

FORMAZIONE DI AGGIORNAMENTO

“Servizi pubblici locali e società partecipate”

25 e 26 novembre 2013

Tar Lazio - Sala Conferenze
Via Flaminia 189
ROMA

Relazione del prof. FRANCESCO GOISIS *“Attività e funzionalizzazione nelle società partecipate”*

1. Il problema tradizionale della natura delle società in mano pubblica: la centralità del profilo teleologico (scopo di lucro).

Già prima della codificazione civile del 1942 il **dibattito sulla natura e quindi regime giuridico della società in mano pubblica**¹ era nutrito e non significativamente diverso da quello manifestatosi a seguito del processo di 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

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.

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.

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 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». 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.

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, nel riecheggiare la (di poco precedente) osservazione del Ravà per cui costituire una società di capitali significa, per l'ente pubblico, « spogliarsi, per ragioni varie, di quella posizione di supremazia indubbiamente inerente alla sua qualità di persona giuridica

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

⁵ In 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.

pubblica »⁶, 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 »⁷.

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, **non è affatto disapplicabile, ma bensì ben vigente ed inderogabile da parte della autonomia statutaria come ricordato nel 2005 dalla Cassazione**⁹, espressamente

⁶ RAVÀ, *op. cit.*, 340, ove si legge che « ... si deve riconoscere che l'ente pubblico nel divenire fondatore e azionista di una società anonima nella forma ora accennata ha voluto spogliarsi, per ragioni varie, di quella posizione di supremazia indubbiamente inerente alla sua qualità di persona giuridica pubblica, ma che tuttavia non esclude delle sue manifestazioni *iure privatorum*. È quindi avvenuto che in un campo a priori pubblicistico, quale è quello dell'intervento degli enti pubblici in materia economica, è stato adottato integralmente un istituto di diritto privato. In questo senso, quindi, ammesso che, senza possibilità di dubbio, vi è stata interferenza tra diritto pubblico e diritto privato, deve riconoscersi che è stato il diritto pubblico ad essere influenzato dal diritto privato anzi che questo da quello pubblico. La compenetrazione verificatasi tra i due rami del diritto è avvenuta in direzione contraria alla più generale tendenza ... » (340). Sicché, nemmeno esisterebbe (dovrebbe esistere) « un problema relativo alla natura giuridica delle società di Stato e di enti pubblici » (347).

⁷ *Relazione del Ministro Guardasigilli*, n. 998.

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.

⁹ Si veda in particolare la perspicua motivazione di Cass., sez. I, 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 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

riaffermata dal legislatore del 2002 (art. 90, co. 17, l. n. 289 del 2002, che stabilisce che « *Le società...sportive dilettantistiche...possono assumere una delle seguenti forme ... società sportiva di capitali ... costituita secondo le disposizioni vigenti, ad eccezione di quelle che prevedono le finalità di lucro* ». Evidentemente, dunque, lo scopo di lucro è generalmente previsto nelle società di capitali, quale necessario elemento tipizzante, salvo chiare deroghe di rango necessariamente legislativo", nonché, infine, rafforzata dalla riforma del 2003 del diritto societario: in particolare, l'ultima riforma organica del diritto delle società di capitali mirava, in conformità ai criteri di delega, (ben lungi che alla neutralizzazione delle società) alla valorizzazione della loro natura imprenditoriale e lucrativa, ossia a rendere possibile « *il proficuo svolgimento dell'impresa sociale ...* » (Art. 1, co. 4, lett. a), l. 366 del 2001). Ciò si è manifestato, tra l'altro, nel nuovo art. 2497 c.c.: esso tutela i soci esterni al gruppo di controllo e i creditori contro « *le società e gli enti* » che, nell'esercizio della attività di direzione e coordinamento, agendo « *nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società* », producano pregiudizio « *alla redditività ed al valore della partecipazione sociale* », ovvero « *all'integrità del patrimonio sociale* ». Come si legge nel paragrafo 13 della *Relazione* governativa alla riforma, e come del resto reso palese dal riferimento letterale alla « *redditività* » nell'art. 2497 cit., tra gli interessi così tutelati in capo ai soci, vi è proprio quello agli utili: esso è espressamente definito, nella *Relazione ministeriale*, tra « *i valori essenziali del "bene" partecipazione sociale* ».

In effetti, se si condivide l'assunto che l'ente pubblico sia sempre chiamato (tra l'altro ex artt. 97 e 98 Cost., che configurano un'Amministrazione efficientemente ed imparzialmente al servizio della Nazione) al perseguimento dell'interesse pubblico-generale (altro problema è se il dato teleologico basti, da solo, ad identificare la persona giuridica di diritto pubblico), sfugge come definire pubblico un soggetto, invece, assegnatario di uno scopo strettamente egoistico, quale il suo (e quindi dei suoi soci) massimo incremento economico¹⁰.

legislazione, non giustificerebbe 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 »⁹.

¹⁰ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003, 162, parla di «contrasto ontologico» tra fine di lucro e pubblicità.

Ammette l'astratta incompatibilità tra causa lucrativa ex art. 2247 c.c. e pubblicità anche ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 171, chiedendosi retoricamente « Come può conciliarsi con la causa lucrativa del contratto di società la rilevanza nell'ambito sociale dell'interesse pubblico? », salvo poi giungere alla conclusione, peraltro, come si è detto, insoddisfacente sul piano del diritto societario, di un preteso tramonto della causa lucrativa.

Lo scopo lucrativo (modernamente inteso non solo come distribuzione di dividendi, ma anche come perseguimento della piena capacità di produzione di ricchezza da parte della società, ossia di creazione di valore per tutti i soci, con ciò quindi certamente ammettendo anche reinvestimenti dell'utile in vista dell'efficienza produttiva dell'impresa) **ricerca, difatti, la propria massimizzazione. Esso, quindi, ben di rado è in concreto compatibile con lo scopo pubblicistico (inteso, invece, come ricerca del bene comune di una data collettività).**

Sicché, delle due l'una: o si rinuncia, in vista di finalità pubbliche-sociali, alla ricerca del massimo lucro, e quindi ad una parte del lucro possibile (e così inevitabilmente si privilegia l'interesse di un dato socio, quello pubblico, che riceverà dalla società utilità proporzionalmente maggiori rispetto agli altri soci¹¹), ovvero si perseguono gli interessi comuni dei soci (ma allora l'interesse pubblico non trova alcun particolare svolgimento).

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 legislatore¹². **Così impostata la questione, la pretesa neutralità dell'istituto societario rispetto a qualificazioni ed interessi pubblicistici appare inevitabilmente messa in crisi¹³.**

Per la pretesa neutralizzazione della società di capitali anche RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997. Il pensiero di questo Autore, proposto con particolare, ma non esclusivo, riferimento alle società a cui si riferisce il titolo della monografia, sembra essenzialmente fondarsi sul presupposto dell'evaporazione dello scopo lucrativo nella società in genere (che rende l'istituto mero modello organizzatorio, ossia, per usare le parole dello Studioso «modello organizzativo neutrale», incapace di imprimere caratteri sostanziali al soggetto che ne assuma la forma), con conseguente ampia rilevanza della sostanza (ontologia) pubblicistica delle società in mano pubblica, non occultabile sotto la forma di una personalità giuridica, (solo) formalmente privatistica (149).

¹¹ Sul punto, chiare riflessioni in CIRENEI, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE., vol VIII, Torino, 1992, 3 ss., 103 ss.

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

¹³ 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.

2. La giurisprudenza costituzionale e la ambigua categoria delle società quasi-amministrazioni.

L'apporto della giurisprudenza costituzionale al tema appare complesso.

Dopo aver per anni predicato la piena appartenenza al diritto privato delle società in mano pubblica e poi, dopo l'erompere delle privatizzazioni, talvolta dato spazio a visioni sostanzialistiche di assimilazione tra le società e gli enti pubblici, la Corte sembra di recente dare soprattutto **particolare rilievo all'attività della società**. Si legge così, da ultimo, nella sentenza Corte cost. 23 luglio 2013, n. 229, che le società in mano pubblica potrebbero ritenersi, a seconda dei casi, quasi-amministrazioni che esercitano "*attività amministrativa in forma privatistica*", in tale concetto ricomprendendo i "*servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni*", ovvero, all'opposto, soggetti che svolgono "*attività di impresa di enti pubblici*", e quindi vere e proprie imprese. Tale distinzione rileva sia al fine di affermare la competenza dello Stato a legiferare sui limiti di competenza territoriale e per materia delle società, così da tutelare il mercato ed in particolare gli ambiti dell'iniziativa privata, sia per ricondurre alla potestà legislativa regionale di autorganizzazione dei propri uffici o, all'opposto, a quella dello Stato di legiferare in tema di enti pubblici nazionali, la scelta se usare o meno la società quasi-amministrazione. Allo stesso tempo, però, altre scelte fondamentali quanto al regime giuridico delle società in mano pubblica, ove anche semi-amministrazioni (ad es., come ricordato nella stessa sentenza n. 229 del 2013, la composizione del consiglio di amministrazione), sarebbero riconducibili alla materia ordinamento civile. **Con il che sembrerebbe emergere che la presa di posizione della Consulta non sia certo così netta: essa non ritiene le società, anche ove quasi-amministrazioni, soggetti pubblici invece che privati, ma semplicemente da rilievo, al solo fine dell'applicazione di date norme costituzionali, alla loro particolare attività in quanto espressiva di uno speciale rilievo pubblico o perlomeno di una più stretta connessione con il pubblico.**

3. 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 »*¹⁴. Più volte la disposizione è poi definita come di interpretazione autentica¹⁵.

In una circolare regionale si è già parlato, poi, di *« una norma di chiusura »* la quale *« dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie »*¹⁶.

In una prima lettura della norma, **i giudici contabili** (in relazione ad una società mista locale) hanno osservato come il co. 13 cit. confermi come all'azionista pubblico sia imposto di rapportarsi con la società di capitali alla stregua di qualsiasi socio privato. È quindi precluso l'utilizzo di poteri autoritativi ed il rapporto tra ente pubblico e società deve ritenersi *«di assoluta autonomia»*, e, così, necessariamente caratterizzato dalla logica propria dei rapporti societari. In sostanza, quanto ai profili economici della relazione ente pubblico - società, **il legislatore amministrativo mirerebbe ad « impedire che gli enti pubblici, operanti a mezzo di società di diritto privato, agiscano con una razionalità estranea al mercato»¹⁷.**

¹⁴ Dossier del Servizio studi del Senato, n. 382 del luglio 2012, 39.

¹⁵ 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 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 ».

¹⁶ Regione siciliana, circolare 29 agosto 2012, prot. n. 5444, *Questioni applicative nell’ordinamento regionale dell’art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135*.

¹⁷ Così Corte conti, sez. contr. Lombardia, parere 27 dicembre 2012 n. 535, ove si legge che: « Detto in altri termini, avendo il Comune scelto di operare alla stregua di un socio di diritto comune, esso deve agire con la stessa razionalità economica, specie in considerazione del fatto che il rischio d’impresa è stato condiviso con

Dal canto suo, 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 particolare¹⁸. 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.

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 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 espressa¹⁹. **Nel dubbio,**

dei privati, anche se soci di minoranza. In giurisprudenza, infatti, è stato ritenuto che «la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possiede in tutto o in parte, le azioni (Cass. civ., Sez. Un., n. 7799/2005; Cass. civ. Sez. Un., 17287/2006), giacché al Comune non è consentito incidere sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali diversi da quelli riconosciutigli dal codice civile, dal momento che il rapporto tra i due soggetti è di assoluta autonomia. A conferma di ciò, il Legislatore, *ad explicationem*, nell'ambito della recente riforma delle società strumentali delle pubbliche amministrazioni (art. 4 del D.L. n. 95/2012, conv. L. n. 135/2012) ha recentemente ribadito che: «*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*» (comma 13).»

¹⁸ Cass., sez. un., 13 maggio 2013, n. 11417.

¹⁹ 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

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.

4. Alcune ipotesi di rilievo pratico del comma 13: la pretesa strumentalità pubblicistica delle società in mano pubblica e la dubbia tenuta del concetto di quasi-amministrazione.

Per cogliere pienamente la portata di questa nuova regola interpretativa, proviamo ad applicarla, ad es., al tema, come si è osservato centrale, dello scopo di lucro: se ne può ammettere la non vigenza in una data società pubblica **solo perché assegnataria, ex lege, di un oggetto sociale di particolare interesse pubblico, senza che il legislatore ci dica espressamente che, per scelta derogatoria al diritto comune, l'oggetto non si debba distinguere dalla causa e quindi possa tenere luogo di quest'ultima**²⁰? La risposta non potrà che essere negativa; anzi diventa dubbia la stessa possibilità di ricavare dall'assegnazione *ex lege* di un oggetto sociale verosimilmente non profittevole la creazione di una società non lucrativa, visto che anche in tal caso la eliminazione dello scopo di lucro non è comunque espressa.

Queste ultime osservazioni permettono, tra l'altro, di ribadire con più certezza ciò che ho già ipotizzato in punto di corretta interpretazione del concetto di strumentalità della società alle finalità istituzionali dell'ente di cui parla l'art. 3, co. 27, l. n. 244 del 2007 (« *Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società* »).²¹: tale strumentalità attiene soltanto

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.

²⁰ Sul punto, cfr. ROSSI, *op. cit.*, 170 ss.. secondo cui sono enti pubblici le società «istituite con atto legislativo che ne determina quanto meno la denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria». Riprende da ultimo in sostanza questa impostazione GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.: contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, spec. 82 ss..

²¹ Art. 3, co. 27, l. 244 del 2007: « Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle

all'oggetto sociale (ossia all'attività) in cui la società è chiamata ad operare; non alla causa sociale (che rimane lucrativa). **Deve cioè darsi pieno rilievo al riferimento testuale, nell'art. 3, co. 27 cit., all'oggetto (come distinto dalla causa).** Altrimenti, ossia a ragionare come una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574) per cui art. 3, co. 27, cit. costituirebbe una « *norma imperativa che ... pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico* », così mutando la causa societaria²², ancora una volta, al di là di ogni altro possibile argomento, si derogherebbe ad un punto centrale del sistema codicistico, senza alcuna espressa autorizzazione legislativa.

Analogamente, **a così ragionare, emerge la fragilità del concetto di quasi-amministrazione, pur autorevolmente sostenuto dalla Consulta: opportunamente distinguendo tra causa ed oggetto, la circostanza che la società abbia ad oggetto un'attività in realtà amministrativa dovrebbe essere irrilevante. Semmai, per qualificare pubblicisticamente anche ai fini costituzionali una società, dovrebbe essenzialmente rilevare la causa. Ossia la circostanza che la società sia, o meno, legalmente trasformata da lucrativa a pubblicistica.**

4. Segue: la possibile sussistenza della giurisdizione contabile sulla responsabilità degli organi delle società in mano pubblica.

Immediato pare poi il collegamento tra questo ultimo intervento legislativo e il tema degli ambiti della giurisdizione contabile sulla responsabilità di amministratori e funzionari delle società in mano pubblica.

È noto, difatti, che a partire dal 2009 Corte regolatrice ha impostato la questione distinguendo tra società (in mano pubblica) di diritto comune e quelle le cui profonde trasformazioni in senso pubblicistico ne determinino un regime legale sostanzialmente pubblicistico. È il caso di RAI, la cui «natura sostanziale di ente pubblico» consentirebbe di

proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società ».

Per più ampie considerazioni, rinvio a GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 396 ss. e, su questa ed altre delle tematiche qui trattate, GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*", in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1351 ss.

Da ultimo, in senso condivisibilmente critico rispetto a questi approcci del giudice amministrativo, SIGISMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52 ss.

²² Così, Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

distinguerla dalle altre società pubblicamente partecipate ma carenti di un regime speciale *ex lege* di forte impronta pubblicistica²³. Nel fare ciò, la Cassazione si è opportunamente basata, tra l'altro, sulle indicazioni della già citata *Relazione* al Codice civile²⁴. Anche nell'ultimo anno, la Suprema Corte ha ribadito che le società in mano pubblica «...*non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato in tutto o in parte da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico; e d'altra parte le poche disposizioni del codice che se ne occupano non valgono a configurare uno statuto speciale per esse, salvo per i profili inerenti alla nomina e revoca degli organi sociali, specificamente ivi contemplati; nè comunque investono il tema della responsabilità di detti organi, che resta quindi disciplinato dalle ordinarie norme previste dal codice civile a questo riguardo*»²⁵. sicché detto orientamento pare, ad oggi, sufficientemente consolidato.

Ebbene, non c'è chi non veda come a fronte della scelta del legislatore del 2012 di affermare la natura, per presunzione assoluta, pienamente privata di tutte le società non

²³ Cfr. Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092: « Spetta alla Corte dei conti la giurisdizione in tema di risarcimento del danno cagionato alla Rai Radio televisione Italiana s.p.a., da componenti del consiglio d'amministrazione e da dipendenti di tale società e degli enti pubblici azionisti, in relazione alla nomina del direttore generale e al trattamento economico dello stesso e degli ex direttori generali; la Rai, infatti, nonostante la veste di società per azioni (peraltro partecipata totalitariamente da enti pubblici), ha natura sostanziale di ente pubblico, con uno statuto assoggettato a regole legali, per cui essa è: designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo; sottoposta a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare; destinataria di un canone d'abbonamento avente natura di imposta; compresa tra gli enti sottoposti al controllo della Corte dei conti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti; né l'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa è ostacolata dalla possibilità di promuovere l'ordinaria azione civilistica di responsabilità, poiché la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, sicché il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, dando luogo a questioni non di giurisdizione ma di proponibilità della domanda.» e, rispettivamente, Cass., sez. un. 19 dicembre 2009, n. 26806, « Spetta al g.o. la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti (nella specie, consistenti nell'aver accettato indebite dazioni di denaro al fine di favorire determinate imprese nell'aggiudicazione e nella successiva gestione di appalti), non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste invece la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento 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, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio.».

In dottrina, sul tema, da ultimo, ANTONIOLI, *Analisi e riflessioni in tema di responsabilità amministrativa, società a partecipazione pubblica e riparto fra le giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 835 ss.

²⁴ Cass., sez. un. 19 dicembre 2009, n. 26806: « Se ne è desunto - anche alla luce di quanto espressamente indicato nella relazione ("E' lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici") - che la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta. »

²⁵ Cass., sez. un., 5 aprile 2013, n. 8352.

espressamente trasformate in senso pubblicistico dal legislatore **diventi assai arduo ritrovare oggi spazio per la giurisdizione contabile, così destinata ad un'inevitabile (quantomeno) marginalizzazione.**

Lo mostreremo più puntualmente indagando sul sempre attuale tema delle società *in house*. Ossia di una categoria societaria che - ove realmente concepibile - rientrerebbe probabilmente nella nozione di società -ente pubblico, ipotizzata dalla Corte regolatrice al fine dell'affermazione della giurisdizione contabile²⁶.

5. *Segue: 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 e amministrativa ha 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. 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 ... 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* »²⁷, e, prima ancora, nella sentenza *Parking Brixen*, 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 ...* »²⁸. Analogamente, il **Consiglio di Stato, ad. plen., 3 marzo 2008 n. 1**²⁹, ha notato che, perché vi sia *in house providing*, « *il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale* ».

Ne ha preso da ultimo esattamente atto anche la Consulta (Corte cost., 28 marzo 2013, n. 50) che, nel dichiarare anticomunitaria e quindi incostituzionale una legge regionale che pretendeva di fondare il controllo analogo su blandi poteri di emanazione di pareri

²⁶ Un accenno in tal senso, ad es., in Cass., sez. un., 5 aprile 2013, n. 8352.

²⁷ Sentenza 11 maggio 2006, in causa C-340/04, *Carbotermo*, punto 38.

²⁸ Punto 69.

²⁹ In precedenza, nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514 e poi Cons. Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620.

(meramente) obbligatori sugli atti fondamentali della società in mano pubblica facendo per di più espressamente salva la relativa autonomia gestionale, ha osservato come l'influenza determinante «è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale», nonché che «il condizionamento stretto, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, non può essere assicurato da pareri obbligatori, ma non vincolanti, resi peraltro – come esplicitamente prevede la norma impugnata – «sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house»»³⁰.

Il problema è che l'ordinario diritto societario consiste, in gran parte, in regole imperative³¹. In effetti, come chi scrive ha più volte osservato, **il diritto societario comune non solo impone 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 house³², ossia la circostanza che quest'ultima si conformi « a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico »³³), ma, 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**

³⁰ Corte cost., 28 marzo 2013, n. 50.

³¹ 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 *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.

³² 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 and its own departments is governed by considerations and requirements proper to the pursuit of objectives in the public interest.»

³³ 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. ».

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 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*³⁴, una previsione statutaria che riservi agli amministratori la « *facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale* »³⁵ 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* »³⁶, la « *vocazione commerciale* »³⁷ 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 gestorie³⁸.

³⁴ 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*

³⁵ Punto 67-68

³⁶ Punto 67.

³⁷ Punto 67.

³⁸ 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**³⁹.

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 soci⁴⁰, **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 gestorie 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**

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.

³⁹ 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»

⁴⁰ 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.

significato strategico, in punto di bilancio e di operazioni societarie straordinarie⁴¹.. Infine, l'esercizio di poteri amministrativi da parte dei soci pubblici porta con sé, *ex art. 2476, co. 7, c.c.*⁴², 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 dottrinale⁴³ 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 nomina di persone giuridiche all'ufficio di amministratore solo nel tipo società europea**⁴⁴ 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.* provverebbe troppo, in quanto, se ben si comprende, nell'ambito della organizzazione imprenditoriale pubblica si tratterebbe di evenienza già sperimentata e poi sarebbe improbabile l'esercizio di azioni di responsabilità da parte del socio pubblico contro sé stesso: non può però sfuggire il rilievo sistematico oggi della riforma dell'art. 97 Cost. di cui diremo, nonché il fatto che manca in questo caso (a differenza che, in passato, per le aziende municipalizzate) ogni legittimazione espressa di legge, sicché si tratterebbe di una scelta, volontaria e senza alcun riconoscimento legislativo, di assunzione di (potenzialmente

⁴¹ 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».

⁴² 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.

⁴³ URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 331 ss.

⁴⁴ 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";

elevate) responsabilità; quanto poi 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.

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, o, oggi, nello stesso art. 4, co. 8, d.l. 95 del 2012, con riferimento agli appalti strumentali al funzionamento di un ente pubblico. **Con il che, fino alla introduzione della norma di interpretazione autentica in questione, 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*⁴⁵.**

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 organizzativo, 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**

⁴⁵ 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 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*.

che (significativamente) il legislatore amministrativo ha già ritenuto di dover dettare in tema di Anas s.p.a.⁴⁶ e Difesa Servizi s.p.a.⁴⁷.

6. Conclusioni: la piena appartenenza al diritto privato (e quindi la imprenditorialità-lucratività) delle società in mano pubblica come strumento di realizzazione del principio costituzionale di equilibrio dei bilanci.

Si è detto come grazie alla norma di interpretazione autentica di cui all'art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 2012, le principali questioni interpretative che da tempo interessano il campo delle partecipazioni pubbliche reclamino ormai con certezza di essere risolte - salve chiare ed espresse diverse indicazioni legislative di specie - nel segno del diritto privato e (quindi) della lucratività, così smentendo diffuse teorizzazioni nel senso di una pretesa neutralità (e quindi facile apertura a prospettive pubblicistiche) dell'istituto societario, ove in mano pubblica.

Una tale scelta legislativa appare non solo coerente con la volontà espressa fin dalla codificazione del 1942, ma altresì, per quel che forse più importa, **del tutto in linea con il nuovo co. 1 dell'art. 97 Cost.**, secondo cui « *Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico* ». La norma mira a salvaguardare l'equilibrio dei conti pubblici in forma aggregata. Non sfugge però che perché ciò sia possibile, occorre, come già inizia ad emergere in giurisprudenza⁴⁸, che le singole e concrete scelte siano conformate ad una massima attenzione verso l'uso oculato delle risorse pubbliche.

In effetti, uno dei primi e più naturali campi su cui intervenire con norme legislative di attuazione del nuovo principio costituzionale non poteva e non può che essere quello delle società in mano pubblica, come noto luogo di vari sprechi di denaro (anche e soprattutto) pubblico, spesso giustificati attraverso la pretesa di sostituire lo scopo lucrativo con altri obiettivi di, vero o preteso, interesse pubblico, tali da giustificare la cronica incapacità delle

⁴⁶ 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 ».

⁴⁷ 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 ».

⁴⁸ Cfr. ad es. T.A.R. Liguria, sez. I, 26 novembre 2012, n. 1508: «Oltre a ciò si osserva che l'art. 97 Cost. che sarà in vigore dal successivo anno finanziario a quello di deposito della presente sentenza prevede che le amministrazioni assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. In tal senso si osserva che l'alternativa prospettata dal comune all'amministrazione militare per la localizzazione della nuova e più grande caserma comporta l'acquisto di un'area di proprietà di terzi, mentre l'attuale impianto insiste su un bene del demanio statale».

Ma l'idea che dall'art. 97, co. 1, Cost. emerga una generale giustificazione di scelte (in questo caso legislative) di contenimento delle spese pubbliche si legge anche in T.A.R. Toscana, sez. I, 30 maggio 2012, n. 1061.

società di operare in modo profittevole o anche solo in equilibrio economico. **Ebbene, una volta legislativamente riaffermata la lucratività dell'impresa privata in mano pubblica, emerge con tutta chiarezza come il socio pubblico non possa trasformare (senza precisa autorizzazione legislativa) l'impresa in un soggetto che distrugge ricchezza.** Al contrario, esso è chiamato **a muoversi in linea con la vocazione della società a creare ricchezza, da poi eventualmente reinvestire per finalità pubbliche-collettive.**

Non è un caso che non siano certo mancate negli ultimi tempi varie norme di tutela della vocazione lucrativa delle società in mano pubblica.

Ad es, già nel 2006, **l'art. 1, comma 734, della n 296 del 2006** aveva stabilito che *«non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi»*, precisandosi poi con norma di interpretazione autentica contenute al comma 32-bis dell'art. 3 della l. n. 244/2007, che *«Il comma 734 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, si interpreta nel senso che non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato, per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali.»*. Dunque l'amministratore di società in mano pubblica ha il dovere di perseguire, come gli amministratori di società in mano privata, gli interessi economici della società, essendo inammissibili e, quindi, specificamente sanzionabili, scelte antieconomiche (ma, in ipotesi, del tutto coerenti con obiettivi di interesse pubblico), che si traducano in costanti perdite di esercizio.

Nel 2010, poi, il legislatore aveva introdotto una potenzialmente ancor più radicale sanzione a fronte dell'asservimento della impresa privata in mano pubblica a finalità in contrasto con quelle economico-lucrative. L'art. **6, co. 19, d.l. n. 78 del 2010**⁴⁹, stabilisce difatti che *«Al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza»*, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196⁵⁰ *«non possono, salvo quanto previsto dall'articolo 2447, Codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di*

⁴⁹ Conv. in legge 30 luglio 2010, n. 122.

⁵⁰ Ossia « gli enti e gli altri soggetti che costituiscono il settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche individuati dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ».

esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali». Ciò con alcune eccezioni: «Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società di cui al primo periodo a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del presidente del Consiglio dei ministri adottato su proposta del ministro dell'Economia e delle finanze, di concerto con gli altri ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma.». Insomma, laddove in conseguenza, tra l'altro, di decisioni in contrasto con lo scopo di lucro, si determinino ripetute perdite, la società non può essere ricapitalizzata (se non per quanto strettamente richiesto a reintegrare il capitale minimo legale)⁵¹. L'azionista pubblico, difatti, non può sprecare risorse della collettività per mantenerla in vita nell'ambito di un'attività di distruzione di ricchezza. Ciò salvo che non siano ravvisabili specifiche e gravi ragioni di interesse pubblico, da accertare e riconoscere con decreto della presidenza del consiglio. **L'interesse pubblico, in altri termini, non giustifica mai, ex se, la scelta antilucrative.** Viene così ulteriormente smentita la tesi del tramonto dello scopo di lucro (specialmente) nelle società in mano pubblica.

Successivamente, la connessione tra lucratività (per finalità di tutela delle finanze pubbliche) e legittima permanenza in vita delle società si è di nuovo, in modo ancor più stringente, manifestata in una ulteriore previsione di legge. Si vuol far riferimento all'**art. 14, co. 32, d.l. n. 78 del 2010, con cui, in estrema sintesi, si è fatto, radicalmente, divieto ai comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti di costituire società. A tale divieto si accompagna l'obbligo di mettere in liquidazione le società (non più consentite ai sensi della normativa in esame) già costituite o di cederne le partecipazioni. Tuttavia - e qui**

⁵¹ Per un'interpretazione restrittiva del richiamo all'art. 2447 c.c., Corte conti, sez. contr. Abruzzo, parere 23 ottobre 2012 n. 354: « Va subito evidenziato avendo riguardo alla lettera delle disposizioni in esame, come la previsione che fa salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice non risulti propriamente posta quale deroga al divieto introdotto con la legislazione di urgenza, alla stregua delle deroghe sopra richiamate. Sembra piuttosto che il legislatore, con una previsione con funzione interpretativa, abbia inteso chiarire all'interprete la vigenza di un obbligo di legge non scalfito dalle nuove disposizioni. Una ricostruzione quest'ultima che risulta confermata anche da un esame sistematico delle norme. Vengono infatti in rilievo prescrizioni che, come tutte quelle riguardanti la formazione, l'integrità e la conservazione del capitale sociale, svolgono, insieme ad altre discipline (quali quelle relative all'informazione contabile, alla responsabilità degli amministratori, alla regola per cui i creditori sociali non concorrono con i creditori personali dei soci sul patrimonio della società), un ruolo fondamentale ed inderogabile nel diritto societario, assicurando quelle forme di tutela per i creditori che bilanciano il beneficio della responsabilità limitata per i soci delle società di capitali ». In termini coincidenti, in precedenza, Corte conti, sez. contr. Piemonte, parere 22 ottobre 2010 n. 61.

sta il punto - dall'obbligo di dismissione sono escluse le società, come si è espressa la Consulta nel riconoscere la legittimità dell'intervento legislativo, «virtuose»⁵², ossia quelle che abbiano il bilancio in utile alla data del 31 dicembre 2012 negli ultimi tre esercizi; che non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; che non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. In sintesi, l'interdizione della possibilità di partecipare a organismi societari trova un limite in presenza di circostanze che dimostrino la virtuosità economica, *sub specie* di lucratività (ossia produzione, invece che distruzione) di risorse pubbliche, da parte delle società a partecipazione pubblica locale. E ciò pur ove si tratti di società aventi ad oggetto la gestione di servizi pubblici locali: anche in tale ultimo caso (oggetto sociale di indubbio interesse pubblico), dunque, la lucratività non solo è ritenuta, legislativamente, possibile, ma è altresì (con una disposizione di specie, che peraltro, secondo la Consulta, «incide in modo permanente sul diritto societario»⁵³) richiesta per la legittima sopravvivenza della società⁵⁴.

Insomma, la causa tipica societaria, e, in genere, la regolazione privatistica dell'impresa in mano pubblica, emergono come uno strumento di attuazione dell'art. 97, co. 1, Cost., pertanto specificamente tutelato dalla legislazione amministrativa.

È seguendo le logiche dell'impresa lucrativa, difatti, il socio pubblico non solo si conforma all'indicazione legislativa della società come ente che produce ricchezza (così immediatamente contribuendo all'equilibrio dei bilanci pubblici), **ma altresì evita quell'uso distorto ed insincero⁵⁵ dell'istituto societario che già di per sé, snaturando quest'ultimo, si è dimostrato strumentale alla dissipazione di risorse pubbliche;** dissipazione favorita, tra l'altro, dall'elusione (grazie alla personalità giuridica formalmente privatistica) di quelle discipline di contabilità che, negli enti pubblici, mirano ad assicurare (in mancanza del vincolo dello scopo di lucro) una gestione nel segno dell'efficienza, imparzialità e legalità della spesa di denaro pubblico.

⁵² Corte cost., 7 giugno 2012, n. 148.

⁵³ Corte cost., 7 giugno 2012, n. 148.

⁵⁴ Sulla applicabilità del divieto anche alle società per la gestione di servizi pubblici locali, C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. del 8.11.2011 n. 570

⁵⁵ Si ricordino le sempre attuali riflessioni di ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 ss., 1013, secondo cui la società in mano pubblica dovrebbe ritenersi una «formula insincera», destinata ad «essere superata» (a favore dell'ente pubblico economico, ove davvero si voglia coerentemente agire per finalità, dirette, di interesse pubblico).

