS, op. cit.

¹¹⁹SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2005, p. 239

¹²⁰MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984

¹²¹DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995

¹²²GUARINO, *La "causa pubblica" alla luce del Testo Unico 175 del 2016*, in *Le Società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò- Catricalà, 2017

lucrativa, e soppiantata da una finalità diversa¹²³. Per alcuni autori, infatti, lo scopo non rientrerebbe nella struttura della società, potendo così essere svincolato dalla lucratività di cui all'art. 2247 c.c., tanto da poter riempire lo schema societario, ridotto a mero contenitore formale, delle finalità di volta in volta individuate dai soci contraenti¹²⁴.

Rimanendo nel solco tracciato da questa ricostruzione ermeneutica, per aversi una società basterebbe anche la previsione, a livello statutario, della finalità lucrativa senza che occorra concretamente perseguirla¹²⁵.

Peraltro, la neutralità della causa e la presunta non essenzialità dello scopo lucrativo sarebbero confermate dall'assenza di ogni reazione sanzionatoria da parte dell'ordinamento¹²⁶ nel caso di contratti societari privi dello scopo di lucro o destinati al conseguimento di finalità non lucrative

L'indifferenza della finalità lucrativa alla struttura societaria è stata respinta con vigore dalla dottrina prevalente che non ha mancato di osservare come, al contrario, il legislatore, soprattutto a seguito della riforma del 2003, abbia rafforzato e valorizzato la natura imprenditoriale e lucrativa delle società di capitali¹²⁷.

E' stato anche affermato che, in presenza di deroghe al modello tipico, è possibile ipotizzare la definizione di uno schema organizzativo alternativo, in

¹²³*Ibidem*

¹²⁴SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973.

¹²⁵*Ibidem*

¹²⁶ A norma dell'art. 2332 c.c., avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi di: *“mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico; illiceità dell'oggetto sociale; mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale”*. Trattandosi di una elencazione tassativa in cui manca ogni riferimento alla causa, si dovrebbe ritenere valido un atto costitutivo di società con scopo diverso da quello previsto dall'art. 2247 c.c.

¹²⁷ Ci si riferisce a FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, in *Società*, 2013, 974 ss. che sapientemente evidenzia la rilevanza dell'art. 2497 c.c. in relazione alla protezione della vocazione lucrativa delle società pubbliche. In particolare il nuovo art. 2497 c.c. tutela i soci esterni al gruppo di controllo e i creditori contro «le società e gli enti» che, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, agendo «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società», producano pregiudizio «alla redditività ed al valore della partecipazione sociale», ovvero «all'integrità del patrimonio sociale». Come si legge nel paragrafo 13 della Relazione governativa alla riforma, e come del resto reso palese dal riferimento letterale alla «redditività» nell'art. 2497 cit., tra gli interessi così tutelati in capo ai soci, vi è proprio quello agli utili: esso è espressamente definito, nella Relazione, tra «i valori essenziali del “bene” partecipazione sociale».

ogni caso caratterizzato da elementi suoi propri che ne impedirebbero la riduzione a neutralità¹²⁸.

In realtà, al di là delle diverse posizioni riportate, non può ritenersi percorribile la strada che conduce alla legittimazione dell'evanescenza dei concetti giuridici essenziali.

Lo scopo di lucro, inteso non come neutra regola formale, ma come disciplina che mira a condizionare le scelte gestionali di un determinato ente, deve caratterizzare lo schema societario e dunque anche l'intero regime delle società in mano pubblica, tanto sul piano organizzativo quanto su quello funzionale. Esso fa sì che la loro appartenenza al diritto privato non sia mera affermazione formale, ma, anzitutto, conseguenza di una certa opzione teleologica, inderogabilmente imposta dal legislatore¹²⁹.

Così impostata la questione, la pretesa neutralità dello strumento societario rispetto a qualificazioni ed interessi pubblicistici appare inevitabilmente messa in crisi.

A ben guardare, per il caso delle società a partecipazione pubblica, affermare il necessario perseguimento degli interessi pubblici deriva dalla constatazione che tali società prevedono, nel proprio statuto, lo svolgimento di attività che l'ente, costituente o partecipante, ha ritenuto coerenti con il proprio compito istituzionale di persona giuridica pubblica¹³⁰. Questo però non autorizza a sottrarre la società a partecipazione pubblica dalla logica imprenditoriale, come invece è stato asserito in passato dai giudici contabili. Individuare nella cura dell'interesse pubblico la ragione delle società a partecipazione pubblica non le esonera, infatti, dal rispetto dei principi previsti dall'art. 2082 c.c., in base al quale l'attività d'impresa deve essere svolta con

¹²⁸SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, op. cit. Secondo questa interpretazione l'utilizzazione del modello societari per finalità pubbliche finisce per snaturare il tipo sociale e dimostra l'incapacità del legislatore di creare organismi nuovi, idonei allo scopo e dotati di una loro disciplina compiuta, dal punto di vista organizzativo e funzionale. La finalità pubblica andrebbe dunque perseguita attraverso la creazione di un modello organizzativo *ad hoc* che coniughi obiettivi di efficienza e raggiungimento di uno scopo pubblico.

¹²⁹GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Diritto dell'Economia*, n. 1/2013

¹³⁰VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica al cospetto della giurisdizione contabile*, in www.rivistacortedeiconti.it

metodo economico, cioè attraverso la generazione di un ammontare di ricavi tale da coprire almeno i costi sostenuti (c.d. lucro oggettivo)¹³¹.

In tempi meno recenti, la Corte dei Conti era solita richiedere agli enti pubblici, in sede consultiva, e agli amministratori di società a partecipazione pubblica, in sede giurisdizionale, di perseguire prioritariamente (se non esclusivamente) l'interesse pubblico, quasi autorizzando le società partecipate a disattendere il meccanismo dello scopo lucrativo, non essendo interamente assoggettate all'archetipo dell'imprenditore¹³². Questa impostazione si poneva in netto contrasto con la prospettiva comunitaria secondo cui la condotta dell'ente pubblico deve essere sovrapponibile a quella dell'imprenditore privato, senza che il perseguimento dell'interesse pubblico possa giustificare l'introduzione, in favore di società a partecipazione pubblica, di clamorose ed immotivate deroghe allo statuto societario¹³³.

Tutti i dubbi e le incertezze interpretative possono oggi dirsi fugati. La giurisprudenza è, innanzitutto, concorde nell'affermare che la diversità della causa del contratto di società a partecipazione pubblica, rispetto al contratto di società privata, non comporta nessuna differenza dal punto di vista della natura giuridica dei due enti¹³⁴.

In particolare, per i giudici di legittimità non solo l'ordinamento ammette società che perseguono finalità diverse da quello puramente lucrativo, ma lo stesso interesse pubblico perseguito dalle società a partecipazione pubblica, pur risultando imprescindibile, non deve essere inteso come fine esclusivo e assoluto della società, ben potendo quest'ultima perseguirne di ulteriori e

¹³¹LUNGARELLA, *Il socio pubblico e il controllo sulle società a partecipazione pubblica*, in www.federalismi.it, 16 novembre 2018

¹³²Di conseguenza, di fronte ad una indagine della Procura della Corte dei Conti, il consigliere di amministrazione della società *in house providing* oppure l'amministratore pubblico, per difendersi da un'accusa di cattivo uso del denaro *pubblico*, avrebbero dovuto dimostrare di non aver fatto prevalere lo scopo lucrativo sull'interesse pubblico.

¹³³ Si rammenta il caso della Sea Holding, società interamente controllata da Sea Spa, il cui socio di maggioranza era il Comune di Milano che dal 2002 al 2010 effettuò degli aumenti di capitale a favore della Sea Handling per un importo totale di 360 milioni di euro. La vicenda ha catalizzato l'attenzione della Commissione europea che, nel dicembre 2012, ha equiparato le misure di ripianamento delle perdite adottate da SEA Spa, a favore di SEA Handling, aiuti di Stato non compatibili con il mercato interno e ne aveva ordinato il recupero.

¹³⁴Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574

complementari¹³⁵. E' dunque ormai pacifica la compatibilità dello scopo pubblico con quello lucrativo, senza compromettere la piena riconducibilità delle società partecipate nell'alveo del diritto privato.

D'altronde, il modello societario, se correttamente impiegato, può comportare per le Amministrazioni partecipanti notevoli vantaggi e ciò proprio grazie allo scopo lucrativo che, finalizzato alla massimizzazione dei ricavi con il minimo impiego di risorse, diventa parametro di riferimento nella gestione della società, stimolando la capacità di realizzare al meglio il principio di economicità dell'azione amministrativa ed assicurando un buon investimento del denaro pubblico. Senza contare che proprio l'aspetto lucrativo si presenta come la principale attrattiva dell'ingresso dei privati nel capitale sociale.

Al riguardo va sottolineato come attualmente pure la magistratura contabile ritenga opportuno, in sede di controllo, valutare l'operato di una società a partecipazione pubblica anche sul versante economico, poiché esso *“investe la scelta di dimensione del servizio, della sua qualità, delle tariffe e dell'eventuale costo sociale e dell'accountability, elementi tutti da valutarsi al fine di assicurare gli equilibri di bilancio e la sana gestione degli enti proprietari”*¹³⁶.

2. Le limitazioni alla partecipazione pubblica ai sensi dell'art. 4 del nuovo T.U.

Il Testo unico in materia di società partecipate pare confermare la prospettiva interpretativa resa nelle pagine che precedono, affermando la piena riconducibilità di tali enti al prototipo societario di matrice civilistica.

Tuttavia, con l'introduzione di una più stringente regolamentazione della possibilità, per le pubbliche amministrazioni, di ricorrere allo strumento societario subordinandola al rispetto di particolari requisiti e condizioni, sembra aver inciso, limitandola, sulla loro capacità negoziale nell'attività imprenditoriale.

¹³⁵Cass. civ. sez. VI, 12 luglio 2016, n. 14250; Cass. civ., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938; Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2014, n. 6835.

¹³⁶Corte dei conti, sez. Lombardia, 17 dicembre 2008, n. 270.

In particolare, l'art. 4 del d.lgs. 175/2016, dedicato alle "finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche", immette nel sistema un doppio vincolo, stabilendo al primo comma che si possa procedere all'acquisizione e alla gestione di partecipazioni pubbliche purché si tratti di "*società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*" (c.d. vincolo di scopo); e prevedendo al secondo comma che le amministrazioni pubbliche possano, direttamente o indirettamente, costituire società o acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività ivi specificamente indicate (c.d. vincolo di attività)¹³⁷.

Come evidenziato da attenta dottrina, nessuno dei due vincoli può essere pienamente condiviso¹³⁸. Non può esserlo il primo poiché, nel presupporre un rapporto di stretta necessità, sembra contraddire la natura discrezionale del potere della pubblica amministrazione di individuare caso per caso gli strumenti più opportuni per il raggiungimento dei propri obiettivi. Per quanto concerne il secondo, non v'è dubbio che gli scopi istituzionali dell'ente possano essere perseguiti mediante l'esercizio di attività anche diverse da quelle elencate nell'art. 4.

¹³⁷ Ai sensi dell'art. 4, co. 2 del d.lgs. 175/2016 "*Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:*

a) *produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;*

b) *progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'[articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016](#);*

c) *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](#);*

d) *autoproduzione di beni o 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 recepimento;*

e) *servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'[articolo 3, comma 1, lettera a\), del decreto legislativo n. 50 del 2016](#)."*

¹³⁸ CUONZO, *L'applicazione del diritto comune alle società pubbliche*, in www.federalismi.it

Dalla lettura della norma sembrerebbe discendere una rinnovata attenzione alla strumentalità e dunque alla funzionalizzazione della società alle finalità istituzionali dell'ente come presupposti condizionanti l'esistenza stessa delle società partecipate, che potrebbe spingere alcuni interpreti ad ipotizzare una generale sottoposizione del soggetto privato alle regole e ai principi di diritto pubblico. Peraltro, questa possibile via interpretativa sembrerebbe avvalorata dal dettato del successivo art. 5 t.u. che disciplina il procedimento di adozione e il contenuto dell'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica introducendo analitici obblighi motivazionali, nonché delle forme di consultazione pubblica cui deve essere sottoposto l'atto deliberativo.

D'altronde, in letteratura non manca chi ritiene che, quand'anche la partecipazione pubblica non sia sufficiente ad alterare la tipicità strutturale del negozio societario, è tuttavia capace di alterarne la conformazione causale¹³⁹. Quando, infatti, *“l'interesse pubblico penetra all'interno dell'atto negoziale, finisce inevitabilmente per contaminarne anche la fisionomia causale, pur lasciandone inalterata la tipicità strutturale”*¹⁴⁰, quasi come se il Testo unico autorizzasse a ritenere sussistente nelle società partecipate una causa tipica *“pubblica”*¹⁴¹, differenziata dalla causa lucrativa o privatistica.

Dunque, sembrerebbe che *“con il Testo Unico n. 175 del 2016[sia] stata positivizzata la “causa pubblica” mediante il riferimento alle finalità istituzionali dell'ente pubblico, di cui all'art. 4, comma 1. Possiamo, dunque, affermare, che con il contratto di società pubblica, e art. 2449 c.c., i soci conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di perseguire le “proprie” finalità istituzionali”*¹⁴².

Non è tuttavia possibile ricostruire il rapporto tra finalità pubbliche e scopo lucrativo in termini di contrapposizione¹⁴³, facendo prevalere le prime

¹³⁹CAMPOFILONI, *Interesse pubblico e causa societaria: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse*, in *Le Società Pubbliche*, op. cit.

¹⁴⁰*Ibidem*

¹⁴¹ GUARINO, *La “causa pubblica” alla luce del testo unico n. 175 del 2016*, in *Le Società Pubbliche*, op. cit., p. 282.

¹⁴² *Ibidem*

¹⁴³ In questo senso TERRACCIANO, *Le società a partecipazione pubblica, tra il Testo Unico n. 175 del 2016 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016*, in

poiché una simile conclusione, implicando una tendenziale applicazione della disciplina pubblicistica, non risulta coerente e con i principi generali vigenti in materia e con quanto espressamente sancito dal legislatore nel t.u. all' art. 1, comma 3, laddove è espressamente previsto 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”*.

Sembra preferibile recuperare le raffinate argomentazioni sviluppate da autorevole dottrina sul concetto di strumentalità collegandolo esclusivamente all'oggetto sociale (ossia all'attività) e non anche alla causa sociale (che rimane lucrativa)¹⁴⁴.

Se la funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico fosse interpretata *tout court* come limite all'esercizio dell'attività d'impresa, destinato a trasformare la causa societaria, *“al di là di ogni altro possibile argomento, si derogherebbe ad un punto centrale del sistema codicistico, senza alcuna espressa autorizzazione legislativa”*¹⁴⁵.

www.amministrativamente.it. Per l'Autore *“(...) la finalità finisce per costituire l'elemento significativo per la qualificazione della causa tipica e quindi della natura della società, a fronte di un sistema codicistico che non sembra accettare tale distinzione almeno quanto allo schema tipico del contratto societario, alquanto neutrale sul punto. Può, allora, legittimamente dubitarsi che l'analisi sostanzialistica possa prescindere dal dato formale e consentire la ricostruibilità di uno statuto giuridico tanto differenziato delle società pubbliche da costituire un tipo o un genere a sé stante. Vero è che le società in house providing, per statuto di legge, non possono svolgere attività commerciale o industriale (se non nei limiti del 20%), ma solo perseguono finalità di interesse generale, ma ciò non pare allo stato sufficiente quanto a elidere la natura privatistica del tipo societario, sia pure riconoscendo il regime giuridico derogatorio, proprio per l'attrazione pubblicistica. Ma allora, detti soggetti, pur operatori economici nell'accezione comunitaria, difficilmente potrebbero in senso proprio considerarsi imprenditori commerciali, con la conseguenza che dare per scontato, implicitamente, che si tratti di soggetti fallibili rappresenta una posizione interpretativa valevole e plausibile almeno quanto quella opposta. Proprio in ciò la critica al testo unico sulle società pubbliche, che avrebbe dovuto, con coerenza, in modo esplicito definire la fallibilità o meno delle società in house, sebbene non si possa non evidenziare come, indipendentemente da ogni configurazione giuridica astratta, spetti solo al giudice del fallimento valutare in concreto la presenza delle condizioni e dei presupposti, soggettivi ed oggettivi, per la dichiarazione di fallimento, con buon uso di ogni ricostruzione dommatica.”*

¹⁴⁴GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1351 ss.

¹⁴⁵*Ibidem*

3. I tipi societari consentiti

Sul piano tipologico, gli enti pubblici non possono che partecipare a determinati modelli societari dal momento che l'art. 3 Tusp statuisce espressamente che tutte le pubbliche amministrazioni possono essere socie (o titolari di strumenti finanziari che conferiscano diritti amministrativi) solo di società per azioni e società a responsabilità limitata, con esclusione quindi delle società di persone onde evitare che il socio pubblico sia esposto al relativo regime della responsabilità illimitata¹⁴⁶.

Invero, la *ratio* sottesa alla norma *de qua* potrebbe essere rintracciata anche nell'esigenza di preservare le prerogative del socio pubblico che meglio si concilierebbe con la struttura amministrativa e di controllo propria delle società per azioni e di quelle a responsabilità limitata, dove il formalismo impedirebbe al socio di assumere un ruolo imprenditoriale a spiccata rilevanza personale¹⁴⁷.

Quanto alle società in accomandita per azioni, benché si tratti di società di capitali, non pare possano dirsi ricomprese nel novero degli enti partecipabili dalle pubbliche amministrazioni¹⁴⁸ posto che laddove il legislatore avesse voluto rendere fruibile anche tale modello societario lo avrebbe fatto a condizione che la pubblica amministrazione assumesse il solo ruolo di socio accomandante¹⁴⁹.

¹⁴⁶ E questo anche perché «l'assunzione della qualifica di socio illimitatamente responsabile è incompatibile con le regole e con la funzione autorizzatoria del bilancio di previsione degli enti in regime di contabilità finanziaria». Così SCIASCIA, *Ambito della capacità societaria delle pubbliche amministrazioni*, in *Le società pubbliche*, op. cit.

¹⁴⁷ Come evidenziato da RICHTER, *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 T.U.S.P.*, in Studio n. 227-2017/I del Consiglio Nazionale del Notariato “di ciò pare che possa aversi riprova nella circostanza che, per quanto riguarda la società a responsabilità limitata, altra norma del T.U.S.P. (e cioè l'art. 11, comma 5) si incarica di escludere che le stesse società possano essere amministrate con il regime disgiuntivo o congiuntivo, e cioè secondo un modello che è proprio e caratteristico delle società di persone. Si tratta, dunque, di una conferma che, ai fini della limitazione di cui all'art. 3, comma 1, rileva non solo il regime della responsabilità limitata (che, peraltro, può essere perduto anche tra le società di capitali, in caso di società unipersonali che non abbiano ottemperato ai relativi obblighi: cfr. artt. 2325, comma 2, e 2462, comma 2, cod. civ.) ma anche il carattere schiettamente corporativo, con previsione di articolata organizzazione, rigida suddivisione di competenze e funzioni tra uffici, irrilevanza della persona del socio nella conduzione degli stessi e, in generale, nella organizzazione della società.”

¹⁴⁸ DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, p. 151,

¹⁴⁹ RICHTER, op. cit. secondo cui “l'appena affermata esclusione non vale per (eventuali) società in accomandita per azioni quotate; ed infatti l'art. 1, comma 5, T.U.S.P. prevede che le disposizioni del decreto si applicano alle società quotate «solo se espressamente previsto», e

Tra i tipi societari in cui è ammessa la partecipazione del socio pubblico rientrano anche le società consortili (costituite in forma di società per azioni, società a responsabilità limitata o di società cooperativa) e le società cooperative.

E' poi pacifico che ai sensi dell'art. 1 comma 4 lett a) Tusp, eventuali leggi speciali e anche «*regolamenti governativi o ministeriali*» nel disciplinare «*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*» possano derogare al numero chiuso dei modelli organizzativi utilizzabili.

Compiuta questa verifica sul piano tassonomico, è poi possibile classificare, sul piano delle ricostruzioni dogmatiche, le società pubbliche ricorrendo al criterio che le distingue in base all'intensità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica¹⁵⁰.

Operando in questo modo, le società pubbliche sono riconducibili a due macro-aree: una prima caratterizzata dall'influenza della disciplina privatistica ed in cui sono collocabili le società a controllo pubblico, le società miste e quelle quotate; una seconda maggiormente condizionata da una regolazione pubblicistica in cui confluiscono le società *in house* dove le deroghe al codice civile sono molto più vistose e significative.

3.1. Società "miste"

La società mista a partecipazione pubblica si caratterizza per la presenza di un socio privato scelto con procedura ad evidenza pubblica e rappresenta una forma di partenariato pubblico-privato¹⁵¹, nelle quali l'ente pubblico talora

non è previsto che l'art. 3 si applichi alle società quotate. Si propende quindi per ritenere sempre ammissibile la partecipazione dell'amministrazione pubblica alla società quotata (tanto per azioni, come è ovvio, e cooperative per azioni quanto eventualmente, in accomandita per azioni)".

¹⁵⁰ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2019, p.314

¹⁵¹ La letteratura in tema di società miste è assai vasta. Per un'analisi più approfondita si rinvia a CIRENEI, *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. VIII, *Società di diritto speciale*, Torino, 1992; OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipare*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 157; RORDORF, *Le società 'pubbliche' nel codice civile*, in *Le*

assume una posizione maggioritaria o di controllo e talora una partecipazione minoritaria¹⁵².

Nel corso degli anni si è assistito ad una decisiva implementazione di tale strumento operativo, o per far fronte al reperimento di nuove risorse a fronte dei vincoli stringenti imposti dalla finanza pubblica o, nei casi peggiori, per «aggirare» i limiti di spesa previsti da leggi statali¹⁵³.

L'espressione partenariato pubblico-privato indica forme di cooperazione tra poteri pubblici e soggetti privati con l'obiettivo di finanziare, costituire e gestire infrastrutture o fornire servizi di interesse pubblico. Il contratto di partenariato pubblico-privato trova oggi una puntuale definizione, all'art. 3, lett. eee), d.lgs. n. 50/2016, che testualmente lo definisce come «*il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o a più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento 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 connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo le modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*».

Storicamente questi organismi societari, hanno conquistato un ruolo sempre più rilevante fino ad imporsi sulla scena organizzativa come modelli “generalisti” di partenariato nel governo locale, tant'è che il giudice

Società, 2005, 423; ABBADESSA, *Le società miste per i servizi pubblici locali: profili organizzativi speciali*, in *Le società miste per i servizi locali, Atti del convegno di Messina, 22/23 novembre 1996*, a cura di Trimarchi, Milano, 1998; PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2011; DUGATO, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, a cura di Aicardi, Mastragostino e Dugato, Bologna, 2014.

¹⁵² DI CHIO G., voce *Società a partecipazione pubblica*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Comm.*, XIV, Torino, 1998

¹⁵³ PEDRABISSI, *Pubblica amministrazione e attività di impresa*, in www.dirittolavorovariazioni.com

amministrativo ha definito le società miste come strumenti di portata generale, utilizzabili anche al di fuori delle ipotesi normative predeterminate¹⁵⁴.

Una configurazione della società mista che sembra corrispondere anche ad un loro inquadramento nella nozione più generale di partenariato pubblico privato di tipo “istituzionalizzato”, enucleata dal Libro verde Commissione CE 30 aprile 2004. Una tipologia di partenariato che prevede “... *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*”¹⁵⁵.

Affinché il ricorso al modello societario a capitale misto sia pienamente legittimo è necessario che sussistano alcune condizioni di ammissibilità, frutto di una progressiva evoluzione dell’ordinamento sospinta dalla giurisprudenza comunitaria¹⁵⁶.

L’aspetto più problematico riguardava la possibilità di affidamenti diretti in favore della società mista. In merito la Corte di giustizia, avvalorando un orientamento già prospettato, tra gli altri, dalla Commissione europea¹⁵⁷ e sostenuto nelle conclusioni di causa dall’Avvocato Generale¹⁵⁸, ha stabilito che quando la scelta del socio privato sia avvenuta nel rispetto dei principi comunitari (di libera concorrenza, trasparenza e parità di trattamento) e sia stata operata previa verifica della sussistenza in capo al privato dei requisiti finanziari, tecnici operativi e gestionali riferiti all’attività da svolgere, l’affidamento diretto dell’appalto o del servizio non trova ostacoli nell’ordinamento comunitario.

¹⁵⁴ In questo senso si veda ad esempio Cons. St., sez. V, 16 marzo 2009, n. 1555 in cui si afferma che “...il modello delle società miste è previsto in via generale dall’art. 113, comma 5, lett. b), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dall’art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 e dalla relativa legge di conversione 24 novembre 2003, n. 303, norme che, pur avendo attinenza ai contratti degli enti locali, delineano un completo paradigma, valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali. E che tale modello valga anche al di fuori del settore dei servizi, lo si evince dall’art. 1, comma 2, e dall’art. 32 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che contemplano il caso di società miste per la realizzazione di lavori pubblici e per la realizzazione e/o gestione di un’opera pubblica”

¹⁵⁵ Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1.

¹⁵⁶ Corte giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*.

¹⁵⁷ *Comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee (sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI))*, 5 febbraio 2008, C(2207)6661, par. 1.

¹⁵⁸ *Conclusioni dell’Avvocato Generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer*, Causa C-196/08, del 2 giugno 2009, punti 83-85.

Dunque, perché potesse aversi un legittimo affidamento diretto era necessario che la gara fosse svolta in un unico contesto avente ad oggetto la scelta del socio privato (un socio "d'opera" e non meramente finanziario) e l'affidamento del servizio già predeterminato, con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.

Il giudice amministrativo dal canto suo ebbe modo di evidenziare che *“non è condivisibile la posizione ‘estrema’ secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto”*¹⁵⁹.

Il ricorso alla figura della società mista deve avvenire a condizione che sussistano garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza. Ciò implica che laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, un modello organizzativo in cui però contemporaneamente: vi sia una gara congiunta per l'affidamento del servizio pubblico e la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; che si preveda un rinnovo della procedura di selezione “alla scadenza del periodo di affidamento”, evitando così che il socio divenga “socio stabile” della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario¹⁶⁰.

In estrema sintesi, pertanto, le condizioni che legittimano, nel rispetto dei principi comunitari, la costituzione di una società mista sono: l'esistenza di una

¹⁵⁹Cfr. Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007 n. 456 secondo cui *“tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività extra moenia, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico.”*

¹⁶⁰ Non è sufficiente delimitare temporalmente l'affidamento, ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato – a condizioni predeterminate – all'eventuale nuovo socio individuato sempre con gara.

disposizione normativa che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale strumento; la scelta del partner privato tramite gara pubblica; lo svolgimento dell'attività della società mista, almeno in via prevalente, nei confronti del soggetto pubblico che ha proceduto alla costituzione della medesima; la necessità che la gara "unica" per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi circoscriva chiaramente l'oggetto dei servizi (condizione cd. dei servizi "determinati"); l'esigenza che la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non solo alla solidità finanziaria dell'offerente, ma anche alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; la durata predeterminata del rapporto¹⁶¹.

La possibilità di indire procedure competitive che abbiano ad oggetto contemporaneamente la qualità di socio e l'attribuzione del servizio è stata recepita dal legislatore che all'art. 23-bis, comma 6, d.l. n. 112/2008 aveva previsto espressamente tra le modalità di affidamento in via ordinaria dei servizi pubblici locali anche l'affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che si trattasse "*di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio stesso*". Dopo l'abrogazione della norma avvenuta a seguito del referendum del 2011¹⁶², la disciplina della materia è confluita nell'art. 4 d.l. n. 138/2011 che, priva di elementi innovativi e colpevole di riprodurre sostanzialmente la disposizione oggetto del quesito referendario, fu dichiarata incostituzionale¹⁶³.

La sentenza di incostituzionalità, pur avendo determinato il venir meno dei limiti alla possibilità per gli enti locali di ricorrere all'affidamento diretto o all'autogestione dei servizi pubblici locali, non scalfisce le conclusioni cui è approdata la giurisprudenza in ordine alla necessità di indizione di una procedura di gara a doppio oggetto per la contestuale scelta del socio privato e l'affidamento del servizio.

¹⁶¹ BONETTI, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 37-47

¹⁶² Per ripercorrere le tappe di una controversa vicenda giuridica si rinvia a NICO, *Le società partecipate dagli Enti locali dopo il "decreto sui controlli"*, Napoli, 2013.

¹⁶³ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199

Sul piano del Testo unico, la novità legislativa più significativa è ravvisabile nell'art. 17, comma 1, che testualmente prevede: «*Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica (...)»*. Il limite minimo per la partecipazione del privato è fissata al trenta per cento e la ragione di tale scelta è, con ogni probabilità, riconducibile alla volontà legislativa di evitare potenziali effetti distorsivi della concorrenza e la violazione del principio di parità degli operatori connessi all'operare delle società a partecipazione pubblica¹⁶⁴.

3.2. Società in house

La locuzione *in house providing* identifica una possibilità offerta dal diritto comunitario alla pubblica amministrazione di affidare in via diretta appalti e concessioni, senza gara e senza ricorso a procedure di evidenza pubblica.

L'espressione compare per la prima volta nel Libro Bianco sugli appalti del 1998 adottato dalla Commissione Europea, e serviva per indicare quegli appalti “*aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata*”¹⁶⁵.

L'istituto è stato profondamente influenzato dall'opera manipolativa della Corte di Giustizia che ne ha precisato i contorni a partire dalla nota sentenza *Teckal*¹⁶⁶, in occasione della quale fu approntato uno schema che, a date condizioni, consentiva di sottrarre all'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici tutti quei rapporti intercorrenti tra la pubblica amministrazione e la società (di capitali) da essa interamente partecipata e controllata¹⁶⁷.

¹⁶⁴PEDRABISSI, *Pubblica amministrazione e attività di impresa*, op. cit.

¹⁶⁵ Libro Bianco COM (98) 143 def., 1° marzo 1998, punto 2.1.3, 11, nt. 10.

¹⁶⁶Corte giust., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2000, 1399 ss., con commento di GRECO, *Gli affidamenti “in house” di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*.

¹⁶⁷ La letteratura in tema di *in house providing* è stata particolarmente prolifica. Si consiglia la consultazione di DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto*

Questa vistosa deroga ai principi fondanti della libera circolazione delle merci e dei servizi e della concorrenza richiede la necessaria e simultanea presenza dei seguenti due elementi: l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; il soggetto aggiudicatario deve realizzare la parte più importante della propria attività in favore dell'ente o degli enti pubblici che lo controllano.

Al ricorrere di tali requisiti è configurabile una sorta di una delega interorganica tra la pubblica amministrazione e il modulo societario pubblico tale per cui il soggetto aggiudicatario, seppur formalmente distinto dall'ente controllante, opera nella sostanza come modello di organizzazione meramente interno all'ente stesso, così da potersi considerare assente quella situazione di alterità tra l'Amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario destinata a dare luogo ad un rapporto contrattuale bisognevole della previa indizione delle procedure di evidenza pubblica.

In presenza del controllo analogo e della destinazione prevalente dell'attività, può ritenersi pienamente autorizzato il ricorso all'affidamento diretto di appalti e concessioni poiché non si tratterebbe di un effettivo ricorso al mercato ma di una forma di erogazione diretta di servizi pubblici ad opera dell'amministrazione, mediante strumenti propri.

L'istituto dell'*in house providing* è stato implementato dalla successiva giurisprudenza impegnata, da un lato, ad eliminare le situazioni di privilegio a

locale, a cura Chiti M. P., Bologna, 2005, 117 ss.; VOLPE, *In house providing*, *Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. e app.*, 12, 2008, par. 1; ALBERTI, *Appalti "in house", concessioni "in house" ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2001, par. 3.; CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di Garofoli, Sandulli, Milano, 2005, 255 ss; MASSERA, *L' in house providing: una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 849; MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 537; CAPANTINI, *Contratto di servizio e affidamento in house*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2004, p. 801; URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005; MARCHEGIANI G., *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. affidamenti in house*, in *Riv.it.dir.pubb.com.*, 204, p. 945; MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in *Urb e app.*, 2003, p. 1419; MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, 2011, 93 ss.; COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società pubbliche*, a cura di Ibba C, Malaguti, Mazzoni, op. cit.

favore solo di alcune categorie d'impresa e, dall'altro, di riconoscere alle pubbliche amministrazioni il potere organizzativo di autoprodurre¹⁶⁸ beni, servizi o lavori mediante il ricorso ad enti strumentali, paragonabili ad una *longa manus* del loro agire.

Sul piano normativo si registra un discreto ritardo del legislatore comunitario che introduce una espressa e più compiuta regolamentazione dell' *in house providing* solo con la Direttiva comunitaria 2014/24/UE sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE e che all'articolo 12 fissa le condizioni legittimanti l'affidamento diretto¹⁶⁹, prevedendo per la prima volta la possibilità di un *in house* aperto, entro certi limiti, anche alla partecipazione di capitali privati¹⁷⁰.

Sul piano nazionale il ricorso allo strumento dell' *in house providing* ha suscitato non poche perplessità posto che l'esistenza ontologica di vincoli di dipendenza finanziaria ed amministrativa tra l'operatore economico e l'amministrazione aggiudicatrice, determina sul piano organizzativo una forte deviazione dall'archetipo societario definito nel codice civile¹⁷¹.

¹⁶⁸Già il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici delle concessioni della Commissione europea, 30 aprile 2004, COM (2004) 327, aveva chiarito che il dibattito sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni “*si colloca a valle della scelta economica ed organizzativa effettuata da un ente locale o nazionale, e non può essere interpretato come un dibattito mirante a esprimere un apprezzamento generale riguardo la scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici; tale scelta compete infatti esclusivamente alle autorità pubbliche. Infatti, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non si esprime riguardo l'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo*”.

¹⁶⁹Gli altri requisiti sono: l'esercizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un controllo analogo a quello esercitato da questa sui propri servizi; che il soggetto svolga oltre l'80% della propria attività nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice, che non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati nella persona giuridica controllata "ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

¹⁷⁰Tra le principali novità introdotte dalla direttiva appalti del 2014 giova ricordare l'ammissibilità delle ipotesi di *in house rovesciato* (quando la persona giuridica controllata aggiudica l'appalto all'amministrazione aggiudicatrice controllante), *a cascata* (quando la persona giuridica controllata aggiudica l'appalto a soggetto giuridico a sua volta controllato dall'amministrazione aggiudicatrice) e a *controllo congiunto* (quando il controllo con le caratteristiche di cui sopra è esercitato congiuntamente sulla società *in house* da più amministrazioni aggiudicatrici).

¹⁷¹ A ciò si aggiunga che, come spesso rilevato dalla Corte dei conti, una delle più importanti anomalie del sistema delle società pubbliche sta nel fatto che lo strumento societario, previsto nel diritto civile come ontologicamente orientato al perseguimento di

La dottrina, chiamata a dare una soluzione a questo fattore di ambiguità, si è sostanzialmente attestata su due posizioni differenti. Secondo un primo orientamento¹⁷², di matrice sostanzialistica, affermatosi anche in sede di giurisprudenza di legittimità¹⁷³, nel fenomeno in esame, mancherebbe l'elemento della soggettività giuridica, con la conseguenza che sarebbe assai arduo conciliare la forma della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, con la sostanza del soggetto *in house* totalmente assoggettato all'ente pubblico titolare della partecipazione sociale di cui di fatto non è che un *prolungamento amministrativo*¹⁷⁴.

Questa prospettazione ha, suo malgrado, incentivato l'uso distorto del modello gestionale dell' *in house*¹⁷⁵ da parte delle amministrazioni pubbliche che vi hanno fatto ricorso, da un lato, per eludere i vincoli comunitari in tema di tutela della concorrenza, e dall'altro, per assicurare a tale strumento l'immunità dalle procedure concorsuali. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, infatti, la natura di articolazione interna all'Amministrazione pubblica e lo svolgimento di un vero e proprio rapporto di servizio hanno indotto a riconoscere in favore dei soggetti *in house* la medesima esenzione del regime concorsuale prevista per gli enti pubblici ai sensi dell'art. 1 l. fall.

finalità lucrative, e come tale non sempre perfettamente aderente alle esigenze del sistema pubblicistico, comporta, laddove finanziato con capitale pubblico, l'ulteriore anomalia della non coincidenza della figura del socio finanziatore (i contribuenti) con quella del socio titolare dei diritti di partecipazione sociale (la pubblica amministrazione partecipante). Sul punto si veda PONTE, *Società in house: affidamento, prevalenza dell'attività e scioglimento – I diversi modelli di in house nel codice dei contratti e nel T.U. delle società partecipate*, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁷² DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, 391 ss.

¹⁷³ Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283 in *Società*, 2014, 55, con nota di FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*

¹⁷⁴ MONORCHIO, MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2018

¹⁷⁵ Il problema può essere ricondotto al più ampio problema dell'abuso delle forme giuridiche di diritto privato che si è in concreto realizzato a seguito dei processi di liberalizzazione dei mercati. Sin dagli anni Novanta del secolo scorso si è assistito, senza alcuna preliminare indagine circa la loro opportunità, ad una crescita esponenziale di soggetti di natura privatistica, alternativi agli ordinari uffici ed organi dell'ente, cui è stato affidato qualsiasi tipo di compito amministrativo. E ciò perché in un contesto economico di continui tagli alla spesa, il ricorso falsato a moduli privatistici risulta estremamente conveniente sol se si considera che essi consentono assunzioni senza concorso; garantiscono erogazioni incontrollate, senza la necessità di una previa autorizzazione; sfuggono, in caso di crisi strutturale, al controllo della pubblica amministrazione stante la separazione dei rispettivi bilanci e la conseguente opacità contabile.

La strumentalizzazione¹⁷⁶ della nozione comunitaria di *in house providing* ha dato origine, nel contesto nazionale, ad un ente dotato della veste formale di società di capitali che agisce *iure privatorum*, ma totalmente assoggettato al controllo del socio pubblico che ne condiziona la *governance* e ne legittima la fuga dal modello civilistico¹⁷⁷.

Un secondo e più recente orientamento rileva, al contrario, come il rapporto tra società ed ente partecipante sia 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*”¹⁷⁸.

La società *in house* deve essere considerata alla stregua di una vera e propria società di natura privata dotata di una sua autonoma soggettività giuridica: ai sensi del primo comma dell’articolo 2331 c.c. con l’iscrizione nel registro delle imprese la società acquista, infatti, personalità giuridica e conseguentemente sorge l’esigenza di tutelare i terzi ed i creditori che, instaurando rapporti con la società, fanno legittimo affidamento sulla sua autonoma soggettività e sulle conseguenti regole applicabili¹⁷⁹.

Quest’ultimo impianto ricostruttivo sembra porsi in linea di continuità con i più recenti interventi normativi in tema di *in house* confluiti in una codificazione normativa che si articola nel codice degli appalti e nel Testo unico delle società partecipate.

In particolare, quest’ultimo provvedimento, innovando in parte quanto già contenuto nel d.lgs. n. 50/2016, stabilisce i requisiti in presenza dei quali una società *in house* possa essere considerata tale. L’art. 16, d.lgs. n. 175/2016, confermando la previsione già contenuta nel d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che gli

¹⁷⁶ FIMMANÒ, *La giurisdizione concorrente sulle azioni di responsabilità nelle società pubbliche*, in *Riv. Corte dei Conti*, 1, 2019, 3 ss. Abilmente l’Autore evidenzia come “*la normativa nazionale [abbia] strumentalizzato in modo abile la giurisprudenza comunitaria tanto da evocare una situazione giuridica di dipendenza organica*”.

¹⁷⁷ BARTOLOMUCCI, *L’annoso problema delle società partecipate pubbliche: spunti di riflessione su natura ed organizzazione muovendo dalla relazione 2014 della Corte dei conti*, in *www.rivista231.it*

¹⁷⁸ Cass. 7 febbraio 2017, n. 3196 con nota di FIMMANÒ, *La natura delle società pubbliche e la conseguente fallibilità*, in *www.giustiziacivile.com*, 16 gennaio 2018.

¹⁷⁹ *Ibidem*

statuti delle società *in house* debbano prevedere che oltre l'80% del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento di compiti a esse affidati dall'ente pubblico dagli enti pubblici soci e che la pubblica amministrazione debba esercitare verso la società *in house* il controllo analogo, anche congiunto.

Si osserva che il requisito del controllo analogo è stato di gran lunga quello più scandagliato dai giudici comunitari e nazionali. In una prima fase, la Corte di Giustizia tende a dichiararne la sussistenza solo in presenza di una partecipazione pubblica totalitaria, escludendo lo schema dell' *in house* quando la società risulta partecipata da privati¹⁸⁰. In antitesi rispetto a tale soluzione, il giudice nazionale ebbe modo di affermare, in quello stesso frangente storico, l'assoluta legittimità dell'affidamento *in house* a favore di una società a partecipazione mista pubblico – privata¹⁸¹.

Le prime descrizioni del requisito sono state via via integrate da ulteriori specificazioni che hanno portato a ritenere necessaria oltre alla partecipazione totalitaria, anche la presenza di poteri di controllo da parte dell'ente pubblico in grado di garantire a quest'ultimo una effettiva influenza determinante sulla società controllata, relativamente sia alle decisioni importanti, sia agli obiettivi strategici¹⁸². Strumenti di controllo assai incisivi ed individuati nel depotenziamento dell'organo amministrativo in favore dell'ente pubblico al quale vanno riconosciuti maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci¹⁸³; nella necessità che le decisioni più rilevanti debbano essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente

¹⁸⁰E ciò in base alla duplice considerazione che: da un lato, la presenza del socio privato nella compagine sociale contaminare il modello, introducendo un interesse di tipo privatistico confliggente con gli interessi del socio pubblico che giustificano gli ampi poteri di intervento e di direzione a quest'ultimo riconosciuti; dall'altro, l'attribuzione diretta di un appalto pubblico ad un soggetto partecipato anche in minima parte da un'impresa privata lederebbe il principio della libera concorrenza, garantendo alla medesima impresa un indebito vantaggio rispetto agli altri competitors. In questo senso C. giust., caso *Stadt Halle*

¹⁸¹Con. Stato, Sez. V, 3 marzo 2005, n. 272.

¹⁸²In tal senso Corte giust., 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, in *Urb. e app.*, 2006, 1. Più recentemente si vedano Corte giust., 8 maggio 2014, n. C-15/13 e 8 dicembre 2016, n. C-553/16.

¹⁸³Cons. Stato, 8 gennaio 2007, n. 5 in cui viene affermato che se il Consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non può ritenersi sussistente il "controllo analogo".

affidante; nell'impossibilità di inserire negli statuti clausole che consentano la cessione delle quote sociali a privati¹⁸⁴.

Da una posizione tanto rigorista, volta ad evitare distorsioni dell'uso dell'*in house* in forma societaria, il legislatore comunitario, in occasione dell'entrata in vigore delle direttive europee in materia di contratti pubblici, ha adottato un approccio più flessibile precisando che il requisito del controllo analogo risulta soddisfatto anche in mancanza di una partecipazione pubblica totalitaria, essendo l'istituto compatibile con forme di partecipazione di capitali privati che “*non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*”.

In assenza di ulteriori specificazioni e, soprattutto, di un limite percentuale alla partecipazione del socio privato, molti dubbi sono stati sollevati in dottrina¹⁸⁵ circa l'interpretazione di tale norma che pare determinare un pericoloso accostamento tra società *in house* e società miste¹⁸⁶, che a sua volta rischia di determinare una violazione dei principi di libera concorrenza alla base dei Trattati europei e alla formulazione stessa dell'*in house providing*.

Quanto al requisito dell'attività prevalente, dopo aver abbandonato l'impostazione empirica adottata in una prima fase dalla giurisprudenza

¹⁸⁴ Cons. Stato, 30 agosto 2006, n. 5072

¹⁸⁵ VOLPE C., *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, relazione svolta al 61° Convegno di studi amministrativi, dal titolo “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, tenutosi a Villa Monastero, Varenna (Lc), nei giorni 17, 18 e 19 settembre 2015. L'Autore evidenzia come “*una volta che la nuova normativa europea consente l'affidamento diretto in house anche qualora vi sia una partecipazione privata nell'affidatario, si è in presenza di una società mista atipica in cui, premessa la necessità della gara per la scelta del socio privato col quale concludere il contratto di società, non è più richiesta la gara a doppio oggetto, né una gara specifica, per l'affidamento dell'appalto o della concessione. Se non fosse così, quanto consentito dalle nuove direttive si rivelerebbe del tutto inutile. Per cui va esclusa la completa assimilazione del soggetto in house a partecipazione privata alla società mista.*”

¹⁸⁶ Come noto, ai fini dell'affidamento a società mista è necessario procedere alla cosiddetta gara a doppio oggetto; ossia avente a oggetto al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione allo stesso dei compiti operativi connessi alla gestione dello specifico servizio che dovrà essere svolto dalla società. In vero, per ovviare agli inconvenienti della procedura a doppio oggetto, la Corte di Giustizia europea, in aderenza alla comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008, ha ritenuto ammissibile, a partire dalla sentenza *Acoset*, l'affidamento di un servizio ad una società mista anche con un'unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, purché quest'ultimo venga delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto.

comunitaria, il legislatore con la Direttiva Ue n. 24 del 2014¹⁸⁷ ha ridefinito i tratti somatici dell' *in house*, aprendo alla partecipazione al capitale sociale anche di soci privati (anche se in posizione non determinante) e, soprattutto, fissando il limite minimo di attività che la società deve esercitare a favore dell'ente pubblico di controllo nel dato numerico dell'80%¹⁸⁸.La medesima direttiva fissa anche i meccanismi operativi attraverso i quali impostare i calcoli relativi alla valutazione dell'80% dell'attività, individuando il fatturato come uno dei parametri fondamentali.

Il Testo unico, dopo aver definito all'art. 16 i requisiti identitari del fenomeno, introduce una serie di previsioni tese a rendere compatibile la struttura dell'*in house*, caratterizzato dalla *“totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale”*¹⁸⁹, con le norme sulle società di capitali¹⁹⁰.

¹⁸⁷ La direttiva sugli appalti pubblici fa parte di un più vasto intervento normativo del legislatore europeo, che è infine culminato nella direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e nella direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

¹⁸⁸ Con questa formulazione del secondo requisito, il legislatore europeo consente di superare un dubbio interpretativo sorto in ambito nazionale circa la possibilità di considerare, ai fini della valutazione della *“parte più importante dell'attività”*, solo quella svolta nei confronti dell'ente affidante o anche l'attività svolta per conto dell'ente. La conformazione finale del testo non lascia dubbi sul fatto che siano da ricomprendere entrambi i profili. Questa conclusione era peraltro già desumibile dalla già citata sentenza *“Carbotermo”* del 2006, in cui era stato stabilito che *“le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni. Non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Risulta parimenti ininfluenza sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni.”* (Punti 66 e 67 della sentenza)

¹⁸⁹ Cass., 18 dicembre 2013, n. 28283. Secondo i giudici di legittimità la società *in house* sarebbe in realtà priva dell'autonomia giuridica che caratterizza qualsiasi società di capitali dal momento che *“il velo che normalmente nasconde dietro la società è quindi squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva”* e l'uso del termine *“società”* starebbe ad indicare che *“ove manchino più specifiche disposizioni in senso contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare”*.

A tal fine il comma 2 dell'art. 16 indica le possibili strade per veicolare nello schema societario il requisito del controllo analogo, conferendo agli statuti delle società *in house* la facoltà di derogare ad alcune disposizioni del codice civile.

In particolare:

a) gli statuti delle S.p.A. possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* (amministrazione della società nel sistema di *governance* tradizionale) e dell'articolo 2409-*novies* (amministrazione della società nel sistema di *governance* dualistico) del codice civile¹⁹¹;

b) gli statuti delle S.r.l. possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile;

c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo in deroga all'art. 2341-*bis*, comma 1, del codice civile.

In linea con il modello di *in house* comunitario, il Tusp ha altresì stabilito che gli statuti devono 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. Si tenga presente che il requisito dell'attività prevalente è oggi declinato non più solo in termini quantitativi, ma anche qualitativi. L'art. 16, comma 3-*bis*Tusp, infatti, consente ai soggetti *in house* di destinare la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato dell'80% anche a finalità diverse da quelle affidate dall'Amministrazione controllante, purché ciò sia effettuato per conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza

¹⁹⁰D'altronde, proprio l'art. 18 della legge delega n. 124/2015 aveva affidato al Governo il compito di prevedere una disciplina *ad hoc* sulle società c.d. *in house*, sia per individuare le modalità ed i termini dell'affidamento diretto, sia per rendere compatibile la disciplina di diritto comune sulle società di capitali con le peculiarità del modello societario *in house*.

¹⁹¹ Come rappresentato nel Dossier di accompagnamento allo Schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica consultabile alla pagina www.senato.it, trattasi di deroghe in tema di esclusività della gestione di società, che si spiegano con il ruolo penetrante, in tema di direzione e gestione, svolto dall'amministrazione pubblica nei confronti dell'organo amministrativo societario, che si ha nei casi in cui sussiste il controllo analogo.

sul complesso dell'attività principale della Società¹⁹². Questa possibilità è in ogni caso subordinata al rispetto del limite minimo dell'80% del fatturato, cosicché l'eventuale attività destinata a soggetti terzi non soci è da ritenersi ammessa a condizione che: non superi la soglia minima del 20% del fatturato¹⁹³; si ponga come funzionale rispetto a quella principale, e venga gestita in un'ottica efficientistica¹⁹⁴, tipica di qualsiasi attività imprenditoriale volta al perseguimento di fine di lucro¹⁹⁵. L'attuale disciplina conferma, una volta di più, il valore emblematico del vincolo dell'80% del fatturato che trova la sua ragion d'essere nella necessità, avvertita dal legislatore comunitario e nazionale, di garantire un'efficiente allocazione delle risorse pubbliche ed evitare che la competizione di mercato venga distorta dalla presenza di operatori in grado di avvantaggiarsi rispetto ad altri in virtù della forza acquisita grazie ai benefici economici derivanti dai contratti affidati direttamente dall'Ente controllante¹⁹⁶.

¹⁹² Decreto correttivo n. 100 del 16.6.2017, pubblicato nella G.U. 147 del 26.6.2017. Per un approfondimento si rinvia a FIMMANÒ – OCCORSIO, *Il decreto correttivo al TUSP: novità per adempimenti e adeguamenti statutari*, in *Le società pubbliche*, op. cit. Con l'adozione del decreto correttivo l'art. 16 è modificato come segue: al comma 3 viene disposto che “*gli Statuti delle Società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'80% del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'Ente pubblico o dagli Enti pubblici soci [...]*”, e al comma 3-bis viene disposto che “*la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della Società*”.

¹⁹³ Come chiarito dal Consiglio di Stato nel parere n. 2583 reso l'8 novembre 2018, l'attività eventualmente esercitata in favore di terzi deve in ogni caso essere “*accessoria, marginale e residuale*”

¹⁹⁴ C. conti, Sezione di controllo Regione Liguria, 8 settembre 2017, n. 80 in www.cortedeiconti.it

¹⁹⁵ CAMPORESI, “*Tusp*”: *la definizione dell'attività prevalente ex art. 16 nelle Società capogruppo “in house”*, in www.entilocalionline.it

¹⁹⁶ Sul punto si richiama il parere reso l'8 marzo 2019 dalla Sezione controllo della Corte dei Conti della Regione Lombardia, con nota di COPPOLA M., *In house providing. La Corte dei conti conferma, anche alla luce del Tusp, l'inderogabilità del requisito dell'attività prevalente nella sua definizione quantitativa*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2, Marzo-Aprile 2019. Nel parere il giudice contabile chiarisce come il testo dell'art. 4, c. 4, Tusp, laddove prescrive che salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società – *in house* – operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti non intende in alcun modo innovare la disciplina degli affidamenti diretti e delle esclusioni, ma utilizza uno dei principi previsti dal codice dei contratti per l'individuazione dei soggetti esclusi dall'applicazione delle norme in materia di affidamenti e appalti, al fine di identificare una delle caratteristiche ontologiche delle società in house. “*Il Tusp aderisce perfettamente al quadro normativo consolidatosi, facendo propri tutti i requisiti identitari del fenomeno in house come cristallizzati nel codice degli appalti, e tutt'al più precisandoli laddove all'art. 16, comma 3-bis riconosce alle società in house la possibilità di destinare parte della propria attività a soggetti diversi dall'Ente pubblico socio.*”

Sembra dunque che le società *in house* abbiano dismesso il ruolo di mera articolazione interna alla pubblica amministrazione, per diventare definitivamente società di diritto privato.

L'argomentazione trova conferma una recente sentenza resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dove si legge che *“in siffatto contesto si può affermare che le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società in house; sicché il principio generale dettato dal citato 3° comma dell'art. 1 è destinato a valere anche per le società in house, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso”*¹⁹⁷.

A ben guardare, a parte le eccezioni concernenti l'assetto organizzativo (art. 16) e l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti delle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi amministrativi e di controllo (art. 12, comma 1), non paiono scorgersi altre soluzioni derogatorie che possano legittimare uno snaturamento del modello codicistico.

A riprova di questa tendenziale “despecializzazione”¹⁹⁸ del modello derogatorio della società *in house*, si rammenta l'estensione del fallimento e

Sapientemente, il giudice contabile, tenuto anche conto delle sanatorie previste dall'art. 16 commi 4, 5 e 6 in caso di grave irregolarità connessa al mancato rispetto del limite quantitativo inderogabile dell'80% del fatturato, afferma che l'art. 4 comma 4, non autorizza a derogare la disciplina contenuta nel codice degli appalti relativa ai limiti di fatturato e richiamata dall'art. 16, comma 3, ampliando per tale via il raggio d'azione delle società in house, bensì specifica uno dei principi previsti dal medesimo codice per l'individuazione dei soggetti esclusi dall'applicazione delle norme in materia di affidamenti, al fine di identificare una delle indefettibili caratteristiche delle società in house, consentendo solo di svolgere attività ulteriori, nell'osservanza comunque delle condizioni e dei limiti dallo stesso comma 3-bis indicati.”

¹⁹⁷Cass. S.U., 1 dicembre 2016, n. 24591 in *Foro it.*, 2017, I, 154, con nota di RANUCCI.

¹⁹⁸ ROSSI, *op. cit.* Secondo l'Autore *“La riferibilità di tale norma alle società in house sembra desumibile non solo dal tenore esegetico letterale, ma anche dall'intentio legis, ove si consideri che, come puntualizzato nella relazione illustrativa, non si è voluto differenziare il regime delle società in house da quello delle altre partecipate pubbliche. Né parrebbe altrimenti opinabile, se ancora l'art. 14, comma 6, si premura di puntualizzare che, nei cinque anni successivi al 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: tra gli affidatari diretti non può non essere ascritta la società in house.”*

delle altre procedure concorsuali a tutte le società partecipate, ivi comprese quelle *in house*¹⁹⁹.

¹⁹⁹Da ultimo Cass., 22 febbraio 2019, n. 5346, in *foroeuropeo.it*. In questo provvedimento la Corte, proseguendo il filone inaugurato dalla sentenza n. 3196 del 7 febbraio 2017, ha ribadito che la partecipazione pubblica non incide sulla natura giuridica delle società *in house* che devono essere considerate come soggetti di diritto privato. La possibilità che la legge concede a soggetti pubblici di perseguire interessi pubblicistici mediante strumenti di carattere privatistico, quali appunto la partecipazione in società di capitali, non esclude che queste ultime siano soggette alla disciplina di diritto comune prevista in via generale per le persone giuridiche, inclusa quella concorsuale. Diversamente opinando, vi sarebbe una violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei terzi che entrano in rapporto con la società partecipata che opera in un mercato concorrenziale, con le stesse forme e modalità di una qualsiasi società di capitali.

CAPITOLO III

LE “NUOVE” SOCIETÀ *IN HOUSE* NELLA RIFORMA MADIA

Sommario: 1. La matrice “pubblicistica” del modello originario dell’in house providing ed il rapporto tra la legificazione comunitaria ed il modello pretorio. - 1.1 Il requisito della totale partecipazione pubblica. - 1.2 Il requisito del controllo analogo. - 1.3 Il requisito del prevalente svolgimento dell’attività in favore dell’ente controllante. - 2. L’anomalia del modello domestico dell’in house. L’evoluzione normativa. - 2.1 Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Profili di responsabilità erariale. - 3. Gli effetti sistemici del “controllo analogo” come fonte di un rapporto gerarchico tra ente pubblico ed amministratori. - 4. L’impatto della riforma Madia sulle “nuove” società in house. Natura privatistica e deroghe alla disciplina societaria. - 5. Le implicazioni sulla loro configurazione privatistica ed il confronto con le società a partecipazione mista pubblico - privata. - 6. L’approdo complessivo delle disposizioni del Testo Unico

1. La matrice “pubblicistica” del modello originario dell’inhouseproviding ed il rapporto tra la legificazione comunitaria e il modello pretorio.

Dall’intervento di riordino organico della normativa sulle società partecipate pubbliche, in esecuzione della legge delega n. 124/2015, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”, meglio nota come Legge Madia, è venuta la luce il Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica, d.lgs. n. 175/2016.

Con l’introduzione dell’art. 16 T.U.S.P., in particolare, sono state per la prima volta disciplinate le società a partecipazione pubblica, che la normativa definisce come le società che “*ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se 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*”²⁰⁰.

²⁰⁰ SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2018, pp. 56 e ss.

Il d.lgs. 175/2016 ha affiancato all'impianto sostanziale il relativo sistema sanzionatorio in grado di consentire, in caso di violazione dei parametri che devono connotare l'affidamento diretto, la denuncia al Tribunale ordinario per grave irregolarità e il conseguente venir meno degli affidamenti²⁰¹.

Per comprendere, tuttavia, la **matrice “pubblicistica” del modello** non è sufficiente una lettura della sola normativa, ma è necessaria una breve *excursus* giurisprudenziale e, nello specifico, dei pronunciamenti comunitari.

Le società *in house*, invero, si rinvengono per la prima volta nel *Libro bianco sugli appalti pubblici* voluto dalla Commissione nel 1998, nel quale per appalti *in house* si intendono “*quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o, ancora, tra una amministrazione e una società da questa interamente controllata*”²⁰².

A sua volta, la figura comunitaria dell'*inhouse providing* discende dall'ordinamento anglosassone, ove nasce in antitesi rispetto al sistema del *contracting out*, utilizzato dalle amministrazioni pubbliche allorché assegnano ad un'impresa privata il compito di erogare un servizio di pubblica utilità o per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture²⁰³.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in sede pregiudiziale, ha contribuito a specificare progressivamente i criteri in base ai quali l'affidamento diretto di appalti e servizi pubblici può considerarsi legittimo, nonostante ciò comporti una notevole deroga al generale principio di concorrenza, fortemente tutelata a livello comunitario, come emerge, tra le varie norme, dagli artt. 49, 56 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea²⁰⁴. Tali disposizioni, infatti, impongono il

²⁰¹ IMPARATO, *Il modello della società in house: art. 16 del testo unico ed altre disposizioni dell'ordinamento*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmano-Catricalà, Tomo I, Napoli, 2017, p. 251.

²⁰² PERICU, *Servizi pubblici locali e diritto comunitario*, in *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Padova, 2003, p. 96.

²⁰³ L'erogazione del servizio viene concessa attraverso l'instaurazione di una gara, sul modello dell'appalto, fra diverse imprese aspiranti, tra le quali risulterà vincitrice quella che richiederà un minor compenso. Sul punto si veda ROSSI, *Le “nuove” società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione in Cammino*, 2018.

²⁰⁴ Come sostenuto in dottrina TESAURO - PESCE, *liberalizzazione e concorrenza nei servizi di pubblica utilità*, op. cit., p. 211, “*L'Unione (all'epoca Comunità) è nata un po' zoppa dal punto di vista economico; nel disegno di integrazione comunitaria vi è un mercato comune perfetto (libera articolazione delle merci e dei fattori della produzione); addirittura, l'unione doganale è perfetta, nel senso che i prodotti e le persone provenienti da Paesi terzi hanno gli*

divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento, alla libera prestazione di servizi e il divieto di emanare e mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e di quelle titolari di diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle norme del Trattato.

Tuttavia, non vi è un vero e proprio obbligo di esternalizzazione, in ambito comunitario, in capo alle amministrazioni pubbliche, dal momento che i principi del Trattato a tutela della concorrenza non impongono alle P.A. di rivolgersi necessariamente al mercato per procurarsi beni, servizi o forniture. A sostegno di questa lettura, si sottolinea come l'art. 51 TFUE esclude dall'applicazione delle previsioni dedicate al diritto di stabilimento le attività svolte negli Stati membri che “*partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*”. Da ciò emergerebbe l'assenza di un qualsivoglia obbligo di *outsourcing* per le P.A., dovendo queste limitarsi al rispetto del principio dell'evidenza pubblica qualora le stesse optino per il ricorso al mercato²⁰⁵, sicché la preferenza tra autoproduzione ed esternalizzazione si risolverebbe in una semplice scelta discrezionale fra modelli organizzativi alternativi.

Alcuni autori, tuttavia, ribadiscono la centralità del modello concorrenziale, ritenendo che l'elaborazione pretoria abbia avuto il merito di evitare che le esigenze di auto-organizzazione²⁰⁶ delle amministrazioni comportassero una ingiustificata violazione dei principi *de quo*, fondamentali nel sistema del libero mercato. Lo stimolo a salvaguardare la concorrenza e la *par condicio* tra gli operatori economici²⁰⁷, eliminando posizioni di supremazia in favore delle società pubbliche, aveva spinto il legislatore, evocando i principi di estrazione comunitaria, a limitare notevolmente lo svolgimento di attività di impresa di tali società. L'esecuzione di attività *extra moenia* e l'acquisizione di servizi ulteriori sono l'esteriorizzazione della concorrenzialità del mercato (non solo delle gare pubbliche ma anche dei committenti privati), nella misura in cui consentono ai soggetti affidatari in via

stessi ostacoli tecnici ed economici in tutti i Paesi UE. Il supporto esiste nella concorrenza, ma non nelle scelte di politica economica che non appartengono all'Unione, essendo rimaste alla responsabilità degli Stati Membri (allo stesso modo si veda, PESCE C., *Commento all'art. 120 TFUE*, in Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014; ID., *Commento all'art. 121 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014.

²⁰⁵ P. ROSSI, *op. cit.*, p.3.

²⁰⁶ Il concetto di auto-organizzazione delle amministrazioni pubbliche si rinviene, pur in senso generale, all'art. 2 della *Direttiva concessioni* (dir. 2014/23/UE).

²⁰⁷ CAMPOFILONI, *concorrenzialità dei mercati e vincoli operativi alle società in house*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò-Catricalà, *op. cit.*, p. 979

diretta di assumere una vocazione prettamente commerciale e di avvalersi di un vantaggio competitivo, acquisito senza il rispetto delle regole sull'evidenza pubblica e che oltretutto tende ad immunizzarle dalla pressione del c.d. rischio d'impresa²⁰⁸, laddove fosse concesso a tali società di operare in mercati concorrenziali²⁰⁹. Ma è proprio tale vocazione commerciale, che dovrebbe imporre l'assoggettamento al rischio d'impresa, ad entrare in frizione con il principio di necessaria funzionalizzazione delle risorse pubbliche

L'operazione ermeneutica si sarebbe, pertanto, rivelata estremamente sofisticata, perché nel caso in esame non si trattava di ammettere che le P.A. potessero affidare la produzione di beni e servizi necessari al perseguimento dei suoi scopi istituzionali ad un ufficio o ad una direzione interna, ma di consentire la creazione di un soggetto esterno, costituito in forma societaria, e al contempo assoggettato al totale controllo dell'ente pubblico.

La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia per risolvere il problema degli affidamenti senza gara è stata quella di non riconoscere un rapporto di terzietà tra gli enti nei casi in cui era riscontrabile un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione da parte dell'amministrazione affidataria nei confronti della società in house.

Sebbene quindi non mancassero precedenti nei quali i giudici europei avessero ammesso la non esternalizzazione - si vedano, ad esempio, le sentenze emesse sul caso *Arnhem* (causa C-360 del 10/11/1998) e sul caso *RI.SAN* (causa C-108-98 del 9/09/1999)²¹⁰ -, fu solo con il noto caso *Teckal* (causa C-107/98 del 18/11/1999) che

²⁰⁸VASQUES, *I servizi pubblici nella prospettiva della libera concorrenza*, Torino, 1999, 121; ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale e resistenze di mercato*, in AA.VV., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* (a cura di Cammelli-Dugato), Torino, 2008, 35.

²⁰⁹MASETTI, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del "decreto Bersani")*, in www.giustamm.it, 2008.

²¹⁰ In tali pronunce, la CGUE aveva enunciato il principio della non obbligatorietà, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, del ricorso alla gara per l'affidamento di un servizio pubblico. Si prevede, difatti, la possibilità per la P.A., di optare per una produzione diretta tramite un soggetto in rapporto di delega interorganica, in deroga a quanto previsto in base alla direttiva 92/50/CE. Il ragionamento posto alla base di questa pronuncia insisteva sul fatto che la qualificazione giuridica del soggetto aggiudicatario come società per azioni non poteva essere considerato l'unico criterio idoneo di per sé ad escludere il diretto collegamento con l'amministrazione aggiudicatrice. All'uopo, vennero considerati rilevanti una serie di indici in grado di dimostrare il necessario vincolo di "dipendenza" tra i due enti solo formalmente distinti: la dipendenza finanziaria e quella amministrativa.

la Corte di Giustizia iniziò a delineare con precisione gli estremi e le caratteristiche dell'istituto, prevedendo la non applicabilità della normativa comunitaria sugli appalti pubblici per la selezione del prestatore di servizi laddove l'ente aggiudicatore: “*avesse esercitato sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona avesse realizzato la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*”²¹¹.

Seguendo questo *escamotage*, la Corte di Giustizia ammetteva la possibilità di non ricorrere al mercato, giustificando tale eccezione alle regole della concorrenza che consentiva l'applicazione dell'istituto dell'affidamento diretto in base all'assunto che il rapporto tra l'ente controllante e la persona giuridica controllata si configurava come delegazione interorganica²¹². Si riteneva, pertanto, che venendo meno l'alterità tra ente e società, il primo potesse vantare sulla seconda un controllo analogo a quello esercitato sui suoi organi. Da ciò, derivava l'ovvia conseguenza che la partecipazione di un'impresa privata al capitale della società partecipata, pur se minoritaria, avrebbe fatto venir meno in via automatica il requisito del controllo analogo e con esso la possibilità per l'amministrazione di poter usufruire della disciplina delle società *in house*²¹³.

²¹¹Causa C-107/98 *TECKAL s.r.l. contro Comune di Aviano* in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 2000, 1393. Sull'argomento si veda altresì Cons. Stato, sez. 11, 28 febbraio 1996, n. 366 in cui si è affermato che: “*la società per azioni costituisce un organo indiretto dell'Amministrazione, deputato alla gestione del servizio pubblico, pertanto l'esclusione della necessità di procedimenti concorsuali di affidamento discende dal modulo organizzativo della gestione diretta*” sicché: “*tale conclusione non appare in contrasto con la normativa comunitaria, ove si consideri che questa è applicabile soltanto quando la prestazione di servizi si fonda su contratti di appalto*”.

²¹²La Corte di Giustizia riteneva all'uopo necessari i requisiti della dipendenza finanziaria e della dipendenza amministrativa, intesa sia come organizzativa che gestionale, da cui derivava una situazione di soggezione tra la società pubblica affidataria e l'ente socio che aveva concesso l'affidamento (cfr. Sentenza *Mannesman*, causa C-44/96 del 15/01/1998; nonché le cause C-183/11 e C-183/12 del 9/11/2012). Vedi, anche, per la giurisprudenza interna, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 29/11/2018, n. 357. Per maggiori approfondimenti, IMPARATO, *op cit.*,

²¹³Corte giustizia U.E., caso *Stadt Halle*, causa C-26/03 dell'11/01/2005. Il principio secondo cui l'affidamento diretto implicasse la partecipazione pubblica totalitaria al capitale della società affidataria viene successivamente ribadito nei seguenti pronunciamenti: caso *Jean Auroux*, causa C-225/05 del 18/01/2007; caso *Parking Brixen*, causa C-458/03 del 13/10/2005). La possibilità che la società *in house* potesse essere aperta al capitale privato è stata esclusa dalla giurisprudenza comunitaria che con riferimento alle associazioni non lucrative ha statuito che: “*Qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative*”.

Il requisito del controllo analogo è stato oggetto di ulteriori precisazioni da parte della giurisprudenza comunitaria successiva, secondo la quale la partecipazione pubblica totalitaria non poteva rappresentare l'unico elemento probante, essendo non meno importante la circostanza che le decisioni societarie fossero di fatto esercitate dall'ente affidante, effettivo titolare di poteri di controllo sulla persona giuridica molto più penetranti rispetto a quelli previsti dal diritto comune²¹⁴.

L'istituto dell'*inhouse* è stato per la prima volta codificato nell'ordinamento europeo dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari, dall'art. 17 della direttiva 2014/23/UE per le concessioni e dall'art. 28 della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali. La relativa disciplina, come alcuni hanno osservato²¹⁵, è in parte aderente al diritto vivente ed in parte presenta contenuto innovativo, trattandosi del frutto della composizione di un contrasto sorto tra la Commissione europea, incline a rispettare i canoni delineati dalla CGUE, e alcuni Stati membri, tra cui la Francia, che prediligevano un approccio più flessibile in ordine ai requisiti legittimanti l'affidamento diretto.

La disciplina risultante dall'elaborazione comunitaria è stata successivamente recepita a livello nazionale ad opera del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016, che ha finalmente codificato i requisiti rispettati i quali le pubbliche amministrazioni sono legittimate a non fare ricorso a procedure di gara e a disporre, quindi, l'affidamento diretto dei servizi pubblici. Riproponendo il testo delle direttive in materia, l'art. 5, co. 1, d.lgs. 50/16, così modificato in base all'art. 6 del "primo correttivo" (d.lgs. 56/2017), esclude l'applicabilità delle norme del codice degli appalti pubblici nei casi in cui, nell'affidare ad una società una concessione o un appalto pubblico, siano state soddisfatte plurime condizioni.

private che svolgono attività senza scopo di lucro, la condizione relativa al «controllo analogo», dettata dalla giurisprudenza della Corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione «in house» non è soddisfatta e pertanto la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2014, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, è applicabile» (cfr. Centro Hospitalar de Setúbal EPE, causa C-574/12 del 19/06/2014).

²¹⁴Cfr. *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP* (causa C-340/04 dell'11/05/2006).

²¹⁵ CONTESSA, *l'in house providing* quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive, in www.giustizia-amministrativa.it, 2014.

Innanzitutto, è necessario che non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati. A questo requisito fanno eccezione i casi in cui la legge nazionale, in conformità con i trattati, ammetta la presenza di quote private, purché queste non comportino potere di controllo, né di veto, né siano in grado di esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata²¹⁶.

Inoltre, l'amministrazione o l'ente aggiudicatori devono dimostrare di esercitare sulla persona giuridica affidataria un *controllo analogo* a quello esercitato sui propri servizi. In proposito si dice che la società debba rappresentare una *longa manu* dell'amministrazione.

Infine, si richiede che almeno l'80% dell'attività del soggetto affidatario sia effettuato a favore dell'amministrazione controllante, o da altre persone giuridiche a loro volta controllate dall'amministrazione o dall'ente aggiudicatore.

1.1 Il requisito della totale partecipazione pubblica

Dal testo dell'art. 5 co. 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 16 T.U.S.P. emerge che il requisito della partecipazione pubblica totalitaria non è più richiesto dalla normativa interna, in conformità con quanto disposto dalle nuove direttive appalti e concessioni.

Ed in particolare, nel considerando 32 della direttiva appalti (direttiva n. 2014/24/CE) e n. 46 della direttiva concessioni (direttiva n. 2014/23/CE) si legge che l'*in house* deve ritenersi compatibile anche con partecipazioni dei privati *prescritte* dalla legislazione nazionale.

Dal testo delle prescrizioni citate, tuttavia, emerge la necessità che vengano emanate specifiche "norme di legge" idonee a dare attuazione a quanto indicato nelle direttive richiamate²¹⁷. Non essendo ancora intervenuta una disciplina chiarificatrice, attualmente sorge il dubbio sull'effettiva ammissibilità dell'*in house* "spurio"²¹⁸.

²¹⁶ Questo aspetto, in particolare, è ciò che distingue l'*in house* dall'ipotesi delle società miste, ossia del cosiddetto *partenariato pubblico privato istituzionalizzato* (PPPI), caratterizzato dalla partecipazione sia pubblica che privata al capitale sociale.

²¹⁷ Sul punto si veda anche la pronuncia del Consiglio di Stato dell'8/11/2018 n. 2583, secondo cui la partecipazione privata non impedisce l'affidamento *in house*, purché sia prevista dalla legge, anche regionale.

²¹⁸ FIMMANÒ, *Appunti in tema di società gestione dei servizi locali e dei beni culturali*, in *Tutela della persona beni comuni e valorizzazione dei nuovi diritti*, S. Giova, Napoli, 2008, pp. 92 e ss. Del resto, qualora si ritenesse la figura dell'*in house* partecipato dal privato

Con l'ammissione della partecipazione di capitali privati al patrimonio della società *in house* viene definitivamente spezzata l'equazione che aveva sempre sostenuto un legame inscindibile tra i requisiti del controllo analogo e della partecipazione pubblica totalitaria. In particolare, si sosteneva che in tanto si poteva ritenere integrato il controllo analogo a quello che l'ente svolge sui propri servizi interni, in quanto il capitale fosse interamente riconducibile al soggetto pubblico. A seguito dell'emanazione delle direttive europee, introdotte nella legislazione interna anche attraverso l'attuazione della Legge Madia, è invece possibile avere un controllo analogo anche con la partecipazione dei privati. Naturalmente a tale potere è posto uno stringente limite funzionale, perché il privato non può mai avere un potere di veto, né deve essere in grado di influenzare gli obiettivi strategici della società, che devono essere indicati solo dall'ente pubblico controllante.

Tuttavia, le diversità lessicali rintracciabili nei due testi normativi, d.lgs. 50/2016 e d.lgs. 175/2016, hanno indotto gli interpreti ad una profonda riflessione, ed anche il Consiglio di Stato in sede consultiva, con parere n. 855/2016 sullo schema del codice degli appalti, ha sottolineato la necessità di un coordinamento, al fine di evitare indebite incongruenze, sia reciproche che con altre fonti nazionali e sovranazionali. In effetti, pur apparendo ad una lettura superficiale molto simili, da un lato, l'art. 5 co. 1 lett. c) d.lgs. 50/16 si riferisce a "*forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale*", dall'altro, l'art. 16 T.U.S.P. parla di "*partecipazione di capitali privati [...] prescritta da norme di legge*".

immediatamente applicabile, si ammetterebbe implicitamente un difetto di coordinazione tra il d.lgs. 50/2016 e il T.U. sulle società a partecipazione pubblica, in quanto l'art. 16 del T.U. avrebbe dovuto richiamare espressamente l'art. 5 del Codice dei contratti pubblici, in luogo del generico richiamo a "norme di legge". Tale difetto, in realtà, non appare sostenibile, in quanto l'art. 16 co. 7 evidenzia espressamente che "*le società in house sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016 e che, comunque, resta fermo quanto previsto dall'art. 192*". Da ciò si deduce implicitamente che *le società in house a partecipazione privata non possono essere ritenute, allo stato, ammissibili*". Sul punto cfr. SANTISE, *op. cit.*, pp. 57 e ss.

²¹⁸Ed infatti, la Direttiva 2014/24/UE ha consentito forme di partecipazione di capitali privati purché sussistano i requisiti di cui all'art. 12, comma 1, lett. c): "*Nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*".

Ebbene, in base ad una prima ricostruzione, entrambe le norme prevedono la necessità di una previa disposizione legislativa atta a disciplinare le forme di partecipazione del privato necessarie per esercitare questo potere.

Un'altra impostazione, peraltro più restrittiva, fa leva sulla diversità delle espressioni utilizzate dai due testi normativi. Tale difformità, in effetti, nasconderebbe una diversa lettura del fenomeno della partecipazione dei privati nella società *in house*, sicché “*ammessa se consentita*” e “*ammessa se prescritta*” implicherebbero due concetti diversi.

Nel primo caso, implicherebbe la necessità di una previa autorizzazione legislativa, secondo il principio di legalità classico. Nel secondo caso, il concetto di prescrizione parrebbe alludere ad un'imposizione: la legge in tal senso sarebbe chiamata a prevedere che, in determinate occasioni, la società *in house* dovrebbe essere tenuta a contemplare forme di partecipazione del privato. In tanto si può assegnare la gara senza evidenza pubblica, in quanto nelle società *in house* ci siano forme di partecipazione del privato. Se si accedesse a questa diversa lettura, la legge non potrebbe semplicemente autorizzare l'*in house* ad aprirsi alla partecipazione del privato, ma dovrebbe imporla e prescriverla a determinate condizioni, senza lasciare alla PA alcun potere di scelta.

Il Consiglio di Stato, nel famoso parere del 7.05.19 n.1389²¹⁹, si è occupato della questione, finendo con l'aderire alla seconda posizione: l'*in house* con partecipazione

²¹⁹ Cfr. Cons. St., sez. I, 7 maggio 2019, n. 1389 - Pres. Torsello, Est. Neri. In particolare, Il Consiglio di Stato nel parere n. 1389 del 2019 ha stabilito tre importanti principi:

a) che nel settore dei servizi idrici, sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli artt. 5, d.lgs. n. 50 del 2016 e 16, d.lgs. n. 175 del 2016, non stabilirà la possibilità per i privati di partecipare ad una società *in house* – indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico – deve ritenersi preclusa al privato la partecipazione alla società *in house*.

b) che l'art. 149 bis Codice dell'ambiente, nella parte in cui effettua un richiamo all'“ordinamento europeo”, non permette, allo stato, la partecipazione dei privati alla società *in house* perché proprio il richiamo all'ordinamento europeo effettuato dalla predetta norma nazionale impone una specifica previsione nazionale che ammetta, e disciplini, la partecipazione dei privati alle società *in house* (in termini analoghi i già richiamati articoli 5 Codice dei contratti pubblici e 16, d.lgs. n. 175 del 2016).

c) che, in attesa della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea (cui, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, spetta l'interpretazione dei trattati e degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione), a prescindere dall'eccezionalità o meno dell'*in house providing*, le norme che disciplinano tale istituto vanno interpretate restrittivamente anche per evitare che applicazioni analogiche, di fatto ampliandone il ricorso, possano trasformarsi in una lesione delle concorrenze che, come è noto, è tra i principi dell'Unione.

dei privati è ammissibile solo in presenza di una norma che la prescriva. Il dato decisivo, oltre alla differenza lessicale, in effetti risiede nel dato temporale: tra il d.lgs. 50/16 e il d.lgs. 175/16, si deve ritenere prevalente tutto quanto prescritto nel secondo testo, che in quanto norma successiva, deroga la legge anteriore.

Di pari importanza in questo discorso è altresì la lettura delle direttive UE. Leggendo il considerando n. 32 della direttiva appalti e il considerando n. 46 della direttiva concessioni, si evince espressamente che dovrebbero essere ammesse partecipazioni dei privati quando la partecipazione sia resa *obbligatoria* da una disposizione legislativa nazionale in conformità con i trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti alcun controllo o potere di veto del privato sulla società.

A ben vedere, pertanto, il T.U.S.P., rispetto al codice dei contratti, ha perfettamente attuato la direttiva e, in questa parte, ha parzialmente abrogato il codice dei contratti, sicché attualmente si attende l'emanazione di una disposizione legislativa che, in attuazione delle direttive UE e del T.U.S.P. prescriva i modi e i criteri di partecipazione dei privati al capitale sociale delle *in house*.

1.2 Il requisito del controllo analogo

Per “controllo analogo” deve intendersi la situazione, di fatto e di diritto, nella quale l'amministrazione aggiudicatrice “*esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*”(art. 5 co. 2 d.lgs. 50/2016). In altre parole, si richiede che l'ente sia in grado di adoperare sulla società *in house* un controllo assimilabile a quello che lo stesso soggetto pubblico esercita sui propri “servizi interni”, e nella necessità che la società ponga in essere la “*parte più importante della propria attività*” a favore dell'amministrazione o delle amministrazioni affidanti²²⁰.

Il requisito del c.d. controllo analogo richiede la necessaria partecipazione pubblica totalitaria, non solo in virtù di una presunta ed insanabile disomogeneità degli interessi perseguiti dall'ente pubblico e dal privato investitore, ma anche in considerazione del fatto che la presenza nel capitale sociale, pur minoritaria, di

²²⁰ ROSSI, *op. cit.*, p.9.

soggetti privati, esclude che l'amministrazione sia in grado di esercitare un controllo parificabile a quello svolto sui propri servizi interni²²¹.

Tale requisito, tuttavia, non rappresenta l'unico elemento comprovante la ricorrenza del controllo analogo, atteso che l'assenza del rapporto di alterità tra l'ente affidante e la persona giuridica affidataria viene a configurarsi soltanto nel momento in cui le decisioni di quest'ultimo siano di fatto esercitate dall'ente affidante, detentore di poteri di controllo sulla persona giuridica, che devono essere molto più penetranti rispetto a quelli previsti dal diritto societario comune²²².

Tale impostazione rigorosa è stata mantenuta costante nel tempo, sia a livello europeo che nazionale, tale che attualmente può considerarsi rispettato il dettato dell'art. 5 co. 2 d.lgs. 50/2016 solo a condizione che l'ente affidatario sia in grado di assicurare che il controllo esercitato sia "effettivo, strutturale e funzionale"²²³.

In breve, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni importanti dell'affidataria. Inoltre, l'impresa non deve mai acquisire una vocazione commerciale, tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico²²⁴.

La Corte di Giustizia, tuttavia, non ha mai escluso la possibilità che più amministrazioni utilizzino il modello dell'*in house* in forma congiunta (*in house* "frammentato"), ritenendo sufficiente, ai fini della configurazione del requisito del controllo analogo, l'esercizio di un'attività di controllo posta in essere congiuntamente da più amministrazioni pubbliche comproprietarie dell'affidataria.

La stessa Corte, difatti, insiste sul fatto che, ove più amministrazioni facciano ricorso ad un ente societario comune ai fini dell'adempimento di un'attività comune di servizio pubblico, non sia indispensabile che ciascuna di esse sia singolarmente titolare di un potere di controllo individuale su tale entità; ciò non implica, ovviamente, che la direzione esercitata su quest'ultima possa fondarsi sul mero potere di direzione dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di

²²¹Sent. *Oberlandesgericht Naumburg* (causa C-26/03 dell'11/01/2005).

²²²Si vedano sent. *Carbotermos.p.a. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP* (causa C-340/04 del 11/05/2006); sent. *Parking Brixen GmbH* (causa C-458/03 del 13/10/2005); sent. *Mödlingo Commissione c. Austria* (causa C-29/04 del 10/11/2005).

²²³Sent. *Econord* (causa C-182/2011 del 29/11/2012).

²²⁴Tale "vocazione" emergerebbe, ad esempio, da un ampliamento dell'oggetto sociale, dall'espansione dell'attività sociale a tutta Italia e anche all'estero etc. Si veda sul punto la già citata sent. *Parking Brixen GmbH*.

maggioranza nel capitale sociale. In caso contrario, il concetto stesso di controllo analogo congiunto verrebbe meno e si tramuterebbe in uno strumento di elusione dell'obbligo del ricorso al mercato e delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che consentirebbe a qualsiasi amministrazione aggiudicatrice con una presenza puramente formale nella società *in house* di fruire delle agevolazioni organizzative, pur non prendendo in alcun modo parte all'esercizio delle attività presupposte dal concetto di controllo analogo²²⁵.

Preso atto dell'indirizzo della CGUE, la giurisprudenza interna ne ha assorbito le coordinate ermeneutiche, cogliendo l'occasione per stabilire nella maniera più chiara possibile quali siano gli unici moduli organizzativi in cui potesse ritenersi lecita una deroga alle regole della concorrenza²²⁶.

Ciò non ha escluso anche un'attività in qualche modo innovativa, come dimostra l'inserimento del co. 2 all'art. 5 del Codice dei contratti pubblici, che ha inserito la possibilità di esperire tale modulo organizzativo anche nel caso in cui il controllo venga esercitato in via indiretta, ossia tramite un terzo soggetto, a propria volta controllato dall'amministrazione aggiudicatrice.

L'ammissibilità di un controllo pubblico "a cascata" è emersa per la prima volta nella sentenza *Carboterno*²²⁷, in cui, nella specie, pur ritenendo astrattamente configurabile il controllo analogo in via indiretta, ossia mediante una società per azioni capogruppo a capitale interamente pubblico, (c.d. *holding*) la Corte aveva manifestato le proprie perplessità circa l'effettiva tenuta del controllo.

In particolare, le pronunce nazionali hanno più volte delimitato il concetto del controllo analogo precisando che, nel caso di affidamento *in house* conseguente alla costituzione, da parte di più amministrazioni, di una società di capitali a totale controllo pubblico per la gestione in comune di un servizio, il requisito può intendersi rispettato anche se nel concreto non viene posto in essere individualmente dal singolo ente locale, ma congiuntamente dagli enti associati. Non è dirimente, nel

²²⁵In questo senso si veda sent. *Coname* (causa C-231/03 dell'21/07/2005).

²²⁶Emblematica, sul punto, è la pronuncia dell'A.P. n. 1 del 3/03/2018, in cui si afferma il venir meno del rispetto del requisito del controllo analogo in presenza di capitale privato, escludendo, di fatto, l'apertura dell'*in house* anche al modello organizzativo della società mista.

²²⁷Vedi nota 20.

caso di specie, che le delibere vengano adottate all'unanimità, ma non si può e non si deve prescindere dall'effettività del controllo posto in essere²²⁸.

Occorrerebbe, pertanto, verificare che il consiglio di amministrazione della società di capitali affidataria *in house* non disponga di rilevanti poteri gestionali, e che l'ente pubblico affidante sia in grado concretamente di controllare e condizionare l'operato della società, disponendo di poteri ben più incisivi di quelli previsti dal diritto societario. Ad esempio, appare decisivo il potere di vagliare preventivamente gli atti di gestione più rilevanti, come il bilancio o l'assunzione del piano industriale, e di poter incidere sul loro contenuto²²⁹.

Sul punto, al fine di rafforzare la posizione del soggetto pubblico nella compagine societaria e consentire una piena esplicazione del requisito del controllo analogo, l'art. 16 co. 4, d.lgs. 175/2016 ammette la possibilità di derogare ad alcune disposizioni civilistiche nella predisposizioni degli statuti societari. In particolare si prevede che:

- le disposizioni statutarie possono contenere deroghe al sistema di *governance* tradizionale e dualistico così come previsto rispettivamente ex artt. 2380 *bis* cc e 2409 cc;
- gli statuti delle s.r.l. possono attribuire all'ente pubblico socio particolari diritti, ex art. 2468 co. 3 cc;
- è possibile concludere patti parasociali al fine di pervenire al necessario controllo analogo, anche di durata superiore a 5 anni, in deroga a quanto previsto ex art. 2341 *bis* co. 1 cc.

²²⁸ IMPARATO, *op. cit.*, pp. 2 e ss.

²²⁹ *Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2010*, n. 7092. Taluni hanno osservato, criticando le posizioni della giurisprudenza interna ed europea, che il modello societario italiano osta alla configurabilità piena del requisito del controllo analogo, in quanto per conseguire tale obiettivo non sarebbe sufficiente all'uopo consentire all'ente pubblico affidante la semplice possibilità di nominare gli amministratori. Difatti, costoro resterebbero pur sempre liberi di dirigere la società in base al loro punto di vista e ai loro criteri, non potendo i soci (neppur se pubblici) interferire nella gestione, se non nei termini dell'esercizio del diritto di voto, dell'impugnativa delle delibere, della denuncia di eventuali sospetti di irregolarità al Collegio dei sindaci o in sede giurisdizionale. L'unico strumento a disposizione del soggetto pubblico per effettuare un vero e proprio controllo analogo risulterebbe quello del *contratto di affidamento del servizio*, che consentirebbe di incidere sulle modalità di esercizio dell'impresa (fra i vari, FIMMANÒ F., *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 731 e 738)

1.3 Il requisito del prevalente svolgimento dell'attività in favore dell'ente controllante

Ai fini della configurabilità della figura dell'*in house*, e della possibilità di giustificare il mancato rispetto della normativa interna ed europea in tema di concorrenza e libero mercato, occorre infine che la parte più importante dell'attività della società *in house* sia svolta in favore dell'ente che lo controlla.

Prima della codificazione dell'istituto, la Corte di Giustizia riteneva che dovessero essere valutate tutte le attività poste in essere dalla società (a prescindere, quindi, dal fatto che la remunerazione provenisse dall'ente pubblico o dal privato utente). Per l'effetto, si intendeva rispettato il requisito *de quo* nel momento in cui la parte più importante dell'attività era posta a favore del socio pubblico²³⁰.

Con l'introduzione dell'art. 5 co. 2 del d.lgs. 50/2016, che disciplina tale ultimo requisito, è stato stabilito l'obbligo per il soggetto affidatario di svolgere almeno l'80% della propria attività nell'adempimento dei compiti ad esso affidati dalla P.A. controllante o da altri soggetti posti a loro volta sotto il controllo del medesimo ente pubblico. Il rispetto di tale previsione, in particolare, si deduce prendendo in considerazione alcuni parametri, quali il fatturato totale medio o qualsiasi altra misura idonea a rappresentare l'attività, come ad esempio i costi sostenuti dalla società nello svolgimento delle proprie mansioni affidategli nel triennio antecedente all'aggiudicazione dell'appalto o della concessione. Se tutti i parametri sin qui elencati non dovessero essere disponibili a causa della data di costituzione della società o di altri fattori, è sufficiente dimostrare, in base ad alcune proiezioni, che la misura dell'attività adottata risulti effettivamente confacente a quanto richiesto (art. 5, co. 7 e 8 d.lgs. 50/2016).

Anche l'art. 16 d.lgs. 175/2016 insiste sulla necessità che almeno l'80% del fatturato sia effettuato in favore dell'ente controllante. Tale requisito costituisce un limite, ma rappresenta anche il riconoscimento della possibilità per le società *in house* di svolgere ulteriore attività nei confronti di soggetti terzi, a condizione che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato permetta di conseguire

²³⁰ CGUE, causa n. C-340/04 dell'11/05/2006. Per "*parte più importante*", in base alla suddetta pronuncia, la Corte aveva affermato che le prestazioni dell'impresa dovessero essere "*sostanzialmente destinate in via esclusiva*" all'ente pubblico e che "*ogni altra attività deve avere solo un carattere marginale*". Tale giudizio doveva essere effettuato in concreto, senza potersi basare su criteri fissi o utilizzare per analogia disposizioni appartenenti ad altri settori.

economia di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società²³¹.

Il mancato rispetto del requisito summenzionato rappresenta una grave irregolarità ai sensi dell'art. 2049 cc e dell'art. 15 d.lgs. 175/2016, sanabile solo se, entro tre mesi dalla data in cui è emersa, la società rinunci a parte dei rapporti di fornitura con i soggetti diversi dall'amministrazione controllante (risolvendo i relativi contratti) o, in alternativa, venga meno agli affidamenti diretti ricevuti dall'ente o dagli enti pubblici soci. In tale ultimo caso, la società può continuare il proprio operato in qualità di società partecipata o controllata, ma solo se le attività da essa svolte rientrino nell'alveo di quelle consentite *ex art.* 4 d.lgs. 175/2016.

2. L'anomalia del modello domestico dell'in house. L'evoluzione normativa.

Il legislatore italiano si è sempre dimostrato più rigido rispetto all'orientamento seguito dalla giurisprudenza europea. Non è un caso che sin dall'introduzione della figura dell'*inhouse* si era cercato limitare il ricorso all'autoproduzione alle sole ipotesi in cui non fosse stato possibile optare, in modo utile ed efficace, per una scelta di mercato²³².

Alla luce di queste posizioni è più facile comprendere il valore assunto dai pareri preventivi rilasciati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in base al previgente art. 23-*bis* co. 4 d.l. n. 112/2008, circa la legittimità della scelta di affidare un determinato servizio pubblico locale ad un soggetto *in house*. L'AGCM, in proposito, riteneva che fosse necessario non limitarsi a rispettare i requisiti stabiliti dalla sentenza *Teckal*, ma occorresse altresì operare una rigorosa valutazione di quali situazioni avrebbero consentito l'affidamento diretto, finendo così, in sostanza, per riconoscere valore ordinario alle sole procedure di affidamento esperite mediante gara ad evidenza pubblica²³³. Sarebbe quindi spettato al soggetto pubblico intenzionato a porre in essere un affidamento diretto l'onere di dimostrare di aver

²³¹ Cfr., tra le varie, Cons. Stato Sez. I, 08/11/2018, n. 2583 e Corte dei Conti Lombardia Sez. contr. Delib., 12/03/2019, n. 89

²³² Cfr. l'abrogato testo dell'art. 23-*bis* decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133).

²³³ Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, parere 27 ottobre 2009, n. AS 640. Sul punto si veda CILLIS, *La via italiana all'affidamento in house: dai requisiti Teckal al nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.italiappalti.it, 29.11.2019.

svolto una approfondita valutazione delle condizioni di mercato non essendo, di per sé, sufficiente un generico richiamo al fatto che nonostante un'analisi degli operatori economici presenti sul mercato, l'espletamento di una procedura di gara aperta non avrebbe comportato alcun esito positivo²³⁴.

Dal momento che quest'orientamento propugnava l'apposizione di limiti più stringenti alla possibilità di derogare alle regole poste a tutela della concorrenza, venne ritenuto conforme al diritto interno ed europeo dalla Corte Costituzionale²³⁵. Tuttavia, all'esito del *referendum* popolare tenutosi il 12 e 13 giugno 2011, a seguito del quale venne abrogato l'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008, vennero meno tutti i limiti interni posti contro le forme di gestione dei servizi pubblici locali, rendendo nuovamente ordinaria (e non più eccezionale) la possibilità di ricorrere al sistema dell'*in house*.²³⁶

Per assecondare i cambiamenti del quadro normativo, venne introdotto il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148), che contrariamente alla disciplina previgente favoriva maggiormente una progressiva liberalizzazione della concorrenza, rispetto ad un'eccessiva tutela della concorrenza. Ciò non toglie, tuttavia, che anche in questo caso l'AGCM si sia mostrata in qualche modo restia ad incorporare completamente le direttive comunitarie. In particolare, pur mostrandosi favorevole alla liberalizzazione, ha ritenuto legittima la scelta di dar luogo ad un affidamento diretto, ad esempio in ragione delle dimensioni estremamente ridotte del servizio²³⁷, o per l'assenza di operatori aspiranti all'affidamento dello stesso²³⁸.

Nonostante la nuova disciplina tendesse a consentire con maggiore facilità l'accesso agli affidamenti diretti, non mancò chi ritenne che fosse comunque più rigida rispetto a quella abrogata in sede referendaria, dal momento che il d.l. 138/2011 imponeva ai soggetti pubblici pesanti oneri motivazionali, dovendo gli stessi dimostrare, attraverso analisi di mercato, l'inidoneità dell'affidamento del

²³⁴ Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, parere 17 luglio 2009, n. AS 563 e parere 7 agosto 2009, n. AS 603.

²³⁵ Corte Cost., sentenza 3/11/2010, n. 325.

²³⁶ In questo senso, la Corte Cost., sentenza 26/01/11, n. 24 aveva rilevato come l'eventuale abrogazione referendaria non avrebbe comportato alcuna lacuna, perché sarebbe stato possibile applicare in via diretta i principi sanciti in ambito europeo.

²³⁷ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, parere 9 luglio 2012, n. AS 964.

²³⁸ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, parere 4 aprile 2012, n. AS 928.

servizio tramite gara a garantire un servizio corrispondente ai bisogni della collettività.

La disciplina sul punto subì un'ulteriore sconvolgimento a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 d.l. n. 138/2011, dovuta all'eccessiva somiglianza ravvisata dalla Consulta tra la normativa *de quo* e l'abrogato art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008, che faceva presumere una volontà elusiva della pronuncia referendaria²³⁹. A partire da tale decisione, vennero nuovamente meno i limiti alla scelta degli enti dell'indire o meno una gara ad evidenza pubblica, pur nel doveroso rispetto dei criteri enunciati in ambito europeo.

Dopo alcuni anni, in attuazione della Legge delega Madia, il legislatore ha deciso di intervenire nuovamente sul punto, attraverso le disposizioni contenute nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Accogliendo gli orientamenti interpretativi propri della giurisprudenza europea ed i correttivi introdotti dalle nuove direttive appalti, il testo ha ciononostante dimostrato una sottile cautela verso la possibilità di dare seguito all'affidamento diretto della gestione di un servizio pubblico senza il preventivo esperimento di una gara ad evidenza pubblica.

Tra le varie norme che hanno interessato il tema di cui si tratta, occorre segnalare l'art. 192 co.1 d.lgs. n. 50/2016, che prevede la predisposizione, presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, di un elenco speciale nel quale sono tenute ad iscriversi, previa domanda, le amministrazioni che si avvalgono di affidamenti diretti. Dopo aver preso atto delle richieste e aver riscontrato nei soggetti *in house* la sussistenza delle condizioni prescritte, sarà poi la stessa ANAC a confermare l'iscrizione.

Il Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1/04/2016 ha fin da subito precisato la natura dichiarativa della suddetta registrazione, sicché, non potendosi parlare di un elemento legittimante l'affidamento diretto, l'ente pubblico «*in presenza dei presupposti legittimanti definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nei medesimi termini nell'art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016 e nel rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 192*»²⁴⁰ ben potrà procedere all'affidamento diretto a

²³⁹ Corte Cost., sentenza 17 luglio 2012, n. 199

²⁴⁰ Autorità Nazionale Anticorruzione, comunicato del Presidente del 3 agosto 2016.

seguito della domanda di iscrizione all'elenco, fatto salvo il potere di controllo che potrà successivamente essere esercitato dall'ANAC.

Attualmente, infine, l'art. 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha recepito integralmente il contenuto normativo della Dir. UE 2014/24/UE ma, l'art. 192, comma 2 prevede una regolamentazione ulteriore rispetto al contenuto della Direttiva UE poiché, ai fini dell'affidamento *in house*, impone alle stazioni appaltanti l'effettuazione di una previa valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, motivando le ragioni del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta²⁴¹.

Questa novità, in effetti, ha destato forti dubbi interpretativi, in quanto sembrerebbe costituire una violazione del divieto del cosiddetto “*goldplating*” ossia del divieto di introdurre livelli di regolazione maggiori o più gravosi rispetto a quelli previsti nelle disposizioni della Direttiva.

Si tratta di un onere di motivazione rafforzata rispetto a quanto richiesto *ex art.* 3 l. 241/90. Nonostante tale scelta venga rimessa ad una valutazione pienamente discrezionale²⁴², si ritiene necessario dimostrare, oltre alla sussistenza dei classici requisiti *Teckal*, la convenienza economica del modello gestionale prescelto, nei termini del rapporto tra costi di gestione e benefici e focalizzandosi sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche²⁴³. Ne deriva che, ogniqualvolta una amministrazione decida di non dar luogo ad una procedura concorrenziale, dovrà dare conto delle «*ragioni che conducono ad un'eventuale limitazione del ricorso al mercato*» indicando così i motivi per cui questo non viene ritenuto vantaggioso o praticabile²⁴⁴.

²⁴¹ RIZZI., *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Le Società* n. 1/2018.

²⁴² Anche in base all'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, che prescrive il principio di libera organizzazione dei servizi e delle attività di competenza della pubblica amministrazione.

²⁴³ Cons. Stato, Comm. Spec., parere 1 aprile 2016, n. 855.

²⁴⁴ Cons. Stato, Comm. Spec., parere 3 maggio 2016, n. 1075; v. E. DE CARLO, *Affidamenti in house dei servizi pubblici: lo stato dell'arte*, in www.italiappalti.it, 19 luglio 2016.

2.1 Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Profili di responsabilità erariale.

L'intervento del T.U.S.P., in attuazione della Legge delega Madia, pare aver assorbito il dibattito sul riparto di giurisdizione sulle società pubbliche.

Alla luce del nuovo art. 1 co. 3 T.U.S.P., salvo che non sia disposto diversamente, le società a partecipazione pubblica, al di là della capacità di controllo che la P.A. è in grado di esercitare sugli atti di gestione, devono considerarsi a tutti gli effetti soggetti di diritto privato.

Come tali, la giurisdizione sugli atti di vita della società si trovano inevitabilmente ad essere sottoposti alla gestione del giudice ordinario, ivi inclusi i casi di azione di risarcimento dei danni subiti dalla società cagionati dall'illecito comportamento di amministratori e dipendenti. Si ritiene, in proposito, che l'unica eccezione, con conseguente radicamento della giurisdizione contabile, si verifichi allorquando l'azione *de qua* trovi fondamento nel comportamento di chi, titolare del potere di rappresentare e decidere per l'ente pubblico, abbia trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando in tal modo il valore della partecipazione. Analogamente appartiene alla giurisdizione della Corte dei Conti l'azione volta ad accertare la responsabilità degli amministratori o dei sindaci che, con il loro comportamento, abbiano compromesso la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento degli scopi pubblici prefissati dalla legge ed in grado di arrecare un diretto pregiudizio al patrimonio sociale²⁴⁵.

Il problema, invero, si è posto in maniera molto complessa soprattutto con riguardo alle società *in house*, rappresentando le stesse una *longa manus* dell'amministrazione.

Per questo motivo, la Cassazione a Sezioni unite con la sentenza n. 26283 del 2013 (prima dell'entrata in vigore del T.U.S.P.) ha affermato la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso la Corte e diretta contro gli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*. Secondo le Sezioni Unite, tali società rappresentano un'anomalia rispetto a quelle previste dal diritto civile, soprattutto in considerazione di una tendenziale assenza di un potere decisionale in capo agli

²⁴⁵Cass. SS.UU. n. 5491/2014.

amministratori, il cui intimo legame con l'ente affidante ricorda un rapporto di servizio in considerazione del totale assoggettamento al potere gerarchico di quest'ultimo²⁴⁶.

È bene precisare che non si tratta di una mera eterodirezione di società, fenomeno codificato nell'art. 2497 cc, perché in quei casi il potere di coordinamento spettante alla società capogruppo riguarda l'individuazione delle linee strategiche imprenditoriali, senza mai far venir meno l'autonomia gestionale della società. Tale disciplina, invero, mira a coniugare l'unitarietà imprenditoriale della grande impresa con l'autonomia giuridica delle singole società che fanno parte del gruppo, che non cessano di essere distinti centri d'interesse.

Al contrario, nelle *in house* manca una reale autonomia della società, in virtù di un rapporto gerarchico che non consente l'esplicazione di possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso, nonché in ragione della mancanza di un centro d'interessi effettivamente distinto da quello dell'ente pubblico affidante. Ne deriva l'impossibilità di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo²⁴⁷, sicché l'*in house* non è in grado di essere considerata un soggetto terzo rispetto all'amministrazione, trattandosi piuttosto di uno dei servizi propri dello stesso ente pubblico²⁴⁸.

Sul punto, le Sezioni Unite concludono affermando che *“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 e quindi, il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi di amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di*

²⁴⁶ In particolare, detto tipo di società, analogamente a tutti gli enti dotati di personalità giuridica, si configura come un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto, sia rispetto a coloro che, di volta in volta, ne impersonano gli organi sia rispetto ai soci, e per l'effetto *“risulta impossibile imputare personalmente agli amministratori o ad altri soggetti investiti di cariche sociali la titolarità del rapporto di servizio intercorrente tra l'ente pubblico e la società cui sia stato affidato l'espletamento di compiti riguardanti un pubblico servizio”* (Cass. S.U. sent. n. 26283/2013).

L'azione del Procuratore contabile innanzi alla Corte dei conti risulta quindi esperibile soltanto *“quando 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”*, essendosi soltanto in tal caso in presenza di un vero e proprio *“danno erariale”*, provocato dall'esponente aziendale al patrimonio dell'ente pubblico.

²⁴⁷ Corte Cost. n. 46 del 2013.

²⁴⁸ A.P. del Consiglio di Stato n. 1 del 2013.

vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico": si tratta, dunque, di un danno erariale che giustifica l'attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità (così come confermato dall'art.12 co.1 T.U.S.P.).

La lettura fornita dalle SS.UU. del 2013 è stata superata dalle SS.UU. con la sentenza 24591/2016 che, contestando la precedente ricostruzione unicamente giustificata ai fini del riparto di giurisdizione, ascrive le società *in house*- ribadendo il principio espresso nella relazione al codice civile del 1942 - al generale modello societario, anche se a capitale interamente pubblico, così assoggettando l'ente pubblico alle relative regole, ai fini del bilanciamento rispetto ai benefici che l'utilizzazione del più semplice e spedito modello societario abbia comportato.

Smussando le peculiarità delle società *in house*, quindi, esse vengono qualificate come enti autonomi a tutti gli effetti dai soci che le compongono, così assimilandole alle società a partecipazione pubblica anche in relazione all'applicazione del principio di trasparenza.

In particolare, con la sentenza summenzionata le Sezioni Unite hanno attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario le azioni concernenti la nomina e la revoca degli amministratori e dei sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica, anche in caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello dell'*in house providing*, a ciò confermando l'ormai acclarata natura privatistica di cui tale modello si caratterizzerebbe, anche alla luce dei recenti sviluppi normativi (d.l. n.95/2012 e d.lgs. n.175/2016). In altri termini, se l'ente opta per la maggiore speditezza del modello privatistico, deve restare assoggettato anche alle relative regole.

Alla luce, dunque, della scelta della Pubblica Amministrazione della costituzione di una nuova società, non può accogliersi, per esigenze di certezza delle ragioni giuridiche, la tesi della sussistenza di un patrimonio acefalo e separato: si tratta, piuttosto, di dar vita ad un ente di diritto privato che si caratterizza, quanto alla struttura, per l'autonomia della società rispetto ai soci.

Riscontro di tale conclusione sono, ai sensi di quanto previsto dal T.U.S.P.:

- L'art.1 co. 3, secondo cui "*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". Ne deriva che, mancando una norma che disponga diversamente, le società *in house* sono società private.

- L'art 14 (Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica), secondo cui *"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 controllata delle grandi imprese insolventi"*.

Secondo la Corte, infatti, il fatto che l'ultimo comma di tale disposizione faccia riferimento alla società e al controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, ed essendo la società *in house* l'unica titolare di questi affidamenti, il T.U.S.P. avrebbe previsto un modello autonomo simile a quello del privato²⁴⁹. Se anche le società *in house* falliscono, dunque, le azioni concernenti la nomina o la revoca degli amministratori o dei sindaci della società non sono più sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a quella del giudice ordinario, in quanto atti posti in essere nell'esercizio di una potestà privata.

- L'art 12 invece, prevedendo che la giurisdizione per il danno causato dagli amministratori e dai dipendenti dell'*in house* sia incardinata dinanzi alla Corte dei conti, giustifica una deroga in relazione al fatto che il rapporto tra amministratori e dipendenti della società *in house* è talmente somigliante ai rapporti tra dipendenti pubblici e Stato da non poter diversificare le due ipotesi e dunque, se i dipendenti pubblici legati da un rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione commettono danno erariale sono soggetti al giudizio della Corte dei Conti, eguale previsione deve ritenersi applicabile ai dipendenti delle società *in house*.

- L'art.19 co. 4 che, in tema di procedure di reclutamento e gestione del personale, attribuisce la giurisdizione, proprio in virtù della privatizzazione del pubblico impiego, la giurisdizione del giudice ordinario (Il T.U. del pubblico impiego prevede, infatti, la privatizzazione del pubblico impiego ed è specchio, quindi, di un andamento generale della Pubblica Amministrazione), a differenza di

²⁴⁹ Tra l'altro, secondo le Sezioni Unite non vi sarebbe alcun contrasto con la pronuncia delle Sezioni Unite n. 26283/2013, che afferma la natura delle società *in house* di articolazioni della P.A. da cui promanano e non di autonomi soggetti giuridici, dal momento che tale affermazione va contestualizzata ai soli fini del riparto di giurisdizione in relazione all'azione di responsabilità per danni arrecati dall'illegittimo comportamento degli amministratori e degli altri organi sociali al patrimonio della società *in house*. Sul punto si veda SANTISE, *op. cit.*, p. 64 e ss.

quanto previsto ai sensi dell'art.63 co.4 d.lgs. n.165/2001che invece devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

3. Gli effetti sistemici del “controllo analogo” come fonte di un rapporto gerarchico tra ente pubblico ed amministratori.

Come già anticipato, il mero rispetto della totale partecipazione pubblica delle società *in house* rappresenta un requisito necessario, ma non sufficiente affinché ne vengano integrati tutti i presupposti. A tale scopo, infatti, occorre altresì che sussistano i requisiti della prevalenza dell'attività posta in essere in favore dell'ente affidante, nonché del controllo analogo.

Di estremo rilievo è osservare che, per le società *in house* così come per quelle miste, la posizione dei soggetti pubblici all'interno della compagine societaria è unicamente quella di socio in base al capitale conferito; sicché tale posizione risulta essere l'unico mezzo attraverso il quale influire sul funzionamento della società. Non è infatti ammissibile avvalersi di poteri pubblicistici, potendo disporre dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare tramite i membri presenti negli organi della società²⁵⁰.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, in una pronuncia del marzo 2014²⁵¹, ha chiarito come il controllo analogo non presenta matrice civilistica, pari a quello esercitato da un maggioranza assembleare, ma si tratta di un controllo di tipo amministrativo, paragonabile ad uno di tipo gerarchico. Infatti, la società *in house*, lungi dall'essere qualificabile nella sostanza come ente di diritto privato è, in realtà, assimilabile ad un ente pubblico²⁵² - sicché i rapporti con quest'ultimo non possono che essere inquadrati nei rapporti pubblicistici.

In sintesi, il controllo analogo è un controllo di tipo amministrativo, e, nello specifico, di tipo gerarchico.

Circa l'intensità che esso deve assumere, si ritiene che possa essere desunta per tramite delle coordinate applicabili agli organi tradizionali dalle pubbliche

²⁵⁰Cfr. Cass. Civ., sez. I, 22/12/2019, n. 5346.

²⁵¹Cons. Stato, sez. V, sentenza 13/03/2014 n. 1181.

²⁵²Cfr. Cass., ordinanze 5/04/2013, n. 8352, 3/05/2013, n. 10299 e sentenza SS.UU. 25/11/2013, n. 26283

amministrazioni. I controlli devono essere al tempo stesso sugli organi, e quindi strutturali, e sugli atti, ovvero sulle azioni e sui comportamenti²⁵³: nel primo caso, deve intendersi nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nominare e revocare almeno maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo (*golden share*)²⁵⁴; sulla gestione, in quanto l'ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve poter altresì autorizzare o annullare quantomeno gli atti più significativi della società, come il bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici²⁵⁵.

La necessità di una maggiore intensità dei poteri testé indicati risiede nella non idoneità del regime civilistico di realizzare una vera e propria “mortificazione dell'autonomia manageriale”²⁵⁶, tale da giustificare l'affidamento *in house*: si pensi al periodo che intercorre tra la revoca di un amministratore e la nomina di uno nuovo, in cui il controllo societario di diritto comune non garantisce la sindacabilità di atti potenzialmente lesivi posti in essere *medio tempore*. A tal proposito si rende necessario aggiungere, accanto alle comuni prerogative sociali dell'ente locale, ulteriori intensi e significativi poteri pubblicistici concernenti gli atti più importanti posti in essere in contrasto con le direttive e con gli indirizzi impartiti dallo stesso ente locale²⁵⁷.

Anche la Corte di Giustizia con la citata sentenza *Parking Brixen*²⁵⁸, si è espressa circa il rapporto tra il controllo analogo e la totalità del pacchetto sociale. In

²⁵³Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6/05/2002, n. 2418.

²⁵⁴ Questa deroga, tuttavia, è stata taciata, dalla Corte di Giustizia, di illegittimità per violazione delle regole sulla concorrenza, in punto di contrarietà, in caso di finanziamento da parte dello Stato delle società pubbliche, con la disciplina comunitaria di divieto di aiuti di Stato: la logica del diritto comunitario, infatti, è che lo Stato nazionale non debba mai discriminare soggetti comunitari e nazionali; situazione che potrebbe, invece, verificarsi nell'ipotesi in cui lo Stato finanziasse una società nazionale mediante il conferimento di soldi, così favorendo un soggetto nazionale rispetto ad un altro facente parte dell'Unione Europea.

Secondo la Corte di Giustizia, dunque, la norma andrebbe interpretata nel senso che lo Stato possa nominare solo un numero di amministratori proporzionato alle partecipazioni. Trattasi di una deroga al diritto comune in quanto, non trovando alcuna corrispondenza in una norma di diritto privato, la stessa possibilità che la legge preveda che lo statuto possa conferire il potere di nominare amministratori allo Stato è una deroga.

²⁵⁵Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11/02/2013, n. 762.

²⁵⁶ CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo, profili sostanziali e processuali (Tomo I)*, Giuffrè Editore, VI edizione, Milano 2011, p. 887.

²⁵⁷ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 8/01/2007, n. 5 e sez. VI, sentenza 3/03/2007, n. 1514.

²⁵⁸Causa C-458/03 del 13/10/2005.

questa pronuncia si chiarisce come nel caso in cui il c.d.a. conservi una autonomia di spesa (fino a 5.000.000 € nel caso di specie) anche a fronte della totalità dell'azionariato pubblico, resta ferma la possibilità di effettuare operazioni aventi notevole rilevanza economica ed amministrativa, senza consultare l'assemblea e senza la sua previa approvazione. Ne deriva la permanenza di una pur ridotta autonomia manageriale, che non riesce ad essere completamente arginata dalla totalità del pacchetto azionario. Di conseguenza, è necessario arginare il più possibile i poteri gestionali residuali del consiglio di amministrazione della società affidataria, e che l'ente o gli enti pubblici affidanti esercitino poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario.

Non sono rare le eccezioni che la normativa in materia di società *in house* prevede rispetto al modello di diritto societario comune²⁵⁹.

Ad esempio, nel caso in cui lo statuto di una società a partecipazione pubblica stabilisca che il potere di nomina degli amministratori venga esercitato direttamente dall'ente pubblico ex art. 2449 c.c., quest'ultimo di fatto agisce come organo della società. In capo agli amministratori nominati, pertanto, si instaura un rapporto di mandato solo con la società.

Inoltre, l'art. 16 co. 2 lett. a), b) e c) T.U.S.P., da coordinare con l'art. 9 co. 5 e 6 del medesimo Testo Unico, nell'indicare gli strumenti che garantiscono l'assetto organizzativo attraverso il quale concretamente viene esercitato il controllo analogo, prevedono forti eccezioni allo schema civilistico²⁶⁰.

In particolare la lett. a) consente che gli statuti delle società per azioni possano derogare le disposizioni dell'art. 2380-*bis* e dell'art. 2409-*novies* cc, sicché di fatto lo statuto può prevedere, contrariamente alle disposizioni civilistiche secondo le quali la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, che l'organizzazione della società affidataria o quantomeno gli atti più rilevanti siano adottati direttamente dall'ente socio.

Analogamente, la lett. b) prevede che gli statuti delle società a responsabilità limitata possano attribuire all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti

²⁵⁹ Sul punto si veda STABILINI., *Revoca dell'amministratore da parte del socio*, in Osservatorio di giurisprudenza di merito, *Le Società* n. 6/2014.

²⁶⁰ IMPARATO, *Il modello della società in house*, op. cit.

riguardanti l'amministrazione della società, secondo quanto previsto dall'articolo 2468, terzo comma, del codice civile.

Infine, la lett. c) della medesima disposizione stabilisce che, in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possano essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali di durata superiore a cinque anni, in deroga a quanto disposto nel diritto societario ex art. 2341-*bis*, co. 1 cc²⁶¹.

In generale, pertanto, si ritiene che sussista il rispetto del requisito del controllo analogo quando nello statuto sociale e nel contratto di servizio si rinvenivano clausole attributive, agli enti che vi partecipano, di alcune prerogative esercitabili ai fini della supervisione sullo svolgimento del servizio ed in particolare: il riconoscimento a ciascun ente locale di un ruolo propulsivo nei confronti dell'organo amministrativo consistente nelle proposte di iniziative attuative del contratto di servizio; il diritto di veto sulle deliberazioni assunte in difformità delle proposte ricevute; il diritto dell'assemblea ordinaria di trattare argomenti relativi a pretese o diritti della società sugli enti nascenti dal contratto di servizio e corrispondente diritto di veto di ciascun ente interessato sulle relative determinazioni; il diritto di recedere dalla partecipazione societaria (con conseguente revoca dell'affidamento diretto del servizio) nei casi in cui ciascun ente abbia diritto a far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio ed anche nel caso in cui si accerti una violazione delle competenze²⁶².

4. L'impatto della riforma Madia sulle "nuove" società in house. Natura privatistica e deroghe alla disciplina societaria.

Nell'ambito dell'intervento di riordino organico della normative sulle società partecipate pubbliche contenuto nella legge delega n. 124/2015, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", (meglio nota come Legge Madia, la società *in house* è stata annoverata tra i diversi tipi di società partecipata pubblica (art. 18 co.1, lett. a) e m).

La delega, attuata mediante l'emanazione del D.lgs. n. 175/16, all'art. 1, comma 3 enuncia il principio secondo il quale "*per tutto quanto non derogato dalle*

²⁶¹ Sul punto si veda RESTUCCIA, *I Patti parasociali*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F. e Catricalà A. , Tomo I, Giapeto Editore, Napoli, 2017.

²⁶² T.A.R. Lazio Roma Sent., 16/10/2007, n. 9988.

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”, confermando, ancora una volta, l’intento del legislatore di adottare una qualificazione privatistica per tutte le società a partecipazione pubblica, comprese quelle *in house*, riducendo al minimo gli aspetti derogatori rispetto alla disciplina di diritto comune²⁶³.

In particolare, la legge Madia si è occupata di affidare al Governo l’onere di disciplinare compiutamente il fenomeno dell’*in house providing*, sia per individuare le modalità e i termini di affidamento del servizio pubblico, sia per armonizzare la disciplina di diritto comune sulle società di capitali con le peculiarità del modello societario *de quo*.

Con l’entrata in vigore del T.U.S.P., pertanto, è stato definito il modello dell’*in house*, quale società su cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano un controllo analogo rispetto a quello esercitato sui propri servizi e in cui non vi è partecipazione di capitali privati (salvo i casi in cui la partecipazione sia prescritta da norme di legge) e in cui, infine, sia soddisfatto il requisito dell’attività prevalente svolta in favore dell’ente affidante (artt. 2 comma 1, lett. o) e 16).

Oltre alla dirompente novità dell’apertura, quantomeno in potenza, alla partecipazione di privati al capitale sociale, il T.U.S.P. ha operato importanti deroghe alla disciplina di diritto societario onde consentire al meglio il rispetto del requisito del controllo analogo. Invero, il Testo Unico ha inteso consentire alle società per azioni la possibilità di derogare le disposizioni contenute negli artt. 2380 *bis* e 2409 *novies* c.c., mentre gli statuti delle srl possono prevedere l’attribuzione all’ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell’art. 2468, co. 3 cc. Inoltre, qualora l’ente affidante intenda conseguire un controllo analogo attraverso la stipula di appositi patti parasociali, è prevista un’estensione dei limiti massimi di durata oltre i cinque anni stabiliti in via ordinaria ex art. 2341 *bis* co. 1 cc.

Ulteriormente, il T.U.S.P. si è premurato di quantificare in maniera specifica il requisito della prevalenza dell’attività in favore del soggetto pubblico affidante, stabilendo che questo debba corrispondere ad almeno l’80% del fatturato; tra l’altro, la produzione ulteriore rispetto al predetto limite di fatturato potrà essere rivolta

²⁶³ DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 1040 ss.

anche a finalità diverse, purché sia volta a conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

È evidente, dal tenore del d.lgs. 175/16, che il legislatore abbia inteso modificare la precedente impostazione, sicché ci si è chiesti se sia ancora possibile parlare delle società *in house* in termini di società-organo, ovvero di articolazione interna della P.A., non solo alla luce dell'art. 16, co. 1 e 3, che valorizzano la componente imprenditoriale della società, ma anche in considerazione del venir meno di un'identificazione *tout court* con l'amministrazione controllante²⁶⁴.

Peraltro, l'assunto in base al quale le società *in house*, al pari di tutte le altre società partecipate, siano sottoposte, salvo espresse deroghe di legge, al diritto comune delle società di capitali appare confermato non solo dalla sottoponibilità delle stesse alle procedure concorsuali in caso di crisi d'impresa, ma altresì da una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁶⁵, secondo cui *“in siffatto contesto si può affermare che le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società in house; sicché il principio generale dettato dal citato 3° co. dell'art. 1 è destinato a valere anche per le società in house, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso”*.

Appare evidente, a questo punto, che le uniche deroghe che permangono a seguito dell'introduzione del T.U.S.P. siano quelle ai limiti all'autonomia gestionale degli amministratori (art. 16, co. 2, lett. a) e l'assoggettamento alla giurisdizione contabile delle azioni di responsabilità promosse contro gli organi amministrativi e di controllo (art. 12, comma 1). Tale ultima circostanza, nondimeno, risulta irrilevante ai fini della natura privatistica della società, dal momento che la medesima pronuncia delle Sezioni Unite non ha mancato di evidenziare che la configurazione dell'*in house* quale mera articolazione della P.A. abbia rilevanza solo con riguardo al riparto di giurisdizione, senza inficiare l'applicabilità, per il resto, del diritto societario.

²⁶⁴ ROSSI, *op. cit.*, p.23.

²⁶⁵Cass. SS.UU., sentenza n. 24591 del 1/12/2016.

Da ultimo, occorre tenere in considerazione il fatto che la disciplina della società *in house* è stata parzialmente modificata dall'art. 10 del d.lgs. n. 100/2017, recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175". In particolare, l'inciso contenuto *ex art.* 16 co. 3 T.U.S.P. a mente del quale la produzione ulteriore rispetto al limite dell'80% dell'attività posta in essere in favore dell'ente controllante "*sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società*" è stato soppresso e sostituito con l'introduzione di un nuovo comma 3-bis, a tenore del quale "*la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al co. 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo alla condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della Società*".

Dalla medesima disposizione, infine, emerge una modifica relativa all'art. 16, co. 7, secondo cui, rispetto alla disciplina delle società *in house*, resta fermo quanto previsto dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/16. Nella nuova dicitura, l'ultimo capoverso dell'art. 16 co. 7 prevede che "*resta fermo quanto previsto dagli artt. 5 e 192 del medesimo dlgs. n. 50/16*". Sul punto, l'art. 5 precisa i presupposti necessari alla qualificazione della società *in house*, nel rispetto delle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/25/UE, mentre l'art. 192 disciplina il "*Regime speciale degli affidamenti in house*".

L'esigenza di un intervento di coordinamento con la disciplina dell'*in house* contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 50/16 si spiega nell'ottica di esigenza di armonizzare la disciplina in materia di società partecipate, che del resto rappresenta uno degli scopi della delega. L'unificazione della disciplina dell'*inhouse*, contenuta in entrambi i testi normativi attuativi della delega contenuta nella legge Madia (d.lgs. 50/2016 e d.lgs. 175/2016) è apparsa di assoluta preminenza in ragione del fatto che nel T.U.S.P. non si fa riferimento, anche per evitare una pronuncia di incostituzionalità per eccesso di delega, all'ipotesi di enti *in house* non aventi forma societaria, menzionata, invece, nel codice dei contratti pubblici.

A conferma di ciò, in conclusione, il Consiglio di Stato²⁶⁶ ha osservato che la definizione di società *in house* di cui all'art. 2, co. 1, lett. o), del T.U.S.P. "*fa*

²⁶⁶ Cfr. Cons. Stato, *Parere su Schema di Decreto correttivo del d.lgs.n.175/16*.

riferimento soltanto al primo dei cd. 'requisiti Teckal' (quello del 'controllo analogo'), e non anche a quello della "attività prevalente" (che, oltretutto, è ha subito una rimodulazione rispetto a quanto originariamente previsto, in conformità alla nuova normativa europea)".

5. Le implicazioni sulla loro configurazione privatistica e il confronto con le società a partecipazione mista pubblico - privata.

La parabola evolutiva della gestione dei servizi pubblici ci consente di comprendere non solo la *ratio* organizzativa perseguita dallo Stato, ma soprattutto come si è passati da un sostanziale accentramento ad un'esasperazione dell'evidenza pubblica, alla possibilità, infine, di affiancare tale modello ad un esercizio internalizzato da parte di società *in house*, strettamente legate all'ente pubblico titolare del capitale sociale.

Dopo una prima fase post-unitaria in cui era predominante la dottrina minarchista²⁶⁷, in epoca Giolittiana ci si rese conto della necessità, per la gestione dei servizi pubblici, di ricorrere a terzi. Pur prevedendo una figura assimilabile all'odierna concessione, tuttavia, la l. 29 marzo 1903, n. 103 individuava il concessionario privato senza necessità di ricorrere all'evidenza pubblica.

La crisi del '29 sdoganò definitivamente l'ingresso dello Stato nell'economia, arrivando a consentire il rilievo di pacchetti azionari di società di capitali private in difficoltà, onde evitarne il fallimento. L'intervento massiccio nell'economia, tuttavia, comportò una crescita smisurata del debito pubblico, oltre ad un incremento considerevole dei fenomeni di corruzione e mala amministrazione. Ne derivò, a cavallo tra gli anni '80 e '90, un graduale processo di liberalizzazione, con trasformazione degli enti pubblici in società per azioni controllate in tutto o in parte dallo Stato ed una sempre più accresciuta rilevanza della procedura ad evidenza pubblica.

²⁶⁷ La dottrina *monarchista* predica la teoria dello Stato minimo, ossia un organo supremo dotato di poteri sovrani (che gli consentono di gestire alcuni specifici ambiti, come la difesa dell'ordine pubblico e l'organizzazione del prelievo fiscale) che si occupa di alcuni compiti aggiuntivi quali la manutenzione delle reti stradale, elettrica, ferroviaria, ecc. La moneta, la sanità e l'educazione sono gestite dal settore privato.

Concedere allo Stato un numero limitato di funzioni non è sufficiente per parlare di stato minimo in senso stretto, essendo altresì necessaria una stretta circoscrizione delle prerogative dello Stato in ciascun ambito decisionale.

Nonostante l'introduzione del codice degli appalti del 2006, tuttavia, la concessione non aveva ancora ricevuto una puntuale disciplina, essendosi il legislatore limitato ad indicare che dovessero essere rispettati i principi che guidano l'azione amministrativa²⁶⁸.

A ben vedere, l'evoluzione normativa della concessione dimostra che la struttura non ha subito enormi variazioni, consistendo la maggiore differenza tra la disciplina del 1903 e quella odierna nella fase preparatoria. Se, infatti, l'evidenza pubblica nel 1903 non era richiesta, mentre nel 2006 veniva meramente assoggettata ai principi generali, nel 2016, con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, essa ha acquisito rilevanza fondamentale. In più di un secolo si è passati da un modello gestionale intimo fiduciario ad un modello gestionale basato sulla logica dell'evidenza pubblica.

Il fenomeno dell'*in house* parte esattamente dal presupposto opposto, andando a prevedere i requisiti che devono essere rispettati per evitare di ricorrere all'evidenza pubblica.

L'evidenza pubblica, d'altronde, è un procedimento da seguire quando la P.A. persegue la concorrenza per il mercato, funzionale al fine di dilatare i settori di mercato per garantire il libero accesso da parte di operatori economici. Normalmente, ciò accade quando l'operatore economico è posto in concorrenza con altri; è quindi fondamentale scegliere il miglior concorrente con il maggior risparmio possibile, sintetizzato nel criterio aggiudicatario dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dal punto di vista della scelta del *partner* privato, le concessioni previste dalla legge n. 103/1903 ed il modello della società *in house* non si differenziano molto, data l'assenza, in ambo i casi, di una procedura ad evidenza pubblica. Oggi, ovviamente, il quadro è ben diverso, perché per affidare la gestione di un servizio pubblico ad un concessionario, l'espletamento di una gara è presupposto fondamentale.

²⁶⁸ L'art. 30 co. 3, d.lgs. 163/2006, stabiliva: "*La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*".

In questo senso, il d.lgs. 50/2016 ha avuto il merito di aver chiarito i due requisiti principali della concessione, ovverosia il diritto di gestire il bene o i servizi oggetto del contratto e di percepire un corrispettivo da questa gestione (ne deriva che la forma di retribuzione che il concessionario riceve non proviene dalla P.A., ma dall'utente che usufruisce del servizio); ed il trasferimento del rischio operativo (per cui il concessionario assume il rischio di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati con lo svolgimento del servizio a causa di possibili e sfavorevoli fluttuazioni del mercato).

Su questo punto emerge in tutta chiarezza la differenza con la gestione del servizio *in house*, dal momento che il trasferimento del rischio operativo implica la possibilità che il concessionario gestisca anche un servizio anti-economico e che tale eventualità non solleva l'operatore economico dalla perdita che quest'ultimo può subire. Nell'*in house*, al contrario, essendo l'ente una mera articolazione interna dell'amministrazione, un vero rischio è difficile da immaginare.

Quando però la P.A. non si apre all'esterno ma gestisce il servizio attraverso lo strumento dell'internalizzazione ci si è interrogati sulla necessità di esperire la procedura ad evidenza pubblica.

A tal proposito, la Corte di Giustizia del 1999, chiarendo i requisiti cui deve soggiacere la società *in house* per giustificare la deroga alle primarie regole della concorrenza, ha imposto la contemporanea coesistenza del controllo analogo, della totale partecipazione pubblica e della prevalenza dell'attività svolta in favore dell'ente controllante perché solo in questo modo viene meno la sua alterità soggettiva rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. Si riteneva che, consentendo una partecipazione privata anche minima all'interno della società *in house*, venisse meno non solo il concetto di articolazione interna, ma altresì la giustificazione che consentiva di non ricorrere all'evidenza pubblica.

Questo principio è stato ribadito più e più volte dalla Corte di Giustizia. Del resto, che le cose stiano così lo si vede anche dal confronto tra l'*in house* e la società con partecipazione mista pubblico - privata. Si diceva, infatti, che l'inserimento di un

partner privato all'interno della compagine societaria comportasse *ipso iure* la conversione da società *in house* a società mista²⁶⁹.

Con la pronuncia del 3/03/2008 n. 1, l'Adunanza Plenaria si interrogò sulla natura delle società miste, sottolineando l'incolumabile differenza con il modello *in house* negando apertamente che una società a partecipazione pubblico-privata potesse affidare un servizio senza ricorrere all'evidenza pubblica²⁷⁰.

La partecipazione del privato che caratterizza la società mista, pertanto, rendeva imprescindibile l'evidenza pubblica.

Questo principio, del resto, è stato perfettamente recepito dal legislatore il quale, nell'art. 17 T.U.S.P., prevede che sia possibile costituire società a partecipazione mista pubblico-privata solo a condizione dell'espletamento di una gara ad evidenza pubblica recante un duplice oggetto: l'accertamento dei criteri di qualificazione soggettiva del *partner* privato e l'offerta economicamente più vantaggiosa in relazione al servizio pubblico che la costituenda società sarà chiamata a svolgere.

Altro dato importante da evidenziare è che, in relazione alle società miste, il legislatore ha previsto una partecipazione del privato *ad tempus*, che quindi si conclude allo scadere della gestione del servizio pubblico ad esso affidato. La limitazione temporale del partenariato con il privato si spiega nel senso che, se proseguisse la sua partecipazione e la società ottenesse la gestione di un nuovo servizio, il privato si troverebbe a ricoprire una posizione di vantaggio nei confronti delle altre imprese, non giustificata da una previa partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica. Invero, tale possibilità è accordata alle sole società *in house*, in considerazione del fatto che, mancando una partecipazione privata, è la stessa amministrazione a servirsi dello schermo sociale per poter gestire più di un pubblico servizio nel corso del tempo.

²⁶⁹ In questo senso, si veda CGUE, sentenza *Parking Brixen*, causa C-458/03 del 13/10/2005.

²⁷⁰ Questo problema si pose a causa di una pratica elusiva della pubblica amministrazione. L'ente privato, dopo aver costituito una società a capitale interamente pubblico ed aver quindi affidato la gestione di un pubblico servizio, vi introduceva un soggetto privato individuato nominalmente, facendo sì che il servizio fosse poi materialmente erogato da quest'ultimo. Sulla medesima scia si posero le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con sentenza del 25/11/2013, n.26283, affermarono che "*nell'in house il velo che separa i soci dalla società è squarciato*". Da tali premesse comprendiamo che l'esigenza di ricorrere alla gara pubblica viene meno, perché non essendovi differenza soggettiva tra P.A. affidante e società *in house*, di fatto è come se l'amministrazione gestisse in proprio l'erogazione del servizio.

Questi principi sono stati perfettamente trasfusi nel d.lgs. 175/2016 in cui la società mista rientra tra le società a partecipazione pubblica – così come l'*in house* – e il legislatore detta le regole che deve avere la società mista.

Nonostante i pregressi problemi interpretativi, a seguito della codificazione nel Testo Unico non si sono registrate ulteriori problematiche in relazione alle caratteristiche proprie della società mista. Ben più incerto appare, allo stato, il profilo organizzativo dell'*in house*. Invero, fino al 2014 per l'*in house* si era trovata una certa concordia di vedute, ma il panorama si è notevolmente evoluto a seguito dell'entrata in vigore delle direttive dell'Unione Europea e del T.U.S.P.

Sul punto, una questione di notevole rilevanza che agitava il dibattito interpretativo prima dell'entrata in vigore delle direttive europee del 2014 riguardava le conseguenze relative alla configurazione della società *in house* in termini di ente pubblico e della società partecipata in termini di persona giuridica di diritto comune in ragione del fatto che era talmente prepotente e preponderante la partecipazione privata, da rendere difficilmente immaginabile una effettiva pubblicità del soggetto.

Questa differenza di modelli si ripercuoteva in tutta una serie di questioni: la società *in house* non era soggetta al fallimento in base al disposto dell'art. 1 co. 1 della legge fallimentare²⁷¹, mentre per le società a partecipazione pubblica, nonostante alcuni grandi dubbi, vi era una sensazione positiva²⁷².

Dalla lettura della società *in house* in termini di ente pubblico, oltre le conseguenze in punto di giurisdizione, si traeva l'ulteriore corollario della sua natura eccezionale, circostanza che giustificava l'applicazione di una disciplina derogatoria e di favore. Difatti, l'A.P. del 3/03/2008 n. 1 evidenziò che sono tali e tante le deroghe al modello generale, da parte dell'*in house*, che la P.A. in tanto può affidare un servizio senza ricorrere all'evidenza pubblica ad una propria articolazione interna,

²⁷¹ L'art. 1 co. 1 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 dispone: “Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”.

²⁷² D'altro canto, già nel 2006 le Sezioni Unite (sentenza n. 17287) avevano affermato che se è vero che l'ente pubblico può prendere alla società soltanto se la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione di un proprio interesse predeterminato dalla legge, una volta che la società sia stata costituita, l'interesse perseguito dal socio pubblico si configura come di rilievo esclusivamente esterno rispetto al modello organizzativo prescelto, con la conseguenza che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura privatistica e sono quindi assoggettabili alle procedure concorsuali, ivi incluso il fallimento. Per maggiori approfondimenti, cfr. LAZOPPINA., *Fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in www.altalex.com, 26/02/2019.

in quanto motivi espressamente sul perché giunga a questa soluzione, giustificando le ragioni che l'hanno indotta a non aprirsi al mercato.

Se nella fase antecedente all'emanazione delle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/25/UE emergevano clamorose differenze tra le due tipologie di società pubblica, successivamente si è assistito ad un cambiamento sostanziale della disciplina dell'*in house*, culminato nel 2016 con l'emanazione del Codice dei contratti pubblici e del T.U.S.P., in attuazione della legge delega Madia, n. 124/2015.

In particolare, nei considerando n. 32 della direttiva appalti e n.46 della direttiva concessioni, si legge che l'*in house* deve ritenersi compatibile anche con partecipazioni dei privati prescritte dalla legislazione nazionale. Tale disposizione, ripresa anche nell'art. 16 T.U.S.P., fa vacillare uno dei capisaldi della gestione internalizzata dei servizi pubblici, implicando che una società a partecipazione pubblica - ancorché particolarmente atteggiata - segue cionondimeno le regole di diritto comune, salvo espressa deroga normativa.

L'esempio evidente è dato, oltre che dall'assenza delle procedure ad evidenza pubblica, dall'assoggettamento alla giurisdizione contabile delle controversie aventi ad oggetto il danno cagionato dagli amministratori delle società *in house* al capitale sociale, ma semplicemente perché il rapporto tra amministratore e società è talmente intimo da ricordare un rapporto di servizio²⁷³. Per il resto, in accordo con l'art. 1 co. 3 T.U.S.P., si rinviene l'applicazione della disciplina di diritto comune, ivi inclusa l'assoggettabilità alla disciplina fallimentare.

Ciò che era considerato pacificamente un ente pubblico, in seguito alla novella assume le sembianze del soggetto privato per scelta legislativa.

Resta da chiedersi se, alla luce dell'introduzione del T.U.S.P. e del Codice dei contratti sia ancora attuale la ricostruzione fornita nel 2008 dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che considerava la società *in house* quale modulo eccezionale di gestione del pubblico servizio o se, al contrario, attualmente possa essere utilizzata in via generale al pari di tutti gli altri strumenti previsti dall'ordinamento.

In base al principio di libera amministrazione stabilito dall'art. 166 d.lgs. 50/2016 in attuazione dell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, la P.A. e le autorità

²⁷³ Sul punto, si veda la pronuncia della Corte di Cassazione a SS.UU., che con sentenza del 13/09/2018, n. 22406 ha riconosciuto la "compresenza" della giurisdizione ordinaria e contabile nell'ambito delle società *in house* providing.

nazionali, regionali, locali, possono liberamente organizzare l'esercizio dei propri lavori e la gestione dei propri servizi in conformità con i principi dell'UE. Da ciò emerge come non dipenda dal diritto europeo stabilire i limiti e i requisiti di ciò che costituisce una regola e ciò che invece rappresenti un modello eccezionale di organizzazione.

Sul punto, laddove prima vi era uniformità di vedute, allo stato si scontrano due ricostruzioni, tanto che la II sezione del TAR Liguria ha ritenuto opportuno sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 192 co. 2 del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui esso impone all'amministrazione, che voglia avvalersi dell'affidamento *in house* per servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, di esternare le ragioni della propria scelta, motivando sulle ragioni del mancato ricorso al mercato²⁷⁴.

Più in particolare, il TAR Liguria ha ritenuto che tale norma si ponga in violazione dell'art. 76 della Costituzione, apparendo viziata per eccesso di delega per il mancato rispetto dei principi e criteri direttivi contenuti all'art. 1, comma 1, lett. a) ed eee), legge 28.1.2016, n. 11²⁷⁵.

Sottolineando la valenza derogatoria dell'*inhouseproviding* rispetto alla regola generale dell'evidenza pubblica, il ricorrente aveva lamentato la violazione e falsa applicazione dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, non avendo l'amministrazione adeguatamente dato conto della preferenza che aveva accordato per il modello *in house*.

Dall'analisi della normativa europea trasparirebbe, infatti, ad avviso del TAR, che in base al principio di autorganizzazione l'*inhouseproviding* non costituirebbe più un'ipotesi speciale e derogatoria rispetto all'evidenza pubblica. Tale modello si porrebbe, infatti, sullo stesso piano dell'evidenza pubblica, almeno nei limiti del rispetto dei requisiti attualmente positivizzati dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici, che ricalca la formulazione dell'art. 12, direttiva 2014/24/UE, sicché l'amministrazione avrebbe dovuto essere resa libera di poter ricorrere al modello *in*

²⁷⁴ TAR Liguria, sez. II, ordinanza n. 886 del 15/11/2018.

²⁷⁵ Legge 28/01/2016, n. 11 recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

house in luogo dell'evidenza pubblica, senza alcun onere motivazionale aggiuntivo (impostole invece dalla norma della cui costituzionalità si dubita).

Inoltre, secondo l'orientamento palesato dal TAR, l'art. 12, Direttiva 2014/24/UE “*esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione, cioè dalla necessità di una previa procedura ad evidenza pubblica, gli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatarie a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato quando siano soddisfatte le tre condizioni proprie dell'inhouse*”.

A tal proposito, il Tribunale ligure evidenzia la possibile violazione del criterio direttivo di cui all'art. 1, lett. eee), della legge delega, in quanto la valutazione della congruità economica delle offerte, attinente alla sostenibilità in termini di prezzi e di costi proposti espressamente inserita nella delega, non implicherebbe l'introduzione di un più generale obbligo di motivazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato.

Nonostante tale ordinanza abbia sollevato non pochi dubbi²⁷⁶, a ben vedere l'onere motivazionale di cui all'art. 192, comma 2, appare come un *quid pluris* rispetto a quanto previsto dalla direttiva che, al contrario, al considerando n.32 e all'art. 12, indica l'*in house* quale legittima alternativa all'evidenza pubblica in presenza dei necessari requisiti.

In quest'ottica, l'*in house* costituirebbe ormai una delle ordinarie forme di affidamento di un servizio che le amministrazioni possono legittimamente scegliere.

L'impatto di un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della norma è evidente, soprattutto per gli operatori economici privati, considerato che amplierebbe ulteriormente gli spazi dell'*in house providing*, modello già privilegiato da molte amministrazioni.

Si attende, quindi, il pronunciamento della Corte costituzionale, che non appare di facile prevedibilità considerata la complessità della questione affrontata²⁷⁷.

²⁷⁶ Sul punto si veda IANNOTTI DELLA VALLE, *Alla Corte costituzionale l'onere motivazionale previsto per l'in house providing*, in www.appaltiecontratti.it, 21/11/2018.

²⁷⁷ Parallelamente, deve essere segnalato che la V sez. del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 293 del 14/01/2019, ha sollevato una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in cui si legge, tra l'altro, che: “*Deve essere rimessa alla Corte di giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e i principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'art. 192, comma 2, del 'Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti in*

6. L'approdo complessivo delle disposizioni del Testo Unico

Dall'analisi delle più recenti ricostruzioni legislative ed ermeneutiche, interne e comunitarie, emerge una generale tendenza ad elidere tutti gli aspetti di diffidenza che hanno caratterizzato la storia delle società *in house*.

Senonché, questa sorta di “*despecializzazione*” del modello²⁷⁸, implicando il tendenziale pieno assoggettamento al diritto societario, di fatto finisce con il sottolineare vigorosamente i punti di distanza rispetto al modello delle società partecipate, in relazione non solo al ricorso al mercato, ma anche alla disciplina di nomina e revoca degli amministratori e, non ultimo, la questione relativa alle differenze in punto riparto di giurisdizione.

Sono, peraltro, rimasti irrisolti numerosi punti critici, non chiariti dalle nuove previsioni normative interne, che non si è dimostrata in grado di addivenire ad una disciplina completa ed uniforme, a cui potrà e dovrà forse sopperire il riscontro della giurisprudenza di legittimità e della Corte Europea.

In definitiva, nonostante tutti gli elementi che favoriscono sempre più un avvicinamento e un'armonizzazione della natura e delle discipline delle società *in house* e delle società miste, non può dirsi completamente caduta una differenza sostanziale tra le due figure, consistente innanzi tutto nella previsione (o mancata previsione) dell'obbligo di fare ricorso al mercato attraverso procedure di evidenza pubblica.

E' apparsa chiara, in effetti, “*la scelta di non enucleare un tipo “società in house” che rimane una variante della società a controllo pubblico cui sono destinate disposizioni peculiari concernenti l'attività e non di natura tipologica*”²⁷⁹.

house un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: 1) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché 2) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento”.

²⁷⁸ ROSSI, *op. cit.*, p.27.

²⁷⁹ FIMMANÒ, Strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento ed insolvenza delle società pubbliche, *op.cit.*

Insomma il Legislatore sembra aver recepito nel Testo unico quanto emerso dagli orientamenti della giurisprudenza²⁸⁰ e dalla diatriba giurisprudenziale sulla disciplina applicabile alle società pubbliche sancendo che tali società siano assoggettate alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo (oltre che alle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi).

²⁸⁰ Il tema è stato ampiamente sviluppato dopo le sezioni unite della Cassazione del 2013. Come noto, la Suprema Corte ha adattato l'impostazione comunitaria in tema di gestione *in house providing*, al solo fine di riconoscere la giurisdizione della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità agli organi sociali di queste "famigerate" società (Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n.26283 - Pres. Rovelli – est. Rordorf, in *Società*, 2014, 55 s. con nota di FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, ed in *Fallimento*, 2014, 33 s., con nota di SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*).

CAPITOLO IV

LE SOCIETÀ PUBBLICHE TRA DIRITTO COMUNE E DIRITTO SPECIALE: LA CRISI E LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI E DELL'ENTE

Sommario: 1. La corporate governance delle società pubbliche. 2. L'applicazione delle norme in materia di trasparenza ed anticorruzione nelle società a controllo pubblico 3. Il fallimento delle società "pubbliche". 4. La responsabilità dei membri degli organi di governante e dell'ente tra diritto pubblico e privato in caso di crisi e fallimento. 5. La responsabilità per attività di etero direzione abusiva dell'ente socio e dei suoi amministratori in caso di crisi e fallimento.

1. La corporate governance delle società pubbliche

La disciplina del governo societario, o usando l'accezione anglosassone, della *corporate governance*, costituisce un aspetto consustanziale alla corretta organizzazione e gestione delle società a partecipazione pubblica che influenza direttamente il modo attraverso il quale vengono attribuite poteri e responsabilità negli organi sociali.

Il controllo, difatti, è ritenuto *"coessenziale all'amministrazione ed i due momenti non possono essere disgiunti"*²⁸¹.

I problemi connessi alle scelte gestorie ed organizzative della società pubblica sono stati affrontati dal Legislatore del testo unico n. 175/2016 che, come detto, ha dato il via ad una complessiva riorganizzazione normativa in tema di amministrazioni pubbliche al fine offrire una risposta all'esigenza di razionalizzazione, di semplificazione e di riduzione dei costi del sistema.

In tale ambito, meritano particolare attenzione le disposizioni del T.U. n. 175/2016, le quali dettano uno speciale regime in tema di organizzazione e gestione offrendo, in ottica semplificatoria, soluzioni relative al tipo di amministrazione che può essere adottata dalle società pubbliche.

²⁸¹ STRAMPELLI, *I sistemi di controlli interni e l'organo di vigilanza*, in *I controlli delle società pubbliche*, opera diretta da Auletta, Bologna, 2017, pag. 101. Lo stesso Autore richiama su punto: ANGELICI, *Le società per azioni, I, Principi e problemi*, Milano 2012, 370; FERRO LUZZI, *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *Analisi giur. Economica*, 2007, 245.

Invero, la *ratio* sottesa alle disposizioni del Testo Unico parrebbe essere tesa ad eliminare sovrapposizioni normative per garantire una vera e propria armonizzazione della *governance* nella società in mano pubblica. Il Legislatore - al di là delle luci e delle ombre della riforma - ha cercato di ricondurre a sistema una fenomenologia complessa figlia di una legislazione “a toppe”²⁸², atteso che, prima dell’avvento del Testo Unico, vi erano molteplici modelli di società a partecipazione pubblica e, di conseguenza, diversi tipi di *governance* che contribuivano ad alimentare la frammentarietà della disciplina applicabile. Dunque, sinotticamente, può affermarsi che il fine cui tendono le disposizioni del Testo Unico sia quello di riportare le società pubbliche “*nell’ambito di regolazione di valenza prettamente privatistica, con applicazione generale delle norme del codice civile, salvo deroghe di rilevanza privata o pubblica poste nel Testo Unico*”²⁸³.

Ciò posto, appare opportuno esaminare il tema della *governance* delle società pubbliche, *in primis* sotto il profilo squisitamente nozionistico evidenziandosi sin da subito come, almeno allo stato, manchi una definizione condivisa dalla dottrina internazionale²⁸⁴.

Una definizione molto efficace di *governance* (offerta da Adrian Cadbury²⁸⁵) vede la *governance corporate* come il modo in cui l’impresa è governata e controllata²⁸⁶. Altro filone dottrinale²⁸⁷, invece, qualifica la *corporate governance* come il complesso di istituzioni, principi, norme e

²⁸² Al riguardo ampiamente si veda: FIMMANÒ, CATRICALA’, *Le società pubbliche*, Giapeto Editore, 2017, 15.

²⁸³ ATELLI, *La Governance delle società a partecipazione pubblica tra diritto pubblico e diritto privato* in CERIONI F., *Le società pubbliche nel testo unico*, Milano, 2017, 113 e ss.

²⁸⁴ Un tentativo di ricostruzione filologica del termine è di PONTANI F., *Corporate Governance*, Dig. Disc.priv., 2009, p. 227 ss.

²⁸⁵ Per approfondimenti si veda il *Cadbury Report*, presentato il 1°.12.1992, che costituisce il primo e il più importante rapporto in materia di *corporate governance*. Le raccomandazioni del rapporto si concentrano sulle funzioni di controllo e di *reporting* del *board* e sul ruolo degli *auditors* e sulla proposta di adozione, da parte delle società, di un *Code of Best Practice*.

²⁸⁶ In questo senso assume rilievo centrale il concetto di *checks and balances*, il cosiddetto sistema di pesi e contrappesi, che si riferisce alle procedure che mirano a ridurre il rischio della concentrazione del potere decisionale in un unico organo e che si attua definendo chiaramente le competenze spettanti a ogni soggetto e favorendo la cooperazione di tutti gli attori organizzativi nell’esercizio delle proprie funzioni.

²⁸⁷ BOSI, TRENTO, *Il governo dell’impresa. Economia e diritto della corporate Governance*, 2012, p.59. Sul punto si veda anche HART, *Corporate Governance: Some Theory and Implications*, *The Economic Journal*, 105, 1995, 403, 678 ss.

pratiche che limitano, incentivano e puniscono, i soggetti coinvolti nella gestione delle imprese.

Il Legislatore della riforma ha posto particolare attenzione ai “*principi fondamentali sulla organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*”, le cui disposizioni sono, come precisato da alcuni Autori²⁸⁸, ontologicamente ispirate a criteri di economicità, efficacia, efficienza oltre che protese ad evitare e prevenire qualsiasi situazione di rischio aziendale, come prescritto al comma 2 dell’art. 6 del T.U.

Deve preliminarmente osservarsi che le disposizioni di cui all’art. 6 T.U.²⁸⁹ costituiscono una importante novità nel panorama del diritto societario, non essendoci norme del codice che dettano esaustivamente principi volti a regolare, in maniera così penetrante, la *governance* delle società di capitali.

L’art. 6, comma 2 T.U., dispone che le società *a controllo pubblico*²⁹⁰, *non le mere partecipate* «...predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l’assemblea nell’ambito della relazione di cui al comma 4»²⁹¹.

Deve osservarsi che tale articolo, con norma a carattere imperativo, stabilisce che quando le società a controllo pubblico svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi insieme con altre attività in contesti concorrenziali, esse sono soggette all’obbligo di contabilità separata,

²⁸⁸ D’ARIES, *Commento all’art. 6*, in D’ARIES –GLINIANSKI –TESSARTO, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – commento articolo per articolo della nuova disciplina, Rimini, 2016, 53 e ss.

²⁸⁹ La spinta all’istituzione di controlli interni sulle società non quotate partecipate dagli enti locali ha un antesignano nell’art. 147 *quater* del d.lgs. del 18 agosto 2000 n. 267 (introdotto dalla L. del 10 ottobre 2012, n. 174).

²⁹⁰ Si tratta delle «...società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)» (art. 2, lett. m). La richiamata lettera b) dell’art. 2 T.U. 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».

²⁹¹ Sul possibile contenuto dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, vedi TISCINI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell’equilibrio economico-finanziario delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F. e Catricalà A., Universitas Mercatorum, in corso di pubblicazione.

secondo il principio espresso a livello comunitario in deroga all'obbligo di separazione strutturale previsto nella legge *antitrust* nazionale²⁹².

Può osservarsi che la *ratio* della deroga al contenuto del comma 2-bis dell'art. 8 risponda all' intento di riduzione dei costi, evitando il proliferarsi di enti societari.

Sebbene sia chiaro che la norma in esame imponga il rispetto del "principio di separazione", che è espressione di un principio fondamentale di diritto europeo a tutela della concorrenza e, in particolare, della *par condicio* tra operatori economici, d'altro canto, deve osservarsi che il portato normativo in esame non reca alcuna indicazione in merito all'ambito in cui l'attribuzione di un "diritto speciale o esclusivo" possa far sorgere un dovere di attuazione del principio di separazione.

Sul punto, giova rilevare che la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, nel parere n. 968 del 21 aprile 2016, ha provato a "colorire" giuridicamente la nozione di "diritto speciale o esclusivo", rinviando alla definizione contenuta nella 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, secondo cui, per diritto speciale o esclusivo doveva intendersi: «*quel 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»*; tuttavia, i sostanzialisti, ritengono che sarebbe stato auspicabile un espresso riferimento ai servizi di interesse economico generale piuttosto che semplicemente ai diritti speciali o esclusivi.

La dottrina sarebbe, dunque, concorde nel ritenere che l'interpretazione coerente ai principi europei oltre che con l'art.8, co. 2-bis della legge n.287/1990, appare quella che considererebbe cogente il rispetto dell'obbligo

²⁹² SERAFINI, *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi in La Governance delle società pubbliche nel D.lgs. n.175/2016* a cura di GUIZZI, Milano, 81 e ss.

di contabilità separata anche laddove i diritti esclusivi o speciali siano stati concessi all'esito di una procedura ad evidenza pubblica²⁹³.

Il principio di separazione contabile è diretto a favorire un'effettiva trasparenza finanziaria nei rapporti tra l'ente pubblico e le imprese da questo controllate, evitando possibili distorsioni della concorrenza²⁹⁴. Sicché, le imprese che ricevono pagamenti o altre forme di compensazione da parte pubblica, per la gestione di attività di interesse pubblico protette da diritti speciali o esclusivi, possono operare in concorrenza con altre imprese a condizione che, quanto ricevuto, non costituisca un indebito vantaggio che determini una discriminazione ai danni di altri operatori economici.

Non pare dunque revocabile in dubbio che tale disciplina sia ontologicamente proiettata alla tutela ed alla promozione della concorrenza, di guisa da evitare che le imprese pongano in essere comportamenti e/o condotte idonee a restringere o falsare la concorrenza nel mercato. Di certo, proprio nelle società *in house*, la forte impronta regolatrice dei controlli deve essere ricondotta alla loro stessa definizione del modello, che presuppone, tra l'altro, *“l'esercizio sulla medesima di un controllo da parte dell'amministrazione analogo a quello che essa esercita sui propri servizi con un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata”*²⁹⁵.

L'inquadramento della *governance* delle società pubbliche ha, senza dubbio, un solido pilastro nei commi 2 e 4 dell'art. 6 T.U. secondo cui le società a controllo pubblico sono obbligate a relazionare annualmente (contestualmente al bilancio d'esercizio) sul governo societario.

La finalità di tale relazione, come precisato dal comma 2, risulta strettamente legata all'adozione di programmi volti a prevenire le ipotesi di crisi che si avverano in situazioni di instabilità finanziaria, economia e patrimoniale delle società.

²⁹³ SERAFINI, *ibidem*

²⁹⁴ Sul punto ampiamente Dossier - XVII Legislatura del Maggio 2016 sul Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, atto del Governo n.297, p. 38 e ss.

²⁹⁵ STRAMPELLI, *op. cit.*, pag. 101.

Gli amministratori, invero, sono tenuti a predisporre programmi di valutazione del rischio tesi all'individuazione, valutazione e gestione dei principali rischi inerenti l'esercizio d'impresa²⁹⁶. Giova sin d'ora rilevare che si tratterebbe di prescrizioni che attengono non già all'attività di *risk reporting*, quanto piuttosto a quella di *risk management*, consistente nella definizione degli obiettivi di rischio, e degli *standard* e delle metodologie di gestione dello stesso²⁹⁷.

L'art. 6 T.U. si rileva in tal modo di portata dirompente mancando, nella disciplina delle società per azioni, e prima dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa²⁹⁸, un riferimento previsionale ai doveri gestori relativi al rischio di crisi aziendale²⁹⁹.

Ai fini interpretativi, deve osservarsi che il rischio valutato sia quello complessivo cui è esposta la società, ovverosia, il rischio della conservazione dell'impresa sul mercato.

In questa prospettiva, i programmi di valutazione del rischio sembrerebbero essere funzionali a far pervenire agli amministratori la conoscenza del fatto che la società potrebbe versare in situazioni per cui la continuazione della gestione nelle medesime modalità e condizioni

²⁹⁶ MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa*, in *Impresa e mercato, Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo, V. Meli e R. Pennisi, tomo I, Milano, 2015, 406, il quale evince l'esistenza del dovere proprio dal contenuto della relazione sulla gestione. Altri autori rinviengono il fondamento del dovere di predisporre un sistema integrato di *risk management* nell'obbligo di dotare la società di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati: in questo senso FERRARINI G., *Controllo interno e strutture di governo societario*, in *Il Nuovo Diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Tomo 3.

²⁹⁷ SERAFINI, *ibidem*.

²⁹⁸ Il D.Lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 "*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*", disciplinato in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155. (G.U. n.38 del 14-2-2019 - Suppl. Ordinario n. 6) e vigente dal 15 agosto 2020 prevede all'art. 12, co. 1 e 2 (Nozione, effetti e ambito di applicazione) che: *1. Costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione. 2. Il debitore, all'esito dell'allerta o anche prima della sua attivazione, può accedere al procedimento di composizione assistita della crisi, che si svolge in modo riservato e confidenziale dinanzi all'OCRI...*". L'art. 3 del medesimo d.lgs. fa espressamente "*salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche*".

²⁹⁹ SERAFINI, *ibidem*. Sul tema si veda anche BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino 2015 e di LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, p. 55 ss.

determinerebbe il venir meno della capacità della società di sopravvivere nel mercato³⁰⁰.

Pertanto, qualora dovessero esservi segnali di crisi³⁰¹, l'organo amministrativo della società è tenuto ad adottare provvedimenti idonei ad evitare l'aggravarsi della crisi stessa e ad eliminare le cause in radice mediante un piano di risanamento, onde evitare responsabilità ex art. 2409 c.c. oltre che l'emersione del danno erariale³⁰² in capo ai rappresentanti degli enti pubblici partecipanti.

Infine, deve rilevarsi che l'ulteriore finalità della relazione annuale è quella di prevedere l'eventuale adozione di altri strumenti di governo societario, in relazione alle dimensioni, caratteristiche ed all'attività che essa svolge.

Tra gli strumenti, si richiama l'elenco del terzo comma dell'art. 6, ossia (i) i regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività svolta alle norme poste a tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, della proprietà intellettuale ed industriale; (ii) la creazione di un ufficio di controllo interno tenuto a collaborare con l'organo di controllo societario, che deve trasmettere periodicamente a quest'ultimo relazioni sulla regolarità ed efficienza della gestione; infine (iii) i codici di condotta aventi ad oggetto i comportamenti degli imprenditori nei confronti dei principali *stakeholders*.

Deve infine aggiungersi che, l'importanza attribuita dal legislatore del testo unico ai profili attinenti all'organizzazione interna delle società a controllo pubblico, sia evidenziata dalla disposizione di chiusura dell'art. 6, che richiede a queste ultime di dare conto, nella predetta relazione sul governo

³⁰⁰ La centralità dei programmi di valutazione del rischio aziendale si coglie, poi, attraverso il collegamento con la disposizione di cui all'art. 14, comma 2, della nuova disciplina, che prevede che “*Qualora emergano nell'ambito di programmi di valutazione del rischio di cui all'art.6, comma 3, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo 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*”.

³⁰¹ L'art. 2 del D. Lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 definisce lo stato di crisi 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*”.

³⁰² Sul punto v. GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica*, Torino, 2018, 112 ss.

societario, delle ragioni alla base della mancata adozione dei suddetti strumenti integrativi. Ciò implicherebbe che gli organi della società siano tenuti a valutare l'adozione di uno degli strumenti elencati, al fine di tendere ad una buona *governante* aziendale.

Nel contesto delle regole di *corporate governance*, particolare attenzione deve essere posta alle disposizioni di cui all'art. 11 del T.U., che recano la disciplina in materia di composizione ed articolazione interna degli organi di amministrazione delle società in controllo pubblico.

Con tale disposizione, il Legislatore ha inteso normare la composizione degli organi di amministrazione e di controllo delle società controllate dalla pubblica amministrazione, con riferimento al numero dei componenti, ai requisiti richiesti per la nomina e ai loro compensi, in un'ottica di riduzione dei costi e di efficienza operativa.

Ciò premesso, è bene rilevare che l'*intentio legis* è quella di offrire una migliore organizzazione delle norme relative agli organi delle società a partecipazione pubblica, al fine di assicurare un più valido sistema di amministrazione e controlli societari, garantendo una corretta gestione dell'impresa³⁰³.

Ciò posto, appare doveroso segnalare verso che tipo di società pubbliche siano indirizzate le disposizioni di cui all'art.11, stante la differenza tra controllo pubblico e partecipazione pubblica.

Orbene, la disciplina prevista dall'art.11 si applica esclusivamente alle società controllate da parte di soggetti pubblici, dovendosi far riferimento, a tal fine, all'art. 2 co. 1 lett.b del T.U., che definisce il controllo come “*la situazione descritta nell'art. 2359 c.c.; controllo che 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.*”.

La *ratio* di tale scelta risiede nel fatto che, in mancanza di controllo da parte di un'amministrazione pubblica, la sola presenza della partecipazione

³⁰³ COSSU, *L'organo di controllo interno delle società pubbliche* in *Le Società Pubbliche* di Fimmanò F. – Catricalà A. (a cura di).

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.

Tuttavia, d'altro canto, rileva osservare come il legislatore, al comma 16 dell'art. 11, attribuisca all'amministrazione pubblica che non controlli, ma partecipi, ad una società in misura superiore al 10 %, il potere di proporre “*agli organi societari l'introduzione di misure analoghe a quelle di cui ai commi 6 e 10*”.

Dal tenore della disposizione deve rilevarsi che il legislatore abbia voluto attribuire al socio pubblico che abbia una partecipazione sociale non di controllo, un potere propositivo diretto all'introduzione di disposizioni volte al contenimento della spesa.

Ebbene, sempre in ottica di riduzione dei costi e contenimento della spesa si inserisce la disposizione di cui all'art 11 co.2. del T.U., che rappresenta una delle principali novità rispetto alla disciplina previgente, introducendo la figura dell'amministratore unico come organo amministrativo cui deve, di regola, optarsi per le società pubbliche.

Tuttavia, va ulteriormente rappresentato che tale soluzione non sia inderogabile. Invero, in presenza di “*specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa*”, l'assemblea può optare per modelli alternativi a quello monocratico. In merito alla precisazione del terzo comma circa l'adozione di un modello di amministrazione alternativa, in presenza di “*specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa*”, si osserva una restrizione rispetto al sistema di diritto comune, che prevede invece che l'opzione in favore di un sistema alternativo di amministrazione e controllo sia consentita, a patto che essa sia prevista nello statuto, non essendo sufficiente una deliberazione dell'assemblea ordinaria.

Tuttavia, al fine di far “comunicare” la normativa del Testo unico e la normativa di diritto comune, la deliberazione assembleare di cui al comma 3 dell'art. 11 coincide con quella del diritto comune societario, secondo il modello delle deliberazioni prescritte per la modifica dello statuto.

In conclusione, ciò che va evidenziato della norma in esame è che, per adottare una soluzione derogatoria, deve ricorrere una motivazione legata a speciali ragioni di adeguatezza organizzativa, essendo indifferente che la deliberazione recante tale motivazione sia quella dell'assemblea ordinaria o straordinaria.

Essa è richiesta solo quando si opta per un modello o sistema alternativo e non quando vi sia nello statuto la possibilità, solo astratta, di optarvi. Il tutto, in ossequio alla *ratio* secondo cui la deroga è al diritto comune, e quindi deve essere consentita solo se vi è l'effettiva possibilità di adottare un modello alternativo.

Le ragioni di adeguatezza organizzativa addotte devono essere, secondo la norma, "specifiche", ovvero, dovendo giustificare una deroga al regime amministrativo monocratico, dettagliate, precise, analitiche e soprattutto peculiari per quella determinata società.

Ciò detto, in merito ai componenti della *governance* delle società pubbliche, il primo comma del novellato art. 11 rammenta che i requisiti degli amministratori devono essere 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.

Giova rilevare che tale previsione non deve essere letta in relazione antinomica ai requisiti previsti dallo statuto, ritenendo i primi sostitutivi o subordinati a quelli statuari.

Invero, l'art. 11 apre con una clausola di salvezza che recita "*salvo gli ulteriori requisiti previsti dallo statuto*", la cui *ratio* è quella di evitare eventuali disapplicazioni dei requisiti stabiliti dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. In particolare, va segnalato che i requisiti che il d.p.c.m. dovrebbe individuare concernono l'onorabilità, la professionalità e l'autonomia. Con particolare riguardo all'ultimo requisito deve rilevarsi che la scelta del Legislatore di far riferimento all'autonomia in luogo dell'indipendenza, non sia affatto felice.

Certamente, la *ratio* è quella di volersi discostare dalle previsioni che riguardano le società non a partecipazione pubblica; tuttavia, adottando come requisito l'autonomia, potrebbero sorgere problemi di raccordo tra il predetto requisito e i presupposti del controllo analogo delle società *in house*³⁰⁴.

Ultimo, non per importanza, aspetto fondamentale concerne il tema della *gender equality* negli organi di amministrazione e controllo delle società pubbliche.

Certamente, l'equilibrio di genere non costituisce un elemento peregrino nella legislazione italiana³⁰⁵, tant'è che la legge 120/2011 aveva già imposto un adeguamento degli statuti delle società quotate affinché fosse previsto un equilibrio tra i generi in sede di riparto degli amministratori da eleggere ed, in particolare, che il genere meno rappresentato ottenesse almeno un terzo degli amministratori eletti.

Senonché, l'art. 11 co 4. prevede 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, nell'ipotesi in cui si opti per un organo amministrativo a composizione collegiale ai sensi del terzo comma, inserendo nello statuto sociale una clausola che assicuri una tale ripartizione³⁰⁶.

La scelta dei componenti dell'organo amministrativo, infine, risente anche delle disposizioni progettate per perseguire il fine della trasparenza.

³⁰⁴ Sul punto, ampiamente DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 439, il quale sostiene che i presupposti del controllo analogo delle società in house “*spingerebbero in direzione opposta a quella dell'autonomia dell'organo amministrativo, postulando una sua soggezione al potere delle amministrazioni pubbliche tale da configurare la società come una sorta di ufficio interno di queste ultime e da configurare quindi i relativi esponenti aziendali come preposti a una funzione che presenta connotazioni evocative della subordinazione tipica di relazioni di tipo gerarchico, assai più che l'autonomia e l'indipendenza di un organo titolare in visa esclusiva del potere dovere di agire nell'interesse della società*”.

³⁰⁵ Sul punto ampiamente DE RITIS, *L'introduzione delle c.d. quote rosa negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 309; RICHTER JR S., *Sulla composizione e sulla elezione dell'organo amministrativo di una società quotata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2012, 71 ss

³⁰⁶ I sostanzialisti ritengono che la scelta del legislatore di imporre alle società a partecipazione pubblica unitamente alle società private quotate l'obbligo di rispettare il criterio di riparto tra i generi negli organi sociali sia imputabile al fatto che le predette società svolgono una funzione socialmente esemplare con riguardo ai modelli di *governance*

Non sorprende, allora, la scelta del legislatore di prevedere all'art. 11 co.11 del T.U.S.P. 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*».

Può dunque affermarsi, in definitiva, che la disciplina della *corporate governance* delle società pubbliche si intrecci con la disciplina sulla trasparenza, costituendo una monade inscindibile con la stessa e testimoniando, ancora una volta, la natura “ibrida” di queste società.

2. L'applicazione delle norme in materia di trasparenza e contrasto alla corruzione per le società a controllo pubblico

La disciplina degli obblighi di trasparenza e delle misure di prevenzione della corruzione all'interno della P.A. costituisce un tema di spiccato rilievo giuridico, stante la necessità di ridurre gli sprechi nell'amministrazione pubblica oltre che di rispondere efficacemente ai fenomeni corruttivi perpetrati in tale ambito.

Pertanto, il Legislatore, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 31 ottobre 2003 ed in attuazione degli artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, ha colto l'esigenza di creare “*un contesto sfavorevole alla realizzazione dei reati di corruzione*”³⁰⁷, affermando quel “*diritto all'accessibilità totale dei documenti*», il quale non solo costituisce la più avanzata frontiera della democrazia partecipativa in cui cittadini sono

³⁰⁷ In argomento si rinvia alle considerazioni svolte sulla prevenzione della corruzione in CERIONI, *La responsabilità patrimoniale di pubblici dipendenti e le esimenti. Le nuove fattispecie di responsabilità emergenti dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e dai decreti attuativi*, in www.Ammministr@tivamente.com

chiamati ad interagire con le istituzioni in maniera consapevole e responsabile, ma agevola il controllo diffuso dei «cives» sul perseguimento delle funzioni istituzionali da parte degli enti pubblici e sull'utilizzo delle risorse ad essi affidati, aumentandone la conoscibilità (ma non sempre la «comprensibilità» e dunque una «vera trasparenza»)»³⁰⁸.

Il tema, a tacer d'altro, non può esser disaminato senza aver dapprima disquisito in merito al significato da attribuire al tema “trasparenza”.

Un affidabile punto di partenza è costituito dall' art. 1 del Codice della Trasparenza previsto dal D.lgs. 14 marzo 2013 n. 33, il quale offre una puntuale definizione di tale obbligo, sancendo che *“la trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*.

Ancor più segnatamente, con ulteriore sforzo d'analisi, è possibile carpire dalla lettura delle disposizioni di cui all'art. 1 della legge n.190/2012, un ulteriore significato riconducibile all'obbligo di trasparenza, ovverosia *“la trasparenza finanziaria”*, stante l'obbligo di pubblicare, nei siti web istituzionali delle PA, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, i bilanci e conti consuntivi di detti enti unitamente ai costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini.

Correlativamente, nel contesto della disciplina pubblicistica delle società pubbliche riaffermata dal D.lgs. 175/2016, si colloca la disposizione di cui all'art. 22 che impone alle società a controllo pubblico di assicurare *«il massimo livello di trasparenza sull'uso delle risorse e sui risultati ottenuti, secondo le previsioni del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33»*.

Ciò chiarito, l'ulteriore e conseguente aspetto meritevole di approfondimento concerne i “soggetti pubblici destinatari” di queste norme,

³⁰⁸ CERIONI, *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariali*, in *Le società pubbliche* di Fimmanò e Catricalà, Tomo 2, p. 952 ss.

stante il recente intervento del Legislatore nella materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, con D.lgs. 97/2016, il quale ha modificato l'ambito soggettivo di applicazione delle predette norme.

Di tal che, è opportuno rilevare che il nuovo art. 2-bis introdotto dal D.lgs. 97/2016 nel del Codice della Trasparenza³⁰⁹ stabilisce che le disposizioni in tema di trasparenza, compreso l'accesso, siano applicabili non solo alle P.A. *strictu sensu*, ma anche alle società in controllo pubblico come definite, appunto, dall'art. 2 comma 1, lett. M) D.lgs n.175/2016.

Tale articolo, giova ribadirlo, prevede che per "controllo" debba intendersi la situazione in cui il socio pubblico abbia la maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria ed abbia voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria oltre che un' influenza dominante in virtù di vincoli contrattuali.

Ad ogni buon conto, può dirsi che l'obbligo di trasparenza si sostanzia nella pubblicazione di tutti i dati relativi alla loro organizzazione nonché gli incarichi di collaborazione, quelli di consulenza e professionali, inclusi quelli arbitrali, indicando specificamente l'atto di conferimento, l'oggetto della prestazione, la ragione dell'incarico, la sua durata, l'oggetto della prestazione, il curriculum vitae del soggetto incaricato nonché i compensi comunque denominati erogati al destinatario dell'incarico ed il tipo di procedura seguita per la selezione del contraente unitamente al numero dei partecipanti alla procedura.

La pregnanza dell'obbligo è tale da imporre infine anche ai dirigenti e, particolarmente, al direttore generale, la pubblicazione dell'atto di

³⁰⁹ Il Codice della Trasparenza previsto dal D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 *recante disposizioni in tema riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*, è stato successivamente modificato dal D.lgs. 25 maggio 2016 n.97 rubricato "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"

conferimento dell'incarico, il *curriculum vitae* ed i compensi erogati a qualunque titolo nei limiti imposti dall'art. 11, del D.lgs. 175/2016³¹⁰.

Per quanto riguarda le misure di prevenzione della corruzione diverse dalla trasparenza, giova citare l'art. 41 del D. Lgs. 97/2016 che, aggiungendo il comma 2-bis all'art. 1 della L. 190/2012, ha statuito che sia le pubbliche amministrazioni sia gli *“altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013”* sono destinatari delle indicazioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione, seppur con un regime differenziato: mentre le Amministrazioni pubbliche sono tenute ad adottare un vero e proprio Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (PTPC), le società in controllo pubblico devono adottare *“misure integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”*.

E' previsto che le società, in coerenza con quanto già disposto per l'attuazione delle misure previste ai sensi del d.lgs. 231/2001, individuino le modalità, le tecniche e la frequenza del monitoraggio sull'attuazione delle misure di prevenzione della corruzione, anche ai fini del loro aggiornamento periodico, avendo cura di specificare i ruoli e le responsabilità dei soggetti chiamati a svolgere tale attività, tra i quali rientra il Responsabile della prevenzione della corruzione.

Quanto alla figura del Responsabile della prevenzione della corruzione, deve osservarsi come le società in mano pubblica siano tenute a rispettare stringenti requisiti sia sotto il profilo oggettivo - procedurale che soggettivo concernenti la nomina del predetto.

Le società, invero, dovrebbero non solo adeguare gli statuti, dovendo quest'ultimi prevedere obbligatoriamente la nomina di un RPCT, ma anche comunicare all'ANAC i dati del soggetto al quale affidare l'incarico.

In merito all'espletamento delle funzioni di RPCT, è doveroso rilevare che queste debbano essere di norma affidate ad un dirigente della società in controllo pubblico, beninteso che, nelle realtà di ridotte dimensioni, prive di dirigenti o nei casi in cui questi siano in numero così limitato da dover essere

³¹⁰ Cfr. ANAC, Atto di segnalazione numero uno del 2 marzo 2016, relativo allo schema di decreto legislativo di cui all'art. 7 della legge 124 del 2015, approvato dal Consiglio dei ministri il 20 gennaio 2016

assegnati esclusivamente allo svolgimento di compiti gestionali nelle aree a rischio corruttivo il RPCT, ben potrà essere individuato un profilo non dirigenziale.

In tale caso, l'organo amministrativo è tenuto ad esercitare una funzione di vigilanza stringente e periodica sulle attività svolte dal RPCT.

3. Il fallimento delle società pubbliche.

La fallibilità di una società pubblica è stato per lungo tempo un “*enigma*” del nostro ordinamento, oggetto di un vigoroso dibattito che pare risolto solo dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo Unico delle società a partecipazione pubblica).

Prima del T.U. delle società a partecipazione pubblica, la scelta della procedura concorsuale da applicare ad una società *in house* in decozione non era affatto definita: da una parte vi era il fallimento (o liquidazione coatta amministrativa), considerando così l'ente alla stregua di un imprenditore – o di una qualsiasi società – commerciale; dall'altra, il sovraindebitamento (art. 6 l. 3/2012), nel caso in cui la società pubblica fosse considerata priva dei requisiti di fallibilità *ex art. 1 l.fall.*

Come risulta palese, la risposta verteva esclusivamente sui requisiti soggettivi del debitore, mentre lo stato d'insolvenza è sempre stato un elemento comune a qualsiasi procedura concorsuale.

Invero, l'art. 5, comma 2, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, così come modificato dai successivi interventi del legislatore, stabilisce che “*lo stato d'insolvenza 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*”.

L'ampiezza della disposizione rimette l'accertamento dello stato d'insolvenza al Tribunale, chiamato a rilevarlo attraverso molteplici indici rilevatori. Lo stato d'insolvenza è sempre apparso come una condizione soggetta ad interpretazione giurisprudenziale rispetto al succinto disposto di legge e, pertanto, evincibile da molteplici sintomi. Invero, già nel vecchio Codice di Commercio del 1882, l'art. 683 stabiliva che “*il commerciante che*

cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in stato di fallimento”.

Questa impostazione storica è stata però superata da un orientamento più moderno della giurisprudenza, secondo il quale il mancato pagamento di uno o più debiti per volontaria inadempienza o per una illiquidità transeunte, oppure per una legittima resistenza all’adempimento, non può considerarsi *ex se* indizio di insolvenza³¹¹.

Invero, lo stato di insolvenza consiste – secondo orientamento giurisprudenziale e dottrinario pressoché costante – in una situazione di oggettiva impotenza economica, funzionale e non transitoria per la quale l’imprenditore non è più in grado di far fronte regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività³¹². Sicché, la temporanea e superabile difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni non giustifica la dichiarazione di fallimento, e il semplice inadempimento determinato da cause diverse dalla strutturale ed irreversibile incapacità di adempiere, non può essere considerato fattore causale del fallimento³¹³.

In ogni caso, si potrebbe affermare che tale impostazione lasciava troppo spazio all’incertezza, rimettendosi quasi integralmente alle presunzioni e non a dati oggettivi, ragion per cui il legislatore è intervenuto con il recente d.lgs. 12 gennaio 2019 (c.d. “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, più brevemente CCII). Invero, l’art. 13, comma 1, CCII stabilisce che *“costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell’impresa e dell’attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell’attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi*

³¹¹ *Cfr., ex multis*, Cass. civ., 27 marzo 2014, n. 7252, in *CED Cassazione*, rv. 630136.

³¹² In dottrina, *cfr.*, per tutti, FERRARA – BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1995, 139. in giurisprudenza, *ex multis, cfr.* Cass. civ., 1 dicembre 2012, n. 26217, in *Fall.*, 2006, 8, 965; Cass. civ., 30 settembre 2004, n. 19611, in *CED Cassazione*, rv. 577451; Cass. civ., 23 marzo 2001, n. 4455, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass. civ., 13 marzo 2003, n. 115, in *Fall.*, 2002, 375; nonché, fra le altre, Trib. Roma 10 aprile 1987, in *Dir. fall.*, 1987, II, 785; Trib. Torino 22 aprile 1991, in *Fall.*, 1991, 858.

³¹³ RAGUSA MAGGIORE, (voce) *Fallimento (Presupposti)*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, 17.

successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24". Gli indici rilevatori, richiamati dal citato comma 1, sono redatti dal Consiglio nazionale dell'ordine dei commercialisti con cadenza almeno triennale, così come stabilito dal secondo comma del medesimo articolo, i quali sono poi approvati con decreto ministeriale del MISE, assumendo così forza di legge. La norma è tuttavia derogabile dalle singole imprese che non ritengano gli indici adeguati all'attività svolta, le quali dovranno però predisporre indici autonomi nella propria nota integrativa che devono essere attestati di volta in volta da un professionista indipendente (art. 13, comma 3, CCII).

Passando così al secondo requisito di stampo soggettivo, un soggetto risulta fallibile solo se esercita un'attività di natura commerciale e risponde ai requisiti dimensionali previsti dall'art. 1 l. fall.

Il quesito di diritto, oggetto dell'annoso dibattito giurisprudenziale, riguardava se una società *in house* potesse essere parificata ad una società privata, specie se la stessa abbia perseguito uno scopo lucrativo.

Al riguardo si sono distinti due principali orientamenti: secondo il primo, una società concessionaria dello stato, quando svolge un'attività di natura privatistica e commerciale (pertanto non di interesse pubblico), è fallibile a tutti gli effetti³¹⁴; per altro verso, è stato sostenuto che una società pubblica –

³¹⁴ Cfr. Cass. civ. 10 gennaio 1979, n. 158; Cass. civ., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fall.*, 2013, 8, 993; cass. civ., 11 febbraio 2014, n. 3037, in *CED Cassazione*, rv. 629848. In dottrina, IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 511 ss.; POSITANO, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2013, 563 ss.; PECORARO, *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze del quadro di riferimento*, in *Dir. fall.*, II, 2014, 701 ss.; FIORANI, *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 532 ss.; FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Fall.*, 2013, 1296 ss.; ID., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche*, a cura di

proprio per la sua natura – non può essere assoggettata alla disciplina privatistica, sottraendosi anche a quelle speciali come le stesse procedure concorsuali.

Parte della dottrina³¹⁵ e della giurisprudenza³¹⁶ prevalente hanno perseverato³¹⁷ nell’affermarne la fallibilità (ed all’utilizzo dello strumento concordatario) di tutte le società a partecipazione pubblica, mentre parte della dottrina e della giurisprudenza hanno escluso l’applicazione delle procedure concorsuali a tali modelli, lasciando spazio ad un’ampia diatriba sui criteri da utilizzare per individuare, di volta in volta, le società “fallibili”, dalle società

Fimmanò, Milano, 2011, 11; SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, in *Le società pubbliche*, cit., 365 ss.; DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in *Le società pubbliche*, cit., 387; SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 603 ss.; SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 438.

³¹⁵ Vedi, tra gli altri, IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 511 ss.; POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2013, 563 ss.; FIORANI, *Società “pubbliche” e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 532 ss; FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Fallimento*, 2013, 1296 ss.; FIMMANÒ, *L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività*, in *Le società pubbliche* a cura di Fimmanò, Milano, 2011, 11; SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza*, in *Le società pubbliche*, cit., 365 ss.; DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in *Le società pubbliche*, cit., 387; SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 603 ss.; SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 438.

³¹⁶ Cfr. Cass., 27 settembre 2013, n. 22209; Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fallimento*, 2013, 1273; Cass., 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fallimento*, 1979, 593; App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346, in *Fallimento*, 2013, 1290 ss.; App. Napoli, 24 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2013, II, 563; App. Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 689 ss..

³¹⁷ Lo spunto comparativo tra le vari posizioni ed i relativi richiami sono ripresi da D’ATTORRE, *La crisi d’impresa nelle società a partecipazione pubblica*, op. cit.

non fallibili (metodo tipologico “pubblicistico”³¹⁸; assenza del carattere commerciale dell’attività³¹⁹; metodo funzionale³²⁰).

Al riguardo – in giurisprudenza – è stato affermato che “*il rapporto tra società a partecipazione pubblica ed ente territoriale è di assoluta autonomia, di guisa che l’ente può incidere sul funzionamento e sull’attività della società non già attraverso l’esercizio di poteri autoritativi e discrezionali, bensì solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei componenti degli organi di sua nomina; eventuali norme speciali che siano volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi non incidono sul modo in cui essa opera sul mercato, né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell’affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica, con l’effetto di rendere applicabile anche la disciplina degli artt. 1 ss. l. fall.*”³²¹.

A quest’ultima posizione, però, la corrente maggioritaria della giurisprudenza di merito aveva già risposto che “*esse non possono essere*

³¹⁸ Cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 713 ss.; nello stesso senso, vedi App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, 689 ss.; Trib. Napoli 20 gennaio 2014 (inedita); Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in *Il Caso.it*; Trib. La Spezia, 20 marzo 2013, in *IlCaso.it*; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 869 ss.; Trib. Catania, 26 marzo 2010, in *IlCaso.it*. Per un’applicazione di questo metodo, cfr. anche Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 689 ss. e Trib. Rimini, 13 maggio 2013, in *Fallimento*, 2013, 1276 ss.: in queste pronunce, tuttavia, l’accertamento in concreto dei requisiti per la riqualificazione della società in mano pubblica in ente pubblico ha esito negativo e si è dichiarato il fallimento della società.

³¹⁹ Cfr. Trib. Palermo, 8 gennaio 2013 e Trib. Palermo, 18 giugno 2013, entrambe in www.ilfallimentarista.it. Nello stesso senso anche Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, in www.ilcaso.it.

³²⁰ NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 179 ss.; ID., *Soggetti privati “enti pubblici”*, cit., 822 ss.; *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell’interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561 ss.; D’ATTORRE, *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento* a cura di M. Sandulli, Milano, 2007, 110 ss.; D’ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009, 717 ss.; ID., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 691 ss.; ID., *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche*, cit., 2011, 329 ss.; ID., *Società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 877 ss.

Condivide questa impostazione anche App. Torino 15 febbraio 2010, cit.. Nello stesso senso, anche se in forma dubitativa, Trib. Catania 26 marzo 2010, cit. e Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, cit., che fanno espresso utilizzo del metodo funzionale al fine di confermare la soluzione già raggiunta mediante il metodo tipologico circa l’esenzione dal fallimento di una società in mano pubblica.

³²¹ Cfr. Cass. Civ., 27 settembre 2013, n. 22209, in *Foro It.*, 2014, I, 1, 113.

*definiti enti pubblici al fine della sottrazione alla procedura di fallimento o di concordato o di amministrazione straordinaria, salvo che, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 70/1975 sia la stessa legge a definirle espressamente come tali o a fornire indicazione ermeneutiche tali da indurre a ritenere del tutto imprevedibile il contrario*³²².

Sotto una diversa linea interpretativa, è stato sostenuto che una società a partecipazione pubblica è fallibile nel caso in cui svolga un'attività commerciale, la quale può essere dedotta tramite indici rilevatori (c.d. metodo *tipologico*)³²³. Questa tesi, però, è stata contrapposta da una diversa tesi avversa ed antitetica, secondo la quale la fallibilità deriva dal fine perseguito dall'ente, in altri termini se lo stesso sia di interesse privato e non pubblico (c.d. metodo *funzionale*)³²⁴.

³²² Cfr. App. Napoli, 24 aprile 2013 e 27 maggio 2013, entrambe in *Fall.*, 2013, 10, 1290, con nota di Fimmanò; App. Torino, 15 febbraio 2010, in *www.ilcaso.it*; App. Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 6, 690 nota di D'Attorre; Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in *Fall.*, 2014, 4, 478; Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in *Dir. Fall.*, 2015, 2, 299; Trib. Palermo, 11 febbraio 2010, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

³²³ I citati indici rilevatori possono essere: le limitazioni all'autonomia gestionale degli amministratori derivanti da specifiche previsioni statutarie, la esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, la ingerenza della nomina degli amministratori da parte dello Stato, l'erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento dei fini pubblici (così MAROLLO, *Il variegato panorama giurisprudenziale*, in *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, a cura di D'Orazio e Monteferrante, Milano, 2017, 155 s.). In favore di quest'orientamento, ossia sulla verifica della sussistenza degli indici che attengono alla struttura, all'attività, al regime di controllo ed all'ingerenza dell'ente pubblico partecipante nella gestione della società, onde dichiararne il fallimento, cfr. App. Torino, 5 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*; App. Genova, 2 febbraio 2012, in *Fall.*, 2012, 7, 880; App. Torino, 15 febbraio 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Nola, 30 gennaio 2014, in *Fall.*, 2014, 5, 597; Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in *Dir. Fall.*, 2015, 2, 299 nota di Di Fabio; Trib. Napoli, 9 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rimini, 13 maggio 2013, in *Fall.*, 2013, 10, 1276 nota di Balestra; Trib. La Spezia, 21 marzo 2013, in *Giur. It.*, 2013, 7, 1575; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 73; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Catania, 26 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Velletri, 8 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 6, 690 nota di D'Attorre; Trib. Patti, 6 marzo 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 6, 713 nota di D'Attorre; Trib. Latina, 14 gennaio 2013, in *www.osservatorio-coi.org*; Trib. Palermo, 13 ottobre 2013, in *www.ilfallimentarista.it*; Trib. Nola, 17 giugno 2010, in *www.ilcaso.it*.

³²⁴ App. Torino, 15 febbraio 2010, cit.; Trib. Catania, 26 marzo 2010, cit.; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, cit.; Trib. Napoli, 24 ottobre 2012, in *Corr. mer.*, 2013, 1, 11. In dottrina, D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 2014, 498; Id., *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di Sandulli, Milano, 2007, 100 ss.; Id., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fall.*, 2009, 717 ss.; Id., *Società in mano pubblica e fallimento: la terza via è possibile*, in *Fall.*, 2010, 691 ss.; Id., *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche*, cit., 2011, 329 ss.; Id., *Società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 877 ss.; Ibba, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di

A favore del metodo tipologico si sono anche espresse le Sezioni Unite, le quali, onde qualificare un ente quale pubblico (esimendolo così dalla disciplina fallimentare), hanno richiesto la sussistenza di tre elementi cumulativi: 1) l'attività svolta deve essere di pubblico interesse, quindi di carattere non industriale o commerciale; 2) deve avere personalità giuridica autonoma; 3) la sua attività sia finanziata dallo stato o da enti pubblici territoriali ovvero sia soggetta al controllo e alla direzione dello Stato³²⁵.

Per altro verso, parte della giurisprudenza di merito ha affermato che la natura pubblica di una società *in house* si può desumere in relazione ai limiti di circolazione delle partecipazioni, poiché la società avrebbe natura commerciale (*ergo* fallibile) se lo statuto permetta l'ingresso ai privati, i quali potrebbero pertanto diventarne soci³²⁶. Analogamente, un diverso orientamento della giurisprudenza di merito ha escluso la fallibilità della società *in house* se quest'ultima svolge un'attività non commerciale, quindi non in concorrenza ad altra società e volta al soddisfacimento di un pubblico interesse³²⁷.

Differentemente, secondo il metodo funzionale, la fallibilità di una società *in house* dovrebbe essere rilevata a seguito di un'analisi sull'attività che la stessa svolge, potendo risultare pertanto soggetta sia alla procedura privatistica che pubblicistica se opera sia nel settore commerciale che in quello di pubblico interesse. Ciò può indurre, tuttavia, a conseguenze antinomiche, poiché una società che svolge un pubblico servizio, perseguendo un interesse collettivo, si potrebbe trovare comunque soggetta al fallimento³²⁸. Nemmeno si potrebbe optare per l'esercizio provvisorio (art. 104 l. fall.), in quanto lo stesso potrebbe pregiudicare gli interessi dei creditori sociali che hanno il potere di negare l'autorizzazione allo stesso. Sul punto è stato affermato che l'interesse in

Guerrera, 2010, 19; ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv., pubb. e app.*, 2004, 221 ss.; NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 179 ss.; Id. *Soggetti privati "enti pubblici"*, cit., 822 ss.; DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561 ss.;

³²⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2010, n. 8225, in *Giur. It.*, 2010, 11, 2287.

³²⁶ Cfr. Trib. Napoli Nord, 6 maggio 2015, in *www.ilfallimentarista.it*, 2015, 12 maggio. In dottrina, FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in house, non è ente un pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta al fallimento*, in *Fall.*, 2013, 1308.

³²⁷ Cfr. Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, in *Azienditalia*, 2013, 5, 427.

³²⁸ Cfr. MAROLLO, *op. cit.*, 158.

relazione al quale l'esercizio provvisorio dovrebbe essere autorizzato non è solo quello dei creditori, ma anche dei singoli soggetti che usufruiscono del servizio, quindi anche dei cittadini, se lo stesso è pubblico³²⁹. In caso contrario, ossia quando il servizio non sia di pubblico interesse, la società *in house* risulterebbe pertanto fallibile³³⁰.

In questo dibattito sono anche intervenute le Sezioni Unite che, in un *obiter dictum* di un ricorso focalizzato sulla responsabilità degli amministratori, hanno affermato che “*la società in house, come in qualche modo la sua stessa denominazione denuncia, non pare invero in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come una sua propria articolazione interna*”³³¹. Una simile posizione, confermata anche da successive pronunce, avrebbe pertanto conferito giurisdizione esclusiva alla Corte dei Conti per dirimere le controversie inerenti alle società *in house*³³².

Così come anticipato in premessa, il descritto dibattito è stato risolto definitivamente dall'art. 14 del d.lgs. 19 agosto 2016, il quale stabilisce 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*”.

È bene precisare che questa soluzione è rimasta impregiudicata dalla recente riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dato che l'art. 1 comma terzo del CCII ha stabilito che “*sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche*”.

³²⁹ Cfr. Cass. civ., 27 settembre 2013, n. 22209, cit.; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011, cit.

³³⁰ Cfr. Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, in www.ilcaso.it.

³³¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 novembre 2013, n. 26283, in *Fall.*, 2014, 33.

³³² Cass. civ., 16 dicembre 2013, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Trib. Roma 23 gennaio 2017, in www.ilcaso.it; App. L'Aquila, 2 marzo 2015, in www.unijuris.it; Trib. Pescara, 23 febbraio 2017, inedita ma citata da MAROLLO, *op. cit.*, 160; Trib. Udine, 30 marzo 2016, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Teramo, 20 ottobre 2014, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Verona, 19 gennaio 2014, in *Fall.*, 2014, 342; Trib. Napoli, 9 gennaio 2014, cit.; Trib. Verona, 19 dicembre 2013, cit.; *contra* Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, cit.; Trib. Pescara 14 gennaio 2014, cit.

Sicché, ad oggi, è assodato che le società *in house* possono fallire così come quelle private, restando pertanto esclusa la disciplina del sovraindebitamento³³³.

A riprova di ciò, con sentenza n. 3196 del 7 febbraio 2017, la Corte di Cassazione ha espressamente confermato la fallibilità delle società *in house* alla luce, per la prima volta, delle disposizioni del d.lgs. del 19 agosto 2016 n. 175, pur non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie concretamente trattata.

Nel caso posto all'attenzione della Corte, difatti, una s.r.l., affidataria della gestione e della manutenzione del patrimonio immobiliare proprio e del Comune di Mozzate, con quota sociale riferibile a quest'ultimo pari al 97,76%, veniva dichiarata fallita in primo grado³³⁴; la relativa sentenza veniva impugnata da alcuni creditori (s.n.c. e l'ex amministratore) ma senza successo. La Suprema Corte, respingendo il ricorso, ha ribadito la fallibilità della società *in house*, confermando la decisione dei giudici di merito.

Invero, in ossequio ai principi di uguaglianza e di affidamento dei terzi, i giudici hanno insistito sul fatto che, nel momento in cui un soggetto pubblico decide di perseguire i fini predeterminati dalla legge attraverso un modulo organizzativo di stampo privatistico, così come ne traggono i benefici derivanti da una maggiore flessibilità gestionale, devono assumersi i rischi connessi alla loro insolvenza. Accogliendo una diversa posizione, del resto, risulterebbe disattesa la necessità del rispetto delle regole di concorrenza, che impone la parità di trattamento tra gli operatori del mercato con identiche forme e medesime modalità. In ragione dell'assenza di una specifica norma di legge che preveda l'esenzione delle società *in house* dalla disciplina delle procedure concorsuali, può ricavarsi *a contrario* che tali soggetti sono tenuti al rispetto della disciplina privatistica³³⁵.

³³³ Così D'ATTORRE, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò – Catricalà, t. 2, 759.

³³⁴ Il fallimento è stato dichiarato dal Tribunale di Como con sentenza del 17 febbraio 2014, confermata poi in secondo grado dalla Corte di appello di Milano con sentenza del 17 luglio 2014.

³³⁵ Tra l'altro, l'art. 1 legge fallimentare, nel delimitare l'ambito di esenzione dalle procedure concorsuali, si riferisce esclusivamente agli "enti pubblici" e non alle "società pubbliche".

Nel dettaglio, la sentenza ribadisce un dato molto importante: la natura di società di diritto comune e la conseguente possibilità di servirsi dei più flessibili strumenti privatistici non può, e non deve in alcun modo, pregiudicare gli interessi di soggetti terzi che maturino un legittimo affidamento dettato dall'iscrizione della società di capitali, pur se partecipata dallo Stato o da altri enti pubblici, nel registro delle imprese³³⁶.

Del resto, i Giudici di ultima istanza hanno evidenziato come anche il T.U.S.P. avesse riconosciuto la piena equiparazione alle società di diritto privato, tant'è che all'art. 14 si prevede espressamente che le società a partecipazione pubblica (tra cui rientrano senz'altro le società *in house*, previste dal medesimo Testo Unico) sono soggette alle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo ed anche, ove ne sussistano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

D'altronde, l'esclusione di una società *in house* dalla disciplina del fallimento andrebbe a ledere il legittimo affidamento dei terzi che, in ragione dell'iscrizione di tali soggetti al sistema di pubblicità legale del registro delle imprese, abbiano confidato sull'applicazione dell'ordinario regime societario anche ad essi³³⁷.

In definitiva, la Cassazione ha inteso fugare ogni dubbio circa la piena equiparazione delle società *in house*, e più in generale delle società partecipate, alle società di diritto privato, anche per quel che attiene i momenti di crisi d'impresa sicché, risulti o meno applicabile il D.lgs. n. 175/2016, le società pubbliche possono fallire.

Tuttavia, una simile soluzione – per quanto oramai incontestabile – ha sollevato alcune perplessità da parte di un orientamento in merito ai profili di

³³⁶ GALLO, Fallimento delle Società in house: la storica svolta della Cassazione, in *Giuricivile*, 2018, 11, nota a Cass., sez. I civ., sent. 7/2/2017 n. 3196.

³³⁷ Nella sentenza in esame, tra l'altro, si legge: "*Sul punto già Cass. 21991/2012 aveva precisato che, ai fini dell'esclusione di una società mista dal fallimento, non è di per sé rilevante la soggezione al potere di vigilanza e di controllo pubblico, che consista nella verifica della correttezza dell'espletamento del servizio comunale svolto, riguardando, pertanto, la vigilanza l'attività operativa della società nei suoi rapporti con l'ente locale o con lo Stato, non nei suoi rapporti con i terzi e le responsabilità che ne derivano. Il sistema di pubblicità legale, mediante il registro delle imprese, determina invero nei terzi un legittimo affidamento sull'applicabilità alle società ivi iscritte di un regime di disciplina conforme al nomen juris dichiarato, affidamento, che, invece, verrebbe aggirato ed eluso qualora il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da particolari disposizioni pubblicistiche.*"

spossestamento, dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo, soprattutto con riferimento alle società che svolgono servizi di pubblico interesse³³⁸. Invero, lo spossestamento di beni potrebbe impedire il perseguimento del fine pubblico, ostacolando servizi inerenti alla sicurezza pubblica, all'ordine pubblico o sanitari. Allo stesso modo, l'esercizio provvisorio determina una sostituzione dell'amministrazione pubblica con una privata, influenzando così anche le future scelte gestionali. Tutto ciò non può che ripercuotersi anche sulla liquidazione dell'attivo, proprio perché la contrapposizione degli interessi pubblici e privati conduce inevitabilmente a scelte che pregiudicano gli uni o gli altri.

In conclusione, aderendo al citato orientamento, sembrerebbe che la risposta fornita dal legislatore nel T.U. delle società a partecipazione pubblica, e confermata dal più recente codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, non sia quella ottimale dato che la parificazione tra società pubbliche e private non tiene conto degli interessi in gioco. Sarebbe parso pertanto più appropriato la predisposizione di una disciplina concorsuale *ad hoc*, che avrebbe trattato le società *in house* quale *tertium genus*, tenendo presente il ruolo che le stesse svolgono e dei servizi che forniscono.

4. La responsabilità dei membri degli organi di governante e dell'ente tra diritto pubblico e privato in caso di crisi e fallimento.

La complessa fenomenologia delle società pubbliche legate, per l'aspetto organizzativo interno, alle norme di diritto privato esprimono un carattere del nostro tempo che, con forza, ha calato nella realtà istituzionale pubblica, soggetti di natura, formalmente, privatistica per il perseguimento di fini di interesse pubblico e per l'erogazione di servizi pubblico.

L'ente pubblico è stato, dunque, calato fino a completo assorbimento nella dimensione dell'impresa.

Tuttavia, il ricorso a siffatti schemi societari, in mancanza di un sistema normativo unitario e sistematico (prima del T.U.S.P), ha spinto (come detto) tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, ad interrogarsi sulla eventuale natura

³³⁸ Ibidem, 760 ss.

ibrida delle società *de quibus* quanto sul piano su cui avrebbe dovuto riposare la disciplina delle stesse.

Invero, è risultato evidente come il ricorso al modello societario da parte della pubblica amministrazione può esporre ad abusi in grado di alterare il principio della libera concorrenza, costituendo, tra gli altri, un modo per aggirare i limiti posti dalla disciplina sui contratti pubblici e, in particolare, sull'affidamento di appalti e concessioni tramite procedure ad evidenza pubblica.

E “così è accaduto che a seconda che si dovesse stabilire la giurisdizione in materia di appalti, o la giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori, si è assistito ad un orientamento non univoco, anzi assai oscillante e sinusoidale, della dottrina e della giurisprudenza in ordine all’assoggettamento delle società partecipate alle norme del diritto pubblico o a quelle del diritto privato”³³⁹.

Questa incertezza sul regime giuridico da applicare alle società partecipate ha dato luogo, negli anni passati, ad un oscillante e non univoco orientamento giurisprudenziale soprattutto con riferimento all’assoggettamento degli amministratori delle società partecipate pubbliche alla giurisdizione della Corte dei conti o del giudice ordinario per i danni dagli stessi cagionati al patrimonio sociale, essendosi passati da un orientamento in cui si è ritenuto prevalente l’aspetto pubblicistico, e quindi assoggettabili gli amministratori e i dipendenti delle società partecipate alla giurisdizione della Corte dei conti (cfr. ord. Cass. sez. un. civ., 22 dicembre 2003, n. 19667; sent. Cass. sez. un. civ., 26 febbraio 2004, n. 3899), ad un orientamento più restrittivo in cui si è ritenuto che la giurisdizione della Corte dei conti fosse limitata al danno all’immagine dell’ente pubblico partecipante, (cfr. Cass. sez. un. civ., 19 dicembre 2009, n. 26806), fino all’arresto giurisprudenziale da ultimo affermato dalla Corte regolatrice secondo cui la giurisdizione del giudice contabile sussiste solo con

³³⁹ MIELE, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche* in *Le Società Pubbliche di Fimmanò e Catricalà* (a cura di), Tomo 1, 598. Si veda sul punto quanto esposto *infra* III°, par. 6.

riferimento agli amministratori e dipendenti delle c.d. società *in house* (cfr. sent. Cass. Sez. un. civ., 25 novembre 2013, n. 26283).

Ad ogni buon conto, le società partecipate da un ente pubblico non perdono la loro natura di enti privati per il sol fatto che il loro capitale sia formato da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, conformemente agli orientamenti espressi sia dalla Corte di Giustizia della UE³⁴⁰ sia dalla Corte Costituzionale che con le sentenze n. 35/1992 e n.233/2006 tanto da ricondurre al diritto privato le disposizioni sulla nomina e sulla revoca degli amministratori sottolineando come *l'intuitus personae* sotteso al rapporto di nomina degli amministratori esclude la rilevanza immediata dei principi di cui all'art. 97 Cost., comma 2.

Se non che, all'esito di questo annoso dibattito, si è giunti alla positivizzazione delle disposizioni che prevedono l'assoggettamento dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina delle società di capitali.

Tale rinvio alle norme del codice civile assume particolare rilievo soprattutto per quanto riguarda l'individuazione del regime della responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, come emerge dall'art. 12 TU società.

L'assoggettamento delle società pubbliche alle norme del codice civile comporta che, in linea di principio, la responsabilità dei soggetti preposti agli organi di gestione e di controllo è regolata dalle norme dettate dagli artt. 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis, 2395, 2476 c.c. e 146, comma 2 l.fall che disciplinano la responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo di qualsivoglia società di capitali.

Le norme *testè* citate prevedono, come è noto, che gli amministratori della società sono responsabili: verso la società (artt.2392, 2393,2476, comma 1, c.c); verso i creditori sociali (art. 2394 c.c.); infine verso i soci ed i terzi, per i danni direttamente subiti in conseguenza di atti illeciti, dolosi o colposi, compiuti dagli amministratori della società (artt.2395 e 2476, comma 6, c.c.).

³⁴⁰ Sentenze Volkswagen del 23/10/2007 causa C-112/05 e Sentenza Federconsumatori del 06/12/2007 nei procedimenti riuniti Nn. C-463/04 E C-464/04

Non è pleonastico ricordare che, tra le disposizioni applicabili, l'art. 2392, comma 1, c.c. preveda, in particolare, che *“gli amministratori... sono responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di...doveri...ad essi imposti dalla legge e dallo statuto”*.

Nel medesimo senso depone poi l'art. 2476, comma 1, c.c. che, in tema di s.r.l., prevede che *“gli amministratori sono...responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge o dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società”*.

Ancora l'art. 2394 c.c, dettato in tema di società per azioni, dispone che gli amministratori della società sono responsabili anche nei confronti dei creditori sociali *“per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale”* e che tale azione *“può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti”*.

Infine, l'art. 2395 c.c. dispone che, nella società per azioni anche i soci ed i terzi hanno il diritto al risarcimento dei danni direttamente subiti in conseguenza di atti illeciti dolosi o colposi compiuti dagli amministratori della società.

Siffatta ricostruzione consente di affermare che il solo regime applicabile alle società a controllo pubblico sia quello civilistico ordinario, ossia l'esperimento delle normali azioni di responsabilità da parte della società ed, eventualmente, dei creditori sociali.

Tuttavia, l'applicazione delle disposizioni civilistiche (ma anche fallimentari) pone anche un ulteriore tema rispetto alla legittimazione delle azioni esperite nei confronti degli amministratori delle società in mano pubblica.

Può dirsi che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria, l'azione sociale e l'azione dei creditori sociali sono riservate, rispettivamente, dal curatore, dal commissario liquidatore e dal commissario straordinario (art. 2394-bis c.c., 146, comma 2, lett. a, e 206 l.fall).

Il socio ed il terzo direttamente danneggiati restano, invece, legittimati in via esclusiva all'esercizio dell'azione sempre che si tratti di danno diretto³⁴¹.

Così tracciata la disciplina della responsabilità per danno da *mala gestio* posta dal codice civile che, stante il rinvio di cui all'art. 12 T.U.S.P. primo periodo, si applica anche nel caso di società a partecipazione pubblica, si deve ora porre l'attenzione sulla circostanza che tale danno assume un ulteriore connotato qualora vi sia il coinvolgimento di una amministrazione pubblica.

Infatti, accanto alla responsabilità civile di cui si è discusso si deve prendere in considerazione anche la circostanza che la *mala gestio* degli amministratori possa risolversi in danno del socio pubblico provocando quello che è definibile come danno erariale, cioè un danno involgente il patrimonio pubblico e che provochi un pregiudizio diretto all'amministrazione pubblica. Tale tipologia di danno non dà luogo a responsabilità civile, ma determina la c.d. responsabilità contabile dei dipendenti pubblici tanto da rientrare nella giurisdizione della Corte dei Conti.

Tuttavia affinché sia possibile ravvisare una responsabilità contabile degli amministratori è necessario che gli stessi si trovino in rapporto diretto con l'amministrazione pubblica ai sensi dell'art. 18 dpr n. 3/1957 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato) il quale prevede appunto che l'impiegato delle amministrazioni pubbliche è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti dalla violazione di obblighi di servizio, e per tali casi è sottoposto alla giurisdizione della Corte dei Conti ai sensi dell'art. 19 del medesimo decreto. In questi casi l'azione di responsabilità viene esercitata ai sensi dell'art. 1 l. 20/1994 contenente disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti.

Dunque, i presupposti affinché sia ravvisabile la responsabilità contabile di cui si discute sono individuabili nella integrazione di un danno erariale e che

³⁴¹ Sul punto giova riportare Cass. Civ. n.6870/2010 secondo cui “l'art. 2395 c.c. legittimi il terzo, anche dopo il fallimento della società, all'esperimento dell'azione per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di atti dolosi o colposi compiuti dall'amministratore, ma solo se essi siano conseguenza immediata e diretta del comportamento denunciato, e non il riflesso di quelli eventualmente cagionati al patrimonio sociale” e “ la lesione diretta non è ravvisabile laddove l'attività posta in essere dall'amministratore abbia leso l'integrità del patrimonio sociale, determinandone l'insufficienza a soddisfare le ragioni dei creditori sociali”.

tale danno sia stato provocato da soggetto che abbia con l'amministrazione danneggiata un rapporto di servizio e che lo stesso abbia agito in violazione dei doveri sullo stesso incombenti in ragione del suddetto rapporto.

Infatti in ragione del rapporto di servizio tra pubblica amministrazione e singolo vengono conferiti al singolo persona fisica specifici poteri che lo stesso ha il dovere di esercitare secondo le modalità previste dall'amministrazione e per la realizzazione dei fini da essa stabiliti.

La questione che si pone è quella di conciliare l'attività di amministrazione della società, che si incentra anche su decisioni di carattere discrezionale, con la possibilità che da tale attività consegua la realizzazione di un danno erariale qualora le scelte compiute dagli amministratori si risolvano in pregiudizio della pubblica amministrazione partecipante alla società.

In passato la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva sostenuto che *“in ogni caso di mala gestio comportante una diminuzione del patrimonio sociale sarebbe ravvisabile una ipotesi di danno erariale, derivante appunto dalla riduzione del patrimonio sociale”*³⁴², tuttavia, a ben vedere, siffatta soluzione finiva con lo svilire l'utilità stessa del ricorso al modello societario come strumento dell'azione pubblica e, al contempo, comportava un eccessivo aggravamento della posizione dell'amministratore che, seppur non avvinto alla pubblica amministrazione da un rapporto di servizio, finiva per essere ritenuto responsabile del danno erariale.

Si formò così un nuovo filone che riteneva che la responsabilità contabile dell'amministratore fosse ravvisabile solamente qualora l'attività di *mala gestio* avesse riguardato atti di disposizione del patrimonio sociale incompatibili con le finalità proprie della pubblica amministrazione partecipante, dovendo quindi indagarsi il fine degli atti di gestione posti in essere dagli amministratori della società.

Tuttavia anche seguendo le conclusioni di questo orientamento si finiva per limitare l'attività della società, escludendo margini di discrezionalità per l'organo amministrativo, oltre a pregiudicare fortemente la posizione

³⁴² Cfr. *ex multis* C sss. Sez. Un.civ, 22 dicembre 2003, n. 19667, 26 febbraio 2004, n.3899

dell'amministratore il quale risulterebbe sempre responsabile dal punto di vista contabile qualora compia scelte non dannose per il patrimonio sociale, ma incompatibili con i fini pubblici.

Per tali motivi, è stato ritenuto preferibile quell'orientamento che pone l'attenzione sull'indagine specifica della posizione dell'amministratore e della sussistenza di un rapporto di servizio con la Pubblica amministrazione, andando poi a verificare se gli atti di *mala gestio* si siano effettivamente risolti in pregiudizio della quota del socio pubblico³⁴³.

Si è ritenuto³⁴⁴, infatti, che presupposto per il riconoscimento della responsabilità contabile sia la sussistenza di un rapporto di servizio che avvince l'amministratore della società al socio ente pubblico, il quale impone all'amministratore dipendente pubblico di esercitare i poteri pubblici ad esso conferiti in modo conforme alla legge, realizzando i fini pubblici, dovendo lo stesso rispondere nei confronti della pubblica amministrazione di appartenenza qualora risulti concretamente inadempiente di tali suoi doveri e solamente se tale condotta si sia risolta in danno della partecipazione della pubblica amministrazione stessa.

In tal modo è irrilevante la circostanza che una decisione dell'amministratore possa aver comportato una riduzione del patrimonio sociale se questa non abbia anche provocato un danno nei confronti del socio pubblico, dovendo quindi verificarsi che sia stata "danneggiata" la sua singola partecipazione.

Pertanto, una volta che sia stata verificata la presenza di un rapporto di servizio tra l'amministratore e il socio pubblico, successivamente si dovrà indagare sul concreto pregiudizio patito, come conseguenza diretta o indiretta della gestione, da parte del patrimonio della pubblica amministrazione partecipante.

³⁴³ Sul punto esaurientemente MIELE, *Il revirement delle Sezioni Unite civili della Cassazione operato con la sentenza n.26806/2009 del 19 dicembre 2009 e con l'ordinanza n.159 del 15 gennaio 2010: la giurisdizione del giudice contabile limitata alla quota di danno al patrimonio pubblico dell'ente partecipante* in op.cit., 626

³⁴⁴ TETA, *Danno da mala gestio e responsabilità degli amministratori delle società pubbliche ed in house*, www.justowin.it, 2019/05/27.

Tale *iter* di verifica pare oggi incarnato nell'art. 12, co. 1, secondo periodo T.U.S.P.) che accanto alla responsabilità civile regolamentata dal codice civile fa salva la responsabilità contabile conseguente alla integrazione del danno erariale, sulla quale è chiamata a decidere la Corte dei Conti.

5. La responsabilità per attività di etero direzione abusiva ex art. 2497 c.c. dell'ente socio e dei suoi amministratori in caso di crisi e fallimento.

Il complesso impianto normativo che regola le società pubbliche (in tutte le sue manifestazioni) è alimentato dalla necessità di certezza di collocamento di tali società all'interno dell'ordinamento per tutelare il mercato, in cui operano, ed in terzi con cui contraggono volontariamente o involontariamente.

Il legislatore, anche a seguito dell'introduzione del T.U.S.P. affida al diritto comune l'aspetto patologico dell'abuso del dominio dell'ente pubblico socio a seguito dell'insolvenza

Non appare discutibile che laddove ci sia l'ipotesi di controllo "analogo" (anche per come contemplato dalle sezioni unite) siamo di fronte ad un caso di violazione, *in re ipsa*, delle regole dettate dal codice civile in tema di direzione e coordinamento, tanto da determinare una fonte di responsabilità diretta verso soci e creditori *ex art. 2497 c.c.* e di responsabilità risarcitoria aggiuntiva di "*chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio*" (art. 2497, co. 2, c.c.).

Non di rado ci si trova, in caso di crisi e fallimento della società *in house*, in una situazione in cui c'è la responsabilità dell'ente pubblico per abuso del dominio, dei suoi amministratori e dirigenti per la stessa ragione (e per aver violato le regole di contabilità) esponendo l'ente a spese indiscriminate e degli amministratori e dirigenti della società partecipata per aver preso parte al fatto lesivo. Se la responsabilità consiste nel depauperamento del patrimonio dell'ente generato dal danno al patrimonio della società partecipata e dominata, gli amministratori di quest'ultima saranno responsabili in solido come quelli dell'ente-*dominus* per aver preso parte al fatto lesivo.

5.1. *L'attività di etero direzione abusiva ex art. 2497 c.c.: elementi essenziali dell'istituto e natura della responsabilità*

Innanzitutto l'art. 19, co. 6, del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, conv. in L. 3 agosto 2009, n. 102, ha dettato un'interpretazione autentica del primo comma dell'art. 2497 c.c., specificando che *“l'articolo 2497, primo comma, del codice civile, si interpreta nel senso che per enti si intendono soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria”*³⁴⁵, cosicché può affermarsi la possibilità di agire in giudizio contro enti pubblici diversi dallo Stato medesimo esercenti l'attività di direzione e coordinamento di società.

L'attività di etero direzione *ex art. 2497 c.c.*, di cui a breve si esporranno gli elementi essenziali, se compiuta abusando della società pubblica partecipata a beneficio dell'ente solo per tenerlo a riparo dalle stringenti norme di contabilità pubblica, è quindi una clausola di salvaguardia per riequilibrare posizioni asimmetriche e schermi su cui neppure il T.U.S.P. è riuscito ad incidere.

L'art. 2497 c.c.³⁴⁶, introdotto con la riforma societaria del 2003, ha tipizzato la figura della responsabilità per abuso di direzione unitaria.

³⁴⁵ Cfr., in tema, MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., p. 320; GUERRERA, *«Compiti» e responsabilità del socio di controllo*, in *La disciplina dei gruppi di imprese. Profili sistematici ed esperienze applicative*, in R.D.S., 2008, 506; GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1021.

³⁴⁶ L'art. 2497 c.c. dispone che *“le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario”.

Senza che sia necessario o possibile in questa sede dare conto della molteplicità di interpretazioni circa la natura e i caratteri della fattispecie di responsabilità in esame proposte dalla dottrina, cionondimeno è possibile trarne frutto per individuarne gli elementi costitutivi, che si sogliono identificare nei seguenti elementi: *a)* l'esercizio **effettivo** di un'attività di direzione e coordinamento da parte della controllante; *b)* l'agire della controllante **nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui**; *c)* la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della controllata; *d)* il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società della controllata.

Per quanto attiene il primo requisito, giova rilevare come il legislatore abbia introdotto una regola di presunzione relativa, stabilendo, ai sensi dell'art. 2497 *sexies* c.c., che *“ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque la controlla ai sensi dell'art. 2359”*.

In presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (come nel caso di specie), pertanto, **si presume l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della controllante**, salva la possibilità di una prova contraria.

Ciò premesso, si pone comunque l'esigenza di riempire di contenuto la formula *“attività di direzione e coordinamento”*, evidenziando quali ne siano i connotati essenziali.

Al riguardo, è opinione condivisa in dottrina³⁴⁷ che essa consista *“nell'esercizio effettivo del potere di una società o ente di dirigere e coordinare altre società o enti secondo un progetto unitario: e questo mediante un coordinamento — e non necessariamente un accentramento — di una o più delle funzioni essenziali dell'impresa cd. dipendente ... In questa prospettiva non è sufficiente, evidentemente, un atto di controllo, ossia un'influenza*

³⁴⁷ TOMBARI, *I gruppi di società*, in *Le nuove s.p.a.* Opera diretta da Cagnasso Panzani, Bologna, 2010, 1754 cs.; nello stesso senso, tra i molti, vedi MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi sociali: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 320 ss..

esercitata solo a livello di assemblea della controllata mediante esercizio del voto, senza ingerenza nella gestione delle società controllate, ma è richiesta una attività continuata nel tempo di direzione e coordinamento”.

Per quanto attiene il secondo requisito, esso impone una valutazione di funzionalizzazione dell’attività di direzione e coordinamento rispetto al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio della controllante o di un terzo. Sul punto, è da sottolineare che la nozione di “interesse imprenditoriale” non si identifica con lo “scopo lucrativo”, così che può esservi “abuso” anche quando la controllante non persegua un proprio scopo lucrativo.

Per quanto riguarda il terzo requisito, si afferma che una società è gestita in modo contrario ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale quando la sua conduzione complessiva le preclude la possibilità di operare come autonomo centro di profitto³⁴⁸.

In merito, in ultimo, al danno subito dai creditori sociali (quarto requisito), esso è conseguente alle carenze patrimoniali che conseguono all’abuso ed alla successiva incapacità di adempiere le proprie obbligazioni. E proprio con riferimento al danno, in particolare, l’art. 2497, co. 1, c.c. precisa che *“non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”.*

È questo il riconoscimento legislativo della c.d. teoria dei vantaggi compensativi, che impone una valutazione complessiva delle operazioni poste in essere nell’ambito del gruppo.

5.2. Le differenti condotte in cui può sostanziarsi l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento

Esposti i requisiti dell’attività di direzione e coordinamento, vanno chiarite le differenti condotte attraverso cui può sostanziarsi l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento.

Il dominio può essere esercitato mediante tutti gli strumenti possibili.

³⁴⁸ TOMBARI, *I gruppi di società, op cit.*, 1764.

Il controllo assembleare e l'*influenza* dominante (in via partecipativa o contrattuale) possono rappresentare indici meramente presuntivi, ma il controllo e la direzione possono concretizzarsi *anche di fatto* con le modalità più disparate.

L'art. 2497 *sexies* c.c., come detto innanzi contempla, infatti, una mera presunzione relativa, che ammette prova contraria, nei casi in cui l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata dalla società (o dall'ente) tenuta al consolidamento dei bilanci o che comunque, ai sensi dell'art. 2359 c.c.³⁴⁹, esercita il controllo disponendo «*della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria*» della società, o «*di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria*»³⁵⁰ o «*...in virtù di particolari vincoli contrattuali*»³⁵¹ che generano una *influenza dominante*.

Quest'ultima forma di controllo c.d. *esterno* si identifica con un *potere effettivo* nei confronti della società dominata - che prescinde dalle regole organizzative della stessa - di determinarne o comunque influenzarne l'attività d'impresa³⁵².

³⁴⁹ Sulla natura e gli effetti delle presunzioni in esame *cf.* NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983 s.

³⁵⁰ La giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che mentre il controllo di una società su un'altra è presunto in caso di maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, per dimostrare l'influenza dominante è indispensabile verificare in concreto l'andamento delle assemblee della partecipata per un arco di tempo ragionevolmente significativo, al fine di valutare se vi sia stata un'effettiva capacità di controllo da parte dell'asserita controllante. Un socio detentore di una partecipazione consistente, ma non della maggioranza assoluta, è in grado di esercitare un'influenza dominante nella società partecipata quando il capitale sociale è molto parcellizzato e/o si registri un costante assenteismo dei soci nella partecipazione alle assemblee, di talché per determinare l'approvazione delle delibere non è richiesta la detenzione della maggioranza assoluta delle azioni (*cf.* Trib. Venezia, 10.02.2011, in www.ilcaso.it).

³⁵¹ Come noto, si distingue convenzionalmente il controllo interno (di diritto o di fatto in quanto minoritario ma in grado di svolgere un'influenza dominante sulla società partecipata, a causa dell'assenteismo degli altri soci o per la frantumazione delle residue partecipazioni), indiretto o mediato (tramite le azioni o quote possedute da una controllata) ed esterno (al riguardo DAL SOGLIO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, vol. III, 2302).

³⁵² Parte della dottrina ha ritenuto ancora restrittiva la formulazione comprensiva dei soli vincoli contrattuali che sarebbe inadatta a comprendere altre forme di controllo esterno, ugualmente incisive, ma di natura extracontrattuale. Tra queste forme di controllo, che sembravano sottrarsi allo stretto ambito del contratto, si ricorda, in particolare la coincidenza di fatto degli amministratori, o la nomina di *loro parenti* nelle società collegate, contemplate espressamente dalla normativa sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (*cf.* MUSSO, *Il controllo societario mediante particolari vincoli contrattuali*, in *Contratto e impr.*, 1995, 22).

Il *carattere esistenziale* del rapporto contrattuale configura in tal caso un'ingerenza nella gestione che si concretizza attraverso le decisioni degli organi della controllata³⁵³. Il contratto peraltro non ha ad oggetto il controllo, *ma la produzione*. L'abuso della *dipendenza economica* può così tradursi di per sé in abuso dell'attività di direzione e coordinamento con la conseguente responsabilità riconosciuta dalla giurisprudenza anche prima delle riforme³⁵⁴.

Il controllo, in questo caso, non si realizza attraverso l'organizzazione societaria, ma attraverso *il risultato* dell'esercizio dell'attività economica, cioè la *produzione* che la controllante indirizza mediante il rapporto contrattuale verso il proprio profitto³⁵⁵. Si tratta, infatti, di fattispecie diversa da quella dei contratti c.d. *di dominazione*, costitutivi del diritto di esercitare un penetrante controllo gestionale sulla società, di tipo verticale od orizzontale³⁵⁶ (oggetto dell'ulteriore presunzione prevista dall'art. 2497 *septies* c.c.)³⁵⁷.

³⁵³ Si veda sul punto FIMMANÒ, *Il macro problema irrisolto della responsabilità dell'ente socio per abuso del dominio della società partecipata*, in Fimmanò F. Catricalà A., *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, 52,

³⁵⁴ L'abuso di dipendenza economica, ad es. dell'impresa che impone al subfornitore od al concessionario in esclusiva condizioni e prezzi contrari al suo interesse ed alla corretta gestione imprenditoriale, è stato riconosciuto in astratto come ipotesi di controllo abusivo, anche se nella fattispecie concreta esaminata (c.d. *caso Armani*) non è stato provato il nesso eziologico (cfr. Cass. Civ. 27.09.2001 n. 12094, in *Giur. comm.*, 2002, II, 675; Trib. Milano, 28 aprile 1994, in *Società*, 1995, 74; App. Milano, 5 giugno 1998, inedita ma commentata da MUSSO, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo contrattuale*, in *Contr. imp.*, 1999, 355; in tema cfr pure ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica e controllo societario*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 72 s.; SCHIANO, DI PEPE, *Subfornitura e controllo societario*, in AA.VV., *Contratti di subfornitura. Qualità e responsabilità*, Milano, 1993, 87 s.).

³⁵⁵ RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 33, nt. 36 osserva che «la previsione di un rimedio tipicamente civilistico come quello della nullità del patto che può realizzare l'abuso appare neutra rispetto alla questione riguardante la possibilità che attraverso la stipulazione di contratti che determinino "un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi" vengano realizzati anche fenomeni di integrazione più intensa come la nascita di una relazione di controllo».

³⁵⁶ Sul tema di veda FIMMANÒ, *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, in www.ilcaso.it, t Sezione II – Dottrina, opinioni e interventi documento n. 70/2007. L'Autore riferisce che secondo un certo orientamento l'art. 2497 *septies*, c.c., ha come referente il gruppo paritetico (SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.) in linea con l'interpretazione proposta dalla Relazione illustrativa del d. lgs. n. 34 del 2004 e n. 310 del 2004 (contra: VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 874, secondo cui i contratti alla fonte dell'attività di direzione e coordinamento, proprio in virtù del contenuto precettivo dell'art. 2497 *septies*, c.c., non possono che essere contratti che riguardano gruppi gerarchici). Secondo altra interpretazione i contratti di dominio ivi contemplati potranno implicare l'obbligo della società sottoposta, e per essa dei suoi amministratori, di attenersi alle strategie imprenditoriali impartite da chi esercita la direzione, ma non fino al punto di escludere ogni autonomia di valutazione e di decisione (cfr. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*,

Dunque, seppure la manifestazione più “tipica” di controllo (e di conseguente abuso) è, la detenzione di quote di partecipazione al capitale tali da garantire diritti di voto in assemblea in misura sufficiente ad influenzare in modo notevole o dominante le politiche finanziarie e gestionali di un’entità³⁵⁸, tuttavia, sotto un profilo sostanziale, non di rado, il vero potere decisionale in una azienda spetta a chi apporta le risorse principali e non sempre queste sono rappresentate esclusivamente dal capitale, specie quando l’azienda per raggiungere i propri obiettivi, ha bisogno di fattori non liberamente disponibili sul mercato e non facilmente acquisibili pur disponendo di denaro.

I fornitori di risorse, il cui flusso continuo esprime la “*condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità d’impresa della controllata*” possono di fatto detenere, seppur in via informale, una capacità di direzione e di coordinamento addirittura superiore a quella, in via formale, assegnata ai soci.

In sede giurisprudenziale, poi, lo stesso Tribunale di Napoli ha evidenziato come “*quando l’impresa o le imprese dominate sono società di capitali etero dirette contro l’interesse sociale, e cioè utilizzate come veicolo di una condotta economica e strategica unitaria nell’interesse extrasociale, la questione non è più l’imputazione sostanziale degli atti, né l’abuso della personalità giuridica,*

in *Società*, 2004, 541). Meritevole di attenzione appare tuttavia anche l’interpretazione secondo cui con la norma in commento il legislatore ha espressamente previsto “l’attività di direzione e coordinamento sulla base di un contratto”, ritenendo non soddisfacenti né l’applicazione della norma ai gruppi paritetici, né la visione della stessa come una duplicazione dell’art. 2359, co. 1, n. 3, c.c. in quanto erronea (cfr. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, n. 2-3, 329.).

³⁵⁷ Nella definizione dell’art. 2359 n. 3, *l’influenza dominante* non è il nucleo del contratto, quanto piuttosto la conseguenza di altri rapporti contrattuali, in forza dei quali si genera una situazione di dipendenza di una società rispetto ad un’altra. Si è rilevato che «elemento costitutivo della fattispecie prevista nell’art. 2359, n.3, è l’influenza dominante sulla società. Occorre pertanto dimostrare il potere della controllante di determinare la politica imprenditoriale e di imporre le proprie scelte nella gestione della società controllata» (cfr. G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. impr.*, 1997, 343). Si è poi sostenuto che potrebbe essere sufficiente ai fini della configurabilità del controllo contrattuale un’influenza dominante anche solo potenziale, dovendosi analizzare, caso per caso, la finalità della disciplina da applicare ed il contenuto dei particolari vincoli contrattuali laddove «per influenza dominante allo stato potenziale si deve intendere, in prima approssimazione, la possibilità di influire sulla controllata determinandone i comportamenti» (cfr. MINERVINI, *La capogruppo e il “governo” del gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*. Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, vol. II, 1568).

³⁵⁸ Il controllo viene connotato dal ruolo predominante che il sistema giuridico riconosce alla risorsa capitale, per cui chi apporta tale risorsa ottiene il riconoscimento formale del potere di controllare e dirigere la società.

*né lo squarcio della segregazione, né la simulazione di società, né la trasformazione tacita in società in nome collettivo irregolare, né il ripristino della regola della responsabilità illimitata di cui all'art. 2740 c.c., ma appunto il dominio abusivo*³⁵⁹, avendo sul punto già la Suprema Corte (cfr. Cass. Civ. 12113/2002) precisato come *“l'impresa che svolge attività di direzione e coordinamento delle attività delle società partecipate persegue un risultato economico diverso da quello della mera sommatoria dei risultati altrimenti conseguibili dalle singole società e che è riferibile proprio alla attività di coordinamento e direzione”*.

Tale disamina non può che chiudersi menzionando un recentissimo pronunciamento (capofila nel panorama giurisprudenziale italiano) in tema di abuso di etero direzione *ex art. 2497 c.c.* da parte dell'ente socio emesso dal Tribunale di Napoli³⁶⁰ in cui sono evidenziati gli elementi ritenuti idonei ad attribuire un siffatta responsabilità all'ente pubblico (seppur in caso di fallimento).

In sintesi la pronuncia ha affermato che: a) l'azione di responsabilità per i danni derivanti dall'abuso di attività di direzione e coordinamento è esperibile dalla curatela fallimentare, a norma dell'art. 2497 u.c., anche nei confronti dell'ente pubblico locale che controlli una società di diritto privato, per *“finalità di natura economica o finanziaria”* a norma dell'art. 19 comma 6. D.L. 1 Luglio 2009 n. 78, imponendole una condotta contraria ai principi di corretta gestione societaria; b) il Legislatore, come precisato nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 6/2003, ha posto a base della responsabilità disciplinata dall'art. 2497 *“il fatto dell'esercizio di attività di direzione e*

³⁵⁹ Si veda Trib. Napoli 24 gennaio 2012.

³⁶⁰ Trib. Napoli, Sezione Specializzata in materia di imprese, 7 novembre 2019, Presidente Raffone - Estensore Grimaldi n. 9939/2019, pubbl. il 07/11/2019 (*inedita*). *Nella fattispecie l'attività di eterodirezione è desumibile dalla partecipazione di maggioranza della Provincia pari al 34,1 % del capitale atteso l'estremo frazionamento e l'assenteismo dell'azionariato di minoranza, dalle previsioni statutarie in materia di organo amministrativo sulla base di liste presentabili solo da soci che, da soli o congiuntamente, detenessero il 25 per cento del capitale, dalla nonché nella fattispecie concreta dal fatto che l'organo amministrativo era riferibile pienamente alla Provincia e composto da soggetti che avevano già ricoperto incarichi dirigenziali all'interno dell'ente pubblico e dal fatto che le delibere assembleari siano la prova positiva dell'influenza dominante esercitata nei fatti dalla Provincia.*

coordinamento”, per cui se tale attività è da intendere come “fatto”, il suo effettivo esercizio è di per sé sufficiente a produrre le relative conseguenze giuridiche. Il fatto è riferibile a una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte gestorie dell’impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario industriale e commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali; c) tali violazioni dei principi di corretta gestione imprenditoriale dimostrano che l’ente controllante ha agito nell’interesse proprio che può individuarsi nell’interesse economicamente rilevante ad assicurare la continuazione della gestione del servizio di trasporto³⁶¹ pubblico, riversando esclusivamente sulla società partecipata i risultati negativi della gestione in perdita, così traendone vantaggio in pregiudizio della stessa.

C’è da augurarsi che l’elaborazione giurisprudenziale, come dimostra l’approfondito pronunciamento partenopeo, avrà sempre un effetto regolatore per colmare le lacune di sistema tra ente e società pubblica che il T.U.S.P. non è riuscito pienamente a colmare.

³⁶¹ Nel caso di specie la violazione dei principi di corretta gestione ha comportato l’impossibilità della controllata di operare come autonomo centro di profitto, a causa della decisione di proseguire l’attività mediante l’esercizio provvisorio, nonostante le continue perdite, nonché della delibera del finanziamento del relativo fabbisogno, eseguito però solo in parte ed in modo del tutto insufficiente a coprire le cospicue perdite via via accumulate.

BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA P., *Le società miste per i servizi pubblici locali: profili organizzativi speciali*, in *Le società miste per i servizi locali. Atti del convegno Messina, 22/23 novembre 1996*, a cura di Trimarchi, Milano, 1999.

ALBERTI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001.

ALBERTI C., *Appalti “in house”, concessioni “in house” ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2001.

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, 1969.

ANDREANI A., *Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 1996,

ANGELICI C., *Le società per azioni, I, Principi e problemi*, Milano, 2012.

ARENA A., *Spunti sulle società commerciali pubbliche, sugli enti pubblici imprenditori a struttura istituzionale, sulle società per azioni in mano pubblica e sugli enti pubblici non imprenditori sotto l'aspetto della privatizzazione. In parte disposta, in parte disponenda, in parte attuata, in parte attuanda*, in *Dir. fall.*, 1994.

ATELLI M., *In La Governance delle società a partecipazione pubblica tra diritto pubblico e diritto privato* in *Le società Pubbliche nel Testo Unico*, 2017.

BARTOLINI A., *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008.

BARTOLOMUCCI S., *L'annoso problema delle società partecipate pubbliche: spunti di riflessione su natura ed organizzazione muovendo dalla relazione 2014 della Corte dei conti*, in www.rivista231.it

BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, 1959.

BIXIO A., *La statualità come momento di una teoria giuridica della società*, in www.ordines.it (rivista semestrale telematica giuridica, numero 2 – dicembre 2017).

BONETTI T., *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011.

BOSI G., TRENTO S., *Il governo dell'impresa. Economia e diritto della corporate Governance*, 2012.

BRANCA G., PIZZORUSSO A., *Art. 128 Supplemento. Ordinamento delle autonomie locali. Elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio*, in *Commentario della Costituzione* fondato da Branca e continuato da Pizzorusso, Bologna, Il Foro Italiano, 1996.

BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino 2015 e di Luciano A., *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016.

BUONOCORE V., *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994.

CACCIOTTI S., *Diritto amministrativo*, Milano, 2008.

CAFAGNO M., MANGANARO F., *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *L' intervento pubblico nell'economia. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, V, Firenze, 2017.

CALCAGNILE M., *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro Amm. TAR*, 2012.

CAMERLENGO Q., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.

CAMMELLI M., *Le gestioni comunali. L'azionariato pubblico*, in *Atti convegno Provincia Sicilia*, Catania 1988.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale - 1.Diritto dell'impresa*, Milano, 2008.

CAMPOBASSO G.F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998.

CAMPOFILONI F., *Interesse pubblico e causa societaria: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse in Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò-Catricalà, Napoli, 2017.

CAMPORESI R., *"Tusp": la definizione dell'attività prevalente ex art. 16 nelle Società capogruppo "in house"*, in www.entilocalionline.it.

CAPALBO F., *La società a partecipazione pubblica in Italia e all'estero: numeri e incidenza sull'economia*, in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò-Catricalà, Tomo 1, Napoli, 2017.

CAPANTINI M., *Contratto di servizio e affidamento in house*, in *Riv.it. dir. pubb. com.*, 2004, p. 801; URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005.

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo, profili sostanziali e processuali* (Tomo I), Milano, 2011.

CARINGELLA F., GAROFOLI R., SEMPREVIVA M.T., *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007.

CARINGELLA F., *L'affidamento in house*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di Garofoli R., Sandulli M.A., Milano, 2005.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013.

CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, 2005.

CAVAZZUTI F., *Forme societarie, intervento pubblico locale e «privatizzazione» dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. it.*, 1991.

CECCO DE M., TONIOLO G., *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Bari, 2014.

CERIONI F., *La responsabilità patrimoniale di pubblici dipendenti e le esimenti. Le nuove fattispecie di responsabilità emergenti dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e dai decreti attuativi*, in www.Ammministr@tivamente.com.

CERIONI F., *Le società pubbliche nel testo unico*, Milano, 2016.

CERIONI F., *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariali*, in *Le società pubbliche* a cura di F. Fimmanò e A. Catricalà, Tomo 2, Napoli, 2017.

CERULLI IRELLI V. – LIBERTINI M., *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, 2019.

CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90. I parte*, in www.giustamm.it, 2005.

CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, 2019.

CIANCI E., *Nascita della Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977.

CICOGNA C., *L'outsourcing delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione*, in Astrid-online.it;

CILLIS A., *La via italiana all'affidamento in house: dai requisiti Teckal al nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.italiappalti.it, 29.11.2019.

CIOCCA P., *Ricchi per sempre? Una storia economica d'Italia (1796-2005)*, Torino, 2007.

CIRENEI M.T., *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. VIII, Torino, 1992.

CIRENEI M.T., *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo G. E. e Portale G.B., vol. VIII, *Società di diritto speciale*, Torino, 1992.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *La funzione amministrativa e il diritto privato*, in *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, a cura di Civitarese Matteucci e Gardini, Bologna, 2004.

CONTESSA C., *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2014.

COPPOLA M., *In house providing. La Corte dei conti conferma, anche alla luce del Tusp, l'inderogabilità del requisito dell'attività prevalente nella sua definizione quantitativa*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2, Marzo-Aprile 2019.

COSMAI P., IOVINO R., *Riforma delle società partecipate. Guida operativa al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2016.

COSSU M., *Le s.r.l. in houseproviding per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società pubbliche*, a cura di Ibba C, Malaguti M.C., Mazzoni A., Torino, 2011.

COSTA C., *Brevi considerazioni in ordine alle società partecipate da enti pubblici locali*, in *Studi in onore di Mazzocca*, Napoli, 2014.

COTTINO G., *Diritto commerciale*, Padova, 1994.

COTTINO G., *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Imprese e società, Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol. I, Napoli, 1968.

CUONZO R., *L'applicazione del diritto comune alle società pubbliche*, in www.federalismi.it

D'ANTONE', *Straordinarietà e Stato ordinario*, in BARCA F. (a cura di), *Storia del capitalismo italiano. Dal dopoguerra a oggi*, Donzelli, Roma 1997.

D'ARIES C., *Commento all'art. 6*, in D'Aries – Glinianski – Tessarto, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – commento articolo per articolo della nuova disciplina*, Rimini, 2016.

D'ATTORRE G., *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò - Catricalà, Tomo 1, Napoli, 2017.

D'ATTORRE G., *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento* a cura di M. Sandulli, Milano, 2007.

D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 2014.

D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009.

D'ATTORRE G., *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò – Catricalà, Tomo 2, Napoli, 2017.

DE BENEDETTO M., *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*.

DE PRETIS D., *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, a cura Chiti M. P., Bologna, 2005.

DE RITIS R., *L'introduzione delle c.d. quote rosa negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012.

DELSIGNORE M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, 2012.

DELLA SCALA M.G., *Le società legali pubbliche*, in *Diritto Amministrativo*, 2005.

DI CHIO G., voce *Società a partecipazione pubblica*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Comm.*, XIV, Torino, 1998.

DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995.

DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016.

DUGATO M., *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, a cura Aicardi, Mastragostino e Dugato, Bologna, 2014.

DUGATO M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004.

DUGATO M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004.

FAZIOLI R., *Economia delle public utilities*, Roma, 2013.

FERRARA F. – BORGIOLO A., *Il fallimento*, Milano, 1995.

FIMMANÒ F. – OCCORSIO V., *Il decreto correttivo al TUSP: novità per adempimenti e adeguamenti statutari*, in *Le società pubbliche*, Napoli, 2017.

FIMMANÒ F., *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici locali e dei beni culturali*, in A.a. V.v., *Tutela della persona, beni comuni e valorizzazione dei nuovi diritti*, Napoli, 2008.

FIMMANÒ F., *Appunti in tema di società gestione dei servizi locali e dei beni culturali*, in *Tutela della persona beni comuni e valorizzazione dei nuovi diritti*, S. Giova, Napoli, 2008

FIMMANÒ F., *La giurisdizione concorrente sulle azioni di responsabilità nelle società pubbliche*, in *Riv. Corte dei Conti*, 1, 2019.

FIMMANÒ F., *La natura delle società pubbliche e la conseguente fallibilità*, in *www.giustiziacivile.com*, 16 gennaio 2018.

FIMMANÒ F., *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. Fall.*, 2010.

FIMMANÒ F., *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.*, 2009.

FIMMANÒ F., *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. Civ.*, 2014.

FIMMANÒ F., *Strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento ed insolvenza delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò-Catricalà, Napoli, 2017.

FIMMANO' F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di Fimmanò, Ricerche di Law & Economics, Milano, 2011.

- FIMMANO' F., *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, in *Società*, 2013.
- FIORANI L.E., *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012.
- FIorentino L., *L'esternalizzazione delle attività amministrative: l'acquisto di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni e il patrimonio immobiliare dello Stato*, in *Economia dei servizi*, 2, 2009.
- FLORA P., HEIDENHEIMER A. J. (a cura di), *lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Bologna, 1983.
- GALGANO F., *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, in *Riv. dellesoc.*, 1982.
- GALLO M. L., *Fallimento delle Società in house: la storica svolta della Cassazione*, in *Giur. civile*, 2018.
- GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, VIII Edizione, 2015.
- GIANNINI M. S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958.
- Giusti C.A., *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica*, Torino, 2018.
- GOISIS F., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Diritto dell'Economia*, n. 1/2013.
- GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008.
- GOISIS F., *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011.
- GOISIS F., *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione"*, in *Dir. proc. amm.*, 2011.
- GUARINO R., *La "causa pubblica" alla luce del Testo Unico 175 del 2016*, in *Le Società pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò-Catricalà, Napoli, 2017.
- GUARINO R., *La "causa pubblica" alla luce del testo unico n. 175 del 2016*, in *Le Società Pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò-Catricalà, Napoli, 2017.
- GUERRERA F., *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.
- HART O., *Corporate Governance: Some Theory and Implications*, *The Economic Journal*, 1995.

IANNOTTI DELLA VALLE A., *Alla Corte costituzionale l'onere motivazionale previsto per l'in house providing*, in www.appaltiecontratti.it, 21/11/2018.

IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA C., MALAGUTI M. C. E MAZZONI A., Torino, 2011.

IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.

IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.

IBBA C., MALAGUTI, MAZZONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino, 2011.

IBBA C., *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, 2010.

IMPARATO L., *Il modello della società in house: art. 16 del testo unico ed altre disposizioni dell'ordinamento*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò-Catricalà, Tomo I, Napoli, 2017.

ITALIA V., BASSANI M. (a cura di), *Le autonomie locali*, II vol., Milano, 1990.

ITALIA V., *Commento all'art. 1 bis (principi generali dell'attività amministrativa)*, in *L'azione amministrativa, commento alla l. 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35*, a cura di Italia e Sandulli, Milano, 2005.

JAEGERP.G., *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992.

LAZZARA P., *La funzione egolatria contenuto natura e regime giuridico in L'intervento pubblico nell'economia* (a cura di Cafagno, Manganaro, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana Studi* (a cura di Ferrara e Sorace, vol 5, Firenze *University Press*, Firenze, 2016.

LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in Benazzo-Cera-Patriarca, *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanon*, Torino, 2011.

LUCARELLI A., LONGHI L., *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali nella giurisprudenza costituzionale*, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Napoli, 2016.

LUNGARELLA M., *Il socio pubblico e il controllo sulle società a partecipazione pubblica*, in www.federalismi.it, 16 novembre 2018.

LUZZI F., *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *Analisi giur. Economica*, 2007.

MAMELI B., *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in *Urb e app.*, 2003.

- MARASÀ G., *Le “società” senza scopo di lucro*, Milano, 1984.
- MARCHEGIANI G., *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. affidamenti in house*, in *Riv.it.dir.pubb.com.*, 204.
- MARRAMA D., *La Plenaria – nicchia – sull’in house providing*, in *Gazzetta Forense*, n.2/2008.
- MASETTI D., *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l’ammissione alle gare amministrative (dopo l’art. 13 del “decreto Bersani”)*, in *www.giustamm.it*, 2008.
- MASSERA A., *L’in house providing: una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004.
- MASSERA A., *Nuovi aspetti dell’uso delle società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi per Ottaviano*, Milano, 1993.
- MASSERA A., *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009.
- MATALUNI F., *Le società a partecipazione pubblica: limiti di scopo e di attività*, in *Astrid Rassegna*, n. 16/2016.
- MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini, a cura di Di Cataldo, Meli e Pennisi*, tomo I, Milano, 2015.
- MAZZAMUTO M., *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001.
- MAZZARELLI M. in *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987.
- MAZZONI A., *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di Ibba, Malaguti, Mazzoni, Torino, 2011.
- MERUSI F., *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dall’Unità d’Italia*, in SPASIANOM. (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d’Italia*, Napoli, 2012.
- MICHETTI E., *In house providing: Modalità, requisiti, limiti*, Milano, 2011.
- MIELE T., *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche* in *Le Società Pubbliche* a cura di Fimmanò e Catricalà, Tomo 1, Napoli, 2017.
- MONORCHIO A., MOTTURA L., *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2018.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- NICO M., *Le società partecipate dagli Enti locali dopo il “decreto sui controlli”*, Napoli, 2013.

NICOLAI M., *Regole organizzative e autonomia statutaria nella recente legislazione sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 2012.

OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipare*, in *Riv. dir. civ.*, 2005.

OPPO G., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I.

PANZANI L., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, *Studi in onore di Mazzocca*, Napoli, 2014.

PECORARO C., *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze del quadro di riferimento*, in *Dir. fall.*, II, 2014.

PEDRABISSI S., *Pubblica amministrazione e attività di impresa*, in www.dirittolavorovariazioni.com.

PERICU A., *Servizi pubblici locali e diritto comunitario*, in *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Padova, 2003.

PESCE C., *Commento all'art. 120 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014; Id., *Commento all'art. 121 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014.

PIEROBON A., *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente - Analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*, Napoli, 2012.

PIPERATA G., *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2011.

PONTANI F., *Corporate Governance*, *Dig. Disc.priv.*, 2009.

PONTE D., *Società in house: affidamento, prevalenza dell'attività e scioglimento – I diversi modelli di in house nel codice dei contratti e nel T.U. delle società partecipate*, in www.giustizia-amministrativa.it.

POSITANO G., *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2013.

RAGUSA MAGGIORE G., *Fallimento*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989.

RESTUCCIA A., *I Patti parasociali*, in *Le società pubbliche*, a cura di Francesco Fimmanò e Antonio Catricalà, Tomo I, Napoli, 2017.

RICHTER JR S., *Sulla composizione e sulla elezione dell'organo amministrativo di una società quotata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2012.

RICHTER M. S. jr., *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 T.U.S.P.*, in *Studio n. 227-2017/I del Consigli Nazionale del Notariato*.

RIZZI E., *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Le Società* n. 1/2018.

- RORDORF R., *Le società 'pubbliche' nel codice civile*, in *Le Società*, 2005.
- ROSSI A., *Questioni in tema di partecipazione di un comune ad una società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1978.
- ROS G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv.,pubb. eapp.*, 2004.
- ROSSI P., *Le "nuove" società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione in Cammino*, febbraio 2018.
- ROSSI A., *La società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Aa.Vv., I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padova, 1976.
- ROVERSI MONACO F.A., *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. Soc.*, 1973.
- SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010.
- SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973.
- SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2018,
- SANTONASTASO F., *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009.
- Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010.
- SCIASCIA M., *Ambito della capacità societaria delle pubbliche amministrazioni*, in *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di Fimmanò, Catricalà, Napoli, 2017.
- SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2005.
- SERAFINI S., *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi in La Governance delle società pubbliche nel D.lgs. n.175/2016* a cura di Guizzi ,Milano,2017.
- STABILINI A., *Revoca dell'amministratore da parte del socio*, in *Osservatorio di giurisprudenza di merito*, *Le Società* n. 6/2014.
- STRAMPELLI G., *I sistemi di controlli interni e l'organo di vigilanza*, in *I controlli delle società pubbliche*, opera diretta da Auletta, Bologna, 2017.
- TERRACCIANO G., *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Foro Amm. TAR*, 2010.
- TESAURO G. e PESCE C., *Liberalizzazione e concorrenza nei servizi di pubblica utilità*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò-Catricalà, Tomo I, Napoli, 2017.

TONIOLO G., *Crisi economica e smobilizzo pubblico delle banche miste (1930-34)*, in Id., *Industria e banca nella grande crisi 1929-1934*, Milano, 1978.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2018.

TRIMARCHI BANFI F., *L'art. 1 co. 1 bis della legge n. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CdS*, 2005.

TRIMARCHI F., *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'“outsourcing” nella pubblica amministrazione*, in *Dir. Econ.*, 2002.

URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>, 24.05.2012.

URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.it.

VALAGUZZA S., *Le società a partecipazione pubblica al cospetto della giurisdizione contabile*, in www.rivistacortedeiconti.it.

VALAGUZZA S., *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014.

VANDELLI L., *Ordinamento delle autonomie locali, 1990-2000. Dieci anni di riforme. Commento alla legge 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 2000.

VASQUES L., *I servizi pubblici nella prospettiva della libera concorrenza*, Torino, 1999.

VISENTINI G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979.

VOLPE C., *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. e app.*, 2008.

VOLPE C., *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, relazione svolta al 61° Convegno di studi amministrativi, dal titolo “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, tenutosi a Villa Monastero, Varenna (Lc), nei giorni 17, 18 e 19 settembre 2015.

ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale e resistenze di mercato*, in *Aa.Vv., Studi in tema di società a partecipazione pubblica* (a cura di Cammelli-Dugato), Torino, 2008.

