

PREMESSA

Il fenomeno delle società partecipate, e più in particolare quello della loro governance, ha rappresentato uno dei principali argomenti sui quali la triade dei formanti tradizionali (legislativo, giurisprudenziale e dottrinale) è stata costantemente impegnata al fine di fornire adeguate risposte in termini di certezza del diritto attese le difficoltà definitorie e sistematiche che hanno caratterizzato tali particolari società.

È ormai un dato incontrovertibile quello dell'affievolimento tra pubblico e privato, e ciò si deve proprio all'emersione del fenomeno societario in mano pubblica, oggetto del presente volume, in cui s'intende esaminare brevemente l'evoluzione storico-normativa dell'istituto delle società pubbliche, la loro natura ed i riflessi processuali e in chiave di responsabilità che conseguono a tale nuovo asset pubblico-privato.

La recente emanazione del testo unico in materia di società partecipate risulta essere poi un ulteriore elemento idoneo a suffragare l'interesse per un'ampia riflessione sulla tematica così selezionata.

Nell'intento di offrire una prima, quanto sommaria, definizione dell'oggetto di indagine, le "società pubbliche" costituiscono quegli enti, strutturati secondo il modello civilistico, nei quali la partecipazione della mano pubblica provoca nella governance societaria un parziale discostamento dalle regole di stampo privatistiche.

*Più correttamente, ad avviso di taluni autori, dovrebbe utilizzarsi la locuzione "società a partecipazione pubblica", onde distinguere principalmente queste ultime dall'altro paradigma societario pubblico, ossia le "società in house": in termini generali, le prime ricorrono allorquando la pubblica amministrazione è detentrici di una posizione più o meno assimilabile a quella di un qualsiasi socio privato, mentre le seconde si connotano per essere definite quale *longa manus* della pubblica amministrazione, risultando sfumati i confini tra ente privato ed ente pubblico.*

Non mancano spunti di riflessione comparatistica: a tale scopo è dedicato il capitolo inerente la disciplina della "golden share" (e di altri istituti affini) prevista in diversi ordinamenti, come Regno Unito, Francia, Germania, Spa-

gna e Portogallo, alla luce soprattutto delle plurime decisioni della Corte di Giustizia che hanno interessato la disciplina dei poteri connessi alle c.d. "azioni dorate".

Altra questione delicata che sembra aver raggiunto recentemente un punto di snodo attiene alla "fallibilità" dell'ente pubblico in forma societaria, ove il recente Testo unico sulle società partecipate sembra aver posto la parola fine alle oscillazioni giurisprudenziali.

Si ricorda, infatti, come il tradizionale orientamento era nel senso di escludere l'assoggettamento alle procedure concorsuali di tali società, muovendo in particolare dal tenore letterale della disposizione di cui all'art. 1 della legge fallimentare. Il percorso evolutivo, tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, ha messo in luce le criticità della tesi negazionista, finendo per trovare conferma, per l'appunto, nelle nuove disposizioni introdotte dal legislatore delegato.

La natura formalmente privatistica delle società partecipate impone un'analisi circa la natura dei principali atti societari, a partire dalla costituzione delle società pubbliche, in conformità alle nuove prescrizioni contenute nel Testo Unico, passando poi per gli atti di nomina e revoca degli amministratori, e infine per quelli di assunzione del personale, onde individuare altresì i rispettivi ambiti di giurisdizione dell'eventuale contenzioso.

Il volume offre, infine, un'attenta panoramica dei profili di responsabilità degli organi societari all'interno delle società in esame. In tale contesto, l'apporto giurisprudenziale risulterà di primaria importanza, al fine di definire altresì i contorni del riparto di giurisdizione nei casi di danno societario e danno erariale all'interno delle società pubbliche.

Capitolo I

DAL PUBBLICO AL PRIVATO: L'AVVENTO DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE

SOMMARIO: 1. Premessa storica. – 2. Le leggi di privatizzazione. – 3. La natura delle società partecipate: ente di diritto privato o ente di diritto pubblico? – 3.1. La centralità del profilo teleologico: lo scopo di lucro. – 3.2. Gli obblighi di trasparenza delle società partecipate.

1. *Premessa storica*

Autorevole dottrina ha inaugurato il dibattito sulle società pubbliche circa un decennio prima dell'entrata in vigore dello stesso codice civile, osservando come la società in mano pubblica rappresentasse “un travestimento in forma privata di una impresa sostanzialmente pubblica”¹; d'altra parte, anche il Consiglio di Stato aveva tentato di imporre l'idea della società di capitali-ente pubblico per il perseguimento di fini comunque statali².

Prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, il sistema dell'amministrazione vigente era ispirato ai principi di semplicità, uniformità, accen-

¹ RAVÀ R., *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 324 ss.

² Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33, richiamata da GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *www.rivistacorteconti.it*, 2013, p. 1. In quella sede, i giudici del Collegio, investiti della questione circa qualificazione della allora società anonima AGIP, riconobbero la giurisdizione amministrativa sull'assunto che: “... se alla A.G.I.P.: si volesse contestare la qualifica di Ente pubblico, perché essa si presenta sotto la forma di un'anonima commerciale, basterebbe opporre la notorietà del fatto, che tale forma fu data, unicamente, per ragioni di opportunità contingente e che, del resto, è comune ad altre imprese, – create dallo Stato o con il suo concorso, – senza che questa esteriorità influisca sulla sostanza e sugli scopi loro, diretti in linea principale all'incremento e conseguimento di finalità di generale interesse e che, appunto per essere tali, lo Stato, quale Ente originario e sovrano, ha, non solo il diritto, ma altresì l'obbligo di controllare”.

tramento e accentuata gerarchia: si era al cospetto, in altri termini, di un'organizzazione centralizzata, ove tutto era riconducibile allo Stato.

La progressiva espansione delle funzioni assegnate all'amministrazione pubblica ha posto in chiara luce le inadeguatezze del sistema organizzativo così adottato.

La Costituzione del 1948, allora, ha rappresentato senza dubbio un primo quanto fondamentale punto di svolta circa il processo evolutivo dell'apparato organizzativo dello Stato: a quest'ultimo vengono affiancate le Regioni, le Province e i Comuni, realizzando non solo il c.d. "pluralismo territoriale" bensì una vera e propria decentralizzazione del previgente modello di amministrazione.

L'attività amministrativa ha conosciuto, a partire dagli anni novanta, l'attrazione al suo interno dell'apporto dei privati. Mediante le leggi di privatizzazione, in particolare, sono venuti a costituirsi diversi modelli di interazione tra l'ambito privato e quello pubblico. In tal modo, le aziende speciali, gli enti pubblici economici e l'intero sistema delle partecipazioni sociali hanno portato ad un'ampia compenetrazione fra il diritto comunitario e il diritto nazionale, che ha significato lo svilupparsi di fenomeni e modelli organizzativi propri del diritto commerciale, ritenuti maggiormente funzionali, alla luce di parametri di efficienza ed economicità della gestione. Il primo paese in Europa che inaugurò un programma di privatizzazione, come si vedrà in seguito, fu il Regno Unito al quale si deve anche l'introduzione di speciali azioni di valore irrisorio che concedevano allo Stato l'esercizio di poteri speciali sulle società derivanti dal processo di privatizzazione.

Ciò premesso, alla base della scelta del legislatore di consentire alle Pubbliche amministrazioni di rivolgersi direttamente ai modelli privatistici risiedeva proprio l'esigenza di utilizzare strumenti organizzativi più snelli e flessibili rispetto a quelli tradizionali pubblicistici. Conferma di ciò è rinvenibile in un passo della Relazione al Codice civile, ove si legge che, nei vari casi di partecipazione pubblica a società, "... è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici"; con il che "La disciplina comune delle società per azioni [e con essa lo scopo di lucro, di cui all'art. 2247 c.c.] deve ... applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non spongano diversamente"³.

L'iter italiano di privatizzazione si è svolto in due fasi principali: con la prima – definita di tipo "formale" e prodromica all'effettiva dismissione delle

³ Relazione del Ministro Guardasigilli, n. 998.

partecipazioni statali – si è intervenuto con la trasformazione dell'assetto giuridico degli enti di gestione pubblici in s.p.a., ove le operazioni compiute dal Governo lasciarono invariato l'assetto proprietario, mantenendo un controllo maggioritario di fatto e diritto nella mano pubblica⁴; con la seconda, comunemente denominata “fase sostanziale”, si è proceduto all'effettiva dismissione delle quote azionarie pubbliche, ossia la cessione del controllo dalla mano pubblica a quella privata.

Alle due forme di privatizzazione, si affiancherebbe anche una terza accezione, ossia la “privatizzazione reale”, con tale intendendosi il passaggio dal monopolio alla libera concorrenza⁵. Come autorevolmente affermato, infatti, è possibile privatizzare senza liberalizzare e liberalizzare senza privatizzare, e ciò è reso possibile, nella prima ipotesi, trasferendo ai soggetti privati il controllo di un'impresa monopolistica e, nella seconda, garantendo che in un dato settore e in condizioni di parità, competano imprese pubbliche e imprese private. Tale precisazione risulta meritevole di annotazione atteso che la privatizzazione produce effetti molto più consistenti ove accompagnata o preceduta dalla liberalizzazione e da altre misure volte a realizzare un'effettiva concorrenza; in caso contrario si corre il rischio di determinare l'effetto negativo di trasferire il monopolio dal settore pubblico a quello privato⁶.

Infine, alla triplice distinzione così esposta si aggiungerebbe un'altra, tra privatizzazione in senso soggettivo e privatizzazione in senso oggettivo: la prima consisterebbe sia nel cambiamento della natura giuridica del soggetto gestore d'impresa, che da pubblico diviene per l'appunto privato, sia nel mutamento della proprietà dell'impresa causato dalla perdita del controllo da parte del potere pubblico; con la seconda, invece, si fa riferimento a quelle politiche destinate a favorire la concorrenza e il libero mercato, in maniera analoga a quanto visto in relazione al concetto di privatizzazione “reale”⁷.

⁴ Come autorevolmente sostenuto, è importante distinguere le privatizzazioni intese come perdita del controllo da parte dei poteri pubblici dalle mere cessioni di quote azionarie di minoranza. Sul punto, cfr. GALLI C., *Privatizzazioni e riforma della regolamentazione in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 474, ove l'Autore evidenzia che meno della metà dei proventi derivanti dalle privatizzazioni degli anni novanta proveniva da un'effettiva cessione del controllo da parte dello Stato.

⁵ FENUCCI T., *I poteri speciali dopo la privatizzazione delle imprese statali: una storia infinita*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016, p. 3.

⁶ Così BONELLI F., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 2001, p. 34 ss.

⁷ CARABBA M., *Privatizzazione di imprese ed attività economiche*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 558 ss.

2. Le leggi di privatizzazione

Già con la legge n. 142/1990⁸ venne inserita nell'ordinamento la possibilità per le autonomie locali di affidare la gestione dei servizi pubblici a società a prevalente partecipazione pubblica⁹, registrando da quel momento in poi un progressivo ricorso da parte delle P.A. a tale nuovo strumento¹⁰.

Ciononostante, sono state le cosiddette "leggi di privatizzazione formale delle imprese pubbliche" a segnare una tappa fondamentale nel progressivo avvicinamento degli enti pubblici agli schemi propri del diritto civile.

Le norme di riferimento principali risultano essere le seguenti quattro: il d.l. 5 dicembre 1991, n. 386 (c.d. "decreto Carli"), convertito con legge 29 gennaio 1992, n. 35, in materia di trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici, delle aziende autonome e degli enti di gestione, per la dismissione delle partecipazioni delle società derivanti dalla trasformazione e per l'alienazione e la gestione economica dei beni patrimoniali dello Stato; il d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con legge 8 agosto 1992, n. 359, che all'art. 15 ha previsto la trasformazione in Spa dell'Iri, dell'Eni, dell'Ina e dell'Enel, la regolamentazione attraverso un rapporto di tipo concessorio, di durata pari almeno a venti anni, delle attività riservate per legge agli enti pubblici (art. 14) e che ha conferito al Cipe il potere di deliberare altre trasforma-

⁸ Legge 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali*, Pubblicata nella G.U. 12 giugno 1990, n. 135.

⁹ L'art. 22 della succitata legge, rubricato "Servizi pubblici locali", disponeva testualmente:
"1. I comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

2. I servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge.

3. I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati".

¹⁰ In realtà, nel 1986 all'ordine del giorno del Parlamento vi era già un disegno di legge, poi non giunto a termine, con cui veniva inserita nel nostro ordinamento una prima forma di *golden share*, denominata "azione a diritto privilegiato speciale", la quale era chiamata ad assolvere la funzione di conservare il controllo pubblico sulle società già controllate dagli enti di gestione e cedute ad investitori stranieri laddove fossero state liquidate, trasferite o in caso di cessione di certe attività.

zioni in Spa, di enti pubblici economici operanti in altri settori (art. 18)¹¹; il d.l. 31 maggio 1994, n. 332 (*norma Ciampi*), convertito con legge 30 luglio 1994, n. 474, che ha dettato alcune norme per la vendita delle azioni detenute dallo Stato o da altri enti pubblici e per la privatizzazione delle società operanti nel settore dei servizi pubblici¹²; infine, la legge 14 novembre 1995, n. 481, che ha disciplinato l'intervento pubblico di regolazione nell'ambito dei servizi di pubblica utilità.

La trasformazione degli enti pubblici in società per azioni, come già anticipato, si è realizzata attraverso un procedimento bifasico: in una prima fase si è proceduto alla privatizzazione meramente formale, prodromica all'effettiva alienazione delle azioni delle imprese statali agli investitori privati, consistente nella mera trasformazione della forma giuridica dell'impresa pubblica in società privata, pur lasciando in mano statale la proprietà delle azioni societarie¹³; nella seconda fase, infatti, le azioni fino a quel momento detenute sono state trasferite definitivamente ai soggetti privati, salvo mantenere una serie di poteri speciali, anche se di minoranza. Si tratta di deroghe disposte in funzione di conservare una qualche forma di controllo pubblico su imprese che operano in settori strategici dell'economia del Paese, che sovente hanno comportato un rapporto di sostanziale direzione mantenuto in capo ad organismi pubblici¹⁴. È il caso, meglio noto, del regime della "golden share", del pari utilizzata da altri paesi¹⁵, utilizzato per introdurre negli statuti delle società privatizzate

¹¹ Cfr., sul tema, PICOZZA E., *Trasformazioni degli enti pubblici economici in società per azioni (artt. 14-20 d.l. 11 agosto 1992, n. 333, convertito con modificazioni nella l. 8 agosto 1992, n. 359 e normativa derivata, sino al d.l. 1994, n. 332, convertito con modificazioni nella l. 30 luglio 1994, n. 474). Note introduttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, 6, pp. 1207-1215.

¹² Per giungere alla legge n. 474/1994 furono necessarie ben quattro reiterazioni del decreto legge originario prima che si procedesse alla conversione. In particolare, all'emanazione del d.l. 27 settembre 1993, n. 389, seguirono quelli in data 29 novembre 1993, n. 486, 31 gennaio 1994, n. 75, 31 marzo 1994, n. 216 e infine 31 maggio 1994, n. 332, che fu convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474. Per un'analisi della controversa normativa introdotta dal d.l. n. 332/1994, v. BONELLI F., ROLI M., voce *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, Milano, 2000, p. 999 ss.; CIRENEI M.T., *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Dir. comm. intern.*, 1996, p. 818 ss.; COSTI R., *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, I, 1995, p. 77 ss.; GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998, specie p. 210 ss.

¹³ Autorevole dottrina distingue le privatizzazioni intese come perdita del controllo da parte dei poteri pubblici dalle mere cessioni di quote azionarie di minoranza; sul punto cfr. GALLI G., *Privatizzazioni e riforma della regolamentazione in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1998, p. 474.

¹⁴ CARLOTTI G., CLINI A., *Diritto amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, p. 310.

¹⁵ CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, IX, 2016, Roma, p. 537.

delle clausole che attribuivano poteri speciali al soggetto pubblico. Potremmo dire che l'ingresso della *golden share* si è avuto nel nostro ordinamento a partire dal già citato d.l. n. 332/1994, il cui art. 2, nella sua originaria formulazione, prevedeva che tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, operanti in determinati settori (difesa, trasporti, telecomunicazioni, fonti di energia e altri pubblici servizi), erano individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri quelle nei cui statuti, prima di ogni atto implicante la perdita del controllo, doveva essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuiva al Ministro del tesoro la titolarità di uno o più poteri speciali¹⁶. Tali poteri, invero, costituivano una vera e propria intrusione nella vita societaria nonché una delle forme di controllo più incisive sulle imprese pubbliche in Europa. In particolare, essi comprendevano originariamente:

“a) *gradimento da rilasciarsi espressamente all'assunzione, da parte dei soggetti nei confronti dei quali opera il limite al possesso azionario di cui all'articolo 3, di partecipazioni rilevanti, per tali intendendosi quelle che rappresentano almeno la ventesima parte del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto nelle assemblee ordinarie o la percentuale minore fissata dal Ministro del tesoro con proprio decreto. Il gradimento deve essere espresso entro sessanta giorni dalla data della comunicazione che deve essere effettuata dagli amministratori al momento della richiesta di iscrizione nel libro soci. Fino al rilascio del gradimento e comunque dopo l'inutile decorso del termine, il cessionario non può esercitare i diritti di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante. In caso di rifiuto del gradimento o di inutile decorso del termine, il cessionario dovrà cedere le stesse azioni entro un anno. In caso di mancata ottemperanza il tribunale, su richiesta del Ministro del tesoro, ordina la vendita delle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante secondo le procedure di cui all'articolo 2359-bis del codice civile;*

b) *gradimento da rilasciarsi espressamente, quale condizione di validità alla conclusione di patti o accordi di cui all'articolo 10, comma 4, della legge 18 febbraio 1992, n. 149, come sostituito dall'articolo 7, comma 1, lettera b), del presente decreto, nel caso in cui vi sia rappresentata almeno la ventesima parte del capitale sociale costituito da azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria o la percentuale minore fissata dal Ministro del tesoro con proprio decreto. Fino al rilascio del gradimento e comunque dopo l'inutile decorso del termine, i soci aderenti al patto non possono esercitare il diritto*

¹⁶ Così FENUCCI T., *op. cit.*, p. 14, il quale richiama a sua volta, CASSESE S., *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 857.

di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale). Ai fini del rilascio del gradimento la Consob informa il Ministro del tesoro dei patti e degli accordi rilevanti ai sensi del presente articolo di cui abbia avuto comunicazione in base al citato articolo 10, comma 4, della legge n. 149 del 1992. Il potere di gradimento deve essere esercitato entro sessanta giorni dalla data della comunicazione effettuata dalla Consob. In caso di rifiuto di gradimento o di inutile decorso del termine, gli accordi sono inefficaci. Qualora dal comportamento in assemblea dei soci sindacali si desuma il mantenimento degli impegni assunti con l'adesione ai patti di cui al citato articolo 10, comma 4, della legge n. 149 del 1992, le delibere assunte con il voto determinante dei soci stessi sono impugnabili;

c) veto all'adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui al presente articolo.

d) nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco”.

Circa la natura dei poteri *supra* riportati, taluni li hanno ricondotti nell'alveo dei poteri amministrativi anziché in quello dei poteri *stricto sensu* societari. A conferma di tale assunto vale ricordare il caso della privatizzazione dell'ENI¹⁷, in cui all'alienazione del 51% del capitale non corrispose la perdita del controllo da parte del Ministero del tesoro, dal momento che esso, pur detenendo soltanto una partecipazione minoritaria – nella specie, il 49% del capitale azionario, mentre il restante 51% in mano ad investitori privati – conservò i poteri speciali e con essi quindi una posizione di supremazia nei confronti della suddetta società.

Un caso analogo è possibile riscontrare anche con la cessione della Telecom Italia s.p.a. all'Olivetti. Nel 2002, in particolare, il Ministero del tesoro ha ceduto il rimanente delle azioni della Telecom in suo possesso, corrispondente al 3,5% del capitale azionario della società, conservando, tuttavia, la titolarità dei poteri speciali. In seguito, in data 15 aprile 2003, i consigli di amministrazione di Telecom e di Olivetti si riunirono per definire il progetto ultimo di integrazione tra le due società, stabilendo, in quell'occasione, che il Ministero del tesoro avrebbe conservato i poteri speciali sulla società derivante dalla fusione, ancorché ridimensionati.

L'introduzione di poteri speciali sulla Telecom è stata decisa con D.P.C.M. 21 marzo 1997 – rubricato “Individuazione di Stet s.p.a. e Telecom Italia S.p.a. quali società nei cui statuti introdurre poteri speciali a favore del Mini-

¹⁷CAVALLO B., *Le privatizzazioni degli enti pubblici economici*, in AA.VV., *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, p. 61.

stro del tesoro” – e con d.m. emanato nella stessa data, rubricato “Contenuto dei poteri speciali attribuiti al Ministro del tesoro da introdurre negli statuti di Stet s.p.a. e Telecom Italia s.p.a.”¹⁸. Infatti era previsto che il Ministro del tesoro conservasse il potere di veto su alcune delibere di particolare importanza all’interno della società nonché il diritto di gradimento per l’ingresso di nuovi azionisti intenzionati ad acquisire partecipazioni rilevanti, mentre veniva meno il potere di nomina di un amministratore in rappresentanza del Ministro nel consiglio di amministrazione della società.

A partire dagli anni novanta del secolo scorso, dunque, le partecipazioni pubbliche in Italia hanno segnato il passaggio da un’economia pubblica ad un’economia di libero mercato. La privatizzazione formale, a differenza di quella sostanziale, ha interessato la forma degli attori economici, attuata con il passaggio da una forma di diritto pubblico (ente pubblico, azienda autonoma ed ente gestore di partecipazioni statali) ad una forma di diritto privato (società per azioni), senza alcun mutamento in termini di *corporate governance*; la privatizzazione sostanziale, viceversa, ha riguardato il trasferimento del capitale sociale dalla mano pubblica alla mano privata, in tutto o in parte.

Le ragioni che hanno indotto gli Stati ad adottare politiche di privatizzazione sono molteplici. In primo luogo si colloca l’obiettivo di ridurre il debito pubblico, come di fatto avvenuto in vari ordinamenti europei¹⁹. Accanto a tale aspetto, la stessa appartenenza all’Unione europea ha rivestito un ruolo chiave nel processo di privatizzazione, in particolare con l’adesione ad un mercato unico europeo e con la crescente integrazione economica tra gli Stati membri fino all’introduzione di una moneta unica: ciò ha fatto venir meno molte forme di regolamentazione nazionale e imposto il rispetto di rigidi parametri in materia di bilancio²⁰. Accanto a tali fattori, se ne aggiungono altri di tipo “ideologico”, specie in paesi come Regno Unito e Francia, ove le privatizzazioni hanno rappresentato un punto importante nei programmi dei partiti, preceduti da ampi dibattiti incentrati sulla volontà di ridurre il coinvolgimento statale nell’economia, diversamente che in Italia ove la privatizzazione è stata in larga parte attuata in un periodo privo di Governi stabili e forti²¹. Testimonianza di

¹⁸ Cfr. SANINO M., *Le privatizzazioni: stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, 1997, p. 112.

¹⁹ Sul punto, v. GRUNDMANN S., MOSLEY F., *Golden shares – State control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects*, in *Eur. Bank and Fin. Law Jour.*, 4, 2001-2002, p. 633.

²⁰ FENUCCI T., *op. cit.*, p. 4, il quale cita a sua volta FAZIOLI R., *Dalla proprietà alle regole: l’evoluzione dell’intervento pubblico nell’era delle privatizzazioni*, Milano, 1995, p. 91 ss.

²¹ FENUCCI T., *op. cit.*, pp. 5, 11.

ciò è evincibile dalla copiosa produzione legislativa susseguitasi nel tempo, frutto di compromessi e non esente da contraddizioni.

3. *La natura delle società partecipate: ente di diritto privato o ente di diritto pubblico?*

Dal processo di privatizzazione, da subito ci si è posti il quesito se la legge possa privatizzare forzatamente dei soggetti pubblici, i quali restano, eccetto sul piano meramente formale, alla stregua di soggetti sostanzialmente pubblici²².

Le società a partecipazione pubblica, in realtà, trova un primo referente normativo già dal codice civile del 1942, e in particolare nell'art. 2447 c.c., che nel tentativo di disciplinare le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, evidenzia che lo statuto può riservare la nomina di alcuni amministratori e sindaci all'ente pubblico partecipante²³. Se tale norma, dunque, valeva a rendere comunicabile lo strumento societario e la pubblica utilità, fino agli anni sessanta si riteneva invece incompatibile l'assimilazione dell'ente societario partecipato alla nozione di ente pubblico.

Viceversa, nella logica comunitaria, prescindendo dalle forme e dal *nomen* utilizzati, si dava rilievo alla titolarità del potere pubblico all'interno di un dato ente nonché l'assoggettamento di quest'ultimo al controllo pubblico. Così intesi i termini della questione, ed in virtù del principio di supremazia del diritto comunitario (oggi unionale), l'*impasse* è stata superata attraverso una valutazione *case by case* circa la qualificazione di un ente come pubblico o privato, valorizzando l'elemento teleologico del fine pubblico nonché quello del controllo di matrice pubblicistica, restando così assoggettata alla speciale disciplina prevista per gli enti pubblici.

Queste nuove entità hanno visto, infatti, aumentare la loro presenza in maniera frenetica su tutto il territorio nazionale, sino ad indurre l'Esecutivo, nel 2006, a delinearne maggiormente connotati e contorni. Infatti, la legge n. 296 del 2006²⁴, all'art. 1, comma 587 disponeva che "*Entro il 30 aprile di ciascun anno le amministrazioni pubbliche statali, regionali e locali sono tenute a co-*

²² Sulla natura delle società partecipate *cfr.*, *ex multis*, POLICE A., *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni "di diritto speciale": problemi di giurisdizione, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in Dir. proc. amm., 1996, P.te II – Note a sentenza, 158 ss.*

²³ SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 44.

²⁴ Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007), Pubblicata nella G.U. 27 dicembre 2006, n. 299.

municare, in via telematica o su apposito supporto magnetico, al Dipartimento della funzione pubblica l'elenco dei consorzi di cui fanno parte e delle società a totale o parziale partecipazione da parte delle amministrazioni medesime, indicando la ragione sociale, la misura della partecipazione, la durata dell'impegno, l'onere complessivo a qualsiasi titolo gravante per l'anno sul bilancio dell'amministrazione, il numero dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo, il trattamento economico complessivo a ciascuno di essi spettante".

Una volta risolto preliminarmente se possa essere considerato pubblico anche l'ente costituito in base agli schemi societari, è necessario verificare quali siano le norme pubblicistiche compatibili, e dunque applicabili, a quest'ultimo.

Orbene, la peculiarità del fenomeno in esame risiede nel fatto che le società partecipate risultano essere assoggettate al regime pubblicistico soltanto in quei settori ed in quelle materie per le quali viene in rilievo la loro qualifica in termini di enti pubblici societari. In altre parole, se la società agisce alla stregua di un potere pubblico, nell'ambito particolare in cui tale veste le viene conferita, allora essa sarà sottoposta alle relative regole applicabili alle amministrazioni pubbliche.

Ciò si riflette, specularmente, per quanto attiene agli aspetti organizzatori delle società in questione. Salve espresse disposizioni di legge, la società segue nella sua organizzazione logiche privatistiche senza soggiacere, pertanto, alle norme di stampo pubblicistico.

Tale separazione rispetto al regime pubblicistico si riverbera, altresì, nell'ambito dei rapporti di lavoro tra tali società ed i propri dipendenti. La riprova di ciò è oggetto di espressa previsione normativa allorché l'art. 1, comma 2 del Testo Unico sul Pubblico impiego²⁵ prevede che la disciplina ivi contenuta si applica anche ai rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, senza menzionare tuttavia le società per azioni: *"per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organi-*

²⁵ D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in G.U. 9 maggio 2001, n. 106.

ca della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONP?

3.1. La centralità del profilo teleologico: lo scopo di lucro

Come si è visto in precedenza, le società in mano pubblica rappresentano enti pienamente privatistici, anche (e soprattutto) perché enti aventi scopo di lucro, *ex art.* 2247 c.c.²⁶.

In effetti, se si condivide l'assunto secondo cui l'ente pubblico sia sempre chiamato, *ex artt.* 97 e 98 Cost., al perseguimento dell'interesse pubblico-generale (altro problema è se il dato teleologico sia da solo sufficiente ad identificare la persona giuridica di diritto pubblico), sfugge come definire pubblico un soggetto, al contrario, assegnatario di uno scopo esclusivamente egoistico, quale il suo massimo incremento economico²⁷.

Lo scopo lucrativo, da intendersi come perseguimento della piena capacità di produzione di ricchezza da parte della società, ossia di creazione di valore per tutti i soci, con ciò ammettendo anche reinvestimenti dell'utile in vista dell'efficienza produttiva dell'impresa, ricerca la propria massimizzazione e quindi raramente è compatibile con lo scopo pubblicistico, che invece va inteso come ricerca del bene comune di una determinata collettività.

A questo punto si apre un bivio: o si rinuncia, in vista di finalità pubbliche-sociali, alla ricerca del massimo lucro, e dunque ad una parte del lucro possibile – privilegiando in tal modo l'interesse del socio pubblico, che riceverà dalla società utilità proporzionalmente maggiori rispetto agli altri soci –, ovvero si perseguono gli interessi comuni dei soci, ma non lasciando alcun particolare svolgimento all'interesse pubblico²⁸.

Lo scopo di lucro – non, dunque, neutra regola formale, ma disciplina che mira a permeare inevitabilmente le scelte sostanziali di un dato ente – caratterizza l'intero regime delle società in mano pubblica, sul piano organizzatorio-tipologico, come su quello funzionale. Esso, dunque, fa in modo che la loro appartenenza alle regole privatistiche non sia mera affermazione formale bensì conseguenza di una certa opzione teleologica, inderogabilmente imposta dal legislatore

²⁶ GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, Intervento presentato al convegno "Responsabilità amministrativa e amministratori di società a partecipazione pubblica: il punto dopo i revirements giurisprudenziali", tenutosi a Milano nel 2013, p. 3.

²⁷ Cfr. sul punto IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003, p. 162, il quale parla di "contrasto ontologico" tra fine di lucro e pubblicità.

²⁸ GOISIS F., *op. cit.*, p. 4.

re²⁹. Così impostata la questione, la neutralità dell'istituto societario rispetto a qualificazioni ed interessi pubblicistici appare inevitabilmente messa in crisi.

3.2. *Gli obblighi di trasparenza delle società partecipate*

Una volta delineata la natura delle società partecipate, un importante tema ad esse collegato riguarda l'applicabilità alle stesse degli obblighi di trasparenza.

Tale importanza può essere colta laddove si tenga presente che nel diritto societario non esistono obblighi di trasparenza verso l'esterno, in quanto il sistema di informazioni societarie si svolge all'interno della *governance* societaria, salve eccezioni, come ad esempio in ambito bancario, ove vigono obblighi di trasparenza destinati a tutelare il cliente.

La previsione normativa di regole poste a presidio della trasparenza valide anche per le società partecipare si muove in una logica diversa dalle società private, in quanto attraverso tali regole si mira a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, in modo da prevenire, e ragionevolmente evitare, eventuali abusi diretti ad ottenere vantaggi privati³⁰.

Gli obblighi di trasparenza, dunque, sono giustificati dalla soggettività delle società partecipate, le quali operano, in relazione alle misure e ai doveri di pubblicità ad esse incombenti, alla stregua di autorità pubbliche.

Al fine di individuare il perimetro soggettivo degli obblighi di trasparenza, un punto di partenza è costituito dalla legge n. 190/2012, la quale estendeva siffatti obblighi alle società partecipate da pubbliche amministrazioni e alle loro controllate, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse. La legge è stata poi novellata nel 2014, ad opera dell'art. 24-*bis* del d.l. n. 90/2014, il quale ha stabilito che gli obblighi di trasparenza si applicano limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia alle società e agli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2539 c.c. da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi sociali.

²⁹ GOISIS F., *op. cit.*, pp. 4-5.

³⁰ SANTISE M., *op. cit.*, p. 70.

Capitolo II

LA RIFORMA DEL 2016: IL NUOVO TESTO UNICO “CORRETTO”

SOMMARIO: 1. La necessità di una riforma per la *governance* delle società partecipate? – 2. La sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016, n. 251 e i suoi effetti sulla “riforma Madia”. – 3. Il decreto correttivo n. 175/2017. – 3.1. Le società miste. – 3.2. Le società quotate. – 3.3. Le società *in house*. – 4. Le limitazioni alla partecipazione pubblica ai sensi dell’art. 3 del nuovo T.U.

1. *La necessità di una riforma per la governance delle società partecipate?*

Il d.lgs. 19 agosto 2016¹, pubblicato in G.U. l’8 settembre 2016, ed in vigore dal 23 settembre 2016, segna un momento fondamentale nello studio delle società partecipate laddove introduce un nuovo Testo unico al fine di riorganizzare l’articolata quanto farraginoso disciplina fino a quel momento vigente, ispirandosi a criteri di efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche.

Come evidenziato da taluni autori, il nuovo *corpus* normativo ha il pregio di tentare di mettere a “sistema” una fenomenologia particolare e complessa², troppo spesso soggetta ad interventi legislativi a macchia di leopardo. Nello specifico, il processo di riforma del sistema delle partecipazioni pubbliche avviato con il T.U., mira ad eliminare sovrapposizioni normative e a garantire una reale armonizzazione della disciplina. In questa prospettiva, il Testo unico, pur prevedendo una serie di norme particolari, dettate per armonizzare la

¹ Il Decreto è stato emanato in esecuzione dell’art. 8 della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. Legge Madia). Il tema è stato recentemente affrontato nel corso del Convegno dal titolo “Il riordino delle società partecipate nella Riforma Madia: profili giuridici ed economici”, tenutosi a Pescara il 29 maggio 2017, con relazioni di F. FIMMANÒ, A. POLICE, S. CIMINI.

² FIMMANÒ F., CATRICALÀ A., *Le società pubbliche*, Tomo I, 2016, Regole e Mercati – Universitas Mercatorum, p. 15.

disciplina di matrice pubblicistica relativa al socio pubblico (e all'interesse pubblico perseguito) e le regole privatistiche sul funzionamento della società partecipata, non intende dar vita ad un tipo di società a sé stante da sottoporre ad uno *ius singulare*, anche quando si tratta di società *in house*³.

Altra finalità perseguita dalla riforma Madia è quella di procedere al riordino delle circa 8.000 società partecipate dalle pubbliche amministrazioni⁴, attraverso il rafforzamento delle regole di *corporate governance*, con conseguente riduzione della spesa pubblica.

Il T.U. non si è preoccupato di stabilire in quali casi alle società “pubbliche” debbano trovare applicazione i vari regimi pubblicistici (accesso, contratti pubblici, procedimento, trasparenza, amministrazione digitale, armonizzazione contabile) atteso che a ciò provvedono già i singoli testi legislativi, bensì di fissare quali siano le deroghe civilistiche giustificate dall'assetto di interessi concretamente sotteso alla singola operazione societaria posta in essere dalla P.A.⁵. In questa logica, il testo espressamente dispone 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*” (art. 1, comma 3, T.U.)

Il Testo Unico chiarisce una volta per tutte che una società in mano pubblica resta pur sempre una società, come altresì confermato dalle Sezioni Unite del Sommo Consesso, con ordinanza n. 24591/2016, che hanno ricondotto tutte le società a partecipazione pubblica nell'ambito della disciplina di diritto comune, salvo singole e specifiche peculiarità dispositive⁶.

Sono individuabili alcune sotto-distinzioni: si discorre di “società a control-

³In senso contrario si veda CAMPOFILONI F., *Interesse pubblico e causa societaria*, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., p. 373 ss., secondo il quale il T.U. disegna uno “statuto specifico e peculiare per la società a partecipazione pubblica” che le rende una fattispecie associativa autonoma, assoggettata ad un regime particolare nel quale le norme civilistiche possono trovare applicazione in via residuale, solo laddove non derogate dalla disciplina speciale.

⁴Il rapporto del Tesoro sulle partecipazioni detenute dalle Amministrazioni, pubblicato nel dicembre 2015, censisce oltre 8.300 società partecipate.

⁵BONURA H., FONDERICO G., *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica – il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, p. 722.

⁶Cass., Sez. Un., 1° dicembre 2016, n. 24591: “*La scelta del paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione comporta l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato. Da ciò deriva che gli atti di nomina e revoca di amministratori e sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica devono essere configurati come manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, e che le azioni ad essi relative devono essere sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nel caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello del c.d. in house providing*”.

lo pubblico” e “società a partecipazione pubblica”, restando parzialmente fuori dal campo di applicazione del T.U. le “società quotate”, le “società miste”, e le società *in house*.

Il legislatore delegato ha optato, dunque, per un criterio di classificazione delle società pubbliche basato, in primo luogo, sul *discrimen* tra controllo pubblico e partecipazione (diretta o indiretta) pubblica; laddove, per “controllo” si intende la situazione descritta nell’art. 2359 c.c. [art. 2, comma 1, lett. b)] e non già quella, di matrice pubblicistica, di controllo analogo (e di controllo analogo congiunto), mentre per “partecipazione” si intende la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi e per “partecipazione indiretta” la partecipazione in una società detenuta da un’amministrazione pubblica per il tramite di una società o di altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica.

La distinzione di base è, dunque, quella tra società controllate, a cui si applicano la maggior parte delle norme del T.U., e società meramente partecipate, a cui se ne applicano solo alcune, relative – come detto – all’azionista pubblico, più che alla società.

Nonostante i buoni propositi del legislatore, la riforma in esame ha subito un brusco arresto per effetto della pronuncia della Consulta 25 novembre 2016, n. 251, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di parte della nuova normativa introdotta, tra cui quella relativa anche alle società partecipate, per violazione del principio di collaborazione. Per un’analisi approfondita della sentenza si rinvia al paragrafo successivo.

2. *La sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016, n. 251 e i suoi effetti sulla “riforma Madia”*

A conclusione del giudizio in via principale promosso dalla Regione Veneto avverso numerose disposizioni della legge 7 agosto 2015, n. 124, con cui il Parlamento aveva conferito deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionali alcune previsioni della c.d. “Riforma Madia”.

Ad essere oggetto di declaratoria d’incostituzionalità sono stati alcuni aspetti della riforma concernenti le deleghe per l’adozione di decreti legislativi in materia di dirigenza pubblica (art. 11); il riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art. 17), delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche (art. 18) e dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (art. 19). La sentenza ha precisato, tuttavia, che le pronunce di illegittimità costituzionale sono da ritenersi limitate alla

legge delega senza estendersi alle relative disposizioni attuative già approvate. Con la medesima decisione è stata invece rigettata la questione concernente l'art. 1 della legge n. 124/2015, contenente la delega per la modifica e l'integrazione del codice dell'amministrazione digitale.

La Regione Veneto, sinteticamente, contestava le disposizioni della legge citata sia perché avrebbero invaso la sfera di competenza regionale, sia per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 Cost., in forza della previsione secondo cui i decreti legislativi dovevano essere adottati dopo avere acquisito un semplice parere della Conferenza unificata, come tale ritenuto, ad avviso della Regione ricorrente, uno strumento di raccordo con le Regioni del tutto insufficiente.

La Corte costituzionale, pertanto, ha accolto quasi tutte le questioni proposte, sulla base di una valorizzazione della leale collaborazione tra Stato e Regioni nell'ipotesi – verificatasi – di uno stretto intreccio di materie e di competenze.

Nel merito la Corte si è trovata ad affrontare un tema, quello della riorganizzazione della pubblica amministrazione, in cui, come spesso accade, le competenze statali si intrecciano con quelle regionali. In tali circostanze, uno dei criteri cui la Corte ha sovente fatto ricorso è quello della “prevalenza” e cioè la valutazione se una materia possa ritenersi prevalente al fine di individuare la titolarità della competenza.

Nel caso di specie la Corte ha escluso che la riforma nel suo complesso potesse essere ricondotta ad una materia di competenza statale prevalente. Da ciò la necessità di impiegare un criterio differente e quindi di valorizzare il principio di leale collaborazione, proprio al fine di realizzare un maggiore coinvolgimento delle Regioni in presenza di una concorrenza di competenze⁷. In questa prospettiva, lo strumento mediante il quale, secondo la Corte, meglio si attua la leale collaborazione è quello dell'intesa; strumento che è stato impiegato in precedenza anche in situazioni differenti e, in particolare, con la nota sentenza n. 303/2003, che aveva consentito allo Stato di esercitare in via sus-

⁷ In tal senso *cfr.* la recente sentenza 14 gennaio 2016, n. 1, in cui si ribadisce che in ambiti caratterizzati da una pluralità di competenze, qualora risulti impossibile comporre tale concorso tramite un criterio di prevalenza, si possa ugualmente giustificare un intervento del legislatore statale, a condizione che venga rispettato il principio di leale collaborazione, da attuare mediante la previsione dell'intesa. Analogamente la sentenza 9 luglio 2015, n. 140. In precedenza si veda anche la sentenza 7 marzo 2008, n. 50, in cui, peraltro, la Corte aveva ritenuto che la leale collaborazione, in assenza di una materia prevalente, potesse dirsi adeguatamente attuata, in un caso con la previsione dello strumento dell'intesa con la Conferenza unificata (stanziamento di somme per il Fondo per le politiche della famiglia) e, in altra circostanza (destinazione di somme a favore del Fondo nazionale contro la violenza sessuale e di genere), anche mediante la previa acquisizione di un semplice parere della Conferenza unificata.

sidiaria competenze regionali, in presenza di istanze unitarie che possono emergere nei più svariati contesti.

La sede in cui preferibilmente ricercare l'intesa, per rendere concretamente operativo il principio della leale collaborazione, è la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 281/1997. La Corte è ben consapevole di non avere mai impiegato il principio della leale collaborazione nell'ambito del procedimento legislativo, ma nella pronuncia in esame ritiene che sia necessario ricorrere all'intesa, perché “il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse”. L'intesa presuppone, poi, che si svolgano dei seri tentativi di superamento delle divergenze, mediante la reiterazione delle trattative e il ricorso a specifici strumenti di mediazione, senza peraltro che lo Stato “abdicchi al suo ruolo di decisore, nell'ipotesi in cui le strategie concertative abbiano esito negativo e non conducano a un accordo”.

Quella prefigurata appare, a prima vista, un'intesa c.d. “debole”, nel senso che il mancato raggiungimento dell'intesa non deve impedire comunque la conclusione del procedimento⁸.

Sulla base di questi presupposti la Corte, cercando innanzi tutto di fare ordine nelle materie e nelle competenze che volta per volta venivano in rilievo, ha accolto buona parte delle questioni proposte dalla Regione Veneto, rigettando soltanto quella concernente la realizzazione dell'Agenda digitale italiana, in quanto le disposizioni contestate, pur intrecciandosi con sfere di attribuzione regionale, quali il turismo e l'organizzazione amministrativa regionale, potevano ricondursi “in via prevalente” alla competenza statale in tema di “coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale regionale e locale”, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. r), Cost.

Quanto, invece, alla riorganizzazione della dirigenza pubblica (art. 11), la Corte ha ritenuto che vi fosse un palese concorso di competenze, alcune statali, perché disposizioni incidenti sulla materia “ordinamento civile” (per i profili inerenti al trattamento economico e alla responsabilità), altre concorrenti (tutela della salute, con riferimento alla dirigenza sanitaria), altre ancora regionali (ordinamento e organizzazione amministrativa regionale). Analogamente per le questioni concernenti il riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art. 17), in cui alle competenze statali relative al rapporto di lavoro ormai privatizzato e quindi incidente ancora sulla materia “ordinamento civile”, si affiancano competenze regionali residuali relative all'organizzazione amministrativa delle Regioni (in particolare per le procedure concorsuali per l'accesso al lavoro pubblico regionale).

⁸ Così MONACO G., *La pronuncia della Corte costituzionale sulla “riforma Madia” incide sul sistema delle fonti del diritto*, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2017, p. 368.

L'intreccio di competenze viene rimarcato anche in relazione alla disciplina delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche (art. 18), rispetto alla quale si evidenziano competenze statali (ordinamento civile, tutela della concorrenza) e regionali (organizzazione amministrativa regionale) e in relazione alla disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale (art. 19), che tocca da un lato la tutela della concorrenza (competenza esclusiva dello Stato) e, dall'altro, competenze regionali residuali come la disciplina di quei profili, incluso il trasporto pubblico locale, che non siano strumentali a garantire la concorrenza.

La Corte ha quindi ritenuto che, con riferimento alle diverse questioni, le disposizioni censurate coinvolgessero competenze statali e regionali strettamente connesse, senza che fosse possibile individuare una di esse come "prevalente". Non si poteva quindi escludere l'intervento dello Stato, vista la presenza di esigenze unitarie alla base della riforma. D'altra parte, lo Stato è tenuto in tali circostanze al rispetto del principio di leale collaborazione, che richiede, secondo la Corte, l'avvio di procedure concertative in fase di attuazione della delega, procedure idonee a realizzare un confronto autentico, quali possono essere le intese e non il mero parere delle Autonomie coinvolte. Allo strumento dell'intesa deve farsi ricorso in sede di Conferenza Stato-regioni, oppure in sede di Conferenza unificata per quella parte della riforma che coinvolge anche interessi di Enti locali (partecipazione societaria delle amministrazioni pubbliche e regime dei servizi pubblici locali). La Corte utilizza, quindi, lo strumento delle c.d. sentenze sostitutive e cioè nel dispositivo sostituisce allo strumento del parere reso in sede di Conferenza unificata, previsto dalle diverse disposizioni contestate, quello dell'intesa, da raggiungere, a seconda dei casi, in Conferenza Stato-regioni o in Conferenza unificata⁹.

A seguito della pronuncia, il Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione, ha richiesto uno specifico intervento valutativo al Consiglio di Stato, che si è espresso con parere della Commissione speciale 17 gennaio 2017, n. 83. In relazione alla necessità o meno di un intervento da attuarsi sulla legge delega n. 124/2015, essa ha affermato la non necessità di un intervento sulla legge delega. Al riguardo, viene precisato che nel caso di specie "*Si tratta [...] di una sentenza manipolativa, del tipo sostitutivo di procedura. Essa fornisce già una lettura adeguatrice della legge che, dopo l'intervento della Corte, prevede l'intesa e non il parere ed è, così, riscritta in conformità al dettato costituzionale*".

In merito ai possibili strumenti di intervento per il Governo rispetto ai decreti legislativi già adottati, la Commissione speciale era giunta alla chiara indicazione che essa "*è pronunciata esclusivamente sulla legittimità costituzio-*

⁹ Così MONACO G., *op. cit.*, p. 368.

nale della legge delega e non anche dei decreti legislativi, che non sono stati oggetto di impugnazione in via principale”, escludendo quindi che i decreti legislativi siano stati incisi direttamente dalla pronuncia di illegittimità costituzionale. E, ancora più esplicitamente, si afferma che “*Il corollario di questo postulato è che tali decreti – fermo restando quello che si dirà oltre – restano validi ed efficaci fino a una eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente, e salvi i possibili interventi correttivi che nelle more dovessero essere effettuati*”. Gli strumenti segnalati come concretamente nella disponibilità del Governo, sono rappresentati dall’intesa di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 281/1997 e dai decreti legislativi integrativi e correttivi che, per ciascuna disposizione di delega, la stessa legge n. 124/2015 autorizza a emanare nel termine di dodici mesi dall’adozione dei singoli decreti legislativi da essa previsti¹⁰.

Circa la corretta struttura del decreto correttivo quale strumento d’intervento per la rimozione delle condizioni di incostituzionalità, essa è stata delineata dal Consiglio di Stato nel parere 83/2017, segnalandosi come, in termini generali, il suddetto decreto avrebbe dovuto non solamente rispettare i principi e criteri direttivi della legge delega, ma anche svolgere una funzione di correzione (o integrazione) del testo legislativo originario, con la conseguenza che non si può estendere ad ambiti differenti da quelli delineati dal primo decreto, per evitare che il nuovo provvedimento si risolva in un esercizio tardivo della delega. Tanto premesso, nella seduta del Consiglio dei Ministri del 17 febbraio 2017, il Governo ha adottato, in via preliminare, uno schema di decreto recante disposizioni correttive ed integrative al d.lgs. n. 175/2016, su cui il Consiglio di Stato ha reso il parere favorevole con osservazioni¹¹.

Successivamente il decreto correttivo è stato sottoposto dal Governo alle valutazioni della Conferenza unificata, che ha sancito l’intesa nella seduta del 16 marzo 2017. Lo Stato, le Regioni e gli Enti locali, in sede di Conferenza unificata, hanno così raggiunto la richiamata intesa sullo schema di decreto legislativo adottato in via preliminare dal Governo in data 17 febbraio, convenendo, al contempo, su talune integrazioni e modifiche che il Governo si è impegnato a recepire nel testo definitivo del decreto legislativo.

3. Il decreto correttivo n. 175/2017

In data 26 giugno 2017 è stato pubblicato sulla G.U. il c.d. decreto correttivo al “testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”.

¹⁰ MORETTI F., *Il tu partecipate alla luce delle novità recate dal decreto correttivo*, in *Azienditalia*, 2017, 8-9, p. 723 ss.

¹¹ Cons. Stato, comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638.

Il provvedimento risponde evidentemente a una duplice esigenza: (i) da un lato, quella di dare completa attuazione alla legge delega n. 124/2015, che prevedeva la possibilità per il Governo di perfezionare il d.lgs. n. 175/2016 attraverso decreti correttivi da adottare entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore di quest'ultimo; (ii) dall'altro, quella di adeguamento alla su esaminata sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016.

In questa prospettiva è stato dunque adottato il d.lgs. n. 100/2017, con cui, oltre a sanare il difetto procedurale rilevato dalla Corte, acquisendo l'intesa della Conferenza unificata sul testo di cui al d.lgs. n. 175/2016, sono state introdotte alcune correzioni e integrazioni tese a migliorare la disciplina unica in materia di società partecipate, a distanza di circa un anno dalla sua entrata in vigore.

In questa sede saranno esaminati i principali elementi di novità recati dal decreto correttivo al Testo unico delle società partecipate.

L'art. 3 del d.lgs. n. 100/2017 aggiunge una specificazione all'art. 1, comma 5, d.lgs. n. 175/2016, oggi così risultante "5. Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'art. 2, comma 1, lett. p), nonché alle società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche".

In altri termini, il Testo unico risulta applicabile ai seguenti soggetti solo ove ciò risulti stabilito in maniera esplicita:

– società quotate, vale a dire, secondo la definizione richiamata, le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati;

– società partecipate dalle quotate, salvo che il controllo o la partecipazione di queste da parte di amministrazioni pubbliche avvenga direttamente e non attraverso società quotate.

Conseguentemente, il successivo art. 4 del d.lgs. n. 100/2017 sopprime il richiamo alle società partecipate da società di capitali recato all'art. 2, comma 1, lett. p), TUSPP.

Altre previsioni dell'art. 4 del Correttivo vanno a modificare ulteriori definizioni di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 175/2016.

– Il richiamo alle autorità portuali è sostituito con quello alle "autorità di sistema portuale" (art. 4, comma 1, lett. a)), al fine di tener conto dell'entrata in vigore del d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169 concernente la riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali.

– Viene riformulata la definizione di “società” contenuta alla lettera l), nel senso di ricomprendere in tale definizione anche gli organismi societari (ovvero quelli di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile) che hanno come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili (art. 4, comma 1, lett. b). In questo modo le disposizioni del provvedimento vengono esplicitamente estese anche alle società consortili che sono disciplinate dall’art 2615-ter contenuto nel titolo X del libro V del Codice civile. Ciò anche al fine di tener conto di quanto già previsto all’art. 3 del Testo unico, in cui si dispone che le amministrazioni pubbliche possano partecipare esclusivamente determinati organismi societari (costituiti in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa), aventi anche carattere consortile.

– L’art. 4, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 100/2017 modifica la nozione di “società in house”, oggi così definite: “*le società sulle quali un’amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all’articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell’attività prevalente di cui all’articolo 16, comma 3*”. In tal modo, viene operato un coordinamento tra la definizione di cui all’art. 2, comma 1, lett. o) del TUSPP e le successive disposizioni in tema di società *in house*, a loro volta correlate alle direttive comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE ed al nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016.

L’art. 5 del decreto correttivo reca alcune modifiche all’art. 4 del T.U., in ordine alle finalità perseguibili mediante l’acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche.

Con riferimento al comma 2 – che enumera le attività per l’esercizio delle quali le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni – sulla lettera d), viene specificato che fra le attività ammissibili vi è l’autoproduzione di beni o servizi strumentali, oltre che all’ente o agli enti pubblici (come già previsto dal testo vigente), anche “*allo svolgimento delle loro funzioni* “. L’integrazione testuale in discorso rientrava peraltro tra le osservazioni rese dalla I Commissione Affari Costituzionali del Senato nell’ambito dell’approvazione del parere sull’A.G. 404 (schema di decreto correttivo).

Mentre la prima parte dell’art. 4 del decreto legislativo enuclea gli elementi generali per l’individuazione delle finalità perseguibili dalle società pubbliche, i successivi commi 6, 7 e 8 stabilivano norme derogatorie rispetto a talune fattispecie, oggi allargate ad opera del decreto correttivo. Così, l’art. 5, comma 1, d.lgs. n. 100/2017 aggiunge al novero delle società nelle quali è ammessa la partecipazione anche quelle aventi per oggetto la produzione di energia da

fonti rinnovabili (lett. b) e fa salva la possibilità, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche (lett. c). Vi è, inoltre, un'estensione di quanto già previsto dall'art. 4, comma 9, TUSPP, il quale dispone in merito alla facoltà – da attivare con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, ovvero (a seguito della modifica contenuta al comma 1, lett. d), dell'articolo in esame) con provvedimento del Presidente della Regione con riguardo alle partecipazioni regionali – di escludere dall'applicazione dei vincoli disposti dall'art. 4 del Testo unico singole società a partecipazione pubblica.

In rispondenza alle integrazioni previste nell'Intesa, viene inoltre introdotto dalla successiva lett. d) del comma 1, il nuovo comma 9-bis, il quale afferma che *“Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lettera a), purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l'articolo 20, comma 2, lettera e) [...]”*.

Dando seguito a quanto stabilito in sede di intesa sancita in Conferenza unificata, il decreto correttivo introduce quindi l'ammissibilità di partecipazioni in società con attività *extra moenia*, limitatamente, tuttavia, a quelle che producono servizi economici di interesse generale a rete ed a condizione che l'affidamento dei servizi in corso e di quelli a venire, sia derivante da procedure ad evidenza pubblica.

Il richiamo alla piena applicazione dell'art. 20, comma 2, lett. e) e dell'art. 16, vale ad affermare, rispettivamente:

- che le predette società debbano essere razionalizzate qualora producano un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti (diversamente da quelle operanti nel territorio di riferimento, escluse dalla medesima lett. e));
- che restano validi per le *società in house* i limiti posti riguardo alla necessità 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 e che la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato, che può essere rivolta anche a finalità diverse (come nel caso dell'attività *extra moenia*), 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.

Con riguardo agli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico, l'art. 7 del d.lgs. n. 100/2017 modifica l'art. 11 del Testo unico, che reca la disciplina in materia di composizione degli organi di amministrazione delle società in controllo pubblico, con riferimento sia al numero dei componenti (introducendo anche come regola che, di norma, le società a controllo pubblico siano gestite da un amministratore unico), sia ai requisiti agli stessi richiesti, nonché di compensi corrisposti ai componenti degli organi di amministrazione e di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti delle società in controllo pubblico.

Al comma 1, nell'ambito dell'*iter* di adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri relativo ai requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia dei componenti degli organi amministrativi e di controllo di società a controllo pubblico, è introdotta la necessità di conseguire una previa intesa ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 in sede di Conferenza unificata, assicurando il rispetto del principio di equilibrio di genere nella misura almeno pari ad un terzo del numero complessivo delle designazioni e delle nomine effettuare nel corso dell'anno.

La riformulazione del comma 3, amplia, poi, le reali opzioni a disposizione dell'assemblea della singola società a controllo pubblico alla quale viene demandata la decisione di derogare al principio secondo cui l'organo amministrativo della società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un amministratore unico (ai sensi del comma 2). Tale determinazione deve essere assunta con delibera motivata in relazione a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi.

Quanto all'organo amministrativo della società, l'Assemblea può ricorrere al consiglio di amministrazione, composto da tre o cinque membri, o può, in alternativa, ricorrere a forme di *governance* alternative (quella di tipo dualistico o quella di tipo monistico). Al fine di evitare, poi, potenziali conflitti di interesse, viene fatto divieto ai dipendenti delle Amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti di assumere la carica di amministratori delle società controllate.

Viene consentita, invece, ai dipendenti delle società a controllo pubblico, la possibilità di assumere l'incarico di componente dell'organo di amministrazione delle stesse, a condizione che essi siano collocati in aspettativa non retribuita, con sospensione della loro iscrizione ai competente istituti di previdenza e di assistenza, salvo che rinuncino ai compensi dovuti a qualunque titolo in riferimento alla carica di amministratore.

Con riguardo alle società a controllo pubblico “indiretto”, viene previsto altresì che i dipendenti della società controllante possano assumere la carica di amministratore, con l'obbligo di riversare, in omaggio al principio di onnicomprensività della retribuzione, i relativi compensi alla società di appartenenza.

Viene in questo modo superato, in senso maggiormente permissivo, lo schema originario che prevedeva l'adozione, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016, di un D.P.C.M. al fine di definire i criteri in base ai quali, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, l'assemblea della società a controllo pubblico avrebbe potuto disporre che la società fosse amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che fosse adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile.

La disposizione prevede infine che la delibera sia trasmessa alla sezione della Corte dei Conti competente (ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSPP) e alla struttura del Ministero dell'economia e delle finanze cui spetta l'indirizzo, il controllo ed il monitoraggio sull'attuazione del testo unico ai sensi del successivo art. 15.

In merito al comma 6, riguardante il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di definizione degli indicatori dimensionali qualitativi e quantitativi delle società in controllo pubblico, diretti a individuare cinque fasce per la classificazione delle stesse è stabilito che l'adozione del predetto decreto, nel caso di società controllate dalla regione o da Enti locali, sia subordinato alla previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281.

3.1. *Le società miste*

L'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 dispone alcune deroghe al diritto societario necessarie alla corretta realizzazione del partenariato pubblico-privato nel caso di società miste¹². Viene previsto, infatti, che 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 a norma dell'art. 5, comma 9, del codice dei contratti pubblici e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista (comma 1).

¹²Sul tema del partenariato pubblico-privato, ante riforma, v. PICOZZA E., *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel Codice dei contratti pubblici*, in *Giur. amm.*, 2007, fasc. 9, p. 301 s.; più in generale sulla cooperazione pubblico-privato, cfr. POLICE A., *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove Autonomie*, 2016, fasc. 2, pp. 223-237.

Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita.

La durata della partecipazione privata alla società non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto, inoltre, deve prevedere meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio. Il comma 4 contiene previsioni ulteriori sugli statuti e i patti parasociali.

Al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'art. 2350, comma 2, c.c., o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società.

Inoltre il comma 6 stabilisce che *“alle società di cui al presente articolo che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016, se ricorrono le seguenti condizioni:*

a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;

b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;

c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo”.

3.2. Le società quotate

L'art. 2, comma 1, lett. p), d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che, ai fini di quanto in esso disposto, si intendono per *“società quotate”* le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati e le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati. Rispetto all'originaria previsione del Testo Unico, il decreto correttivo ha espunto il richiamo alle *“società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”*.

Tra le due categorie menzionate nel nuovo comma 1, lett. p), assume particolare rilievo la seconda: le *“società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati re-*

golamentati”, perché il d.lgs. n. 175/2016 non fornisce una definizione di “*mercati regolamentati*”.

Per stabilire quale significato debba allora essere attribuito a questa nozione si potrebbe ipotizzare di ricorrere a eventuali definizioni contenute in altri provvedimenti legislativi.

In questo senso, va segnalato che il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 520F*” (di seguito, “T.U.F.”) contiene in effetti, nell’art. 1, comma 1, lett. w-ter, una definizione di “*mercato regolamentato*”, corrispondente a “*sistema multilaterale che consente o facilita l’incontro, al suo interno e in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, ammessi alla negoziazione conformemente alle regole del mercato stesso, in modo da dare luogo a contratti, e che è gestito da una società di gestione, è autorizzato e funziona regolarmente*”.

L’utilizzo di questa definizione anche ai fini del d.lgs. n. 175/2016 non è però esente da criticità.

In primo luogo, infatti, questa definizione è destinata a valere, secondo quanto espressamente affermato dallo stesso art. 1, comma 1, del T.U.F., soltanto all’interno di quest’ultimo provvedimento, il che potrebbe precludere una integrale trasposizione della stessa definizione nell’ambito del decreto sulle società a partecipazione pubblica.

D’altra parte – come si è visto – il d.lgs. n. 175/2016 adotta a propria volta definizioni stipulative, che in alcuni casi si discostano apertamente da quelle presenti in altri provvedimenti o in altri settori dell’ordinamento (come avviene, infatti, per la nozione di “*società quotate*”, che ai fini del decreto assume un contenuto diverso da quello che presenta altrove), e questo potrebbe essere di ostacolo a stabilire che una definizione convenzionale assunta da un altro decreto legislativo debba valere anche nel d.lgs. n. 175/2016.

Del resto, il decreto Madia non contiene alcun espresso rinvio alla definizione di “*mercato regolamentato*” contenuta nel T.U.F., perché – come si è osservato – la definizione contenuta nell’art. 2, comma 1, lett. o), si limita a menzionare i “*mercati regolamentati*”, pur non definendoli, senza però aggiungere che questa nozione va intesa ai sensi del d.lgs. n. 58/1998.

Ciò potrebbe essere interpretato come indice del fatto che il d.lgs. n. 175/2016 non ha ritenuto di assumere all’interno del provvedimento la stessa definizione contenuta nel T.U.F., poiché – diversamente – l’avrebbe richiamata in modo esplicito (*ubi lex voluit, dixit*).

Infatti, quando il legislatore intende riferirsi a una nozione definita da una specifica norma legislativa lo specifica espressamente: così accade, per esempio, nello stesso decreto Madia, quando il citato art. 1, comma 5, stabilisce che

“Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche)”; in questo caso – come si vede – il legislatore ha chiarito che la nozione di “società quotate” deve intendersi come quella definita da una specifica norma.

Analogamente avviene – per un altro esempio – nell’art. 17, comma 1, lett. e), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ove il legislatore, menzionando i “servizi finanziari relativi all’emissione, all’acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari”, chiarisce espressamente che essi devono intendersi quelli disciplinati “ai sensi del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”.

Nel caso in esame, invece, la definizione contenuta nell’art. 2, comma 1, lett. p), d.lgs. n. 175/2016 non contiene alcun rinvio al d.lgs. n. 58/1998, e questo fatto, unitamente alla circostanza che la nozione di “mercato regolamentato” prevista da quest’ultimo decreto è destinata a valere soltanto all’interno di esso, sembra di ostacolo a trasporre identicamente la definizione del T.U.F. all’interno del decreto Madia.

È pur vero che esistono disposizioni normative nelle quali la nozione di mercato regolamentato è impiegata senza alcun richiamo esplicito alla corrispondente definizione del T.U.F. e che, quando intendono riferirsi a sistemi non rientranti in tale definizione, lo dispongono in modo esplicito, come se presupponessero la nozione contenuta nel T.U.F. quale definizione cui rinviare in via sistematica.

Non si può quindi del tutto escludere la possibilità che, nell’esegesi dell’art. 2, comma 1, lett. p), l’interprete utilizzi un argomento sistematico, attribuendo alla nozione di “mercato regolamentato” il significato proprio del T.U.F. (che, di fatto, costituisce l’unica definizione normativa di mercato regolamentato codificata dal nostro ordinamento giuridico).

Tuttavia, in assenza di un rimando definitorio esplicito all’interno del Testo Unico, sembra maggiormente persuasivo attribuire alla nozione di “mercati regolamentati” in esso contenuta il significato che deriva dall’applicazione dei criteri interpretativi dettati dall’art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale*.

Ai sensi di questa norma, “nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”.

Pertanto: ai fini di stabilire quale significato assuma – beninteso: ai limitati fini del d.lgs. n. 175/2016 – la dizione “mercati regolamentati” contenuta nell’art. 2, comma 1, lett. p), occorre utilizzare due criteri interpretativi:

l'argomento letterale e l'argomento dell'intenzione del legislatore.

L'argomento letterale impone di attribuire agli enunciati normativi, oppure alle parole e ai termini in essi contenuti, il significato che assumono nella conversazione ordinaria o nel linguaggio tecnico del diritto, tenendo conto della loro relazione sintattica.

Seguendo questo argomento, la dizione “*mercati regolamentati*” pare doversi riferire, nell'ambito del decreto Madia, a tutti quei mercati che siano soggetti a una regolamentazione, ossia nei quali esista una disciplina per l'organizzazione e il funzionamento del mercato stesso.

L'argomento dell'intenzione del legislatore può invece essere sdoppiato, da un lato, nell'argomento psicologico e, dall'altro, nell'argomento teleologico.

L'argomento psicologico è quello per cui “*a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico*”: il significato della norma va quindi ricercato nelle fonti che consentono di ricostruire l'intenzione con cui l'estensore della norma ha provveduto a scriverla.

Nel caso del d.lgs. n. 175/2016, alcuni elementi utili al riguardo possono rinvenirsi dalla previsione contenuta nella legge delega (della quale il T.U. costituisce il decreto legislativo attuativo) 7 agosto 2015, n. 124, il cui art. 18, comma 1, include fra i principi e criteri direttivi la necessaria “*distinzione tra tipi di società*” in relazione “*alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati*”.

Dalla Relazione al testo proposto dalla Prima Commissione Permanente al Senato (atto n. 1577-A) si evince, infatti, che la *ratio* di questa necessaria differenziazione consiste nell'intento di riconoscere le peculiarità che presentano le società pubbliche ove siano oggetto d'investimenti finanziari.

Soprattutto soccorre, poi, il criterio di delega in forza del quale finalità del decreto di riordino delle norme in materia di società pubblica dev'essere anche la “*eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo*”.

Ora, guardando all'argomento teleologico (che impone di attribuire a un enunciato normativo “*quel significato che corrisponde al fine proprio della legge di cui l'enunciato è documento*”, e quindi di ricostruire non tanto l'intento storicamente assunto dal legislatore concreto, ma i “*fini della legge*”, ossia l'obiettivo cui l'intervento normativo tende, esaminando gli interessi che il diritto ritiene di proteggere), va ricordato che la speciale disciplina dedicata alle società pubbliche in relazione alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati costituisce un elemento ricorrente della legislazione degli ultimi anni, almeno a partire dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (che escludeva le società quotate o in corso di quotazione dalla cessazione anticipata degli affidamenti diretti) e sino al-

l’art. 34, comma 38, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221 (che, ai fini della limitata applicazione delle norme in materia di contenimento della spesa pubblica riguardanti le società partecipate da pubbliche amministrazioni, espressamente equipara alle società quotate quelle “*emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati*”).

La finalità precipua e ricorrente di questa disciplina va individuata, in particolare, nell’esigenza di accordare una specifica tutela agli investitori (anche in attuazione del principio costituzionale dell’incoraggiamento e della tutela del risparmio, *ex art. 47 Cost.*), nonché nel correlato obiettivo di garantire l’affidabilità e la stabilità del sistema finanziario.

In ragione di queste esigenze, la speciale disciplina riguardante la trasparenza delle operazioni e la correttezza dei comportamenti degli operatori, così come gli strumenti di controllo e vigilanza affidati alle autorità di tutela del sistema finanziario, non si prestano a una intersezione con le regole dettate in via generale per le società a partecipazione pubblica, regole che – per un verso – risulterebbero in parziale sovrapposizione e interferenza con quelle poste a tutela degli investitori e la cui applicazione – per altro verso – potrebbe risultare suscettibile di generare effetti incompatibili con le stesse finalità di garanzia di stabilità del sistema finanziario.

In questo senso si è anche espresso il Consiglio di Stato, nel parere reso sul testo del decreto in esame, osservando che l’art. 2, comma 1, lett. o), “*è coerente con il principio, accolto dal sistema positivo vigente, secondo cui per le società quotate in mercati regolamentati opera interamente un regime di mercato*”.

Da queste considerazioni si evince dunque che anche l’argomento dell’intenzione del legislatore conduce complessivamente a ritenere che la nozione di “*mercati regolamentati*”, per come essa si atteggia nell’ambito del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, pare doversi riferire ai mercati finanziari che siano soggetti a regolamentazione, vigilanza e controllo delle autorità preposte a garantirne la trasparenza e correttezza di funzionamento.

Questo percorso argomentativo può dunque condurre a ritenere che la nozione di “*mercati regolamentati*” contenuta nell’art. 2, comma 1, lett. p), d.lgs. n. 175/2016 sia da riferire (non solo, restrittivamente, a quella definita dall’art. 58 del T.U.F., ma più estensivamente) a tutti i mercati finanziari che siano soggetti a regolamentazione, vigilanza e controllo delle autorità preposte a garantirne la trasparenza e correttezza, e per i quali esista quindi una disciplina di organizzazione e funzionamento preordinata a questi obiettivi.

Chiarito questo profilo, va osservato che l’art. 1, comma 5, d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che “*le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p)*”.

Alle “società quotate” si applicano, pertanto, soltanto gli artt. 8 e 9 del de-

creto, riguardanti – rispettivamente – l’acquisto di partecipazioni in società già costituite¹³ e la gestione delle partecipazioni pubbliche¹⁴.

Conseguentemente, non si applicano alle “società quotate” né l’art. 4, che disciplina le finalità perseguibili mediante l’acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, né le disposizioni in materia di *governance*, né le regole in materia di personale, né le restanti norme che delincono il nuovo e speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica.

Da ciò deriva che le “società quotate” rientrano formalmente nell’ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016, ma poiché questo comporta che esse siano soggette unicamente alle disposizioni che sono espressamente

¹³ Art. 8, d.lgs. n. 175/2016: “1. *Le operazioni, anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, che comportino l’acquisto da parte di un’amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti sono deliberate secondo le modalità di cui all’articolo 7, commi 1 e 2.*

2. *L’eventuale mancanza o invalidità dell’atto deliberativo avente ad oggetto l’acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima.*

3. *Le disposizioni del presente articolo si applicano anche all’acquisto, da parte di pubbliche amministrazioni, di partecipazioni in società quotate, unicamente nei casi in cui l’operazione comporti l’acquisto della qualità di socio”.*

¹⁴ Art. 9, d.lgs. n. 175/2016: “1. Per le partecipazioni pubbliche statali i diritti del socio sono esercitati dal Ministero dell’economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale.

2. Per le partecipazioni regionali i diritti del socio sono esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni.

3. Per le partecipazioni di enti locali i diritti del socio sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato.

4. In tutti gli altri casi i diritti del socio sono esercitati dall’organo amministrativo dell’ente.

5. La conclusione, la modificazione e lo scioglimento di patti parasociali sono deliberati ai sensi dell’articolo 7, comma 1.

6. La violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 e il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali non determinano l’invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l’esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato.

7. Qualora lo statuto della società partecipata preveda, ai sensi dell’*articolo 2449 del codice civile*, la facoltà del socio pubblico di nominare o revocare direttamente uno o più componenti di organi interni della società, i relativi atti sono efficaci dalla data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell’atto di nomina o di revoca. È fatta salva l’applicazione dell’*articolo 2400, secondo comma, del codice civile*.

8. Nei casi di cui al comma 7, la mancanza o invalidità dell’atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell’atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società.

9. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle partecipazioni di pubbliche amministrazioni nelle società quotate.

10. Resta fermo quanto disposto dal *decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21*, convertito, con modificazioni, dalla *legge 11 maggio 2012, n. 56”.*

indirizzate anche alle “società quotate”, e poiché tali disposizioni sono soltanto gli artt. 8 e 9, la maggior parte delle nuove disposizioni che incidono significativamente sulle società pubbliche non si applicano alle “società quotate”, né esse sono soggette alla verifica di riconducibilità ad una delle categorie previste dall’art. 4 ai fini della loro sopravvivenza.

Si verifica quindi una “sostanziale” sottrazione delle “società quotate” dall’applicazione del d.lgs. n. 175/2016.

3.3. *Le società in house*

Le società *in house* (in precedenza *in house providing*) costituiscono un modello di gestione dei servizi pubblici, nato in seno alla giurisprudenza “unionale”, ed in particolare con la sentenza della Corte di giustizia “*Teckal*” del 1999, secondo cui l’istituto in esame si caratterizza principalmente per la presenza del “controllo analogo” da parte dell’ente pubblico controllante. Attraverso tale modello, l’amministrazione pubblica, in forza del peculiare legame che intercorre con il soggetto affidatario, può procedere all’affidamento diretto di appalti o servizi, prescindendo dal previo espletamento delle procedure ad evidenza pubblica. Si tratta, dunque, di una evidente deroga ai principi in materia di libera concorrenza e di parità di trattamento degli operatori economici, che ben presto ha messo in chiara luce l’utilizzo strumentale, nell’ordinamento nazionale, di tale modulo organizzativo al fine di soddisfare esigenze “politiche” che nulla hanno a che vedere con un’aziendalizzazione delle pubbliche amministrazioni.

Le società *in house*, secondo il parere del Consiglio di Stato, rappresentano una “tipologia” del tutto distinta dalle società a partecipazione pubblica totalitaria e dalle società miste pubblico-privato, in quanto connotata da profonde deviazioni rispetto al nucleo fondante delle società di capitali. In particolare, la nozione di società *in house* è rinvenibile nell’art. 2, comma 1, lett. o) del T.U., ove dispone che per “società *in house*” si intendono le società sulle quali un’amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all’articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell’attività prevalente di cui all’articolo 16, comma 3.

Per “controllo analogo”, s’intende “la situazione in cui l’amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione partecipante”.

Il “controllo analogo congiunto”, invece, consta della situazione in cui l’amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all’art. 5, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

L’ulteriore requisito per il legittimo ricorso all’*in house*, come accennato, è costituito dalla c.d. attività prevalente, che si sostanzia nella necessità che l’affidatario svolga la principale parte della propria attività in favore dell’ente che lo controlla.

In precedenza era già stata la giurisprudenza comunitaria a fornire i criteri attraverso i quali valutare la sussistenza del requisito in esame, precisando come a tale fine occorresse tenere in considerazione tutte le attività svolte dall’affidatario, a prescindere da chi in concreto le remunerasse (se l’amministrazione aggiudicatrice o il fruitore finale della prestazione), e a nulla rilevando l’ambito territoriale in cui esse venivano svolte.

Oggi viene previsto, a livello normativo, che la condizione dell’attività prevalente è da ritenersi soddisfatta ove oltre l’80% dell’attività del soggetto affidatario *in house* sia effettuata nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’Amministrazione affidante, da verificarsi ponendo mente al fatturato medio totale dell’affidatario o, comunque, ad un’indonea misura alternativa dell’attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica affidataria o dall’amministrazione aggiudicatrice nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l’aggiudicazione dell’appalto.

Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2013 si sono impegnate ad offrire una qualificazione giuridica alle società *in house*, da intendersi come mere articolazioni interne della Pubblica Amministrazione, una sorta di *longa manus* che, riprendendo le parole del giudice estensore, fanno sì 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*”¹⁵.

Le Sezioni Unite, con la citata pronuncia, sono state investite della questione circa la sussistenza o meno della giurisdizione contabile nei confronti di soggetti, titolari di funzioni amministrative o di controllo all’interno di società di capitali costituite e partecipate da enti pubblici, ai quali vengano imputati atti contrari ai loro doveri d’ufficio con conseguenti danni per la società stessa. Il caso di specie, in rispetto ad altre pronunce, si segnala per la seguente peculiarità: la società partecipata danneggiata è, per l’appunto, una società *in house*. Tale circostanza ha imposto una riflessione della Suprema Corte sulla

¹⁵ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283.

“tenuta” della posizione espressa in precedenza e confermata anche in recenti decisioni, di cui giova ricostruire i profili più rilevanti¹⁶.

Più nello specifico, con sentenza n. 26806/2009, la Cassazione prende le mosse dalla considerazione che l’ambito di operatività della giurisdizione contabile non può più essere individuato dal quadro di riferimento – pubblico o privato – nel quale si pone la condotta produttiva del danno in quanto, nell’ordinamento vigente, le finalità istituzionali, proprie della pubblica amministrazione, possono essere realizzate anche mediante attività disciplinate in tutto o in parte dal diritto privato. A riprova di ciò vengono in rilievo proprio le società di capitali eventualmente costituite o comunque partecipate da enti pubblici che, tuttavia, non cessano di essere società di diritto privato, la cui disciplina, salva diversa previsione, continua ad essere assoggettata alle regole del codice civile.

Pertanto, alla luce dell’evoluzione che ha segnato l’ordinamento, la Cassazione ritiene che l’elemento idoneo a configurare la giurisdizione contabile non sia più da ravvisarsi nella natura del contesto in cui si colloca la condotta di danno bensì nell’evento dannoso prodotto a carico della P.A.

Ciò premesso, le Sezioni Unite richiamano l’art. 2449 c.c., rubricato “Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici”, a tenore del quale, se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una s.p.a. (che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio), “lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione del capitale sociale”, aventi gli stessi diritti e obblighi dei membri nominati dall’assemblea. Pertanto, anche la responsabilità nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, che grava sugli organi sociali, opera nei modi stabiliti dagli artt. 2392 c.c. e ss., alla stregua di qualunque altra società privata.

Conseguenza di tale postulato è che anche nelle società partecipate da enti pubblici, il danno prodotto dagli organi della società al patrimonio sociale può essere contestato con l’azione sociale di responsabilità ed eventualmente con l’azione proposta dai creditori sociali previste dal codice civile. Ciò in quanto il danno arrecato al patrimonio della società non integra danno erariale, in quanto sofferto unicamente da un soggetto privato distinto dai singoli soci – pubblici o privati – “titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nel patrimonio sociale medesimo”.

Ciononostante, la Cassazione ha individuato talune ipotesi in cui è invece ben configurabile l’azione del procuratore contabile.

¹⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806; in senso conforme, Cass., Sez. Un., 3 maggio 2013, n. 10299.

Un primo caso ricorre quando si debba 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. Si è allora innegabilmente in presenza di un cosiddetto danno erariale, ossia di un danno provocato dall'agente al patrimonio dell'ente pubblico, come ad esempio accade nel caso del danno all'immagine della pubblica amministrazione, la cui riconducibilità entro i parametri della giurisdizione del giudice contabile è confermata dal disposto della legge 3 agosto 2009, n. 102, art. 17, comma 30-ter (quale risulta dopo le modifiche apportate dal d.l. in pari data, n. 103, convertito con ulteriori modificazioni nella legge 3 ottobre 2009, n. 141). È in questo quadro di principi generali che deve essere perciò letta anche la disposizione della legge 28 febbraio 2008, n. 31, art. 16-bis, (che ha convertito il d.l. 31 dicembre 2007, n. 248), la quale ha introdotto per le società quotate un'eccezione alla giurisdizione contabile da riferire, appunto, alla sola area in cui detta giurisdizione risulterebbe altrimenti applicabile.

L'azione del procuratore contabile appare poi anche configurabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione. Ciò ben può accadere quando il socio pubblico, in presenza di atti di *mala gestio* imputabili agli amministratori o agli organi di controllo della società partecipata, trascuri ingiustificatamente di esercitare le azioni di responsabilità alle quali egli sia direttamente legittimato, ove ne sia derivata una perdita di valore della partecipazione.

Ciò posto, in termini generali, con riguardo alle società partecipate da enti pubblici, le Sezioni Unite si preoccupano di valutare se l'impostazione sopra illustrata, in cui assume un ruolo centrale la distinzione tra la società di capitali (soggetto di diritto privato) ed i propri soci, ancorché pubblici, possa conservare validità anche in presenza di una società *in house*, deputata alla gestione di pubblici servizi. Preso atto dei tre presupposti che integrano la fattispecie della società *in house* – che la società sia interamente partecipata da un ente pubblico o da più enti pubblici; che l'esercizio dell'attività prevalente sia in favore di esso; che ricorra, nei confronti della società, un controllo analogo a quello esercitato dall'ente sui propri uffici – è proprio il requisito del “controllo analogo” ad indurre le Sezioni Unite a ritenere “evidente l'anomalia del fenomeno dell'*in house* nel panorama del diritto societario”, essendo inconciliabile con la conformazione della società di capitali, “quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, (...) la 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".

Al riguardo le Sezioni Unite osservano che il rapporto riscontrabile tra soggetto societario ed ente pubblico non è certo riconducibile al fenomeno della eterodirezione di società pure configurato dagli artt. 2497 e ss. c.c. I Giudici osservano che in presenza di una società *in house*, ricorre una "subordinazione dei suoi gestori all'ente pubblico partecipante" e "l'impossibilità stessa d'individuare nella società un centro d'interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico che l'ha costituita e per il quale essa opera".

La società *in house*, ad avviso della Suprema Corte, "non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione", non potendo dunque ritenersi terza rispetto all'amministrazione controllante bensì alla stregua di uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa, sicché "la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva".

È netta, dunque, la presa di posizione delle Sezioni Unite sull'effettiva natura delle società *in house*: "L'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno 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".

Formulate le esposte considerazioni il Supremo Consesso, conclusivamente, esclude che l'orientamento espresso con riguardo ai limiti della giurisdizione del giudice contabile nelle controversie concernenti la responsabilità degli organi di società a partecipazione pubblica (richiamato in apertura) possa essere mutuato in presenza di società *in house*. Più nel dettaglio, le Sezioni Unite ritengono che gli organi di dette società siano da ritenersi personalmente legati alla pubblica amministrazione da un vero e proprio rapporto di servizio. Inoltre, l'assenza di un'effettiva alterità tra ente pubblico partecipante e società partecipata *in house* implica "che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità". Sicché, "il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità".

Se la giurisprudenza, inclusa, la Corte costituzionale hanno finora concepito le società *in house* come sostanzialmente equiparate ad un ufficio interno dell'amministrazione o delle amministrazioni controllanti, ossia come organi costituenti una *longa manus* della pubblica amministrazione, cui non resta af-

fidata alcuna rilevante autonomia gestionale, lo schema che offre il nuovo Testo Unico, ai sensi dell'art. 16, è quello di enti societari di diritto privato, cui trova applicazione lo statuto generale, sia pure con alcuni adattamenti, delle società di capitali.

Tale configurazione, tuttavia, è apparsa alla Commissione speciale del Consiglio di Stato inconciliabile con la “forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo” alle società *in house*¹⁷.

La difficile conciliazione tra le due opposte concezioni è stata superata introducendo, da un lato, una “strumentazione di diritto privato modificato”, allo scopo di assicurare forme di esercizio del controllo analogo in linea con i vincoli stabiliti dal diritto europeo, e considerando, dall'altro, le società *in house* in senso proprio delle società di diritto privato, al punto da sottoporle, al pari delle altre società a partecipazione pubblica, ex art. 14 TUSPP, al fallimento, al concordato preventivo e, ove ne ricorrano i presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi disciplinata dal d.lgs. n. 270/1999¹⁸.

Si evidenzia, in tal modo, il carattere ambivalente delle società *in house*: per un verso esse sono espressione del principio di autonomia organizzativa delle amministrazioni aggiudicatrici – consentendo a queste ultime di ricorrere all'autoproduzione di beni e servizi mediante soggetti appartenenti all'organizzazione dell'amministrazione controllante, e ciò in sintonia con quanto affermato recentemente dai giudici di Lussemburgo, i quali, ricostruendo la precedente giurisprudenza, hanno evidenziato come gli affidamenti *in house* costituiscano un'eccezione all'applicazione del diritto europeo in ragione dell'esistenza “di un legame interno particolare” tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente affidatario, quantunque quest'ultimo sia una entità giuridicamente distinta dalla prima, legame in virtù del quale si può ritenere che l'amministrazione ricorra ai propri strumenti e “l'ente affidatario faccia praticamente parte dei servizi interni della stessa amministrazione”¹⁹; dall'altro esse restano pur sempre società di diritto privato, che dovrebbero essere dotate di un “*minimo*” di autonomia privata.

Come anticipato, una precisa disposizione riservata alle società *in house* è oggi rinvenibile nell'art. 16 del T.U.

Il primo comma prevede che le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il con-

¹⁷ V. il par. 7 del parere della Commissione speciale del Cons. Stato 21 aprile 2016, n. 968/2016.

¹⁸ MALTONI A., *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 1, p. 7.

¹⁹ CGUE, 8 dicembre 2016, C-553/15.

trollo 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.

Il secondo comma poi, ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma precedente, dispone che:

“a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile;

b) gli statuti delle società a responsabilità limitata 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 2341-bis, primo comma, del codice civile”.

Gli statuti delle *società in house*, ai sensi del terzo comma, 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.

Il mancato rispetto del limite suddetto costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 15 del presente decreto.

Al fine di sanare l'eventuale irregolarità, la società, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, deve rinunciare a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunciare agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata.

Nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti, la società può continuare la propria attività se e in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4 del Testo Unico. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.

L'ultimo comma, infine, statuisce che le società *in house* sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al d.lgs. n. 50/2016.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha previsto, all'art. 192, che presso l'ANAC sia istituito l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici.

La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale.

L'ANAC, con delibera 15 febbraio 2017, n. 235, ha adottato le “*Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del decreto legislativo 50/2016*”.

4. *Le limitazioni alla partecipazione pubblica ai sensi dell'art. 3 del nuovo T.U.*

Il nuovo Testo unico delle società a partecipazione pubblica ha anche previsto importanti limitazioni all'autonomia delle pubbliche amministrazioni, in particolare nell'art. 3 TUSP, in forza del quale le pubbliche amministrazioni possono partecipare soltanto a determinati tipi di società e, se vi partecipano in modo o misura tale da potervi esercitare il controllo, non possono sfruttarne integralmente le potenzialità riservate in generale dal diritto societario alla autonomia statutaria di ciascuno di quei tipi.

Le limitazioni così imposte si applicano non solo alle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, ma altresì ai “loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti”, alle “autorità portuali” e soprattutto a tutti “gli enti pubblici economici”: in questi termini si esprime la definizione di amministrazione pubblica contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a) dal TUSP, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 3 del medesimo testo normativo.

Il comma 1 del già citato art. 3 statuisce, nello specifico, 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, in tal modo escludendo tutte quelle forme di varianti o sottospecie societarie, individuate per esempio nelle società a responsabilità

limitata semplificate, nelle *start-up* innovative costituite in forma di società a responsabilità limitata, oltre che le società semplici, società in nome collettivo, società in accomandita semplice.

La ragione di tale limitazione può essere individuata nell’esigenza di ridurre le situazioni di rischio in cui il socio pubblico possa assumere posizioni da cui far derivare una sua responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte dalla società e ciò, come autorevolmente affermato in dottrina, 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”²⁰.

La preclusione sancita dall’art. 3, inoltre, deve ritenersi valida anche con riguardo alle società in accomandita per azioni, in cui coesistono due diversi gruppi di azionisti, i soci accomandanti, esclusi dall’amministrazione e responsabili limitatamente al proprio conferimento, e i soci accomandatari, amministratori di diritto, personalmente e illimitatamente responsabili.

A sostegno di tale esclusione, come evidenziato in dottrina, vi sarebbe l’impossibilità di ricomprendere in senso tecnico, nella locuzione “società per azioni” tale diverso tipo di società²¹.

Se quanto affermato vale per le società in accomandita per azioni, lo stesso non può dirsi con riguardo alle società in accomandita per azioni quotate atteso che l’art. 1, comma 5, TUSP prevede che le disposizioni del decreto si applicano alle società quotate “solo se espressamente previsto”, e non è previsto che l’art. 3 si applichi alle società quotate, così dovendosi ritenere sempre ammissibile la partecipazione dell’amministrazione pubblica all’interno delle società quotate, sia che esse siano per azioni che per quelle in accomandita per azioni.

Di analogo rilievo è la verifica circa la compatibilità della partecipazione pubblica all’interno di società modellate su esperienze di diritto straniero.

Se si aderisce ad un’esegesi meramente letterale della norma, la preclusione deve ritenersi anche in tal caso operativa. Ciononostante deve tenersi conto che con riferimento ai più o meno corrispondenti modelli dei diritti societari degli altri stati membri dell’Unione europea, il divieto potrebbe apparire ingiustificato e lesivo dei principi di libertà di circolazione di capitali oltre che in virtù delle analogie sostanziali con alcune esperienze in chiave comparatistica. Si pensi, ad esempio, ai tipi sociali analoghi alla nostra società a responsabilità limitata, tra cui: la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* tedesca, la

²⁰ Così, ad esempio, SCIASCIA M., *Ambito della capacità societaria delle pubbliche amministrazioni*, in *Le società pubbliche*, a cura di FIMMANÒ F., CATRICALÀ A., *op. cit.*, p. 255 ss.

²¹ In questo senso DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori Assago, 2016, p. 151.

société privée à responsabilité limitée o *besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* belga; la *anpartsselskaber* danese; la *sociedad de responsabilidad limitada* spagnola; la *société à responsabilité limitée* francese; la *etaireia periorismenis efthynis* greca; la *private company limited by shares or by guarantee* irlandese; la *société à responsabilité limitée* lussemburghese; la *besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* olandese; la *sociedade por quotas* portoghese e la *private company limited by shares or by guarantee* inglese.

Al contrario, esplicitamente ammessa, ai sensi del primo comma dell'art. 3, è la partecipazione pubblica all'interno delle società consortili e delle società cooperative.

Le prime sono quelle composte da imprenditori, al fine di costituire un'organizzazione comune per la disciplina o lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese, e che possono assumere la forma di qualsiasi società di persone o di capitali, fuorché di società semplice (art. 2615-ter c.c.).

Le seconde, invece, si differenziano dalle altre società di capitali proprio perché non sono votate a raggiungere un utile da distribuire fra i soci, ma hanno lo scopo di fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai soci, a condizioni più vantaggiose di quelle offerte dal mercato.

Con riguardo all'entità della partecipazione, non sembrano sussistere particolari ostacoli, con la conseguenza che il socio pubblico, oltre ad essere socio di controllo, potrà anche essere o divenire l'unico azionista o l'unico quotista.

Così ricostruiti i limiti alla partecipazione pubblica, è necessario ora verificare quali siano le conseguenze che scaturiscono in caso di mancato rispetto dei suddetti limiti.

Nel procedere a tale verifica, la base di partenza non può che essere rappresentata, ancora una volta, dalle regole del diritto societario, le quali mutano o possono mutare a seconda del tipo di società e della legislazione che di volta in volta dovesse, in ipotesi, venire in rilievo.

Per quanto attiene al divieto di costituzione, il suo mancato rispetto comporterà l'applicazione di disposizioni differenti a seconda che si riferisca a società di persone, a società di capitali diverse da quelle consentite (società in accomandita per azioni) o a società di diritto straniero (nella misura in cui non si ritenga che rientrino tra quelle ammesse).

Nel caso delle società di persone, in particolare, sarà necessario verificare se la partecipazione dell'ente pubblico sia da considerarsi essenziale o meno: nel primo caso il contratto sarà invalido e pertanto si potrà procedere con la liquidazione della società (fatti salvi i rapporti *medio tempore* conclusi in nome della stessa); nel secondo caso, invece, sarà considerata invalida la singola partecipazione, perché contrastante con una norma imperativa. Ne consegue, in quest'ultima ipotesi, che la partecipazione in questione dovrà essere liquidata

con le modalità di cui all’art. 24, comma 5, d.lgs. n. 175/2016 (e cioè secondo la disciplina del recesso; così espressamente l’art. 7, comma 6, primo periodo, TUSP)²², sempre che non sia stato possibile procedere alla sua alienazione.

Per le società di diritto straniero, infine, il parametro di riferimento sarà rappresentato dalla relativa *lex societatis*, che tuttavia risulta pressoché conforme, all’interno dei paesi dell’Unione europea, ai principi posti dal nostro art. 2332 c.c.; con la conseguenza che non potrà essere invocata una ipotesi di “nullità della società”.

Un ultimo aspetto che merita essere considerato, una volta abrogato l’art. 3, comma 27, legge n. 244/2207, attiene alla questione se le Università, aventi finalità di insegnamento e di ricerca, possano dare vita a società, nell’ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali ovvero anche per l’erogazione di servizi contendibili sul mercato.

Di tale problematica se ne è occupata l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 4 giugno 2011, n. 10, la quale ha inteso distinguere preliminarmente tra esercizio dell’attività amministrativa in forma privatistica ed esercizio dell’attività di impresa da parte degli enti pubblici. Preso atto di ciò, e dall’assunto secondo cui la società commerciale facente capo ad un ente pubblico, operante sul mercato in concorrenza con operatori privati, necessita di previsione legislativa espressa, i giudici del Sommo Consesso amministrativo hanno affermato che l’autonomia organizzativa e finanziaria delle Università incontra il limite interno invalicabile della rigorosa strumentalità rispetto alle finalità istituzionali.

In assenza di una espressa previsione legislativa di segno contrario, anche per le Università deve ritenersi operante il divieto di istituire società di capitali con scopo meramente lucrativo. Viceversa, anche le Università possono costituire società a condizione che le stesse siano strettamente necessarie al perseguimento delle finalità di ricerca e insegnamento istituzionalmente proprio delle Università stesse²³.

²² Cfr. ANGELICI C., *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, Atti di convegno Bari 21-22 ottobre 2016 in ricordo di Luca Buttarò, Milano, 2017, pp. 15-19.

²³ GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2017-18, p. 155.