

Fabrizio Cerioni
(a cura di)

LE SOCIETÀ PUBBLICHE

Presentazione di
Angelo Buscema

PRESENTAZIONE

Presento con piacere questo volume che offre una lodevole trattazione sulle società pubbliche e sulle norme che ne regolano l'attività, in un momento così delicato per l'economia del Paese. È proprio in questi frangenti, infatti, che lo studio e la conoscenza non devono arrestarsi perché, come dice il Dalai Lama, costituiscono i migliori amici che guidano nelle circostanze difficili.

Esprimo il mio plauso al pregevole lavoro ben curato dallo stimato collega Fabrizio Cerioni, che ha saputo confezionare in modo encomiabile i contributi di validi coautori, tra cui accademici e magistrati contabili, studiosi di una materia — che ho seguito con interesse come Presidente della Corte dei conti e continuo a farlo come Giudice della Corte costituzionale — destinata ad avere in futuro sempre più rilevanza.

Questa opera traccia un'ampia panoramica dell'universo delle società pubbliche e partecipate dalle amministrazioni pubbliche, che hanno conosciuto negli ultimi anni un significativo sviluppo per le loro sensibili ricadute sociali ed economiche, oltre ad approfondire con chiarezza espositiva temi di viva attualità affrontati con ricchezza di argomenti e nuove idee, delineando un quadro caleidoscopico della disciplina, sia sul piano normativo che dottrinale.

Il testo, infatti, offrendo un ampio spettro di opzioni interpretative sull'argomento, accompagna il lettore lungo un articolato percorso giuridico che, capitolo dopo capitolo, conduce a una organica visione di insieme, considerata l'innegabile relazione tra le dinamiche del diritto e la continua evoluzione della "complessa e liquida" realtà sociale.

Per loro natura, tali Società sono intessute nella mutevole trama sociale, produttiva e finanziaria del Paese e si adeguano in modo duttile alle trasformazioni e alle esigenze dei profili economici pubblici in continuo cambiamento, che toccano la comunità.

Nell'ambito del processo di evoluzione della finanza pubblica verso il migliore perseguimento degli interessi della collettività, acquistano rilevanza questi soggetti giuridici e organismi pubblici, dai quali dipende, in molti casi, l'efficace ed efficiente erogazione di importanti servizi di pubblica utilità rivolti all'intera comunità, che riguardano attività per soddisfare i bisogni degli individui, delle famiglie e delle imprese.

Rappresenta un nodo cruciale per la vita sociale e per la finanza pubblica del Paese l'inevitabile incidenza del sistema delle partecipazioni pubbliche sull'erogazione di concreti servizi di qualità, rivolti al godimento dei diritti fondamentali, la cui organizzazione e modalità di gestione rappresentano un ambito ove i principi della concorrenza talora cedono il passo all'attribuzione di prerogative speciali ed esclusive, verso un punto di equilibrio che conduca all'ottimizzazione delle prestazioni a vantaggio delle collettività amministrate.

Ciò la rende una materia sempre *"in fieri"*, a cui vanno applicate sia norme codicistiche sulle società, che generali di diritto privato e di diritto pubblico, in un'ottica di volta in volta interpretativa e ricostruttiva, tenendo conto dei margini di intervento diretto degli enti pubblici nelle attività economiche, che viene attuato con lo strumento societario.

Difatti, un'efficace regolamentazione richiede l'adattamento delle norme alle circostanze o ai nuovi valori emergenti da una società che muta velocemente, oltre che la ricomposizione a sintesi delle molteplici esperienze e fattori, armonizzati in un quadro giuridico unitario, anche alla luce delle disposizioni e della giurisprudenza comunitaria, che rifletta la coerenza e la razionalità dell'ordinamento, fondamentale per lo svolgimento disciplinato della vita della comunità.

In tale contesto, viene in rilievo il ruolo, analizzato nel volume nei suoi aspetti più essenziali, affidato alle società pubbliche nell'ambito del processo di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) dal legislatore che, con la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (l. n. 118/2022) e con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (come novellato, in particolare, dal d.lgs. n. 83/2022), ha inteso conferire maggiore organicità alle norme che disciplinano la materia, toccando anche profili della concorrenza tra operatori di mercato in cui si inserisce l'intervento pubblico.

Ciò va ad affiancarsi alle disposizioni del Testo unico sulle società pubbliche (TUSP - d.lgs. n. 175/2016), le quali fissano precisi vincoli e condizioni, sia all'ingresso di soggetti pubblici nel mondo societario sia al mantenimento delle partecipazioni esistenti, che trovano regolamentazione nelle procedure di razionalizzazione periodica.

La gestione delle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche nell'ottica dell'effettiva tutela del bene comune e in osservanza del coordinamento della finanza pubblica è oggetto di interesse sia del Giudice delle leggi che della Corte dei conti.

Per la magistratura contabile il costante adeguamento delle funzioni di vigilanza e controllo sulle partecipate pubbliche acquista inevitabilmente spazi sempre più ampi, trovando comune denominatore nella sana e corretta gestione di tali società.

Un interessante momento di riflessione è opportunamente dedicato anche al profilo della responsabilità degli amministratori delle società con-

trollate o partecipate da enti pubblici e dei rappresentanti degli enti soci per danno erariale, oltre che al nodoso tema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giurisdizione contabile, arricchito altresì da un esame della giurisprudenza della Corte dei conti.

All'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione alle suddette società e alla loro pianificazione è riservato un particolare approfondimento, che le mette in relazione con la normativa sulla trasparenza.

Un'accurata trattazione, inoltre, è riservata all'incertezza qualificatoria della nozione di società a controllo pubblico, che pone in evidenza le diverse accezioni presenti nella legislazione e nella giurisprudenza.

Scorrendo le pagine del volume appare, dunque, al lettore un quadro policromo sulle società pubbliche, realizzato con l'impegno profuso dagli autori, volto a rendere più agevole l'orientamento in una materia sempre in evoluzione e al quale auguro un sicuro successo editoriale.

Angelo Buscema

Giudice della Corte costituzionale,
già Presidente della Corte dei conti

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

ABBREVIAZIONI

I. FONTI NORMATIVE E VOCI ATTINENTI

c.c.	codice civile
c.c.i.i.	codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)
CDFUE	Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea
CEDU	Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
circ.	circolare
c. nav.	codice della navigazione
cod. cons.	Codice del consumo
Cost.	Costituzione della Repubblica italiana
c.p.	codice penale
c.p.c.	codice di procedura civile
c.p.p.	codice di procedura penale
c. proc. amm.	codice del processo amministrativo (d. lg. 2 luglio 2010, n. 104, all. 1)
c. propr. ind.	codice della proprietà industriale (d. lg. 10 febbraio 2005, n. 30)
cpv.	capoverso
d.C.G.	decreto del Capo del Governo
d.C.p.S.	decreto del Capo provvisorio dello Stato
Dir.	Direttiva
disp. att. c.c.	disposizioni di attuazione e transitorie del codice civile
disp. coord. c.p.	disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale
disp. att. c.p.c.	disposizioni di attuazione e transitorie del codice di procedura civile
disp. prel.	disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)
disp. trans.	disposizioni transitorie e finali della Costituzione italiana
d.l.	decreto-legge
d.lgs.	decreto legislativo
d. lgs. C.p.S.	decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato
d. lgs. lt.	decreto legislativo luogotenenziale
d. lgs. P.C.	decreto legislativo emanato dal Presidente del Consiglio dei ministri con poteri di Capo provvisorio dello Stato
d. lgs. P.R.	decreto legislativo del Presidente della Repubblica
d.l. lt.	decreto-legge luogotenenziale
d. lt.	decreto luogotenenziale
d.m.	decreto ministeriale
d.P.C.M.	decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri
d.P.R.	decreto del Presidente della Repubblica

ABBREVIAZIONI

G.U.	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana
G.U.C.E.	Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europea
G.U.U.E.	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
l.	legge
l. fall.	legge fallimentare
norme att. c.p.p.	norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale del 1988
prot.	protocollo
r.d.	regio decreto
r.d.l.	regio decreto-legge
r.d.lgs.	regio decreto legislativo
Reg.	Regolamento
TCE	Trattato che istituisce la Comunità europea
TCEE	Trattato che istituisce la Comunità economica europea
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
T.U.	testo unico
TUE	Trattato dell'Unione europea
TUIR	Testo unico imposte sui redditi
TUSP	Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175)

II. ORGANI GIUDIZIARI E AUTORITÀ INDIPENDENTI

ANAC	Autorità Nazionale Anticorruzione
App.	Corte di appello
App. pen.	Corte di appello penale
Ass.	Corte di assise
Ass. app.	Corte di assise di appello
Cass.	Corte di cassazione - Sezioni civili
Cass. pen.	Corte di cassazione - Sezioni penali
Cass., Sez. un.	Corte di cassazione - Sezioni unite
Cons. giust. amm. Sicilia	Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana
Cons. Stato	Consiglio di Stato
Cons. Stato, Ad. Plen.	Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria
Corte conti	Corte dei conti
Corte cost.	Corte costituzionale
Corte EDU	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Corte giust. CE/UE	Corte di Giustizia della Comunità europea/Unione europea
G. pace	Giudice di pace
Pret.	Pretura
TAR	Tribunale amministrativo regionale
Trib.	Tribunale civile
Trib. CE/UE	Tribunale di I grado della Comunità europea/Unione europea

III. ENCICLOPEDIA

D. I.	Digesto Italiano
<i>Dig. disc. pen.</i>	Digesto delle discipline penali

<i>Dig. disc. priv., sez. civ.</i>	Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile
<i>Dig. disc. priv., sez. comm.</i>	Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale
<i>Dig. disc. pubbl.</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. forense</i>	Enciclopedia forense
<i>Enc. giur. Treccani</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>N. D. I.</i>	Nuovo digesto italiano
<i>Nss. d. I.</i>	Novissimo digesto italiano

IV. RIVISTE

<i>An. giur. ec.</i>	Analisi giuridica dell'economia
<i>Arch. civ.</i>	Archivio civile
<i>Arch. giur.</i>	Archivio giuridico
<i>Arch. loc. e cond.</i>	Archivio delle locazioni e del condominio
<i>Arch. resp. civ.</i>	Archivio della responsabilità civile
<i>Arg. dir. lav.</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>Banca borsa tit. cred.</i>	Banca borsa e titoli di credito
<i>Cass. pen.</i>	Cassazione penale
<i>Cons. St.</i>	Consiglio di Stato (II)
<i>Contratti</i>	I Contratti
<i>Contr. impr. Europa,</i>	Contratti e impresa Europa
<i>Corr. giur.</i>	Corriere giuridico (II)
<i>Corte bresc.</i>	Corte bresciana
<i>Corr. merito</i>	Corriere del Merito (II)
<i>Dir.</i>	Diritto (II)
<i>Dir. amm.</i>	Diritto amministrativo
<i>Dir. aut.</i>	Diritto di autore (II)
<i>Dir. com. sc. int.</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>Dir. comm.</i>	Diritto commerciale (II)
<i>Dir. comm. int.</i>	Diritto del commercio internazionale
<i>Dir. cost.</i>	Diritto costituzionale
<i>Dir. e giust.</i>	Diritto e giustizia
<i>Dir. econ.</i>	Diritto ed economia
<i>Dir. fall.</i>	Diritto fallimentare e delle società commerciali (II)
<i>Dir. giur.</i>	Diritto e giurisprudenza
<i>Dir. giur. agr. amb.</i>	Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente
<i>Dir. ind.</i>	Diritto industriale (II)
<i>Dir. inform.</i>	Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)
<i>Dir. lav.</i>	Diritto del lavoro (II)
<i>Dir. lav. mercati</i>	Diritto Lavoro Mercati
<i>Dir. mercato lav.</i>	Diritto del mercato del lavoro (II)
<i>Dir. prat. lav.</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>Dir. prat. soc.</i>	Diritto e pratica delle società
<i>Dir. prat. trib.</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>Dir. pubbl. comp. eur.</i>	Diritto Pubblico Comparato ed Europeo
<i>Dir. rel. ind.</i>	Diritto delle Relazioni Industriali
<i>Dir. sic. lav.</i>	Diritto della sicurezza sul lavoro

<i>Dir. Unione europea</i>	Diritto dell'Unione europea (II)
<i>Ec. lav.</i>	Economia e lavoro
<i>Europa dir. priv.</i>	Europa e diritto privato
<i>Fall.</i>	Fallimento e le altre procedure concorsuali (II)
<i>Fin. loc.</i>	Finanza locale (La)
<i>Foro amm.</i>	Foro amministrativo (II) (dal 2014)
<i>Foro amm. CDS</i>	Foro amministrativo C.d.S. (II) (fino al 2013)
<i>Foro amm. TAR</i>	Foro amministrativo TAR (II) (fino al 2013)
<i>Foro it.</i>	Foro Italiano (II)
<i>Foro nap.</i>	Foro napoletano
<i>Foro pad.</i>	Foro Padano (II)
<i>Giorn. dir. amm.</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>Giorn. dir. lav.</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>Giur. cass.</i>	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione – sezioni civili
<i>Giur. comm.</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giur. lav.</i>	Giurisprudenza del lavoro
<i>Giur. merito</i>	Giurisprudenza di merito
<i>Giur. milanese</i>	Giurisprudenza milanese
<i>Giur. napoletana</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Giur. pen.</i>	Giurisprudenza penale (La)
<i>Giur. piemontese</i>	Giurisprudenza piemontese
<i>Giur. romana</i>	Giurisprudenza romana
<i>Giur. siciliana</i>	Giurisprudenza siciliana
<i>Giur. toscana</i>	Giurisprudenza toscana
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>Giust. pen</i>	Giustizia penale
<i>GT Riv. giur. trib.</i>	GT Rivista di giurisprudenza tributaria
<i>Guida dir.</i>	Guida al diritto
<i>Guida lav.</i>	Guida al lavoro
<i>Mer.</i>	Il merito
<i>Impr</i>	Impresa
<i>Inf. prev.</i>	Informazione previdenziale
<i>Ist. fed.</i>	Istituzioni del federalismo
<i>Jus</i>	Jus
<i>Lav. dir.</i>	Lavoro e diritto
<i>Lav. inform.</i>	Lavoro informazione
<i>Lav. giur.</i>	Lavoro nella giurisprudenza (II)
<i>Lav. P.A.</i>	Lavoro nelle pubbliche amministrazioni (II)
<i>Lav. prev. oggi</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>Lav. sic. soc.</i>	Lavoro e sicurezza sociale
<i>Lav. 80</i>	Lavoro 80. Rivista di diritto del lavoro pubblico e privato
<i>Leggi civ. comm.</i>	Leggi civili commentate (Le)
<i>Mass. giur. lav.</i>	Massime di giurisprudenza del lavoro
<i>Manuale</i>	

Termini estratto capitolo

CAPITOLO 1

**LA PARTECIPAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI
A SOCIETÀ DI CAPITALI NEL TUSP:
MODELLI, PROCEDURE E LIMITI**di *Giuseppe Piperata*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Un nuovo disegno per il diritto delle società pubbliche: la Riforma Madia, il Testo Unico del 2016 e le sue vicende successive. — 3. Organizzazione pubblica e modello societario. — 4. La società in mano pubblica tra diritto europeo e diritto nazionale. — 5. La disciplina nazionale sulle società pubbliche: un quadro regolativo ancora frammentato. Il riferimento alle società partecipate nel Codice dei contratti pubblici e nel decreto legislativo di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali. — 6. Le società pubbliche tra diritto comune e diritto speciale — 7. I compiti pubblici e l'intervento delle amministrazioni in veste societaria. — 8. La scelta del modello societario: adempimenti, percorsi e limiti per l'avvio della gestione mediante società. — 9. Il modello societario per l'autoproduzione: la società *in house*. — 10. Il modello societario per il partenariato: la società mista. — 11. Le società a partecipazione pubblica verso il futuro: un sistema razionalizzato e partecipe dei processi per la ripresa economica e la resilienza.

1. Premessa.

L'espressione "società partecipata dalle pubbliche amministrazioni" o "società in mano pubblica" non indica una peculiare e ben definita categoria giuridica all'interno della quale ricomprendere precise dinamiche organizzative di compiti pubblici, bensì, molto più semplicemente, è una locuzione riassuntiva di molteplici e tra loro differenti casi in cui società formalmente private presentano una partecipazione da parte di amministrazioni pubbliche al loro capitale sociale. La partecipazione ad una società non è un'esclusiva delle amministrazioni statali, neanche di quelle regionali e locali, avendosi ipotesi di società partecipate da enti pubblici di ogni tipo. L'ampia varietà non connota solo i soci di queste società, ma anche i settori nei quali le stesse intervengono e gli scopi per il perseguimento dei quali sono state costituite. Uno strumento, quindi, duttile e versatile, molto diffuso tra le pubbliche amministrazioni, le quali, in particolare negli ultimi decenni, ne hanno potenziato l'uso.

Il numero delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni in Italia è cresciuto esponenzialmente. Non si tratta di un caso isolato, dato che anche in altre esperienze straniere il ricorso alla formula societaria ha caratterizzato l'evoluzione più recente dei pubblici poteri (come, ad esempio, in Spagna). Nel caso del nostro Paese, però, il fenomeno è stato particolarmente intenso e imponente, dato che i numeri — anche se non certi, completi e definitivi — appaiono, in ogni caso, significativi. L'ultima rilevazione del Ministero dell'economia al riguardo registra in Italia un totale di 39.748 partecipazioni pubbliche — di cui il 74% dirette e il 26% indirette, ossia detenute attraverso controllate — riconducibili a 5.444 società, ad ognuna della quale partecipano in media 7 soggetti pubblici ⁽¹⁾. Erano ancor di più fino a qualche anno fa, dato che numerosi rapporti, solo per le società degli enti locali, segnalavano che quelle operative oscillavano tra le 3.000 e le 6.000 unità ⁽²⁾. Si tratta, quindi, di un fenomeno di una certa imponenza, con un'incidenza che va ben oltre il sistema amministrativo e quello economico.

Non è aumentato in Italia solo il numero delle società partecipate da amministrazioni pubbliche. Ad aumentare sono stati anche le categorie all'interno delle quali classificarle ed i regimi giuridici di riferimento. Fino ad alcuni anni fa, le partecipate pubbliche si distinguevano tra società di diritto comune e società legali, dato che queste ultime erano costituite in virtù di un quadro legislativo speciale che ne definiva anche l'apposito statuto. Oggi, è tutto molto più articolato, dato che le società pubbliche possono appartenere a tipi differenti (ad esempio, come vedremo, quotate o meno; *in house* o miste a seconda della presenza del privato nel capitale sociale; strumentali, di gestione dei servizi pubblici o a mercato a seconda della particolare attività svolta) ed essere destinatarie di statuti di impresa completamente diversi.

La moltiplicazione delle categorie di società pubbliche e dei regimi giuridici all'interno dei quali classificarle è sicuramente uno dei tratti più caratteristici della situazione che connota attualmente tale strumento di organizzazione e azione dei pubblici poteri ⁽³⁾. È stato giustamente notato

⁽¹⁾ Cfr. MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche — Dati 2019*, febbraio 2022, www.mef.gov.it. Con riferimento al settore statale, cfr. IRPA (Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione), *Le società a partecipazione statale*, a cura di M. MACCHIA, Rapporto n. 1/2015, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.

⁽²⁾ Cfr. IRPA (Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione), *Il capitalismo municipale*, a cura di G. NAPOLITANO, Rapporto n. 1/2012, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 4.

⁽³⁾ Cfr., al riguardo, i volumi collettanei: M. CAMMELLI e M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, in particolare lo scritto introduttivo degli stessi M. CAMMELLI e M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e*

che la frammentazione del sistema di azionariato pubblico in una pluralità di differenti e autonomi contesti organizzativi determina una « oggettiva inesistenza di una categoria unitaria » e, allo stesso tempo, « la difficoltà di individuare una definizione giuridicamente soddisfacente di società pubblica che non si traduca nella mera presa d'atto della partecipazione di un ente pubblico, primario o derivato, nel capitale sociale » (4).

Di società pubbliche, quindi, si può parlare solo al plurale. È possibile, tuttavia, registrare l'esistenza di alcuni dati comuni alle diverse esperienze e soprattutto riscontrare nel nostro ordinamento alcune tendenze legislative che tagliano trasversalmente tutti i modelli di società pubblica che si sono affermati. Si tratta, in particolare, di tendenze recenti, ispirate ai principi del diritto europeo e nazionale (*in primis*, quelli di concorrenza, buon andamento ed economicità) e finalizzate a riequilibrare il rapporto pubblico-privato, nonché a circoscrivere il fenomeno dell'amministrazione pubblica in veste societaria all'interno di confini sufficientemente delineati. In questo contesto si colloca il recente disfavore legislativo verso le società pubbliche, che si manifesta, in particolare, attraverso l'imposizione di limiti alla loro costituzione o di obblighi alla loro privatizzazione. Si è iniziato, ad esempio, con l'art. 3, c. 27 e 29, l. 24 dicembre 2007, n. 244, che, da un lato, ha vietato alle pubbliche amministrazioni di costituire nuove società o di assumere partecipazioni in società esistenti aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, dall'altro, ha imposto alle stesse amministrazioni l'obbligo di dismettere le partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Si aggiunga che la recente tendenza legislativa di disfavore verso le società in mano pubblica — come giustamente notato (5) — è anche sintomo di quella « perdita nobiltà » di tale strumento, dovuto principalmente

sostanziale, 1 ss.; V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società « pubblica » tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2008, in particolare lo scritto di G.A. SALA, *La società « pubblica » locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, 9 ss.; C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società « pubbliche »*, Torino, Giappichelli, 2011, e F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010, in particolare lo scritto di C. IBBA, *Tipologia e « natura » delle società a partecipazione pubblica*, 13 ss. Cfr. anche C. VITALE, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Ist. fed.*, 2011, 13 ss.

(4) In questi termini, M. CAMMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, Giuffrè, 2012, 1190.

(5) Cfr. M. DUGATO, *Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, in *Munus*, 2011, 501 ss. Ma cfr. anche C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2011, 353 ss.

all'aumento indiscriminato del numero dei soggetti partecipati, soprattutto a livello locale, alla loro gestione in alcuni casi poco trasparente e svincolata da qualsiasi logica di efficienza, al loro rapporto a volte troppo stretto con il potere politico ⁽⁶⁾.

Ma comune ai vari modelli societari con partecipazione pubblica è anche l'incertezza che spesso accompagna l'individuazione del quadro giuridico da applicare, volta per volta, con riferimento a specifici profili riguardanti le società. È un'incertezza che può essere vista anche come conseguenza della duplice dimensione che avvolge le società partecipate da amministrazioni pubbliche: quella formale, riconducibile alla disciplina privatistica delle società; quella sostanziale, riconducibile invece ad un regime marcatamente più pubblicistico di organizzazione e azione. Ecco, allora, che trova giustificazione il fatto che siano stati sollevati problemi interpretativi a proposito della ricostruzione della responsabilità degli amministratori delle società pubbliche, della fallibilità o meno di tali società in caso di crisi, del livello di trasparenza da garantire sulle decisioni e sul funzionamento, della disciplina da applicare al personale o alla attività negoziale da queste svolta, giusto per ricordarne alcuni. Più volte su tali questioni il giudice ha dovuto svolgere un importante ruolo pretorio, mentre la dottrina si è a lungo interrogata sulle possibili soluzioni da intraprendere. Tuttavia, appare evidente come la parola definitiva non possa non passare dall'intervento del legislatore.

2. Un nuovo disegno per il diritto delle società pubbliche: la Riforma Madia, il Testo unico del 2016 e le sue vicende successive.

Proprio le criticità segnalate e la situazione di incertezza descritta hanno fornito al legislatore italiano la scusa per provare a costruire in un unico contesto regolativo la disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche. La tecnica di intervento prescelta è stata quella dell'elaborazione di un apposito testo unico, preceduto da legge delega. La l. 7 agosto 2015, n. 124, infatti, contiene una specifica delega (art. 18), con la quale si affida al Governo il compito di elaborare un testo unico per il riordino della disciplina in materia di partecipazione societaria delle amministrazioni pubbliche ⁽⁷⁾. Tra gli obiettivi da perseguire e realizzare, si notano

⁽⁶⁾ Le criticità segnalate sono ben illustrate nel volume di C. COTTARELLI, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana*, Giuffrè, Milano, Feltrinelli, 2015, 107.

CAPITOLO 2

**IL RAPPORTO TRA “SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA”
E “SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO”
ALLA LUCE DELLA NOZIONE DI “CONTROLLO”
(SOLITARIO E CONGIUNTO) DEL TESTO UNICO**

di *Maurizio Bianchini*

SOMMARIO: 1. Introduzione e prima identificazione delle tematiche affrontate. — 2. I rapporti tra le nozioni di “controllo” e le “società in controllo pubblico” nel TUSP. — 3. Il “controllo” societario, tra “T.U. Madia” e il c.d. diritto societario comune: (A) una panoramica delle tre fattispecie di controllo (solitario) di cui all’art. 2359 c.c. oggetto di rinvio da parte del primo periodo dell’art. 2, c. 1, lett *b*), TUSP. — 3.1. Il rinvio all’art. 2359 c.c. e l’ambito dell’indagine. — 3.2. Profili oggettivi del controllo societario codicistico: (i) le tre fattispecie di controllo solitario e il controllo “indiretto”. — 3.3. (*Segue*): (ii) il contenuto della nozione di controllo: l’“influenza dominante”. — 3.4. Profili soggettivi della nozione di controllo e perimetro operativo (prime indicazioni sulla figura del “controllo congiunto”). — 4. (B) Il controllo societario esercitato da parte di “più pubbliche amministrazioni”: l’ipotesi di “controllo congiunto pubblico”. — 4.1. Considerazioni preliminari ed esplicitazione della tesi qui sostenuta con riguardo all’ambito di applicazione della nozione di “controllo congiunto pubblico”. — 4.2. Esplicitazione delle ragioni poste alla base della tesi proposta. — 4.3. (*Segue*): Un ulteriore corollario: l’esclusione dal novero delle “società a controllo pubblico” delle società “con capitale pubblico prevalente” in assenza di concertazione. — 5. La qualificazione delle società *in house* entro il perimetro definitorio delle “società a controllo pubblico” (cenni). — 6. Gli effetti, sul piano applicativo, della qualificazione di una “società a partecipazione pubblica” quale “società a controllo pubblico” (eventualmente “congiunto”), alla stregua del TUSP.

1. Introduzione e prima identificazione delle tematiche affrontate.

Il presente contributo mira a identificare la nozione e il perimetro applicativo del cosiddetto “controllo” — solitario o congiunto — esercitato nei confronti di “società a partecipazione pubblica”, così come definite nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (d’ora innanzi, il “TUSP” o il “T.U. Madia”) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Su questo specifico tema, cfr. sin da ora le diverse posizioni assunte negli ampi e perspicui lavori di F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e*

Più in particolare, verranno individuate le condizioni di impiego e le relative conseguenze applicative del riscontro dell'esercizio (in via solitaria ovvero congiunta) di un'*influenza dominante* da parte di "una o più pubbliche amministrazioni" nei confronti di una "società a partecipazione pubblica" così come quest'ultima espressione e lo stesso termine "controllo" risultano definiti alla stregua del complesso reticolo di nozioni compendiate nel TUSP nonché in virtù delle connessioni con, e/o dei rinvii rivolti ad altre norme che, a partire da quelle definizioni, concorrono a definirne il rispettivo ambito di operatività ⁽²⁾.

controllo analogo nella disciplina del TUSP, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 517 ss.; V. DONATIVI, "Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. comm.*, 2018, I, 747 ss.; ID., *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, in *Riv. dir. soc.*, 2021, 13 ss.; F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018, 70 ss., e di I. DEMURO, *Il controllo congiunto nelle società a partecipazione pubblica prevalente*, in C. IBBA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 283 ss.; R. RANUCCI, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico: definizioni tra diritto comune societario e testo unico delle società a partecipazione pubblica*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ, R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, ESI, 2020, t. I, 185 ss., e ivi spec. 189 ss.; ID., *Le società a controllo pubblico: forme e modalità di controllo da parte di una pluralità di soci pubblici* (nota a Corte dei Conti, Sez. riunite giur., 22 maggio 2019, n. 16), in *Riv. Corte conti*, 2019, 179 ss. V. inoltre M.V. SUSANNA, *Osservazioni in tema di controllo congiunto e relativa necessaria "formalizzazione" nel testo unico partecipate pubbliche*, *Società*, 2019, 140 ss. e la recente rassegna di M. MARACCI, *Il "controllo pubblico congiunto" secondo i recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, in *Azienditalia*, 4/2021, 695 ss. Infine, *si vis*, v. anche M. BIANCHINI, *La nozione di controllo congiunto nelle cosiddette società pubbliche*, *Riv. dir. soc.*, 2020, 24 ss.

⁽²⁾ Sul punto, v. R. RANUCCI, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico: definizioni tra diritto comune societario e testo unico delle società a partecipazione pubblica*, cit., 186 ss. Per quanto connesse al tema del rapporto di "controllo" tra socio pubblico (o soci pubblici) e "società a partecipazione pubblica", rimangono al di fuori dagli argomenti trattati in questo contributo (a parte alcuni cenni nelle note), le questioni relative alla "direzione e coordinamento" di società a partecipazione pubblica e le implicazioni di tale ulteriore qualificazione, specialmente per ciò che concerne le azioni di responsabilità configurabili ex artt. 2497 e seguenti c.c. (sulle quali peraltro, v. la recente Cass., 1 giugno 2021, n. 15276, in *DeJure*, e spec. i punti nn. 4.8 e 4.9 della motivazione). La ragione di questa scelta è presto detta: secondo la posizione attualmente dominante nell'ambito della dottrina giuscommerciale, la nozione di "controllo" e quella di "direzione e coordinamento di società" non sono sovrapponibili e operano su piani distinti: così M. LAMANDINI, *Commento sub art. 2359-2359-quinquies, c.c.*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Società di capitali — Commentario*, vol. I, (Artt. 2325- 2379-ter), Napoli, Jovene, 2004, 394 ss., spec. 399-400 (ove tra l'altro si legge che: "[è] [...] esatto dire che il tratto unificante delle varie nozioni di controllo di cui all'art. 2359 consiste nel potere di influenza dominante sulla società controllata, purché si abbia tuttavia cura di sottolineare che quel potere, come risulta evidente dall'art. 2497-sexies [c.c.], non coincide con la direzione unitaria' o la 'direzione e coordinamento' [...]"); ID., *Commento sub art. 2359*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme*

In limine, pare opportuno ribadire che, come già è stato messo in miglior evidenza in altre parti di questo Volume, il T.U. Madia configura un *corpus*

complementari diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Milano, Giuffrè, 2016, t. I, 749-750; F. GUERRERA, “*Compiti*” e *responsabilità del socio di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 506 ss.; e sebbene questa distinzione tra *controllo* e *direzione e coordinamento* non risulti del tutto chiara (a tal proposito, v. in particolare le perplessità espresse di recente da M.S. SPOLIDORO, *Questioni in tema di controllo di società*, in G.A. RESCIO e M. SPERANZIN (a cura di), *Patrimonio sociale e governo dell'impresa — Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G.E. Colombo*, Torino, Giappichelli, 2021, 166 ss., spec. 185 ss.). Per una panoramica su tali temi, v. ad es. R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, vol. IV, Torino, Utet, 2007, 797 ss.; A. VALZER, *Commento all'art. 2497*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari* diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, cit., t. 2, 3008 ss.; ID., *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, Giappichelli, 2011; G. SCOGNAMIGLIO, *Commento all'art. 2497*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società, Dell'azienda, Della concorrenza, Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di, Torino, Utet, 2015, 1096 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 757 ss.; F. GALGANO, G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Art. 2497-2497 septies*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 2014, 108; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, 25 s.; M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni - Artt. 2346-2362 c.c.*, *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, Egea-Giuffrè, 2008, 665 ss., 723 ss. V. anche V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c. (art. 19, 6° comma, d.l. 79/2009)*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010, 167 ss. In tempi più risalenti, v., tra molti, F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, Utet, 2001, 259 ss. (ove specifico riguardo è riservato ai “gruppi pubblici”); A. PAVONE LA ROSA, *Partecipazioni statali e gruppi di imprese*, in ID. (a cura di), *I gruppi di società — Ricerche per uno studio critico*, Bologna, il Mulino, 1982, 146 ss. Con specifico riguardo al tema del “gruppo” di società nel contesto delle società a partecipazione pubblica, v. ad es. F. FIMMANÒ, *L'abuso di eterodirezione della società pubblica*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ, R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, ESI, 2020, t. I, 33 ss.; ID., *Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Universitas Mercatorum Press, 2017, t. I, 65 ss.; P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Riv. soc.*, 2020, 1082 ss.; A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, *ivi*, 1027 ss.; P. MONTALENTI, *Il gruppo di società a partecipazione pubblica*, in G. PRESTI, M. RENNA (a cura di), *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2018, 35 ss.; E. CODAZZI, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 c. 1, c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 1041 ss.; E. MARCHISIO, *L'eterodirezione “pubblicistica”*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, n. 2, 435 ss.; M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 1177 ss.; A. CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Società*, 2008, 557 ss.; G. ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 214 ss.

di norme di diritto singolare — in parte di nuovo conio, in parte già contemplate nella legislazione speciale previgente (sia pure, talora, con tenore e portata diversi) ⁽³⁾ — che per molti aspetti derogano a quello che, per semplicità, si potrebbe qui connotare come il *diritto comune delle società* ⁽⁴⁾. Trattasi di disposizioni che, per un verso, incidono sul regime

⁽³⁾ Per una sintetica, ma efficace ricostruzione delle numerose disposizioni speciali e dei plessi normativi settoriali che negli ultimi quattro-cinque lustri hanno riguardato le cosiddette “società pubbliche”, oltre alle opere citate *infra* nelle note 76, 109 e 1112, v., ad es.: V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2016, 3 ss. nonché i contributi raccolti in: C. IBBA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Giuffrè, Milano, 2019; nei due tomi di F. FIMMANO, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit. e nei due tomi di F. FIMMANO, A. CATRICALÀ, R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche*, cit. V. inoltre i contributi di R. MICCÙ, *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, A. AMODIO, *Le società pubbliche: genesi di una riforma*, G. ROMA, *Ambiti di intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in R. MICCÙ (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, Jovene, 2019, rispettivamente XIII ss., 3 ss. e 35 ss.; A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2018; A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, ESI, Napoli, 2017, spec. 73 ss., 190 ss. e 240 ss.; G. BRUZZONE, *Riordino della disciplina delle società partecipate: le sfide da affrontare*, in F. MASSA FELSANI, F. CINTIOLI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione — Incontri di studio della Scuola Nazionale della Pubblica Amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017, 27 ss.; R. VITOLO, *L'evoluzione normativa dei servizi pubblici locali*, in ID. (a cura di), *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, ESI, Napoli, 2016, 21 ss. Più recentemente, sui delicati profili di riparto di giurisdizione e ampiezza delle competenze in tema di società a partecipazione pubblica, v. I. GENUSSI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti*, Torino, Giappichelli, 2020; F.A. CANCELLA, *Le società a partecipazione pubblica - Il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti*, Direkta Ed., 2019.

⁽⁴⁾ Con specifico riguardo al T.U. Madia, v. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, cit., 517 s., il quale ribadisce che la disciplina del TUSP ha dato corpo un vero e proprio “diritto speciale” delle società a partecipazione pubblica, a loro volta definite come “le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico”. Sul punto, v. in precedenza C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 409 ss., spec. 411 ss.; ID., “Generale” e “speciale” nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 494 ss.; ID., *Le società “legali”*, cit., spec. 211 ss., 316 ss. e 339 ss.; il medesimo A., in *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, cit., vol. 8, 523 ss., e ivi 526, aveva inoltre rilevato che “l'espressione ‘società di diritto speciale’ [...] designa propriamente enti oggetto di previsioni legislative che si rivolgono a un interesse che è diverso da quello che si rivolge alla espressione a quella di “società di diritto speciale”

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 3

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA IN ITALIA

di *Antonino Grasso* (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Capacità negoziale della pubblica amministrazione e contratto di società. — 3. Società e partecipazione di enti pubblici. — 4. Il modello della società *in house providing*. — 5. Società partecipate: mere partecipazioni e partecipazioni di controllo. — 6. Società pubbliche e oggetto sociale. In particolare: enti pubblici a struttura societaria. — 7. Società strumentali e modello dell'*in house providing*. — 8. Società finanziarie pubbliche. — 8.1. Le società finanziarie statali. — 9. Società pubbliche e attività di diritto privato. — 9.1. La disciplina speciale in tema di società pubbliche. — 10. Società pubbliche concessionarie di servizi pubblici. — 11. Società pubbliche derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici. — 12. Le società di interesse nazionale. — 13. Società pubbliche e servizi di interesse generale: le società patrimoniali. — 13.1. Le società miste. — 14. Le società pubbliche locali. In particolare, le società strumentali. — 15. Le società pubbliche regionali. — 16. Profili ricostruttivi circa la giurisdizione del giudice contabile sulle società pubbliche.

1. Premessa.

Le partecipazioni societarie costituiscono uno degli strumenti cui storicamente il potere pubblico ha fatto ricorso per intervenire nell'attività economica.

Si tratta di un intervento giustificato con il richiamo a svariate finalità economico-sociali, da perseguire secondo modelli organizzativi privatistici ritenuti più idonei rispetto agli schemi classici di diritto pubblico ⁽¹⁾.

La tematica delle società partecipate dallo Stato e in generale dagli enti pubblici si è sviluppata parallelamente all'esperienza statutale unitaria e non

(*) Il presente contributo costituisce il frutto d'una analisi dell'Autore e rappresenta il solo suo pensiero.

(1) S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959; M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, III, Milano, Giuffrè, 2007, 1205 ss.

ha mai cessato di porre nuove e complesse questioni giuridiche, tanto di teoria generale quanto di disciplina concretamente applicabile (2).

Tale situazione è connaturata alla natura del tema, caratterizzato dalla intersezione di profili prettamente civilistici con elementi che rimandano agli scopi e agli strumenti propri della pubblica amministrazione (3).

Il quadro è stato ulteriormente complicato dalla mancanza sino a tempi recenti di una chiara ed esaustiva disciplina normativa, essendosi di solito il legislatore limitato a porre poche disposizioni, normalmente dettate da specifiche contingenze e avulse da un unitario disegno razionalizzatore (4).

Con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (in avanti anche TUSP), il legislatore, preso atto della necessità oramai ineludibile di un riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, è intervenuto con una disciplina organica dichiaratamente volta ad assicurare l'efficiente gestione delle partecipazioni, la tutela e la promozione della concorrenza, nonché la razionalizzazione e la riduzione della spesa pubblica (art. 1, c. 2) (5).

L'interferenza tra profili privatistici e aspetti pubblicistici nella regolamentazione delle società pubbliche ha inevitabilmente richiesto agli interpreti una non facile mediazione tra la disciplina propria delle società, da un lato, e le norme e i principi generali che presidiano l'azione dei pubblici poteri, dall'altro, con esiti in qualche misura necessariamente ondivaghi e carenti di quella stabilità e uniformità sempre opportune in ogni ramo dell'esperienza giuridica.

Oltre ad avere una rilevanza sul piano dei principi, il fenomeno delle partecipazioni societarie pubbliche ha anche un rilevante impatto sul sistema economico e una notevolissima incidenza sulla finanza pubblica, sia per estensione sia per entità delle risorse pubbliche in vario modo impiegate (6).

(2) Sin da ora P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007.

(3) V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1060 ss.

(4) In dottrina M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, Relazione al Convegno organizzato da Assonime e dall'Università Luiss su "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina", Roma, 13 maggio 2009, in www.giustizia-amministrativa.it.

(5) Testo unico previsto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124 (artt. 16/18). Con il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, sono state recate disposizioni integrative e correttive al d.lgs. n. 175/2016. Sul TUSP si v. parere del Cons. Stato, C. spec., 21 aprile 2016, n. 968. I provvedimenti del giudice amministrativo citati nel presente lavoro sono reperibili, salva diversa indicazione, in www.giustizia-amministrativa.it.

(6) Si veda Corte dei conti, Rapporti sul coordinamento della finanza pubblica, anni 2012 e seguenti. Utile anche il report Istat su "Le partecipate pubbliche in Italia (2013)" 16

Comunemente si parla di società a partecipazione pubblica per indicare le compagini societarie nelle quali il capitale è intestato, in varia misura, allo Stato o ad un altro ente pubblico ovvero a società a controllo pubblico (art. 2, lett. *n*), TUSP).

È questa una terminologia avente in primo luogo una finalità descrittiva, in quanto individua la presenza di un soggetto pubblico nella titolarità del capitale sociale (7).

La titolarità pubblica, totalitaria o pro quota, del capitale sociale presenta peraltro non pochi risvolti in chiave di disciplina, e questo sia per quanto concerne la *governance* societaria e i relativi controlli, sia in ordine all'attività della società sia, infine, al regime delle responsabilità.

Da subito bisogna porre l'attenzione alla questione attinente alla capacità della pubblica amministrazione di assumere partecipazioni in soggetti societari.

2. Capacità negoziale della pubblica amministrazione e contratto di società.

Gli scopi utilitaristico (art. 2247 c.c.), mutualistico (art. 2511 c.c.) e consortile (art. 2615-*ter* c.c.) sono previsti dalla nozione civilistica di società.

Il perseguimento di interessi generali qualifica e caratterizza, di contro, l'azione degli apparati pubblici, ontologicamente deputati alla cura del pubblico interesse.

Tuttavia, l'utilizzabilità del modello societario per il perseguimento di interessi pubblici risulta senz'altro predicabile già sotto un profilo sistematico, atteso che non appaiono rinvenibili ostacoli insormontabili circa l'impiego delle società di capitali per la cura di interessi generali di natura non prettamente economica (8).

La legislazione speciale, inclusa quella civilistica, conosce infatti figure di

novembre 2015. Tutti i provvedimenti della Corte dei conti richiamati nel presente lavoro sono reperibili, salva diversa indicazione, all'indirizzo www.banchedati.corteconti.it.

(7) In dottrina si è parlato di "oggettiva inesistenza di una categoria unitaria": CAMMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, Giuffrè, 2012, 1190 ss.

(8) Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206 e n. 1207; Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574. Per il problema affrontato nel testo si v., anche per ulteriori indicazioni, L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'IRI alle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, 2008, 19 ss. Per un quadro d'insieme F. GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, Giuffrè, 2014, 411 ss.

società che sono tese al perseguimento di fini essenzialmente non lucrativi, nelle quali lo scopo di lucro è assente e comunque secondario, ancillare rispetto alla finalità istituzionale avuta di mira ⁽⁹⁾.

Ebbene, in tali ipotesi, pur riconoscendo il carattere eccezionale delle figure rispetto al paradigma tipico di società, deve ritenersi che tale alterità non comporti il venir meno del modello societario ⁽¹⁰⁾.

A livello di diritto positivo, del resto, lo stesso codice civile contempla espressamente le società per azioni con partecipazione dello Stato o di enti pubblici (art. 2449 c.c.), così come le società per azioni di interesse nazionale, soggette alla disciplina di diritto comune, salve le disposizioni delle leggi speciali (art. 2451 c.c.).

La scelta del codice civile non è stata una novità assoluta, né tantomeno è rimasta isolata, avendo il legislatore ripetutamente previsto, con disposizioni in non pochi casi risalenti nel tempo, il potere della pubblica amministrazione di costituire e comunque di partecipare ad enti societari.

Si ponga mente, a tal riguardo, al fenomeno delle partecipazioni statali degli anni venti e trenta del Novecento, alle società costituite come strumento della P.A. in determinati settori ⁽¹¹⁾ e, più di recente, all'imponente fenomeno delle società pubbliche locali, seguito alla l. 8 giugno 1990, n. 142 ⁽¹²⁾.

La compatibilità tra il modulo societario e gli interessi generali è inoltre coerente con le ricostruzioni comunemente accettate in ordine alla capacità contrattuale della pubblica amministrazione.

In chiave generale, infatti, costituisce un rilievo condiviso che gli enti pubblici, in quanto soggetti giuridici, dispongano in linea di principio di una capacità giuridica sovrapponibile a quella dei privati ⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ In ambito civilistico si pensi allo svolgimento in forma societaria dell'impresa sociale di cui al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112. Nella sfera del diritto pubblico si considerino le società di trasformazione urbana (STU) deputate alla progettazione e realizzazione di interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti (art. 120 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). In dottrina sul fenomeno delle società prive dello scopo di lucro G. SANTINI, *Il tramonto dello scopo lucrativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 162.

⁽¹⁰⁾ Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, *cit.* In dottrina G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Utet, 2014, 129.

⁽¹¹⁾ Esempi sono la Ribs, operante nel settore agroindustriale (l. n. 700/1983 e n. 236/1993); la Rel, attiva nel settore dell'elettronica (l. n. 63/1982); la Gepi (l. n. 184/1971 e n. 273/1993) per gli interventi di ristrutturazione industriale. Per un esame del fenomeno OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, *cit.*

⁽¹²⁾ Sugli organismi partecipati degli enti locali Corteconti, Sez. autonomie, 20 dicembre 2019, n. 29; Corte conti, Sez. trib. e fin., 27 luglio 2015, n. 24; Corte conti, Sez. autonomie, 10 giugno 2018, n. 11.

CAPITOLO 4

LE SOCIETÀ QUOTATE A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

di *Elisabetta Codazzi*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. I “poteri speciali” dello Stato-azionista nel d.l. n. 21/2012, convertito, con modificazioni, in l. n. 56/2012 (c.d. “*golden power*”). — 3. La facoltà del socio pubblico di nominare propri rappresentanti negli organi sociali *ex art.* 2449 c.c.. — 4. Le “società quotate” ai sensi del TUSP. — 5. (*Segue*): Le azioni e gli strumenti finanziari diversi dalle azioni. — 6. La disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica quotate e alle società da esse controllate *ex art.* 1, c. 5, TUSP. — 7. (*Segue*): Le disposizioni espressamente applicabili: cenni. — 8. Quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati. — 9. Conclusioni.

1. Premessa.

Il fenomeno delle società quotate a partecipazione pubblica, come noto, interessa diverse società operanti in settori strategici dell’economia nazionale, circostanza che per ciò solo ne renderebbe opportuna la considerazione: così, ad esempio, il Ministero dell’economia e delle finanze (M.E.F.) è attualmente socio di maggioranza o di controllo sia in società quotate (quali Poste italiane S.p.A., Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., Enel S.p.A., Eni S.p.A.), che in società con strumenti finanziari quotati (tra cui figurano F.S.- Ferrovie italiane s.p.a., Rai- Radiotelevisione italiana s.p.a., Cassa Depositi e Prestiti- CDP s.p.a. ecc.) ⁽¹⁾.

All’importanza di tali società sotto il profilo economico-strategico, non ha però fatto coerentemente riscontro una adeguata considerazione da parte del legislatore, che lungi dal dettare una disciplina organica ad esse specificamente dedicata e una definizione precisa della fattispecie “società a partecipazione pubblica quotata”, si è sinora limitato ad alcuni interventi sporadici perlopiù volti ad introdurre particolari regole o deroghe, vuoi al

⁽¹⁾ Si veda l’elenco aggiornato delle partecipazioni detenute dal Ministero dell’Economia e delle Finanze in *www.dt.mef.gov.it*.

diritto generale delle società quotate, vuoi alle disposizioni applicabili a tutte le altre società partecipate ⁽²⁾.

In tale contesto, come vedremo, il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs. n. 175/2016 (di qui in avanti TUSP) segna un punto di svolta sotto entrambi i profili, avendo, da un lato, definito *ex art. 2, c. 1, lett. p)*, la fattispecie della “società (pubblica) quotata” e, dall’altro, chiarito *ex art. 1, c. 5*, la disciplina applicabile, specificando che “le disposizioni del presente decreto si applicano solo se espressamente previsto alle società quotate definite dall’art. 2, c. 1, lett. p), nonché alle società da esse controllate” ⁽³⁾.

Come si avrà modo di sottolineare, l’introduzione del criterio interpretativo di cui all’art. 1, c. 5, pur utile sotto un profilo sistematico, non è sufficiente a chiarire una serie di dubbi interpretativi, vuoi perché non sempre la tecnica di redazione delle norme del TUSP è coerente con la regola ivi enunciata e talune previsioni, pur non espressamente richiamate, parrebbero implicitamente rilevare in tale contesto, vuoi perché spesso manca un coordinamento con ulteriori norme di legge speciale riferibili alle quotate, non formalmente abrogate e quindi tuttora in vigore ⁽⁴⁾.

Prima di esaminare la nuova normativa e le relative problematiche interpretative, pare opportuno inquadrare sistematicamente il fenomeno delle società quotate a partecipazione pubblica, onde meglio comprendere la *ratio* che sta alla base delle successive disposizioni del TUSP.

A tal fine, pare utile richiamare nei successivi paragrafi alcune previsioni antecedenti all’introduzione del testo unico — che, anche quando non sono specificamente riferite alle società quotate, sono alle stesse sostanzialmente

⁽²⁾ Tra i contributi in materia, prima dell’introduzione del testo unico, si vedano in particolare S. VANONI, *Le società miste quotate nei mercati regolamentati (dalla « golden share » ai fondi sovrani)*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2011, 187 ss.; A. DONATO, *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti s.p.a.: profili attuali delle gestioni di partecipazioni come strumenti di politica industriale*, in *A.G.E.*, 2015, 367 ss.; per un’indagine sull’esperienza di *corporate governance* delle società quotate miste prima del Testo unico, si veda, G. GROSSI (a cura di), *La corporate governance delle società miste: l’esperienza in Italia e negli altri paesi europei*, Padova, Cedam, 2005, 73 ss.

⁽³⁾ Sul tema di recente F. COSSU, *Le società “pubbliche”*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, t. IV, Milano-Torino, Wolters Kluwer-Utet, 2022, 679 ss., 760 ss.; H. BONURA, D. DI RUSSO, B.G. MATTARELLA, *Appunti sulle società pubbliche “quotate” dopo il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte Conti*, 2022, 3 ss.; P. MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica quotate*, in C. IBBA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo unico*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 305 ss.

⁽⁴⁾ Sottolinea MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica quotate*, cit., 306, come l’« illusione » della sufficienza del mero criterio letterale svanisca rapidamente, avendo in realtà il legislatore dettato una disciplina da ricostruirsi « come un vero e proprio *puzzle* ».

applicabili e, in ogni caso, sottolineano il graduale orientamento del sistema verso quell'inquadramento cd. privatistico delle società a partecipazione pubblica, che trova consacrazione definitiva nell'art. 1, c. 3, TUSP.

2. I “poteri speciali” dello Stato-azionista nel d.l. n. 21/2012, convertito, con modificazioni, in l. n. 56/2012 (c.d. “golden power”).

Nell'ottica esposta nel precedente paragrafo, merita di essere richiamato, innanzitutto, il d.l. n. 332/1994 (convertito, con modificazioni in l. n. 474/1994), contenente “Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nelle società per azioni”, normativa — il cui nucleo originario risale alla stagione delle privatizzazioni degli anni '90 — volta ad attribuire allo Stato poteri speciali su società, direttamente o indirettamente controllate, operanti nei settori strategici della “difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi” ⁽⁵⁾.

Una delle disposizioni, tuttora in vigore, che ha trovato una maggiore applicazione negli statuti di diverse società pubbliche quotate, è, in particolare, quella che attribuisce la facoltà di introdurre limiti al possesso azionario per soci diversi da quelli pubblici e dai soggetti dagli stessi controllati, prevedendo, in caso di superamento del limite, il divieto di esercitare (per le partecipazioni eccedenti) il diritto di voto e comunque i diritti diversi da quelli patrimoniali ⁽⁶⁾.

L'evoluzione normativa di tale provvedimento, è rappresentata dal d.l. 15 marzo 2012, n. 21 (convertito, con modificazioni, in l. 11 maggio 2012, n.

⁽⁵⁾ Tra i “poteri speciali” elencati dall'art. 2 del d.l. n. 332/1994 (norma abrogata ex d.l. n. 21/2021, convertito, con modificazioni, in l. n. 56/2012), figuravano, ad esempio, clausole di gradimento, poteri di veto rispetto all'adozione di particolari delibere della società (scioglimento, fusione, scissione, cambiamento dell'oggetto sociale, ecc.), la nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco, ecc.

⁽⁶⁾ Fanno riferimento a tale disposizione, ad esempio, lo statuto di Poste italiane s.p.a. (art. 6.5), in *www.posteitaliane.it* (« Ai sensi dell'art. 3 del d.l. 31 maggio 1994 n. 332, convertito con modificazioni con Legge 30 luglio 1994 n. 474 è previsto un limite al possesso azionario che comporti una partecipazione superiore al 5% (cinque per cento) del capitale sociale. La presente disposizione 6.5. non si applica alla partecipazione al capitale della Società detenuta dal Ministero dell'economia e delle finanze, da Enti pubblici o da soggetti da questi controllati ») e lo statuto di Enel s.p.a., (art. 6.1), in *www.enel.com* (« Ai sensi dell'art. 3 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla Legge 30 luglio 1994, n. 474, nessuno può possedere, a qualsiasi titolo, azioni della Società che comportino una partecipazione superiore al 3% del capitale sociale, fatto salvo quanto previsto dalla legge »).

56 e s.m.i.), il quale contiene “Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni” (7).

Tale normativa si distingue dal precedente d.l. n. 332/1994, oltre che per l’ambito di applicazione (esteso a tutte le attività di rilevanza strategica concretamente individuate dai pubblici poteri, a prescindere da un’attuale o pregressa partecipazione pubblica al relativo capitale), anche e soprattutto per l’impostazione di fondo (8).

In primo luogo, i poteri ‘speciali’ attribuiti allo Stato *ex* d.l. n. 21/2012, su tali società (es. sul trasferimento di partecipazioni sociali, sulla modifica del loro assetto organizzativo, sulla cessione d’azienda) sono configurati in vario modo, a seconda che ineriscano ai settori della difesa e della sicurezza nazionale (ove possono essere fatti valere in caso di minaccia “di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale”) (art. 1, c. 1), ovvero ai settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni (ove possono essere esercitati in presenza di una situazione “eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti”) (art. 2, c. 3) (9).

Inoltre, e più significativamente, merita di essere sottolineato come il legislatore, con tale decreto, si limiti ad operare su un piano esclusivamente pubblicistico (ovvero quello della vigilanza esterna idonea ad influenzare gli assetti proprietari e l’operatività di tutte le imprese operanti in settori strategici), non intervenendo invece sul piano dei rapporti societari al fine di indirizzare l’attività aziendale verso obiettivi diversi da quelli tipicamente imprenditoriali (10).

(7) La salvezza del d.l. n. 21/2012 è stata confermata *ex* art. 9, c. 10, TUSP.

(8) Per un approfondimento sul tema, A. SACCO GINEVRI, *Le società strategiche*, in *Trattato delle società* diretto da V. DONATIVI, t. IV, cit., 843 ss.; A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share; le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. dir. com. int.*, 2014, 1019 ss.

(9) Si veda A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, 733 ss.

(10) In tal senso anche S. VANONI, *Le società quotate*, in *Le società a partecipazione pubblica*, *Commentari*, 2016, 2017, diretto da C. IBBA, I. DEMIRO, *Palermo*, Zucchi, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 2679, 2680, 2681, 2682, 2683, 2684, 2685, 2686, 2687, 2688, 2689, 2690, 2691, 2692, 2693, 2694, 2695, 2696, 2697, 2698, 2699, 2700, 2701, 2702, 2703, 2704, 2705, 2706, 2707, 2708, 2709, 2710, 2711, 2712, 2713, 2714, 2715, 2716, 2717, 2718, 2719, 2720, 2721, 2722, 2723, 2724, 2725, 2726, 2727, 2728, 2729, 2730, 2731, 2732, 2733, 2734, 2735, 2736, 2737, 2738, 2739, 2740, 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746, 2747, 2748, 2749, 2750, 2751, 2752, 2753, 2754, 2755, 2756, 2757, 2758, 2759, 2760, 2761, 2762, 2763, 2764, 2765, 2766, 2767, 2768, 2769, 2770, 2771, 2772, 2773, 2774, 2775, 2776, 2777, 2778, 2779, 2780, 2781, 2782, 2783, 2784, 2785, 2786, 2787, 2788, 2789, 2790, 2791, 2792, 2793, 2794, 2795, 2796, 2797, 2798, 2799, 2800, 2801, 2802, 2803, 2804, 2805, 2806, 2807, 2808, 2809, 2810, 2811, 2812, 2813, 2814, 2815, 2816, 2817, 2818, 2819, 2820, 2821, 2822, 2823, 2824, 2825, 2826, 2827, 2828, 2829, 2830, 2831, 2832, 2833, 2834, 2835, 2836, 2837, 2838, 2839, 2840, 2841, 2842, 2843, 2844, 2845, 2846, 2847, 2848, 2849, 2850, 2851, 2852, 2853, 2854, 2855, 2856, 2857, 2858, 2859, 2860, 2861, 2862, 2863, 2864, 2865, 2866, 2867, 2868, 2869, 2870, 2871, 2872, 2873, 2874, 2875, 2876, 2877, 2878, 2879, 2880, 2881, 2882, 2883, 2884, 2885, 2886, 2887, 2888, 2889, 2890, 2891, 2892, 2893, 2894, 2895, 2896, 2897, 2898, 2899, 2900, 2901, 2902, 2903, 2904, 2905, 2906, 2907, 2908, 2909, 2910, 2911, 2912, 2913, 2914, 2915, 2916, 2917, 2918, 2919, 2920, 2921, 2922, 2923, 2924, 2925, 2926, 2927, 2928, 2929, 2930, 2931, 2932, 2933, 2934, 2935, 2936, 2937, 2938, 2939, 2940, 2941, 2942, 2943, 2944, 2945, 2946, 2947, 2948, 2949, 2950, 2951, 2952, 2953, 2954, 2955, 2956, 2957, 2958, 2959, 2960, 2961, 2962, 2963, 2964, 2965, 2966, 2967, 2968, 2969, 2970, 2971, 2972, 2973, 2974, 2975, 2976, 2977, 2978, 2979, 2980, 2981, 2982, 2983, 2984, 2985, 2986, 2987, 2988, 2989, 2990, 2991, 2992, 2993, 2994, 2995, 2996, 2997, 2998, 2999, 3000, 3001, 3002, 3003, 3004, 3005, 3006, 3007, 3008, 3009, 3010, 3011, 3012, 3013, 3014, 3015, 3016, 3017, 3018, 3019, 3020, 3021, 3022, 3023, 3024, 3025, 3026, 3027, 3028, 3029, 3030, 3031, 3032, 3033, 3034, 3035, 3036, 3037, 3038, 3039, 3040, 3041, 3042, 3043, 3044, 3045, 3046, 3047, 3048, 3049, 3050, 3051, 3052, 3053, 3054, 3055, 3056, 3057, 3058, 3059, 3060, 3061, 3062, 3063, 3064, 3065, 3066, 3067, 3068, 3069, 3070, 3071, 3072, 3073, 3074, 3075, 3076, 3077, 3078, 3079, 3080, 3081, 3082, 3083, 3084, 3085, 3086, 3087, 3088, 3089, 3090, 3091, 3092, 3093, 3094, 3095, 3096, 3097, 3098, 3099, 3100, 3101, 3102, 3103, 3104, 3105, 3106, 3107, 3108, 3109, 3110, 3111, 3112, 3113, 3114, 3115, 3116, 3117, 3118, 3119, 3120, 3121, 3122, 3123, 3124, 3125, 3126, 3127, 3128, 3129, 3130, 3131, 3132, 3133, 3134, 3135, 3136, 3137, 3138, 3139, 3140, 3141, 3142, 3143, 3144, 3145, 3146, 3147, 3148, 3149, 3150, 3151, 3152, 3153, 3154, 3155, 3156, 3157, 3158, 3159, 3160, 3161, 3162, 3163, 3164, 3165, 3166, 3167, 3168, 3169, 3170, 3171, 3172, 3173, 3174, 3175, 3176, 3177, 3178, 3179, 3180, 3181, 3182, 3183, 3184, 3185, 3186, 3187, 3188, 3189, 3190, 3191, 3192, 3193, 3194, 3195, 3196, 3197, 3198, 3199, 3200, 3201, 3202, 3203, 3204, 3205, 3206, 3207, 3208, 3209, 3210, 3211, 3212, 3213, 3214, 3215, 3216, 3217, 3218, 3219, 3220, 3221, 3222, 3223, 3224, 3225, 3226, 3227, 3228, 3229, 3230, 3231, 3232, 3233, 3234, 3235, 3236, 3237, 3238, 3239, 3240, 3241, 3242, 3243, 3244, 3245, 3246, 3247, 3248, 3249, 3250, 3251, 3252, 3253, 3254, 3255, 3256, 3257, 3258, 3259, 3260, 3261, 3262, 3263, 3264, 3265, 3266, 3267, 3268, 3269, 3270, 3271, 3272, 3273, 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, 3281, 3282, 3283, 3284, 3285, 3286, 3287, 3288, 3289, 3290, 3291, 3292, 3293, 3294, 3295, 3296, 3297, 3298, 3299, 3300, 3301, 3302, 3303, 3304, 3305, 3306, 3307, 3308, 3309, 3310, 3311, 3312, 3313, 3314, 3315, 3316, 3317, 3318, 3319, 3320, 3321, 3322, 3323, 3324, 3325, 3326, 3327, 3328, 3329, 3330, 3331, 3332, 3333, 3334, 3335, 3336, 3337, 3338, 3339, 3340, 3341, 3342, 3343, 3344, 3345, 3346, 3347, 3348, 3349, 3350, 3351, 3352, 3353, 3354, 3355, 3356, 3357, 3358, 3359, 3360, 3361, 3362, 3363, 3364, 3365, 3366, 3367, 3368, 3369, 3370, 3371, 3372, 3373, 3374, 3375, 3376, 3377, 3378, 3379, 3380, 3381, 3382, 3383, 3384, 3385, 3386, 3387, 3388, 3389, 3390, 3391, 3392, 3393, 3394, 3395, 3396, 3397, 3398, 3399, 3400, 3401, 3402, 3403, 3404, 3405, 3406, 3407, 3408, 3409, 3410, 3411, 3412, 3413, 3414, 3415, 3416, 3417, 3418, 3419, 3420, 3421, 3422, 3423, 3424, 3425, 3426, 3427, 3428, 3429, 3430, 3431, 3432, 3433, 3434, 3435, 3436, 3437, 3438, 3439, 3440, 3441, 3442, 3443, 3444, 3445, 3446, 3447, 3448, 3449, 3450, 3451, 3452, 3453, 3454, 3455, 3456, 3457, 3458, 3459, 3460, 3461, 3462, 3463, 3464, 3465, 3466, 3467, 3468, 3469, 3470, 3471, 3472, 3473, 3474, 3475, 3476, 3477, 3478, 3479, 3480, 3481, 3482, 3483, 3484, 3485, 3486, 3487, 3488, 3489, 3490, 3491, 3492, 3493, 3494, 3495, 3496, 3497, 3498, 3499, 3500, 3501, 3502, 3503, 3504, 3505, 3506, 3507, 3508, 3509, 3510, 3511, 3512, 3513, 3514, 3515, 3516, 3517, 3518, 3519, 3520, 3521, 3522, 3523, 3524, 3525, 3526, 3527, 3528, 3529, 3530, 3531, 3532, 3533, 3534, 3535, 3536, 3537, 3538, 3539, 3540, 3541, 3542, 3543, 3544, 3545, 3546, 3547, 3548, 3549, 3550, 3551, 3552, 3553, 3554, 3555, 3556, 3557, 3558, 3559, 3560, 3561, 3562, 3563, 3564, 3565, 3566, 3567, 3568, 3569, 3570, 3571, 3572, 3573, 3574, 3575, 3576, 3577, 3578, 3579, 3580, 3581, 3582, 3583, 3584, 3585, 3586, 3587, 3588, 3589, 3590, 3591, 3592, 3593, 3594, 3595, 3596, 3597, 3598, 3599, 3600, 3601, 3602, 3603, 3604, 3605, 3606, 3607, 3608, 3609, 3610, 3611, 3612, 3613, 3614, 3615, 3616, 3617, 3618, 3619, 3620, 3621, 3622, 3623, 3624, 3625, 3626, 3627, 3628, 3629, 3630, 3631, 3632, 3633, 3634, 3635, 3636, 3637, 3638, 3639, 3640, 3641, 3642, 3643, 3644, 3645, 3646, 3647, 3648, 3649, 3650, 3651, 3652, 3653, 3654, 3655, 3656, 3657, 3658, 3659, 3660, 3661, 3662, 3663, 3664, 3665, 3666, 3667, 3668, 3669, 3670, 3671, 3672, 3673, 3674, 3675, 3676, 3677, 3678, 3679, 3680, 3681, 3682, 3683, 3684, 3685, 3686, 3687, 3688, 3689, 3690, 3691, 3692, 3693, 3694, 3695, 3696, 3697, 3698, 3699, 3700, 3701, 3702, 3703, 3704, 3705, 3706, 3707, 3708, 3709, 3710, 3711, 3712, 3713, 3714, 3715, 3716, 3717, 3718, 3719, 3720, 3721, 3722, 3723, 3724, 3725, 3726, 3727, 3728, 3729, 3730, 3731, 3732, 3733, 3734, 3735, 3736, 3737, 3738, 3739, 3740, 3741, 3742, 3743, 3744, 3745, 3746, 3747, 3748, 3749, 3750, 3751, 3752, 3753, 3754, 3755, 3756, 3757, 3758, 3759, 3760, 3761, 3762, 3763, 3764, 3765, 3766, 3767, 3768, 3769, 3770, 3771, 3772, 3773, 3774, 3775, 3776, 3777, 3778, 3779, 3780, 3781, 3782, 3783, 3784, 3785, 3786, 3787, 3788, 3789, 3790, 3791, 3792, 3793, 3794, 3795, 3796, 3797, 3798, 3799, 3800, 3801, 3802, 3803, 3804, 3805, 3806, 3807, 3808, 3809, 3810, 3811, 3812, 3813, 3814, 3815, 3816, 3817, 3818, 3819, 3820, 3821, 3822, 3823, 3824, 3825, 3826, 3827, 3828, 3829, 3830, 3831, 3832, 3833, 3834, 3835, 3836, 3837, 3838, 3839, 3840, 3841, 3842, 3843, 3844, 3845, 3846, 3847, 3848, 3849, 3850, 3851, 3852, 3853, 3854, 3855, 3856, 3857, 3858, 3859, 3860, 3861, 3862, 3863, 3864, 3865, 3866, 3867, 3868, 3869, 3870, 3871, 3872, 3873, 3874, 3875, 3876, 3877, 3878, 3879, 3880, 3881, 3882, 3883, 3884, 3885, 3886, 3887, 3888, 3889, 3890, 3891, 3892, 3893, 3894, 3895, 3896, 3897,

CAPITOLO 5

LA GOVERNANCE DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATOdi *Francesco Vetrò e Michela Petrachi* (*)

SOMMARIO: 1. Nodi d'apice sul d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSP). — 2. Modelli di governance nella disciplina codicistica e nel TUSP. Considerazioni preliminari. — 3. Amministrazione e controllo nelle società a partecipazione pubblica e a controllo pubblico. — 4. Amministrazione e controllo nelle società *in house*. — 5. La disciplina derogatoria del TUSP sotto la lente del principio di proporzionalità.

1. Nodi d'apice sul d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSP).

Le società pubbliche sono un 'ossimoro' del diritto amministrativo: costantemente sul filo rosso tra diritto dei privati e diritto delle Amministrazioni pubbliche poiché esse sono un istituto di origine privatistica la cui disciplina è contrassegnata, tuttavia, dalla funzione pubblica (1).

Negli ultimi venticinque anni il ricorso a questo istituto è stato massiccio (2); sicché il fenomeno ha avuto una crescita esponenziale sia al livello

(*) Il Prof. Francesco VETRÒ ha curato i §§ 1 e 5; la dott.ssa Michela PETRACHI ha curato i §§ 2, 3 e 4.

(1) Secondo S. AMOROSINO (*L'« amministrativizzazione » del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, n. 3, 607 ss.) il ricorso alle società pubbliche è manifestazione di quella "tendenza che va sotto il nome di 'privatizzazione dell'amministrazione', che sta ad indicare il crescente ricorso a moduli organizzatori (ad esempio: societari) e di azione privatistici (negoziali e più specificamente contrattuali) nello svolgimento di attività oggettivamente amministrative (tanto da giungere sino all'enunciato generale dell'art. 1-*bis* della legge sull'azione amministrativa, n. 241/1990: 'la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente'". Sul tema la bibliografia è ampia: si rinvia in particolare a S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 579 ss.; F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

(2) La diffusione delle società pubbliche ha seguito un percorso altalenante: a partire dalla seconda metà degli anni '50 ha preso avvio il ricorso alle società pubbliche; è stato

statale sia al livello locale. In particolare, al livello locale, le Amministrazioni pubbliche hanno applicato questa formula organizzativa per l'erogazione di servizi di interesse generale.

Il fenomeno ha indotto il legislatore a intervenire con una serie di provvedimenti normativi, privi, tuttavia, di una visione di sistema ⁽³⁾: in estrema sintesi, con la l. n. 142/1990 il legislatore ha introdotto la figura delle società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria; con la l. n. 498/1992 ha consentito anche l'istituzione di società con partecipazione privata di maggioranza; è arrivato il momento, poi, della trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi; con il d.lgs. n. 267/2000 il legislatore ha tentato (per la prima volta) di dare organicità alla materia, ma nel 2001, già, il quadro normativo è intaccato dalla l. n. 448 con cui il legislatore ha introdotto la distinzione tra servizi pubblici locali con rilevanza industriale e servizi pubblici privi di rilevanza industriale; con la riforma del 2003 e la legge finanziaria per il 2004 ha distinto i servizi pubblici in forza della loro "rilevanza economica". Sicché, la disciplina sui servizi pubblici locali racchiusa nell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 è stata superata dall'art. 23-*bis* del

istituito infatti un apposito Ministero per organizzare e gestire il complesso sistema delle partecipazioni statali; poi soppresso nel 1993 a seguito di referendum abrogativo; a partire dagli anni '90 (dopo l'entrata in vigore della l. 8 settembre 1990, n. 192), poi, la forma societaria è diventata quella più impiegata dalle amministrazioni locali per l'erogazione di servizi pubblici. In argomento è calzante la relazione « *Le società a partecipazione pubblica* » della Camera dei Deputati — XVI Legislatura (4/4/2012): ivi si legge che « l'economia italiana è caratterizzata da una presenza diffusa, di dimensioni particolarmente rilevanti anche nel confronto internazionale, di società partecipate da soggetti pubblici. Per tali società, il quadro giuridico di riferimento è composto da una congerie di disposizioni speciali che si intrecciano con la disciplina codicistica di carattere generale. Alle società partecipate da enti pubblici che producono beni e servizi operanti in regime di mercato ed aventi forma e sostanza privatistica, si affiancano, infatti, sempre più spesso, soggetti che — pur avendo una veste giuridica privatistica — perseguono interessi generali, svolgendo compiti e funzioni di natura pubblicistica tali da configurarli come veri e propri apparati pubblici — enti pubblici in forma societaria — o "organismi di diritto pubblico", secondo la definizione della direttiva 2004/18/CE, soggetti a particolari e penetranti regole di gestione e controllo pubblico. Tali soggetti rientrano dunque in un concetto di pubblica amministrazione flessibile, "a geometrie variabili". Nell'ultimo decennio il fenomeno si è amplificato anche grazie all'aumento del numero delle società controllate da amministrazioni regionali, provinciali e locali. La proliferazione delle società a partecipazione locale è stata peraltro oggetto di una indagine della Corte dei Conti. Nel giugno 2010, la Sezione autonomie della Corte ne ha pubblicato i risultati in una relazione trasmessa al Parlamento. Dall'analisi sono risultati 5.860 organismi partecipati da 5.928 enti (comuni e province) ».

⁽³⁾ Sul punto v. *funditus* F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1135 e ss.

d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, in l. n. 133/2008 ⁽⁴⁾ e, poi, dalla disciplina introdotta con d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, in l. n. 148/2008 ⁽⁵⁾ per giungere infine al d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, in l. n. 221/2012 ⁽⁶⁾.

Allo scopo di mettere ordine in questo scenario ⁽⁷⁾, con l'art. 18 della l. n. 124/2015 (c.d. Riforma Madia), il legislatore ha delegato, quindi, il Governo di emanare un testo organico, che è sopravvenuto col d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (c.d. Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di qui Testo unico) ⁽⁸⁾.

Ora, l'art. 1, c. 2, del Testo Unico stabilisce che “le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa

⁽⁴⁾ Abrogato con referendum del 12 e 13 giugno 2011.

⁽⁵⁾ Dichiarato incostituzionale con sentenza Corte cost. n. 199/2012.

⁽⁶⁾ Conv., con modif., in l. n. 211/2012. Su questi temi v. G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di spa. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009; C. IBBA, *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, 1 ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle spa derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e aziende autonome statali*, Torino, Giappichelli, 1997; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962.

⁽⁷⁾ Così DURANTE, *Lo schema di riforma delle società partecipate. Aspetti ordinamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui « il quadro normativo su cui s'innesta il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica è assai eterogeneo, perché frutto di una congerie di interventi occasionali che, negli ultimi anni, ne hanno accentuato le caratteristiche di specialità, sotto il profilo della soggezione a particolari vincoli di organizzazione e di bilancio, mirati al contenimento della spesa ed alla trasparenza della gestione ». V. anche H. BONURA, G. FONDERICO, *Il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica — Il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, b. 6, 722, secondo cui, più in particolare, « lo stratificarsi di tali norme ha oggettivamente accentuato la “specialità” delle società a capitale pubblico e si è spesso affiancato a un percorso per certi versi spontaneo della pratica amministrativa, consistente nell'inserimento di tali società nell'organizzazione pubblica attraverso l'adozione del modello c.d. in house. Tale soluzione è stata indotta dall'obiettivo particolare di consentire gli affidamenti diretti senza gara, alle condizioni fissate dalla giurisprudenza dell'UE. Essa, tuttavia, come effetto ulteriore e verosimilmente non intenzionale ha offerto il terreno per una più generale attrazione di tali entità nella sfera pubblica ».

⁽⁸⁾ Che ha attuato la delega racchiusa nella l. n. 124/2015 (c.d. Riforma Madia) per la riorganizzazione della pubblica Amministrazione. Questo decreto è stato seguito — anche in ossequio alle statuizioni racchiusa nella sentenza della Consulta 25 novembre 2016, n. 251 — dal successivo d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 (contenente “Disposizioni integrative e correttive” del primo). Per un'analisi della normativa racchiusa nel Testo unico e dell'impatto della riforma v. R. MICCÙ (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, Jovene, 2019.

pubblica” e precisa che “per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”

Sono chiarite le finalità del decreto delegato: ossia, l'introduzione di una disciplina organica della materia ispirata a criteri di efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, di tutela e promozione della concorrenza e del mercato nonché di razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica.

È poi anticipata la posizione del legislatore sulla trita questione circa la disciplina applicabile alle società pubbliche, la quale, infatti, cela l'eterno conflitto tra forma e sostanza, tra diritto privato e diritto pubblico.

Dirimente è l'art. 18 della legge di delega n. 124/2015 citata ⁽⁹⁾, secondo cui, il decreto delegato è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza « nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, [...]: a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa ».

Significativo è il rinvio al principio di proporzionalità ⁽¹⁰⁾ in base al quale — secondo il legislatore delegante — deve essere verificata la derogabilità delle norme privatistiche ⁽¹¹⁾ e che costituirà la chiave di lettura della presente analisi.

Con quel richiamo, il legislatore ha stabilito, cioè, che ogni deroga alla disciplina di diritto comune deve essere *necessaria* al perseguimento dello

⁽⁹⁾ Che puntualizza il contenuto dell'art. 1 cit.

⁽¹⁰⁾ Secondo A. SANDULLI (*La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, spec. 11) il principio di proporzionalità è progressivamente divenuto « fondamentale criterio di azione, destinato ad assurgere a riferimento e guida nella ricerca dell'equilibrio dinamico tra interessi ». Sul principio di proporzionalità v. anche D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010; D. COGNATI, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2011, 389.

CAPITOLO 6

**LE RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI
DELLE SOCIETÀ E DEGLI ENTI PUBBLICI
SOCI PER DANNO ERARIALE**di *Fabrizio Cerioni*

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Le responsabilità degli amministratori delle società nel codice civile. — 3. I danni arrecati dagli amministratori al patrimonio sociale. — 4. I danni subiti dal socio pubblico. — 5. Le responsabilità degli amministratori della società e dei soci prima dell'entrata in vigore del Testo Unico sulle società pubbliche (TUSP). — 5.1. La valorizzazione della qualità del soggetto danneggiato e della natura pubblica delle risorse finanziarie di cui esso si avvale. — 5.2. La valorizzazione del solo danno alle risorse finanziarie pubbliche (cosiddetto "danno finanziario") e la trasformazione del rapporto tra l'ente e l'utilizzatore delle risorse pubbliche da formale (di impiego o servizio) a funzionale (concernente l'utilizzo delle risorse in conformità del fine pubblico). — 5.3. Il riconoscimento implicito della giurisdizione contabile sulle società pubbliche con l'art. 16-*bis* del d.l. n. 248/2007, convertito con modificazioni, in l. n. 31/2008. — 5.4. L'interpretazione restrittiva della giurisdizione contabile da parte della Cassazione (Cass. n. 26806/2009 e n. 519/2010) attraverso la distinzione concettuale tra danno al patrimonio sociale rientrante nella giurisdizione del Giudice Ordinario e danno diretto all'ente pubblico socio devoluto alla giurisdizione contabile. — 5.5. L'interpretazione favorevole al riconoscimento della giurisdizione contabile sulle responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società legali o di diritto speciale o singolare. — 5.6. L'interpretazione favorevole al riconoscimento della giurisdizione contabile sulle responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società *in house*. — 5.7. L'interpretazione favorevole al riconoscimento della giurisdizione contabile sulle fondazioni. — 6. Le responsabilità degli amministratori nel Testo Unico sulle società pubbliche (TUSP). — 6.1. Eseggesi dell'art. 12, c. 1, TUSP: responsabilità civile ed erariale. — 6.2. Eseggesi dell'art. 12, c. 1 e 2, TUSP: il « danno erariale ». — 6.3. Le responsabilità degli enti partecipanti nel nuovo Testo Unico sulle società pubbliche. — 6.4. I « danni erariali » cagionati al patrimonio delle società *in house*. — 6.5. I « danni erariali » cagionati alle società legali o di diritto singolare o speciale. — 6.6. I « danni erariali » cagionati dalle società destinatarie di finanziamenti e contributi pubblici. — 6.7. I « danni erariali » cagionati dalle società concessionarie di pubblici servizi. Il concorso con la « responsabilità contabile ». — 6.8. Le responsabilità erariali previste da norme speciali. — 6.9. Il danno « diretto » non patrimoniale all'immagine della pubblica amministrazione e quello per violazione della normativa sulla trasparenza. — 7. Direzione e coordinamento dei soci pubblici e responsabilità. — 8. La concorrenza dell'azione erariale con quella civile (danno al patrimonio sociale e danno erariale e società *in house*). — 9. Danno inerente al patrimonio sociale, inerzia del socio pubblico e azione

surrogatoria del Procuratore contabile. — 10. Riflessioni conclusive. Il concorso tra giurisdizione civile e contabile nel Testo Unico sulle società pubbliche per garantire la corretta gestione delle risorse pubbliche.

1. Introduzione.

L'art. 12 del Testo unico sulle società pubbliche (TUSP), a prima lettura, sembra una disposizione meramente ricognitiva dell'attuale assetto del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e contabile delineato dalla Cassazione. Tuttavia, l'inserimento della disposizione in un sistema organico di norme, costituenti la legge speciale delle società pubbliche e le connesse finalità di "razionalizzazione" e di "efficiente gestione" delle partecipazioni pubbliche (art. 1, c. 2, TUSP), dovrebbero contribuire ad agevolare un'interpretazione favorevole al riconoscimento della giurisdizione a favore della magistratura contabile, prevista dall'art. 103 della Costituzione. Una siffatta esegesi risulterebbe più coerente con l'effettivo ruolo svolto dalle società pubbliche che raramente costituiscono meri strumenti di investimento delle risorse pubbliche, ma più spesso rappresentano organizzazioni strumentali per la gestione dei servizi locali e per lo svolgimento di funzioni amministrative in senso stretto. Invero, leggendo con attenzione l'art. 12, c. 1, del TUSP, ci si rende conto che la norma si presta ad un'interpretazione che va oltre gli angusti sentieri ermeneutici tracciati dai giudici di legittimità, limitati alla distinzione delle responsabilità per i danni al patrimonio sociale da quelli cagionati al patrimonio pubblico, emergendo invece la finalità di introdurre un presidio effettivo contro quegli atti degli amministratori e dei dipendenti della società in grado di determinare il depauperamento del patrimonio sociale.

Ciò non è sfuggito alla Corte regolatrice che, dopo l'entrata in vigore del TUSP, ha valorizzato la concorrenza delle azioni di responsabilità civili e contabili proprio come mezzo di tutela delle risorse pubbliche e ha ribadito la devoluzione alla Corte dei conti della giurisdizione per i danni erariali, anche al patrimonio sociale, come quello cagionato dagli amministratori delle società *in house*. Per le stesse ragioni la Cassazione ha confermato la giurisdizione della Corte dei conti nei casi di *mala gestio* degli amministratori delle società, non considerate espressamente dal Testo unico, di diritto speciale o singolare, affidatarie di pubblici servizi, nonché destinatarie di finanziamenti e contributi pubblici per l'illecita percezione o distrazione delle somme erogate.

Nel nostro ordinamento il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e i giudici amministrativi (Consiglio di Stato e Corte dei conti) avviene in base alla materia trattata. Giudici diversi, dunque, per distinti tipi di lite, per

dirla col Canelutti ⁽¹⁾. La distinzione della giurisdizione per materia, già fissata con riferimento alla Corte dei conti dall'art. 103 della Costituzione, che ha devoluto ad essa la giurisdizione nelle materie contabilità pubblica, ha iniziato a delinarsi, anche per il giudice amministrativo, con i numerosi interventi legislativi che, a partire dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 2848, hanno attribuito al giudice amministrativo, in aggiunta alla giurisdizione generale di legittimità sugli atti dell'amministrazione, la giurisdizione « esclusiva » su « particolari materie » (ora precisamente elencate dall'art. 133 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) a prescindere dalla posizione soggettiva fatta valere ⁽²⁾.

Il tema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e Corte dei conti, riguardo alle responsabilità degli organi gestori delle società controllate o partecipate da enti pubblici ⁽³⁾ e dei rappresentanti degli enti soci, per i danni cagionati, da un lato, al patrimonio sociale e, dall'altro, inscindibil-

⁽¹⁾ In questi termini E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 295 ss. e A. MORELLI, *Sub art. 103*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. CRISAFULLI, L. PALADIN, Padova, Cedam, 1990, 645. In argomento anche A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, Giuffrè, 2012, 30 ss.

⁽²⁾ Il legislatore ha progressivamente devoluto al giudice amministrativo la giurisdizione in materia edilizia (art. 16, l. 28 gennaio 1977, n. 10) sugli accordi amministrativi (artt. 11 e 15, l. 7 agosto 1990, n. 241), sulla tutela della concorrenza (art. 33, l. 10 ottobre 1990, n. 287), sui provvedimenti dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (art. 2, c. 2, l. 14 novembre 1995, n. 481) e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 1, c. 2, l. 31 luglio 1997, n. 249), materie poi divenute oggetto di giurisdizione piena ed esclusiva con gli artt. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che ha esteso l'ambito della giurisdizione esclusiva a tutta la materia urbanistica, edilizia e ai pubblici servizi (sulla legittimità costituzionale di queste attribuzioni si veda Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204). In dottrina si rinvia a M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 229 ss.; F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, a cura di Torino, Giappichelli, 2006, 26 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2012, 1632 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2021, 105 ss.

⁽³⁾ Per rendersi conto dell'impatto sulla finanza pubblica dell'attività delle società controllate o semplicemente partecipate dagli enti pubblici bastino i seguenti dati: queste società sono generalmente costituite per legge o con atti amministrativi per il perseguimento di interessi istituzionali ovvero interessi generali della collettività, sono società in cui lo Stato, le Regioni o gli enti locali partecipano in misura maggioritaria (secondo il rapporto ISTAT del 15 novembre 2015, il 57,6% delle 10.964 unità censite come partecipate ha una partecipazione pubblica maggioritaria). Sono cioè controllate pubbliche. Sono società che operano con risorse pubbliche derivanti dalla fiscalità generale (imposte e tasse). Il Centro studi di Confindustria ha censito le partecipazioni pubbliche in circa 7.712 organismi (si veda la Nota numero 14-7 dell'8 marzo 2014) con oneri per i contribuenti pari a circa 22,7 miliardi di euro nel 2012, un valore molto consistente, corrispondente all'incirca all'1,4% del PIL. Il 62,7 % delle partecipazioni sono in società, il 34,5% in consorzi e il 2,8% in fondazioni. I maggiori costi, secondo l'accennata nota, sarebbero da imputare alle istituzioni pubbliche che hanno

mente, agli enti partecipanti e sovvenzionatori, è stato oggetto di un lungo ed articolato dibattito dottrinale ⁽⁴⁾ e giurisprudenziale, attenuatosi dopo le

sede legale nel Lazio, con costi pari a 9,5 miliardi di euro, seguite da quelle della Lombardia, con costi pari a 5,5 miliardi di euro, del Veneto, con costi pari a 1,1 miliardi di euro e del Piemonte, con costi pari a un miliardo di euro. Il 63,9% di questi enti, pur essendo finanziati con i proventi della fiscalità generale (cioè con le entrate derivanti dalle imposte centrali e locali versate dai contribuenti), per un ammontare di 12,8 miliardi di euro, non produce servizi pubblici. I trasferimenti a favore di questi enti avvengono sotto forma di corrispettivi per i contratti di servizi stipulati con l'amministrazione, mediante l'acquisizione di quote societarie, ovvero con finanziamenti concessi o garantiti dall'ente pubblico socio (più spesso dai soci pubblici). Nella relazione Corte conti, Sez. Autonomie, 21 luglio 2021, 15/SEZAUT/2021/FRG (depositata il 9 agosto 2021), relativa agli « Organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari » si dà atto che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSP) gli organismi partecipati in via diretta ed indiretta dagli enti territoriali sono 7154. Quelle esaminate (essendo i dati disponibili nella banca dati MEF-Corte dei conti) hanno debiti per 42,81 miliardi di euro a fronte di crediti pari a 24,25 miliardi di euro. Sulle ragioni dell'espansione del modello societario per la gestione dei servizi e delle attività di competenza delle amministrazioni pubbliche si rinvia a G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Codice della società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, 6 ss.

⁽⁴⁾ Secondo la dottrina commerciale, i danni cagionati dalla *mala gestio* degli amministratori si ripercuotono esclusivamente sul patrimonio della società quale ente dotato di personalità giuridica. Ne deriva che la responsabilità degli amministratori può essere fatta valere solo con le comuni *actiones pro societate* e *pro socio* regolate dagli artt. 2393 ss. del codice civile. In questi termini C. IBBA, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, Giuffrè, 2006, 301 ss.; Id., *Le responsabilità*, in C. IBBA, I. DEMURO, *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, Zanichelli, 2018, 165 ss.; G. COSTANTINO, *Un discutibile sì alla giurisdizione contabile sulle azioni "accessorie"*, in *Corr. giur.*, 2008, 246 ss.; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*; G. ROSSI, *La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 521 ss.; L.E. FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 316 ss.; F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche: natura del soggetto e natura dell'attività*, in AA.VV., *Raccolta degli atti dell'incontro di studi sul tema: "Le società pubbliche: il difficile rapporto fra le giurisdizioni"*, Roma, Universitas Mercatorum Press, 2013, 41 ss., in particolare 51. Secondo la dottrina amministrativa-contabile, invece, sarebbe ammissibile l'azione risarcitoria del Procuratore della Corte dei conti volta ad ottenere il risarcimento di tutti quei danni che, pur pregiudicando immediatamente il patrimonio sociale, determinano sia pure indirettamente o in via riflessa una perdita patrimoniale per il socio pubblico. Così G. CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del Convegno svoltosi a Varenna nei giorni 15, 16 e 17 settembre 2005, Milano, 2006, 323 ss.; P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa e contabile all'evoluzione delle pubbliche*

Termine estratto capitolo