

FRANCESCO GOISIS*

LA DIFFICILE "CONVERSIONE" SUL PIANO DEL DIRITTO INTERNO DI ALCUNE CATEGORIE CONIATE DAL DIRITTO EUROPEO:IL CASO DELL'IN HOUSE.

Tratteremo le seguenti tematiche:

1. problema della natura delle società in mano pubblica e del suo scopo;
2. rilievo di una nuova norma di legge di sistema introdotta nel 2012 (art. 4, co. 13, d.l. 95/2012);
3. conseguenze di questa norma quanto al problema della strumentalità delle società in mano pubblica e, in particolare, dell'in house;

1. Il problema tradizionale della natura delle società in mano pubblica: l'opzione privatistica dell'ordinamento nazionale ed europeo.

Già prima della codificazione civile del 1942 il dibattito sulla natura e quindi regime giuridico della società in mano pubblica¹ era nutrito e non significativamente diverso da quello manifestatosi a seguito del processo di

* Professore straordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza.

¹ Riprendo qui molte delle considerazioni già svolte in GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Milano, 2004, spec. 113 ss. e, da ultimo, in GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. ec.*, 2013, 41 ss. a cui rinvio per più estese osservazioni su varie delle tematiche qui trattate.

privatizzazione degli anni 90 del secolo scorso². In dottrina (Ravà), ad es., si osservava come la società in mano pubblica rappresentasse « *un travestimento in forma privata di una impresa sostanzialmente pubblica*»³; dal canto suo, il Consiglio di Stato già aveva tentato di imporre (scontrandosi con l'opposta visione della Corte regolatrice) l'idea della società di capitali-ente pubblico (in quanto, in tesi, chiamata al diretto perseguimento di fini statuali e quindi solo apparentemente commerciale): "« ... *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 esterioresità 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*». Notano poi i giudici amministrativi che una messa in discussione della natura pubblica della società sarebbe «*per di più inopportuna, perché in aperto contrasto con le direttive del Regime, intese ad assicurare, in ogni campo, quella autarchia per cui l'A.G.I.P. fu costituita e che, con la lavorazione delle materie prime, con la messa in valore di riserve petrolifere e con le ricerche, essa encomiabilmente persegue, non solo nell'interesse economico generale, ma altresì per la difesa Nazionale*».⁴

² Sul punto si veda in particolare RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 324 ss., ove un'ampia trattazione del tema con numerosi riferimenti di diritto comparato e la conclusione che, in Italia: «l'autorità pubblica, nel ricorrere a forme giuridiche offerte dal diritto privato, le ha adottate, più che altrove, nella loro integrità, senza modificarle e spesso deformatle».

Per un'ampia e documentata trattazione dell'esperienza italiana ed europea delle società in mano pubblica, si veda altresì (in una prospettiva, però, eminentemente economica e comunque descrittiva), GANGEMI, *Le società anonime miste*, Firenze, 1932.

³ RAVÀ, *op. cit.*, 340.

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33, che vedi ora pubblicata in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di PASQUINI - SANDULLI, Milano, 2001, 235 ss., resa in tema di qualificazione della allora società anonima AGIP, dove, al fine della affermazione della giurisdizione amministrativa, si dice che: Questa decisione venne poi annullata da Cass., sez. un., 26 aprile 1940, n. 1337, in *Foro it.*, 1941, I, 199 ss., con nota adesiva di FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, sulla base della considerazione per cui « Un Ente che nasce, vive e del quale sia prevista la fine secondo le regole proprie delle società anonime non

Non certo inconsapevole appare quindi la opzione del Codice civile a favore della piena, ordinaria, riconduzione dell'azionariato pubblico al diritto privato commerciale e alle relative logiche: salvo diverse previsioni di legge, le società a partecipazione pubblica sono soggette al medesimo regime giuridico delle altre società (a partecipazione privata). Sono cioè persone giuridiche di diritto privato. Il socio pubblico di controllo esercita dunque dei poteri privatistici: poteri sì potenzialmente assai pervasivi (come portato del principio maggioritario che innerva il diritto societario)⁵, ma nel rispetto dei limiti previsti dal diritto societario comune e, quindi, non diversi da quelli di un qualunque altro socio di controllo. Celebre quanto inequivoco è, sul punto, il passo della *Relazione* al Codice civile (par. 998), 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 dispongano diversamente »⁶.

L'opzione privatistica, se possibile, è risultata ulteriormente valorizzata nel 2008 dalla scelta del legislatore che, ha perfino abrogato il riferimento alla clausola di salvezza delle leggi speciali, originariamente presente (sul modello dell'art. dell'art. 2458 c.c. del 1942) all'art. 2449 c.c.⁷.

rientra nella categoria delle persone giuridiche pubbliche, quando non si dimostri che specifici elementi investono e modificano la sua intima struttura »..

⁵In particolare GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, I, Milano, 1962, 31 ss., spec. 49 ss., segnala la capacità del controllo societario di creare una accentuata strumentalità.

⁶ *Relazione del Ministro Guardasigilli*, n. 998.

⁷ La novella si deve alla l. n. 34 del 2008, che ha, tra l'altro, abrogato nell'art. 2449 c.c. la previsione per cui «Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.».

E ciò ha fatto volendosi far carico dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria sulle c.d. *golden shares* di rifiuto di privilegi e poteri non esattamente proporzionali alle quote possedute per il socio pubblico (in specie caso AEM, Corte giust. eur., sez. I, 6 dicembre 2007, in cause riunite C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori*, come noto discusso in primo grado avanti a questo TAR).

Si tratta di indicazioni che, nella loro nettezza, non potevano non influenzare fortemente il dibattito giurisprudenziale. Non è un caso, ad es., che la Corte regolatrice periodicamente ricordi che la società in mano pubblica «*non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo per il rapporto di dipendenza con l'ente pubblico, e tutti i rapporti che ne derivano, restano di assoluta autonomia*», sicché all'ente pubblico «*non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento di questi e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, non prevedendo la legge alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società*»⁸. da ultimo, questo insegnamento è stato ripreso dalla sentenza 27 settembre 2013, n. 22209 della I Sezione della cassazione, per chiarire che anche le società c.d. "pubbliche" debbono ritenersi soggette al fallimento.

Le società in mano pubblica sono insomma enti pienamente privatistici, anche (e soprattutto) perché lucrativi, *ex art. 2247 c.c.*.

Lo scopo di lucro, a dispetto di letture non di rado fatte proprie dai giuspubblicisti sulla base di minoritarie tesi dottrinali societaristiche ed in particolare del pensiero del Santini del 1971, non è affatto disapplicabile o tramontato, ma bensì ben vigente ed inderogabile da parte della autonomia statutaria come ricordato nel 2005 dalla Cassazione (12 aprile 2005, n. 7536), ove si nota che alla essenzialità dello scopo di lucro «*si è autorevolmente obiettato che l'originario legame, esistente nella disciplina del codice civile, tra*

⁸ Così, da ultimo, Cass., sez. un., 19 aprile 2013, n. 9534 e Cass., sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4217 e Cass., sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30167.

forma della società e suo contenuto, è stato messo in ombra dall'impiego che il legislatore ha fatto poi della forma della società per azioni, utilizzandola come struttura per il perseguimento di scopi diversi ». Ma un conto sono le leggi speciali, altro i principi applicabili alla generalità delle società di capitali: « L'insegnamento della dottrina, tuttavia, se descrive efficacemente una linea di tendenza della legislazione, non giustificherebbe la conclusione che, attualmente, l'autonomia statutaria delle società capitalistiche possa creare società per azioni o a responsabilità limitata senza scopo di lucro, fuori dei casi espressamente previsti da norme di legge ». Le conseguenze di una diversa impostazione, nel senso della valida prevedibilità statutaria della eterodestinazione degli utili, sarebbero, del resto, potenzialmente gravissime, ed eversive di tutto l'ordine pubblico societario posto a tutela dei soci di minoranza attuali e potenziali e dei creditori: « Una diversa conclusione vanificherebbe di fatto il valore della pubblicità legale, in materia, per la tutela delle aspettative dei terzi che entrano in contatto con la società; questi si vedrebbero esposti al rischio di contrattare con una società che persegue fini essenzialmente diversi da quelli desumibili dalla sua natura giuridica, come è definita dalla legge. Ciò vale anche per coloro che acquistano partecipazioni sociali: nel contrasto tra la natura giuridica dichiarata nella stessa denominazione sociale, e gli scopi sociali desumibili da una laboriosa ricostruzione delle modificazioni dello statuto, deve essere tutelato l'affidamento riposto nella prima ».

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

legislatore⁹. Così impostata la questione, la pretesa neutralità dell'istituto societario rispetto a qualificazioni ed interessi pubblicistici appare inevitabilmente messa in crisi¹⁰.

2. Una norma di interpretazione autentica nel senso di una lettura privatistica delle società e del ruolo del socio pubblico.

Il tradizionale dibattito sulla natura delle società in mano pubblica deve oggi confrontarsi con una nuova disposizione di carattere generale. Si tratta dell'art. 4, co. 13, secondo periodo, d.l. n. 95 del 2012: « *Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali* ».

Si legge, nei lavori parlamentari, che «*La previsione pare voler imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva “entificazione” pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione* »¹¹. Più volte la disposizione è poi definita come di interpretazione autentica¹².

⁹ Sull'inderogabilità statutaria dello scopo di lucro, Cass., sez. I, 12 aprile 2005, n. 7536.

¹⁰ Si noti peraltro che il processo di lettura neutralizzante della società di capitali nella dottrina pubblicistica è giunto fino al punto da negare persino la formale appartenenza al diritto privato dell'istituto societario, ossia il suo essere neutro rispetto alla dicotomia ente pubblico - ente privato. Cfr. in partic. le recenti riflessioni di PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, spec. 649 ss., secondo cui né il Codice civile né, in tesi, alcuna altra legge, definirebbero mai la società espressamente come persona giuridica di diritto privato (a differenza delle fondazioni ed associazioni, ex art. 12 c.c., peraltro abrogato già nel 2000), sicché l'utilizzo legale della «locuzione società per azioni» non sarebbe di per sé significativa di una scelta per il diritto privato, ma, sotto questo profilo, meramente neutra. A queste conclusioni si giunge, però, significativamente, proprio tralasciando di considerare il rilievo tipologico dello scopo di lucro.

¹¹ *Dossier* del Servizio studi del Senato, n. 382 del luglio 2012, 39.

¹² Cfr. ad es. il parere del Comitato per la legislazione del Senato sul disegno di legge n. 5389: « il disegno di legge (agli articoli 3, comma 18; 4, comma 13; 6, comma 1, che definisce, in via generale, cosa debba intendersi per “controllo” in relazione ad enti controllati da pubbliche amministrazioni; 7, comma 42-ter; 14, commi 16 e 22; 15, comma 25; 16, comma 11) contiene numerose disposizioni formulate in termini di interpretazione autentica di previgenti normative, in relazione alle quali appare dubbio il rispetto della

Le Sezioni unite della Cassazione (C 13 maggio 2013, n. 11417) hanno da ultimo osservato come l'art. 4, co. 13, cit. confermi pienamente la esattezza del tradizionale insegnamento della stessa Corte per cui *«le disposizioni del codice civile sulle società per azioni a partecipazione pubblica non valgono a configurare uno statuto speciale per dette società e che (alla luce anche di quanto indicato nella relazione al codice) la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta»*, fino a costituire una vera e propria *«norma di chiusura del sistema»*, nel senso del carattere presuntivamente privatistico delle società partecipazione pubblica, pur ove anche soggette ad un regime legale particolare¹³. Piena è, in altri termini, la consapevolezza del valore sistematico dell'ultimo intervento legislativo e della sua conseguente capacità di suggerire puntuali risposte in relazione ai principali profili di discussione in punto di regime giuridico delle società in mano pubblica. Si noti che questa sentenza è stata ripresa, successivamente, da altre prese di posizione: Cass., sez. lav., 6 febbraio 2014, n. 2762 e Cass., sez. lav., 30 ottobre 2013, n. 24524.

In effetti, tale dettato legislativo può rappresentare un reale passo in avanti verso il rafforzamento della appartenenza al diritto privato delle società a partecipazione pubblica. Se difatti il Codice civile - pur, come si è visto, affermando la generale soggezione delle società di capitali a partecipazione pubblica al diritto comune privatistico - poi omette di fornire una regola

prescrizione della circolare sulla formulazione tecnica dei testi legislativi secondo cui *“deve risultare comunque chiaro se ci si trovi in presenza di una disposizione di interpretazione autentica ovvero di una disposizione di modifica sostanziale alla quale si vuole dare effetto retroattivo”* » e Servizio Studi della Camera - Osservatorio legislativo e parlamentare, Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto-legge, « Numerose disposizioni sono formulate in termini di interpretazione autentica. Si segnalano le seguenti: articolo 3, comma 18; articolo 4, comma 13, che, facendo riferimento al medesimo articolo, recita: “Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”; articolo 6, comma 1, che definisce in via generale cosa debba intendersi per “controllo”; articolo 7, comma 42-ter (introdotto da una finalità); articolo 14, comma 22; articolo 15, comma 25; articolo 16, comma 11 ».

¹³ Cass., sez. un., 13 maggio 2013, n. 11417.

interpretativa di prudenza rispetto a possibili scelte del legislatore speciale in senso pubblicizzante così aprendo la strada a potenzialmente complesse questioni interpretative quanto alla natura della singola società con regime speciale legalmente dato, oggi invece il legislatore offre, in via specificamente vincolante, ossia di c.d. interpretazione autentica, una simile regola. E ciò fa in una direzione schiettamente di chiusura rispetto prospettive pubblicizzanti: le deroghe al diritto comune non possono essere ricostruite in via sistematica o comunque interpretando creativamente previsioni legislative in realtà quantomeno equivoche; occorre invece una volontà chiara ed espressa¹⁴. Nel dubbio, quindi, prevale la indicazione di cui alla *Relazione* al Codice: nelle partecipazioni pubbliche, è il pubblico che si piega al privato (ossia al diritto societario comune), non viceversa.

3. il problema dell'incompatibilità tra in house (controllo analogo) e diritto societario italiano.

Come si è accennato, potenzialmente assai rilevanti paiono poi le conseguenze quanto alla nota questione dell'ammissibilità dell'*in house*.

La giurisprudenza comunitaria (in cui il concetto di *in house* è sorto) e amministrativa nazionale hanno esattamente riconosciuto come l'*in house*, e, in particolare, il relativo requisito del controllo analogo, esiga delle deroghe al comune diritto societario, tali, a ben vedere, da rendere la società totalmente eterodiretta dall'ente o enti pubblici di controllo e quindi nella sostanza da quest'ultimi indistinguibile. La Corte di giustizia europea, per negare la relazione *in house*, ha in specie osservato, con riguardo a società a partecipazione pubblica locale italiane, che « Il controllo esercitato dal Comune

¹⁴ Riduttiva appare quindi l'opinione di URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, 61, secondo cui «Dal punto di vista sostanziale, la norma non ha una significata portata innovativa, essendo il principio espressione di una consolidata volontà del legislatore riconducibile come si è visto (v. *supra* par. 6) già alla relazione ministeriale al codice civile.». Che il Codice civile avesse un'impostazione privatistica è indubbio. Tuttavia mancava (e su questa carenza si era innestata una corposa tendenza pubblicizzante) una regola interpretativa espressa.

*... su queste ... società si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi »¹⁵ (Carbotermo, 2006) e, prima ancora, nella sentenza *Parking Brixen* del 2005, che « il giudice del rinvio sottolinea che il controllo esercitato dal Comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci ... »¹⁶.*

Da ultimo, poi, con sentenza 8 maggio 2014, la Corte europea ha ulteriormente chiarito, riprendendo quanto già accennato con la sentenza *Econord* del 2012, che la nozione di «controllo analogo» deve implicare la *"possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria e che il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice deve essere effettivo, strutturale e funzionale"*. Tale controllo analogo deve poi essere totalizzante, e non riferito al solo profilo dei contratti d'acquisizione di bene e servizi (*"Infatti, si deve constatare che il controllo esercitato dalla Città di Amburgo sull'università si estende solamente a una parte dell'attività di quest'ultima, vale a dire unicamente in materia di acquisizioni, ma non ai settori dell'istruzione e della ricerca, nell'ambito dei quali l'università dispone di un'ampia autonomia. Riconoscere l'esistenza di un «controllo analogo» in tale situazione di controllo parziale contrasterebbe con la giurisprudenza citata al punto 26 della presente sentenza"*).

Le nuove direttive europee (direttive 2014/24/UE nei settori ordinari, 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori speciali) e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) parlano, a tal proposito, di esercizio di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle

¹⁵ Sentenza 11 maggio 2006, in causa C-340/04, *Carbotermo*, punto 38.

¹⁶ Punto 69.

decisioni significative della persona giuridica controllata. Se è vero che come esattamente notato dal prof. Bartolini, esse fanno letterale riferimento ad un contratto (appalto o concessione) aggiudicato pur nel contesto di un rapporto *in house*; è tuttavia pur vero che riprendono la giurisprudenza europea precedente senza significative modifiche e che, soprattutto, escludono tale contratto dalla necessità del confronto concorrenziale, sicché il riferimento ad un contratto (invece che ad una relazione interorganica) appare più il frutto di un'inesattezza terminologica che ad una scelta normativa. Detto altrimenti, sembrerebbe farsi riferimento ad un contratto in senso meramente formale-apparente, piuttosto che ad un contratto in senso sostanziale.

Ebbene, il problema è che l'ordinario diritto societario consiste, in gran parte, in regole imperative¹⁷. In effetti, come chi scrive ha più volte osservato, il diritto societario comune:

- impone e garantisce un'autonomia teleologica della società rispetto ai soci (l'interesse sociale non è riducibile, come già notato, all'interesse del socio dominante, mentre la giurisprudenza comunitaria pare esigere, ai fini del controllo analogo, una piena coincidenza di fini tra ente pubblico e società *in house*¹⁸, ossia la circostanza che quest'ultima, come è stato detto nella sentenza

¹⁷ Per una riaffermazione del carattere tendenzialmente imperativo del diritto societario e dei limiti che ciò comporta quanto alla ricostruzione del regime delle società in mano pubblica in CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in www.giustamm.it, 7, secondo cui «buona parte delle disposizioni che compongono il diritto societario e che riguardano la struttura delle società consistono in altrettante norme di ordine pubblico, rivolte a tutelare interessi assunti come pubblici, generali e parimenti *cogenti*». Peraltro, lo Studioso sembra poi ammettere una forte contaminazione pubblicistica, in particolare, della società *in house*, vista come, almeno in ipotesi, una nuova tipologia societaria, in cui causa-interesse sociali potrebbero anche essere mutati in senso pubblicistico, fino alla affermazione per cui l'*in house* costituirebbe « una nozione avente una valenza qualificatoria di una fattispecie di società » (in partic. 22). Sembrerebbe aperto alla possibilità di realizzare il controllo analogo attraverso gli strumenti del diritto societario comune, altresì FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in questa *Rivista*, 2004, 589 ss., spec. 605 ss., che accenna in particolare alla disciplina sulla direzione di gruppo. Da ultimo, sul tema, nella dottrina societaristica, CODAZZI, *Ingerenza nella gestione delle società di capitale tra "atti" e "attività"*, Milano, 2012,, 11 ss., ove l'esatta notazione per cui è fondato il sospetto di contrasto tra *in house* e diritto societario imperativo.

¹⁸ Sul punto, BOVIS, *Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions*, in *Common Market Law Review* 49, 2012, 247 ss., 255: « However, the existence of private capital participating in an entity which has corporate links with a contracting authority negates the similarity of control requirement. *Stadt Halle* held that private sector participation cannot emulate the pursuit of public interest objectives entrusted to public sector entities. The relationship between a public authority which is a contracting authority

11 gennaio 2005 in causa C-26/03, *Stadt Halle*, punto 50, si conformi « a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico »¹⁹; ciò è confermato dall'art. 12, co. 3, direttiva 2014/24/UE secondo cui l'organismo controllato non deve perseguire interessi contrari a quelli dei soci pubblici partecipanti (nel progetto di direttiva proposto nel 2011 della Commissione, più esplicitamente, si proibiva addirittura il perseguimento dello scopo di lucro, stabilendosi che " *the controlled legal person does not draw any gains other than the reimbursement of actual costs from the public contracts with the contracting authorities*"). Come da ultimo ricordato dalla Corte di giustizia (sentenza **19 giugno 2014, causa C-574/12**), la ragione per cui non è ammessa la presenza di soci privati nel soggetto in house, è che tali enti seguono "*considerazioni inerenti ai loro interessi privati*", che sono "*di natura diversa da quella delle finalità di interesse pubblico perseguite dall'amministrazione aggiudicatrice*" e tale principio è talmente fondamentale, da estendersi perfino a privati no profit.;

- per di più, specie dopo la riforma del 2003 e in relazione alle società per azioni, ha inteso con ancor più chiarezza rimarcare la esclusiva competenza (e responsabilità) gestoria degli amministratori. Con ciò ha segnalato la sostanziale inconciliabilità tra controllo analogo (se rigorosamente inteso) e diritto societario comune.

In particolare, l'art. 2380 *bis*, co. 1, c.c. in punto di disciplina delle società per azioni prevede, in attuazione del criterio di delega di « *definire le competenze dell'organo amministrativo con riferimento all'esclusiva responsabilità di gestione dell'impresa sociale* » (art. 4, co. 8, lett. c), l. n. 366 del 2001), che « *La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli*

and its own departments is governed by considerations and requirements proper to the pursuit of objectives in the public interest.».

¹⁹ Corte eur. giust., 11 gennaio 2005 in causa C-26/03, *Stadt Halle*, punto 50: « Al riguardo occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente. ».

amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale ». Ex art. 2364, n. 5, c.c., lo statuto può solamente prevedere, per determinati « *atti degli amministratori* », la previa « *autorizzazione dell'assemblea* », ferma però restando la « *responsabilità di questi per gli atti compiuti* »: dal che, tra l'altro, consegue che l'amministratore non è mai obbligato ad eseguire quanto autorizzato in materia gestoria dall'assemblea, ove, a suo giudizio, contrario ai suoi doveri e, quindi, fonte di possibile responsabilità.

Orbene, nella nota pronuncia comunitaria sul caso *Parking Brixen*²⁰, una previsione statutaria che riservi agli amministratori la « *facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale* »²¹ è stata ritenuta incompatibile con il controllo analogo, segnalando, assieme alla stessa assunzione del modello legale (evidentemente non meramente neutrale secondo i giudici del Lussemburgo) della « *società per azioni* » e, in specie, alla « *natura di questo tipo di società* »²², la « *vocazione commerciale* »²³ dell'impresa, come acquisita a seguito della privatizzazione, ossia grazie al passaggio da ente pubblico economico (azienda speciale) a società; passaggio, quindi, non meramente formale, ma denso di conseguenze anche sostanziali.

Tuttavia, una previsione statutaria quale quella ritenuta nella pronuncia *Parking Brixen* incompatibile con l'*in house*, rappresenta, in realtà, null'altro che una presa d'atto del dettato codicistico.

Né sembra consentito giungere al controllo analogo tramite patti parasociali, o, tantomeno, clausole statutarie in contrasto con le norme codicistiche in tema di riparto delle competenze gestorie²⁴.

²⁰ Corte giust. eur, sez. I, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1915 ss., in cui, se si vuole, il mio commento, GOISIS., *I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*

²¹ Punto 67-68

²² Punto 67.

²³ Punto 67.

²⁴ Sul punto LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *www.Federalismi.it*, 8/2010., 25, il quale

I patti parasociali, difatti, ove rivolti a spogliare gli organi sociali delle competenze gestorie loro spettanti per legge, o sono nulli, per violazione dell'ordine pubblico societario, o, comunque, anche nell'ipotesi più "ottimistica", hanno efficacia meramente obbligatoria, sicché è dubbio che siano in grado di soddisfare le esigenti pretese comunitarie di un controllo analogo non solo di fatto, ma anche di diritto, per di più con possibilità di un'efficacia non meramente obbligatoria ma altresì reale e, come ribadito nel maggio 2014, strutturale (Corte giust. eur., sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea Srl*)²⁵.

Quanto, poi, alla società a responsabilità limitata, in cui in effetti l'art. 2468, co. 3, c.c., ammette la creazione di partecipazioni assistite da « *particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società* », ed il combinato disposto degli artt. 2475 e 2479 c.c. permette di assegnare statutariamente una serie di competenze gestorie all'assemblea o a singoli soci²⁶, ma:

peraltro ritiene invece tendenzialmente possibile una relazione *in house* con la società a responsabilità limitata, nonché patti parasociali per giungere, materialmente, al controllo analogo anche sulla società per azioni (26). Come si vedrà subito, però, ciò non pare coerente con l'insegnamento giurisprudenziale comunitario.

Nel senso del rilievo di patti parasociali, anche IAIONE, *Contributo al principio di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012., spec. 231 ss. *Contra*, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss., 206, sulla base della corretta osservazione del carattere meramente obbligatorio di tali patti e GUERRA, *Il 'controllo analogo'*, in *Giur. comm.*, I, 2011, 774 ss., 788 ss.

²⁵ Mentre Corte giust. eur., sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea Srl*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2246 ss., con commento di MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"* sembra richiedere una certezza del controllo analogo, ossia la efficacia non meramente obbligatoria delle relative previsioni, che quindi, quantomeno, devono essere (validamente) previste in via statutaria. Coerentemente, il Regolamento comunitario sul trasporto pubblico, nel delineare le condizioni del controllo analogo, fa riferimento a previsioni statutarie, senza menzione alcuna di pattuizioni parasociali (Art. 5, co. 2, lett. a), ove si legge che «al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione»

²⁶ Un'approfondita analisi nello studio del Consiglio Nazionale del Notariato di *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazioni pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*, studio n. 150-2008/I, in *www.notariato.it*, 22 ss., e in COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, 627 ss.

Punta decisamente sul modello della società a responsabilità limitata, MONZANI, *op. cit.*, 242 ss.

Nel senso della molto maggior versatilità delle s.r.l. anche URSI, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. app.*, 2006, 1417 ss.

Sul tema della deroga al principio di proporzionalità tra partecipazione e poteri nelle società a responsabilità limitata e sui relativi limiti, da ultimo, PALMIERI, *Principio di proporzionalità, diritti particolari dei soci e autonomia statutaria nella s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2012, 877 ss.

- rimane del tutto immutato il problema della autonomia teleologica tra socio pubblico e società.

- Resta poi da dimostrare come il socio pubblico possa davvero spogliare così radicalmente le competenze gestive degli amministratori da realizzare un controllo analogo a quello sui propri servizi, atteso che gli organi amministrativi veri e propri conservano, ex art. 2475, co. 5, alcune inderogabili competenze di particolare significato strategico, in punto di bilancio e di operazioni societarie straordinarie²⁷..

- Infine, l'esercizio di poteri amministrativi da parte dei soci pubblici porta con sé, ex art. 2476, co. 7, c.c.²⁸, una potenziale responsabilità illimitata risarcitoria, in contrasto con noti principi discendenti dall'art. 81 Cost. che vietano l'assunzione volontaria di responsabilità non predeterminabili (divieto che è poi la ragione, per cui, da sempre, si nega la legittimità della partecipazione a società a responsabilità illimitate).

- Anche un recente contributo dottrinale (Ursi, 2012)²⁹ sul tema che afferma decisamente la utilizzabilità della società a responsabilità limitata per realizzare l'*in house* non sembra offrire reali risposte a queste mie obiezioni. Ivi si ignora totalmente il problema - centrale - della (impossibile) identità teleologica. Si ipotizza poi che l'ente pubblico possa diventare direttamente amministratore così da superare il limite delle residue competenze riservate agli amministratori: il che è evenienza la cui legittimità societaria e pubblicistica richiederebbe estese dimostrazioni, essendo ad oggi legalmente prevista la

²⁷ Cfr. art. 2475, co. 5: «La redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo».

²⁸ L'art. 2476, co. 7, c.c., espressamente prevede, infatti, una responsabilità in solido con gli amministratori dei soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti gestori dannosi per la società, i soci o i terzi. Sul punto, cfr. ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori": luci e ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 498 ss. Su tale profilo, IBBA, *Le tipologie*, cit., 15 ss., che osserva come sarebbe addirittura consigliabile, al socio pubblico, inserire negli statuti di società a responsabilità limitata cui partecipi previsioni limitative della possibilità per gli amministratori di coinvolgere l'ente pubblico in scelte gestionali, onde evitare improprie responsabilità.

²⁹ URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 331 ss.

nomina di persone giuridiche all'ufficio di amministratore solo nel tipo società europea³⁰ ed essendo peraltro tutto da discutere se tale facoltà, ove anche davvero estendibile alle altre società di capitali, possa valere per enti pubblici non imprenditoriali (tanto più che il principale dato legislativo a favore della nomina di società all'ufficio di amministratore, ossia l'art. 2361 c.c. in tema di partecipazioni di società di capitali a società di persone, riguarda, appunto, le sole società). Si ritiene, infine che l'argomento "contabile" *ex art. 81 Cost.* proverebbe troppo, in quanto sarebbe improbabile l'esercizio di azioni di responsabilità da parte del socio pubblico contro sé stesso: quanto all'argomento per cui sarebbe improbabile l'azione di responsabilità, al di là della sua portata meramente fattuale, esso trascura che è del tutto normale che l'azione di responsabilità venga esercitata, anche nelle società in mano privata, a fronte di eventi "traumatici" (quali il fallimento) in cui i rapporti proprietari al momento dell'illecito non hanno più alcun rilievo.

In conclusione, l'assoluta sudditanza teleologica e gestionale propria del controllo analogo non è compatibile con l'ordine pubblico societario, né ove si guardi alla spa, né ove si guardi alla srl. Ciò è stato da ultimo ben chiarito dalle Sezioni unite della Cassazione, che, nella sentenza 25 novembre 2013, n. 26283 (poi ripresa dalla sentenza 26 marzo 2014, n. 7177), hanno testualmente parlato di «*anomalia del fenomeno dell'in house nel panorama del diritto societario*», tra l'altro in ragione della «*impossibilità stessa di individuare nella società un centro di interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico*». Come notano le SU, «*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*». Tuttavia, «*di una società di capitali intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponde un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio,*

³⁰ Art. 47.1 del reg. UE 2157/2001, in tema di Società Europea, ove si afferma che "la società o altra entità giuridica [nominata membro di un organo della SE] deve designare un rappresentante, persona fisica, ai fini dell'esercizio dei poteri dell'organo in questione";

non è più possibile parlare". In definitiva, affermano le Sezioni Unite, le società *in house* hanno della società di capitali "*solo la forma esteriore*", ma sono in realtà una *longa manus* della P.A. e per esse "*la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*".

L'aveva notato anche la Consulta che, con la sentenza 20 marzo 2013, n. 46, nel ritenere legittimo il comma 5 dell'*art. 3-bis del D.L. n. 138 del 2011* sull'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità, ha osservato che la sussistenza delle condizioni poste dal diritto comunitario per consentire l'affidamento diretto "esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo"

Ora, la reale cittadinanza dell'*in house* nel nostro ordinamento è da sempre, anche solo per le principali ragioni sovresposte, assai discutibile. Indubbio era ed è, tuttavia, il richiamo del modello organizzativo da parte della legislazione pubblicistica, per es. in materia di servizi pubblici locali. Con il che, fino alla introduzione della norma di interpretazione autentica di cui al co. 13 cit., ci si poteva, forse, porre il seguente interrogativo: o ritenere che il legislatore amministrativo non comprendesse la concreta irrealizzabilità dell'*in house* nel nostro ordinamento e quindi richiamasse un modello organizzativo solo apparentemente possibile (e questa, per le ragioni già accennate, appariva la spiegazione più realistica); oppure, in ipotesi, cercare di sostenere che, implicitamente, il diritto societario venisse derogato nei casi di richiamo *ex lege* all'*in house*. Come dire: il legislatore che prevede la gestione *in house*, lo fa sul presupposto di avere esso stesso, contemporaneamente, legittimato le connesse deroghe al diritto societario ordinario, creando uno statuto speciale (a ben vedere accentuatamente pubblicistico) per le società *in house*³¹.

³¹ Questa mi pare la tesi di CINTIOLI, *op. cit.*, 22 ss.. Un accenno anche in ROMANO TASSONE, *Gli statuti delle società per la gestione "in house" dei pubblici servizi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 59 ss., 66, che osserva, a fronte della riserva legale di competenza gestoria in capo agli

Ebbene, oggi, grazie, all'art. 4, co. 13, cit., è difficile sfuggire alla considerazione per cui l'*in house*, ove anche richiamato dal legislatore amministrativo come possibile modello organizzatorio, debba fare pienamente i conti con il diritto societario comune e i suoi principi imperativi. Eventuali deroghe a quest'ultimo non possono difatti che essere espresse, e non meramente discendenti (secondo un ragionamento, a dire il vero, vagamente circolare) dal richiamo alla possibilità di affidamenti *in house*. In sostanza, occorre ritrovare delle previsioni espresse di autorizzazione dell'*in house*, simili, ad es., a quelle che (significativamente) il legislatore amministrativo ha già ritenuto di dover dettare in tema di Anas s.p.a.³² (poi abrogata) e Difesa Servizi s.p.a.³³.

Semmai, è vero che l'*in house*, quale fenomeno di profonda anomalia secondo quanto precisato dalle SU del 2013 (n. 26283) e poi del 2014 (n. 7177), può ben giustificare, come ogni altra forma di anomalia, lo squarcio del velo della personalità giuridica, e quindi la responsabilità contabile, in quanto norma imperativa che si voleva eludere tramite la forma societaria a cui non corrisponde la relativa sostanza, ossia tramite il ricorso all'istituto societario al di fuori delle sue condizioni d'uso. Non è invece ipotizzabile che l'*in house* possa assicurare privilegi, ossia che sia in grado di legittimare l'affidamento diretto del servizio.

amministratori, che «potrebbe ritenersi che le norme codicistiche siano destinate di fronte alla disciplina particolare».

Nel senso del superamento dei delicati problemi dell'*in house* attraverso la creazione di uno statuto speciale della società *in house*, legalmente derogatorio al diritto societario comune, più estesamente, GUERRA, *op. cit.*, spec. 798 ss., secondo cui la legislazione in tema di servizi pubblici locali al tempo vigente avrebbe dovuto interpretarsi nel senso di legittimare la disapplicazione di regole fondamentali del diritto societario comune alla società *in house*.

³² Art. 36, co. 9, d.l. n. 98 del 2011: « Il nuovo statuto di Anas s.p.a. prevede i requisiti necessari per stabilire forme di controllo analogo del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sulla società, al fine di assicurare la funzione di organo *in house* dell'amministrazione ».

³³ Art. 535, d.lgs. n. 66 del 2010: « Lo statuto prevede:...c) le modalità per l'esercizio del "controllo analogo" sulla società, nel rispetto dei principi del diritto europeo e della relativa giurisprudenza comunitaria ».

