



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
MILANO-BICOCCA**

Scuola Unica di Dottorato – Corso di Scienze Giuridiche
Curriculum di Diritto Pubblico per l'economia – Ciclo XXIX

**LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA
TRA PASSATO E FUTURO**

Tutor: Chiar.mo Prof. Giovanni Cocco

Coordinatrice: Chiar.ma Prof.ssa Margherita Ramajoli

Dottorando: Nicola Pisciovino

Al mio Amico Pietro

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO 1: LA VITA PRIVATA DEL DIRITTO PUBBLICO.....	11
1. La grande dicotomia	11
2. La tassonomia variegata.....	18
3. Natura giuridica delle società a partecipazione pubblica	23
3.1 Governance: potere di nomina	36
3.2 Azione di responsabilità.....	38
CAPITOLO 2: EVOLUZIONE NORMATIVA: DALLA LEGGE MONTEMARTINI AL TESTO UNICO SULLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA	45
1. La fase della municipalizzazione	45
2. L'apertura alla società per azioni: tra i giudici e il legislatore	51
3. Gli interventi degli anni 2000: parola d'ordine razionalizzazione	55
4. Il Decreto Bersani	59
5. Finanziaria per il 2008: art. 3 commi 27-32.....	64
6. La razionalizzazione	66
7. Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica.....	73
CAPITOLO 3: IL RAPPORTO TRA ENTI LOCALI E ORGANISMI PARTECIPATI: CONTROLLI, CRISI, RESPONSABILITÀ	96
1. I rapporti finanziari tra Enti locali e organismi partecipati.....	96
2. L'elusione dei vincoli di finanza pubblica: le fattispecie principali	100
3. Flussi finanziari tra ente locale e partecipata	111
4. I controlli.....	113
5. Le procedure concorsuali	120
6. Evoluzione giurisprudenziale.....	122
CAPITOLO 4: PROFILI DI DIRITTO COMPARATO	135
1. Premessa.....	135
2. La Spagna	136
3. La Francia.....	140
BIBLIOGRAFIA	150

INTRODUZIONE

Nell'evoluzione dell'intervento pubblico nell'economia, le società pubbliche rivestono un ruolo di primaria importanza. Il nostro Paese ha una lunga tradizione di intervento statale nell'economia. Il primo intervento degno di nota è stato quello relativo all'istituzione dell'IRI per soccorrere alcune banche e imprese a seguito della crisi del 1929. Era il 1933. Negli anni successivi, dopo il secondo dopoguerra, lo Stato ha esteso il proprio raggio d'azione in tutti i rami dell'attività economica, in particolar modo nei settori delle infrastrutture, degli idrocarburi, del manifatturiero, delle *utilities*. Tra le venti più grandi società per fatturato, nel 1991, dodici erano a totale partecipazione pubblica.

Negli anni Novanta la situazione cambia a causa della grave congiuntura economica e finanziaria derivante, in parte, dai fenomeni corruttivi che riguardarono anche le partecipazioni statali e che causarono uno shock negativo all'economia italiana. Iniziò a sgretolarsi l'assetto centralista dell'Amministrazione pubblica a favore di un decentramento anche con riferimento alle modalità di intervento pubblico nell'economia. Per tale ragione, si decise di lanciare un programma di privatizzazioni al fine di risanare i conti pubblici, così da soddisfare i criteri di convergenza per l'adesione alla terza fase dell'Unione economica e monetaria dell'Unione europea (UEM).

La crisi dello Stato sociale e l'implementazione di politiche neoliberiste hanno portato alla privatizzazione di alcuni settori economici in cui l'intervento pubblico era pervasivo. Ciò è avvenuto principalmente a livello di partecipazioni statali, dove le società erano presenti, in particolar modo, in settori centrali dell'economia, a differenza delle amministrazioni pubbliche locali, le cui società si sono rivelate delle loro estensioni, prive di una autonoma capacità di sopravvivenza sul mercato e caratterizzate da «vitalità riflessa»¹. La diffusione del fenomeno delle partecipazioni pubbliche è nazionale, ma l'ambito di governo locale ha rappresentato², e tuttora rappresenta, il livello istituzionale in cui il modulo societario è stato utilizzato con maggior frequenza, come uno degli strumenti legati al principio di sussidiarietà consacrato nell'art. 118 della Costituzione.

Facendo proprie le parole di Rordorf, le società a partecipazione pubblica sono «una sorta di *no man's land* [...] a cavallo tra diritto privato (commerciale) e diritto pubblico (amministrativo). Territorio nel quale rischia di rimanere naturalmente frustrata la naturale aspirazione del giurista a muoversi in un mondo di concetti ben delineati [...] un mondo

¹ G. FERRERO, *Le determinazioni economico-quantitative d'azienda*, Milano, Giuffrè Editore, 1965.

² «La presenza degli enti locali (Comuni, in primis) nell'azionariato di imprese ha le radici nello straordinario mutamento delle nostre città verso la fine dell'Ottocento con la rapida urbanizzazione e la crescita dei bisogni di un ceto medio urbano sempre più rilevante. Alcuni milioni di persone si trasferivano dalla campagna alla città e questo portò in primo piano nel dibattito la questione del servizio idrico e la distribuzione del gas» (B. BORTOLOTTI, C. SCARPA, L. PELLIZZOLA, *Comuni al bivio: assetti proprietari, performance e riforme nei servizi pubblici locali*, in *l'Industria*, 2011, 1).

ideale cui [...] si contrappone l'opposta tendenza del legislatore ad allentare o talvolta semplicemente ad ignorare la rigidità dei concetti e la sistematicità delle tradizionali costruzioni giuridiche in favore di modelli normativi tutti improntati a duttilità e pragmatismo»³.

L'iniziale *favor legis* accordato all'impiego del modello societario ha lasciato spazio ad una serie di interventi normativi tesi a circoscrivere l'ambito di operatività delle società a partecipazione pubblica al fine di limitare l'impatto sulla finanza pubblica e, di conseguenza, evitare gli effetti distorsivi sul sistema economico nel suo complesso, nonostante «la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica [sia] uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività»⁴, spesso è stato utilizzato per eludere il patto di stabilità e le regole poste a tutela della concorrenza e del mercato, nonché per intervenire in settori estranei alle missioni istituzionali affidati alla pubblica amministrazione.

Alla vita privata del diritto pubblico è dedicato il primo capitolo dove si analizza il rapporto tra enti pubblici e diritto privato nell'ambito delle società a partecipazione pubblica. L'approfondimento si incentra, nella parte iniziale, sulla dottrina risalente agli anni '30 che si è interrogata sulla capacità di diritto

³ R. RORDORF, *Le società pubbliche*, Relazione al Convegno tenutosi a Venezia 25 - 27.11.2004, in *Le Società*, 2005, 4.

⁴ Relazione illustrativa della legge finanziaria 2008, documento Camera dei Deputati, Servizio studi, documentazioni e ricerche, Gli enti locali nel disegno di legge finanziaria per il 2008 (A.C. 3256), n. 112, novembre 2007, commento sub art. 140, in www.camera.it.

privato degli enti pubblici, in particolare, Cammeo, Amorth e Cantucci; essi avevano riconosciuto una limitata capacità giuridica delle persone giuridiche pubbliche, in quanto vincolata al perseguimento di una necessaria finalità pubblica, espressamente attribuita da una norma. Tale orientamento (c.d. teoria funzionale) col tempo è stato superato a favore di una concezione secondo cui gli enti pubblici posseggono la stessa capacità giuridica attribuita alle persone fisiche, ad eccezione dei limiti insiti nella particolare natura della persona giuridica ovvero di un divieto espresso contenuto in una norma (c.d. teoria realista).

Dopo aver inquadrato le posizioni della dottrina, nel primo capitolo si approfondiscono le problematiche relative alla natura giuridica, in ragione della presa di posizione da parte del legislatore che col recente testo unico (art. 1, co. 3) ha posto fine ai diversi orientamenti che si sono venuti a creare sulla natura delle società partecipate sancendo che per tutto ciò che non è derogato si applicano le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato.

Nel secondo capitolo, vertente sull'evoluzione normativa che ha caratterizzato un orizzonte temporale lungo oltre un secolo, emerge nitidamente il difficile rapporto tra il legislatore riformatore e la pubblica amministrazione, paragonabile a quello tra medici e malati: i medici vogliono curare, i malati vogliono guarire. E non è proprio la stessa cosa.

Il declino dello Stato interventista ha portato ad una contrazione degli interventi diretti e al conseguente processo di

privatizzazione mediante l'utilizzo di strumenti privatistici, come è avvenuto in Italia negli anni '90.

Negli ultimi anni, le società a partecipazione pubblica sono state oggetto di un continuo interesse da parte del legislatore, il quale è intervenuto a più riprese con una sequela di modifiche normative⁵ «viziata[e] da sconcertanti trascuratezze»⁶, con «frequenti ripensamenti»⁷ che hanno ingenerato un «disordine regolativo»⁸. Tali interventi legislativi si sono intensificati a partire dagli anni '90, in concomitanza con il loro incremento quantitativo⁹ e, in molti casi, sono durati «lo spazio di un mattino»¹⁰, con la giurisprudenza che ha dovuto accompagnare il faticoso cammino del legislatore in una cornice normativa mutevole e incerta. Eloquenti è il titolo di un contributo di Cavazzuti risalente a quel periodo: «Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio»¹¹.

⁵ Una utile elencazione di tutti gli interventi legislativi degli ultimi anni è contenuta in B. SPAMPINATO, *L'accesso dei privati al mercato dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 4, pp. 467 ss.

⁶ C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in C. IBBA, C. MALAGUTI, A. MAZZONI (cur.), *Le società pubbliche*, 2011, p.1.

⁷ F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 8 aprile 2014, p. 2, in www.ilcaso.it.

⁸ Espressione di M.P. CHITI, *La carenza della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1115.

⁹ S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, il Mulino, 1983, p. 19.

¹⁰ R. URSI, *Il gioco dei monopoli e i servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CDS* 1010, 02, 466

¹¹ S. CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, 686 ss.

Il fenomeno espansivo¹², inizialmente favorito dall'affermarsi di una concezione «finto-privatistica»¹³, ha avuto un primo impulso con l'introduzione dell'elezione diretta dei Sindaci e dei Presidenti di Provincia¹⁴, dando vita al fenomeno da alcuni definito «capitalismo municipale»¹⁵. Di recente, invece, l'espansione è stata favorita da vincoli di finanza pubblica sempre più restrittivi¹⁶ che hanno spinto le amministrazioni locali a ricorrere allo strumento societario per aggirare i limiti di spesa imposti dal patto di stabilità interno¹⁷. Si è trattato, quindi, non di

¹² «L'economia italiana è caratterizzata da una presenza diffusa, di dimensioni particolarmente rilevanti anche nel confronto internazionale, di società partecipate da enti pubblici»: così si apre il dossier di documentazione n. 237 del 27 maggio 2011, dal titolo *Le società a partecipazione pubblica*, realizzato dal Servizio Studi – Dipartimento bilancio della Camera, in www.documenti.camera.it. Una nota diffusa dal centro studi di Confindustria (n. 14-7 dell'8 marzo 2014) attesta che le amministrazioni pubbliche, sia centrali che locali, detengono partecipazioni in 7.712 organismi, con una ricaduta sulla finanza pubblica pari a 22,7 miliardi di euro (2012), corrispondente circa all'1,4 % del PIL. Alla fine degli anni ottanta le società partecipate da pubbliche amministrazioni erano circa 1.000: L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, 2009, pp. 93 e ss.

¹³ R. MUSSARI, *Il processo di razionalizzazione delle partecipate: quadro politico e normativo*, in www.formez.it.

¹⁴ L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, op.cit.

¹⁵ C. SCARPA, P. BIANCHI, B. BORTOLOTTI, L. PELLIZZOLA, *Comuni S.p.A.: il capitalismo municipale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2009; G. NAPOLITANO, (cur.), *Il capitalismo municipale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

¹⁶ A. MARRA, *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, in *Diritto dell'economia*, vol. 28, n. 87 (2-2015), p. 300.

¹⁷ Nel noto Piano Cottarelli, egli sottolineò tale atteggiamento elusivo: «molte partecipate sono state create per aggirare il patto di stabilità interno (o i vincoli sul debito e le assunzioni di personale). Una possibilità sarebbe quindi quella di applicare le stesse regole del patto alle partecipate. Questo però è reso difficoltoso dalle diverse norme contabili e basi informative (una delle ragioni che, per esempio, hanno reso

una scelta frutto di una valutazione comparativa tra i differenti modelli organizzativi sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria¹⁸, che sarebbero una attuazione in concreto dei principi del buon andamento della pubblica amministrazione sancito dalla Costituzione, ma di una mera ragione di opportunismo.

Il *corpus* normativo stratificatosi negli anni ha subito un'inversione di rotta nel 2006 col decreto Bersani (d.l. n. 223/2006). Fino ad allora, gli interventi legislativi erano volti a favorire la gestione dei servizi pubblici locali mediante l'uso dello strumento societario, in quanto ritenuto il più idoneo per acquisire le risorse finanziarie e garantire la trasparenza. Con l'art. 13 del d.l. n. 223/2006, il legislatore ha iniziato a porre dei limiti all'azione delle società strumentali circoscrivendola all'esercizio delle attività svolte in via esclusiva nei confronti

difficile l'applicazione delle norme sull'estensione alle partecipate dei vincoli occupazionali è stata difficoltosa e infine è stata abrogata). Inoltre, nella misura in cui le partecipate trovano il loro motivo di esistenza proprio in una maggiore elasticità di gestione rispetto agli enti di appartenenza, quanto più si estendono alle prime le regole che valgono per i secondi, tanto più si rimuovono quei vantaggi gestionali che le renderebbero utili». Al fine di evitare tale comportamento, Cottarelli suggeriva di «accelerare il periodo di transizione (il sistema entra a regime solo nel 2017) e di sottoporre al patto di stabilità gli accantonamenti» al fine di rendere «più penalizzante l'emergere di perdite nelle partecipate» (C. COTTARELLI, Programma di razionalizzazione delle partecipate locali. Commissario straordinario per la revisione della Spesa, p. 16)

¹⁸ In tema di libertà di scelta degli enti locali sul modello organizzativo più idoneo, cfr. P. La Rocca, *Il potere di scelta dell'ente locale nella gestione dei pubblici servizi*, in *Nuova Rass. leg. dottr. giur.*, 1992, 1850. Si vedano anche le conclusioni dell'avvocato generale La Pergola nella causa C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c. Bfi Holding BV*, punto 37, in *Raccolta*, 1998, I-6821.

degli enti costituenti o partecipanti, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato.

L'analisi normativa si conclude con un'analisi, non esaustiva, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, attuativo dell'art. 18 della legge delega di riforma della pubblica amministrazione, sul quale si è espressa la Corte costituzionale che, con una sentenza manipolativa sostitutiva, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 124 del 2015, ritenute lesive del principio di leale collaborazione.

Il terzo capitolo, nella parte iniziale, è dedicato all'analisi dei rapporti finanziari tra enti locali e società a partecipazione pubblica. Si tratta di un tema dirimente in una fase storica caratterizzata da risorse economiche sempre più limitate e in cui è opportuno arginare i fenomeni di *mala gestio*, come quelli in cui lo strumento societario è stato utilizzato per eludere i vincoli di finanza pubblica¹⁹. Sotto il profilo della spesa, con l'art. 28, della legge n. 448/1998, il legislatore ha introdotto il Patto di Stabilità Interno al fine di coordinare i comportamenti finanziari dei vari livelli di governo, onde evitare atteggiamenti opportunistici che, in realtà, si sono verificati imputando erroneamente le spese o le entrate ai pertinenti capitoli di bilancio, accollando il proprio

¹⁹ Come si può leggere nel classico e sempre illuminante manuale di Sergio Steve: «L'esperienza di tutti i paesi sottolinea che una diminuzione delle funzioni reali di un apparato amministrativo comporta sempre una tendenza molto forte all'espansione di funzioni fittizie, allo scopo di conservare, e possibilmente espandere, le dimensioni dell'apparato esistente» (*Lezioni di scienza delle finanze*, Padova, 1965, rist. della quinta edizione, pp. 427-428).

debito a un'azienda speciale, stipulando accordi con intermediari finanziari al fine di assicurare liquidità alle imprese creditrici nei confronti dell'ente stesso (cessione pro soluto), utilizzando impropriamente il *leasing* immobiliare, il *sale and lease back* e il *project financing*.

È di tutta evidenza che la quantità e la qualità dei servizi pubblici erogati incidano sulla competitività del Paese. In questo contesto, quantità e qualità sono due variabili inseparabili che devono essere poste nel crogiuolo insieme alle risorse impiegate: solo una qualità più elevata dei servizi, da raggiungere con un abbattimento dei costi, garantirebbe il conseguimento di un guadagno in termini di efficienza e di competitività del sistema economico italiano.

L'analisi prosegue con un approfondimento relativo alle procedure concorsuali. La crisi economica che ha messo a dura prova l'economia italiana e mondiale ha colpito anche le società a partecipazione pubblica. Anche per tale ragione, sono aumentate le procedure fallimentari relative a tali soggetti, sebbene non tutte si siano concluse con esiti identici oscillando dalla decretazione dello stato d'insolvenza all'esclusione delle procedure concorsuali. Il Testo unico ha posto rimedio a tale andamento altalenante prevedendo all'art. 14, co. 1, che «le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria».

L'ultima parte del lavoro è dedicata ad un approfondimento comparatistico con gli ordinamenti spagnolo e francese.

CAPITOLO 1

LA VITA PRIVATA DEL DIRITTO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. La grande dicotomia. – 2. La tassonomia variegata. – 3. Natura giuridica delle società a partecipazione pubblica. – 3.1 *Governance*: potere di nomina. – 3.2 Azione di responsabilità.

1. La grande dicotomia

Gli interventi che si sono succeduti nell'arco di oltre un secolo, a partire dalla legge Montemartini al Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, sono stati influenzati dalla «grande dicotomia» diritto pubblico/diritto privato che risale ai tempi di Ulpiano, secondo il quale «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem»²⁰ (Dig. 1.1.1.2).

²⁰ Traduzione: «Due sono gli aspetti di questo studio, il pubblico e il privato. Il diritto pubblico è quello che riguarda la struttura dello Stato romano, il privato è quello che concerne l'utilità dei singoli».

La distinzione che in passato appariva netta, oggi, invece, è molto sfumata²¹ in quanto «norme di diritto pubblico e privato si sovrappongono ed intrecciano tra di loro nello stesso rapporto, sì che riesce difficile la separazione»²², in ragione del sempre maggior ricorso ad istituti privatistici per la regolazione di settori afferenti all'ambito dell'amministrazione pubblica che comporta «compresenza di regole pubblicistiche e regole privatistiche, reciprocamente interferenti»²³. Di conseguenza, il confine tra il diritto privato e il diritto pubblico è assai labile²⁴, con un «continuo riposizionarsi del confine tra ciò che è pubblico e ciò che non lo è»²⁵ e che mette in discussione «la grande dicotomia ottocentesca [...] tra statuale e commerciale, tra finalità pubbliche e finalità di lucro»²⁶.

Già Pugliatti, aveva preconizzato una progressiva osmosi tra diritto comune e diritto amministrativo che, difatti, è ciò che è avvenuto e che ha portato all'affermazione di un diritto amministrativo declinato in modo tale da garantire la cura degli

²¹ Già nel 1977 Bobbio considerò come superata la dicotomia tra pubblico e privato. Cfr. N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 145.

²² F. FERRARA SR, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, p. 71.

²³ S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, CEDAM, 2008, p. 4.

²⁴ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 391 ss.

²⁵ B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1996, pp. 683 ss.

²⁶ B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di "ente pubblico" nell'esperienza italiana*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (cur.) 1994, pp. 13 e ss.

interessi privati mediante l'osservanza delle regole del mercato. Cambia l'amministrazione. Non più posta in una posizione di supremazia che si avvale di tecniche di matrice pubblicistico-autoritativa nell'esercizio del suo potere d'imperio²⁷, ma una amministrazione che svolge i propri compiti istituzionali ricorrendo, anche con una certa «ossessione»²⁸, a strumenti di diritto privato, con una vera e proprio «fuga verso il diritto privato dell'amministrazione pubblica»²⁹, come nel caso delle società a partecipazione pubblica, in cui il rapporto che si instaura tra ente e società non permette al primo di incidere unilateralmente e autoritativamente sulla seconda. Le amministrazioni agiscono in qualità di parte di un contratto e non come *decisori unici*, mentre i cittadini divengono «elementi essenziali per lo sviluppo dell'interesse generale della comunità»³⁰, in un rapporto paritario che comporta una trasformazione pluralistica dei centri di potere³¹. Non più semplici *cittadini*, ma *utenti*³².

²⁷ Per un approfondimento sul mutamento della concezione della supremazia generale della pubblica amministrazione, si veda F. BASSI, *Autorità e consenso*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1962, 744 ss.

²⁸ F. MERUSI, *Il diritto privato della P.A. alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 655.

²⁹ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 473.

³⁰ F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, CEDAM, 1996, p. 339.

³¹ F. CASUCCI, *Il diritto plurale: pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, Napoli, 2004, *passim*.

³² G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013.

Fatta questa premessa, occorre chiarire quale rapporto viene ad instaurarsi tra gli enti pubblici e il diritto privato quando ricorrono ad uno degli strumenti privatistici: il contratto di società. Per fare questo è necessario fare un salto nei primi decenni del secolo passato quando la dottrina si è interrogata sulla problematica relativa alla capacità di diritto privato dei soggetti pubblici, da intendersi come capacità di costituire ovvero di partecipare ad una società³³.

Si parla di attività amministrativa di diritto privato per descrivere l'attività mediante la quale l'amministrazione si avvale dei moduli di matrice privatistica per la cura gli interessi collettivi. Il primo che si è occupato dell'attività amministrativa di diritto privato è stato Amorth³⁴, il quale sottolineò l'impossibilità di considerare unitariamente l'attività amministrativa dovendo la stessa essere suddivisa in attività amministrativa propriamente detta e in attività privata dell'amministrazione. Nel primo caso, rientra l'attività diretta al perseguimento di un interesse pubblico, inteso come interesse dell'intera collettività, non attraverso l'esercizio del potere

³³ La capacità giuridica è la possibilità per qualunque soggetto dell'ordinamento di essere titolare di ogni fattispecie prevista e disciplinata, e cioè l'attitudine alla titolarità di poteri e doveri giuridici, consistente nel riconoscimento di un soggetto quale soggetto autonomo di diritto. (P. RESCIGNO, *Capacità giuridica, Dig. disc. priv.*, 1988, p. 218 ss.).

³⁴ Il caso analizzato da Amorth atteneva alla validità di una garanzia fideiussoria con cui alcune amministrazioni si erano impegnate a garantire un prestito contratto da una società che era stata costituita per la realizzazione di un'opera pubblica (A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubb.*, 1938, pp. 33 ss.).

autoritativo, ma mediante strumenti e norme di diritto privato; nel secondo caso, invece, rientra l'attività svolta dagli enti pubblici, come un soggetto privato, con una finalità meramente economica.

Nello stesso periodo, per definire il perimetro dell'applicazione del regime privatistico alla pubblica amministrazione, Cammeo³⁵ ricorse ai criteri dell'*aderenza allo scopo* e della *necessaria attuazione dello scopo*, i quali attenevano, rispettivamente, alla capacità e alla legittimazione dell'ente pubblico. Tali principi servivano a traslare nell'attività negoziale privatistica il concetto giuridico di competenza.

Secondo Cantucci³⁶, invece, l'attività dell'amministrazione era caratterizzata dall'unitarietà e naturalmente orientata alla realizzazione di fini pubblici. Per tale ragione, essa poteva ricorrere agli strumenti privatistici solo per il soddisfacimento di un fine pubblico utilizzando come criterio la causa negoziale di diritto privato.

La dottrina dell'epoca partiva dal presupposto dell'unicità della personalità dello Stato e dei singoli enti pubblici, nonché dal fatto che la natura pubblica dell'ente e il fine pubblico non potessero comportare delle limitazioni con riferimento alla capacità di diritto privato.

³⁵ C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1937.

³⁶ M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1942.

Col tempo, però, la teoria tradizionale della capacità giuridica limitata degli enti pubblici ha lasciato spazio alla teoria della pienezza della capacità giuridica, in base alla quale la limitazione alla capacità generale di diritto privato non poteva che derivare esclusivamente dal diritto positivo. Anche la giurisprudenza si spinse oltre la teoria tradizionale e la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 983/1952, affermò che «non è affetto da nullità assoluta l'atto con il quale l'ente pubblico, nell'ambito della capacità di diritto privato, dispone del proprio patrimonio per il conseguimento di fini non istituzionali».

Si verificò, quindi, un capovolgimento di impostazione, con le limitazioni della capacità di diritto privato non più legate alla natura pubblica dell'ente, ma ad una previsione normativa.

Oggi si ritiene sussistente una capacità giuridica piena da parte della Pubblica amministrazione, nonché la conseguente *potestas contrahendi*, in conformità con quanto disposto dall'art 11 c.c., senza la necessità che vi sia una norma che autorizzi la pubblica amministrazione ad utilizzare gli strumenti privatistici, in quanto di per sé gode di autonomia privata³⁷. A rafforzare tale

³⁷ Distingueva tra capacità di diritto privato e autonomia privata dell'amministrazione, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, Milano 1982, 111 ss., secondo il quale l'impossibilità di riconoscere l'esistenza di autonomia privata dell'amministrazione derivasse dall'applicazione nei suoi confronti del principio di legalità, non rilevando il fatto che i Comuni e le Province fossero persone giuridiche. Di conseguenza, l'attività di diritto privato aveva carattere funzionale (sebbene non si potesse parlare di funzionalizzazione), in ragione della posizione costituzionale riconosciuta alla pubblica amministrazione. Per un commento, si veda A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino 1999, 119 ss.

prospettiva, con una disposizione più esplicita, ha contribuito l'art. 1, co. 1-bis, della legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241) che recita testualmente: «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

Un'interessante pronuncia dei giudici amministrativi, coeva alla legge sul procedimento amministrativo, è la n. 374/1990, in cui il Consiglio di Stato considera superata la «capacità speciale delle persone giuridiche pubbliche [...] che individua nel fine pubblicistico l'essenza della persona giuridica pubblica, secondo la quale ciascun ente pubblico vedrebbe determinati dall'ordinamento, al momento della sua nascita, un complesso di fini e in essi troverebbe la ragione della sua esistenza; la determinazione di tali scopi varrebbe a condizionare la capacità dell'ente, vincolando l'attività dello stesso all'aderenza allo scopo». Al contrario, affermano i giudici, «la capacità dell'ente pubblico si ricollega alla qualità di soggetto giuridico, cioè alla potenziale destinatarietà degli effetti giuridici di un ordinamento», con la conseguenza che «da ciò non può che derivare una pienezza di capacità» e, quindi, la «possibilità da parte dell'ente di far ricorso, in via tendenziale, a tutti i possibili mezzi per raggiungere i propri scopi». Non solo. Aggiungono che, trattandosi di un ente pubblico territoriale, «può prefiggersi tutti gli scopi idonei a soddisfare gli interessi della collettività» e, conseguentemente, non può «porsi un problema di "incapacità speciale", cioè di una inidoneità in astratto al compimento di

determinati atti, ma, semmai, di una concreta inettitudine dell'attività a soddisfare in maniera diretta le esigenze della collettività»³⁸.

2. La tassonomia variegata

Prima di addentrarsi ulteriormente all'interno del mondo degli organismi che rappresentano l'oggetto di approfondimento di questo lavoro occorre soffermarsi sulla tassonomia variegata che li riguarda e che, nel recente passato, ha portato a constatare la «inesistenza di una categoria unitaria»³⁹.

Il testo unico è intitolato “testo unico sulle società a partecipazione pubblica” e rappresenta l'approdo finale di una linea evolutiva ancorata ad una tradizione storica che ha visto il succedersi di un profluvio normativo caratterizzato dall'utilizzo di un florilegio di sintagmi.

La partecipazione pubblica va intesa come «il fenomeno della titolarità da parte di soggetti pubblici di quote di partecipazione in società di capitali»⁴⁰. Si tratta di una espressione che, però, ingloba esclusivamente quei casi in cui

³⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in «Consiglio di Stato», 1990, I, pp. 455 ss.; Cons. Stato, sez. VI, n. 1291 del 1988 e n. 721 del 1989.

³⁹ M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura dei medesimi Autori, 2008, pp. 1 e ss.

⁴⁰ A. PAPA MALATESTA, *Partecipazioni pubbliche*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, X, p. 693.

l'ente pubblico assuma la qualità di socio⁴¹ e non anche quei casi caratterizzati dall'influenza esterna da parte dell'ente pubblico⁴².

Sia il legislatore che la giurisprudenza hanno sfoggiato un lessico variegato. Quanto al primo, si ricordano: le «società a totale o parziale capitale pubblico»⁴³, le «società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali»⁴⁴, le «società pubbliche»⁴⁵, le

⁴¹ Già nel 1979, Visentini ricordava come «le partecipazioni pubbliche si possono distinguere in partecipazioni dello Stato, delle regioni o degli altri enti locali. Si possono poi distinguere in modo più analitico in partecipazioni di specifiche amministrazioni o enti pubblici a scopi particolari» (G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, 1979, p. 152).

⁴² Come può accadere, per esempio, nel caso del contratto di servizio stipulato fra un ente locale e la società erogatrice di un servizio pubblico specifico.

⁴³ «Non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi» (Art. 1, co. 734, l. 296/2006).

⁴⁴ «Le disposizioni del presente comma e dei commi da 551 a 562 si applicano alle aziende speciali e alle istituzioni partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Sono esclusi gli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1^o settembre 1993, n. 385, nonché le società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e le loro controllate» (art. 1, co. 550, l. 147/2013).

⁴⁵ «Al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche...» (art. 6, co. 19, d.l. 78/2010, conv. in l. 122/2010); «I comuni risultanti da una fusione hanno tempo tre anni dall'istituzione del nuovo comune per adeguarsi alla normativa vigente che prevede l'omogeneizzazione degli ambiti territoriali ottimali di gestione e la razionalizzazione della partecipazione a consorzi, aziende e società pubbliche di gestione, salve diverse disposizioni specifiche di maggior favore» (art. 1, co. 133, l. 56/2014).

«società a totale o parziale partecipazione pubblica»⁴⁶, le «società e [...] altri enti di diritto privato [...] sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche»⁴⁷, le «imprese pubbliche»⁴⁸. Il sintagma «impresa pubblica» proviene dalla normativa eurounitaria⁴⁹ che, però, «non codifica

⁴⁶ «Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche» (art. 4, co. 13, d.l. 95/2012 (conv. in l. 135/2012)).

⁴⁷ L'art. 1, co. 2, lett. c), d.lgs. 39/2013, fornisce una definizione di «enti di diritto privato in controllo pubblico», da intendersi come «le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi».

⁴⁸ «Si considerano imprese pubbliche le imprese sulle quali i soggetti di cui al comma 1, lettera a) possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione; l'influenza dominante su un'impresa è presunta quando, rispetto ad essa, i soggetti anzidetti, direttamente o indirettamente, ne detengono la maggioranza del capitale sottoscritto, oppure controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, o hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio d'amministrazione, del comitato esecutivo o del collegio sindacale della stessa» (art. 2, co. 2, d.lgs n. 158/1995).

⁴⁹ Per un approfondimento, si vedano A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, 1990, II, 283 ss.; A. GRISOLI, voce *Impresa comunitaria*, in *Enc. Treccani, Giuridica*; L. DI VIA, *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 68 ss.

definizioni esaurienti»⁵⁰ in ragione della eterogeneità dei modelli di partecipazione pubblica nei vari Paesi membri⁵¹.

Quanto alla giurisprudenza, anche in questo caso le espressioni utilizzate dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato sono altrettanto diverse tra loro: «società in mano pubblica»⁵², «società interamente in mano pubblica»⁵³, «società a partecipazione pubblica»⁵⁴, «società pubbliche»⁵⁵, «impresa pubblica»⁵⁶.

Per quanto riguarda la dottrina, Ibba ha affermato che con l'espressione *società pubblica* «si designano comunemente enti societari (e dunque privati) a partecipazione pubblica, nei quali, cioè, pubblico non è l'ente considerato bensì i soggetti – o alcuni dei soggetti – che vi partecipano; tanto che [...] si distinguono, usualmente, società a partecipazione pubblica minoritaria, maggioritaria, totalitaria. Ampliando un po' la categoria, possiamo ricomprendervi anche società che, pur non essendo partecipate da uno o più enti pubblici, ne subiscono però in qualche modo il controllo o, per così dire l'influenza»⁵⁷. Tale

⁵⁰ M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1208.

⁵¹ A tal proposito, si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Mischo del 4 novembre 1986, in merito alla causa 118/85, p.to 4.

⁵² Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2014, n. 897.

⁵³ Cass., S.U., 10 marzo 2014, n. 5491

⁵⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 2014, n. 2764; Cass., Sez. Lav., 8 maggio 2014, n. 9959.

⁵⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2014, n. 2362.

⁵⁶ Tar Toscana, sent. n. 3202/2007.

⁵⁷ C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2005, pp. 1 ss.

approccio pone in risalto la «transizione dalla società pubblica come strumento alla società pubblica come soggetto»⁵⁸. Napolitano, invece, parlando di società pubblica, ha sottolineato come «spesso l'espressione è usata in senso enfatico, per sottolineare come talune società siano sottoposte ad una disciplina speciale, tendenzialmente pervasiva, contenuta in leggi specificamente destinate a contemperare i connotati societari con le finalità pubbliche; oppure per indicare ipotesi in cui, a prescindere, dalla partecipazione azionaria pubblica, alcune società sono comunque sottoposte al controllo di enti pubblici, in base a previsioni legali o a vincoli contrattuali. Talora, tuttavia, l'attributo pubblico è predicato addirittura per identificare la natura giuridica delle società, che, secondo alcuni studiosi e una parte della giurisprudenza, sarebbero veri e propri enti pubblici in forma societaria, in via di principio sottoposti alle norme del diritto amministrativo»⁵⁹.

Cirenei, invece, ha posto a confronto due espressioni “società in mano pubblica” e “società a partecipazione pubblica” affermando che quest'ultima sia in grado di inglobare tutte le fattispecie, anche le partecipazioni non di controllo, mentre l'espressione “società in mano pubblica” sia circoscritta esclusivamente alle partecipazioni di controllo⁶⁰.

⁵⁸ M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561.

⁵⁹ G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1000.

⁶⁰ M.T. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in G.E. COLOMBO, G.B.

Codazzi che, pur utilizzando l'espressione "società in mano pubblica" nel titolo del suo saggio, si concentra esclusivamente sulle "società a partecipazione pubblica": «sebbene nella prassi diversi siano i modelli di società a partecipazione pubblica, che si distinguono tra loro a seconda che la partecipazione del socio pubblico sia maggioritaria, minoritaria, di controllo (totale o parziale), in questa sede si intende prendere in considerazione solo l'ipotesi della società a prevalente partecipazione pubblica»⁶¹. Cossu, invece, considera interscambiabili i sintagmi "società pubbliche" e "società a partecipazione pubblica". Difatti, scrive che «con l'espressione società a partecipazione pubblica – o società pubbliche – si allude ellitticamente alle società di capitali partecipate in misura maggioritaria, minoritaria o totalitaria dallo Stato o da un ente pubblico territoriale»⁶².

3. Natura giuridica delle società a partecipazione pubblica

Come sottolineato nel paragrafo precedente, l'utilizzo di una tassonomia variegata ha posto enormi difficoltà sotto il

PORTALE (cur.), in *Trattato delle società per azioni: Società di diritto speciale*, Torino, 1992, vol. 8, p. 4.

⁶¹ E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, in Atti del Convegno "L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi", Roma 21-22 febbraio 2014, pp. 1 e ss.

⁶² M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, pp. 627 ss.

profilo definitorio in ragione dell'incerto significato assunto dal sintagma "società pubblica"⁶³. A ciò si aggiunga, che la dicotomia diritto privato/diritto pubblico ha visto la sua massima espressione proprio in materia di società a partecipazione pubblica in quanto «esempio di diritto misto in cui convergono regole e principi di diritto privato e di diritto amministrativo»⁶⁴. Ciò ha diviso la dottrina e la giurisprudenza sulla loro natura giuridica in ragione della contrapposizione di due profili di non facile contemperamento: fine di lucro e perseguimento di un interesse pubblico.

Il legislatore del 1942, nella versione originaria del regio decreto 16 marzo 1942, n. 262⁶⁵, ha dedicato solo pochi articoli

⁶³ L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Il Fallimento*, 2014, 1, p. 38.

⁶⁴ S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 909

⁶⁵ Art. 2458. (Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici): "Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci. Gli amministratori e i sindaci nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea"; art. 2459 (Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici): "Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o l'atto costitutivo attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci, salvo che la legge disponga diversamente"; art. 2460 (Presidenza del collegio sindacale): "Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra essi"; art. 2461 (Norme applicabili): "Le disposizioni di questo capo si applicano anche alle società per azioni d'interesse nazionale, compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti"

alle società pubbliche, segnatamente gli articoli dal 2458 al 2461 del codice civile, sui poteri di nomina di alcuni membri degli organi di amministrazione e controllo (art. 2458 c.c.), anche in mancanza di partecipazione azionaria (art. 2459 c.c.), sulla presidenza del collegio sindacale (art. 2460 c.c.) e, infine, prevedendo espressamente l'applicazione delle "disposizioni di questo capo [...] anche alle società per azioni d'interesse nazionale", fatta eccezione per le norme derogatorie, che è stato considerato un vero e proprio riconoscimento della natura privatistica delle società partecipate. A conferma di ciò, occorre richiamare l'inequivoco passo della Relazione al Codice civile (par. 998), in cui si legge che, nelle varie ipotesi di partecipazione pubblica a società, «[...] è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici»; con la conseguenza che «la disciplina comune delle società per azioni [e con essa lo scopo di lucro, di cui all'art. 2247 c.c.] deve [...] applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente»⁶⁶.

Come è avvenuto ora con il testo unico, che ha recepito in norma molti precedenti giurisprudenziali, anche il legislatore dell'epoca, evidentemente, si era lasciato influenzare da una *querelle* che ha visto protagonisti il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione in merito alla qualificazione dell'Azienda Generale Italiana Petroli (Agip). Da un lato, i giudici amministrativi hanno

⁶⁶ Relazione del Ministro Guardasigilli, n. 998.

affermato che «se alla AGIP si volesse contestare la qualifica di Ente pubblico, perché essa si presenta sotto la forma di un'anonima commerciale, basterebbe opporre la notorietà del fatto, che tale forma fu data, unicamente, per ragioni di opportunità contingente e che, del resto, è comune ad altre imprese, - create dallo Stato o con il suo concorso, - senza che questa esteriorità influisca sulla sostanza e sugli scopi loro, diretti in linea principale all'incremento e conseguimento di finalità di generale interesse e che, appunto per essere tali, lo Stato, quale Ente originario e sovrano, ha, non solo il diritto, ma altresì l'obbligo di controllare»⁶⁷, dall'altro i giudici di legittimità che, con una pronuncia a Sezioni Unite⁶⁸, hanno contraddetto il Consiglio di Stato riconoscendo il carattere privatistico dell'Agip, poiché la semplice partecipazione dello Stato come azionista di una società per azioni non era di per sé sufficiente per qualificare la società come un soggetto di diritto pubblico. Difatti, per riconoscere la presenza di un soggetto pubblico, secondo la Corte di Cassazione, era necessario «...accertare il concorso di elementi da valutarsi di volta per volta, che agiscano specificamente e profondamente sulla base strutturale degli ordinari organismi economici di diritto privato»⁶⁹. Tale prospettiva è stata condivisa

⁶⁷ Consiglio di stato, sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33. Coerentemente alla pronuncia del Consiglio di Stato si esprime R. Ravà, secondo il quale la società in mano pubblica consistesse in «un travestimento in forma privata di una impresa sostanzialmente pubblica» p. 340 (*L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I.).

⁶⁸ Cassazione, sezioni unite, 26 aprile 1940, n. 1337.

⁶⁹ Per un approfondimento, si veda G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Studi in memoria di R. Ferrara*, Milano, 1943.

anche nei decenni successivi dalla giurisprudenza sia di merito⁷⁰ che di legittimità⁷¹, ma nel momento in cui il ricorso alla forma organizzativa societaria ha assunto dimensioni incontrollabili, il suddetto orientamento è stato messo in dubbio in ragione delle diverse tipologie di società che sono state costituite negli anni, non solo quelle espressamente orientate al fine di lucro, ma anche le c.d. società legali⁷², senza fine di lucro, ma solo nei casi espressamente dalla legge⁷³, che, secondo alcuni, hanno

⁷⁰ Pretore di Torino 12 dicembre 1978.

⁷¹ Cass. 9 novembre 1981, n. 5919

⁷² C. IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992.

⁷³ La nascita di questa tipologia societaria affonda le radici negli anni Settanta e si inserisce nel solco degli interventi a favore del Mezzogiorno. Ne sono un esempio: l'art. 9, della legge 26 giugno 1965, n. 717, sulla partecipazione finanziaria per la realizzazione di aziende economicamente efficienti: «La Cassa è autorizzata a costituire, con i criteri e le modalità fissati dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio, su proposta del Ministro per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno, una società finanziaria a prevalente capitale pubblico per promuovere e sviluppare le attività agricole, attraverso la partecipazione alla formazione del capitale di cooperative e loro consorzi e di altre società di piccoli e medi imprenditori agricoli, aventi lo scopo di realizzare aziende economicamente efficienti. In deroga alle vigenti disposizioni di legge, la società finanziaria può partecipare, in qualità di socio, alle cooperative e loro consorzi», ma anche l'art. 5 della legge 22 marzo 1971, n. 184: «L'Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiera (EFIM), l'Ente nazionale idrocarburi (ENI), l'Istituto mobiliare italiano (IMI) e l'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI) sono autorizzati a costituire una società finanziaria per azioni. Tale società, per concorrere al mantenimento ed all'accrescimento dei livelli di occupazione compromessi da difficoltà transitorie di imprese industriali, effettua interventi sulla base di piani di riassetto o riconversione, atti a comprovare la concreta possibilità del risanamento delle imprese interessate, nelle seguenti forme: 1) assumere partecipazioni in società industriali che versino in condizioni di difficoltà finanziaria o gestionale, giudicate, in base al piano di riassetto o riconversione, transitorie e superabili, al fine di realizzare le migliori condizioni per la riorganizzazione delle imprese e per una successiva cessione delle partecipazioni

comportato una neutralizzazione dello scopo di lucro⁷⁴. A norma dell'art. 2247 c.c., «con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili». Dalla lettura di questo articolo emerge chiaramente l'intrinseca finalità del conseguimento di un lucro di natura oggettiva, da non intendersi, però, come semplice pareggio tra costi e ricavi⁷⁵. A tal proposito, è stato affermato che anche le società a partecipazione pubblica non possono avere finalità di tipo non lucrativo⁷⁶; di diverso avviso, G. Rossi, secondo il quale il «fine lucrativo non sarebbe un requisito necessario»⁷⁷ e che si potrebbe parlare di una duplice qualificazione. A tal proposito, in aderenza a tale orientamento, Renna ha sottolineato come il periodo delle privatizzazioni avesse «rappresentato una fertile occasione affinché la

stesse; 2) costituire o concorrere a costituire società per la gestione o per il rilievo di aziende industriali al fine di realizzare le migliori condizioni per la riorganizzazione di aziende e per una loro successiva cessione; 3) concedere finanziamenti, anche a tassi agevolati, alle società di cui ai numeri 1) e 2). Gli interventi della società finanziaria ai sensi del presente articolo possono essere condizionati dalla stessa società, oltre che all'approvazione del piano di riassetto o di riconversione, anche all'assunzione di particolari obblighi da parte degli azionisti delle società titolari delle aziende industriali oggetto d'intervento della società finanziaria. Il CIPE delibera le direttive alle quali deve attenersi la società finanziaria sopra indicata».

⁷⁴ R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Società*, 2013, 12, pp. 1326 ss, il quale fonda le sue affermazioni sulle idee espresse da Santini (G. SANTINI, *Il tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, pp. 151 ss.

⁷⁵ G. FERRI JR, M. STELLA RICHTER JR, *L'oggetto sociale statutario*, in *Giust. Civ.*, 11, 2002, pp. 483 ss.

⁷⁶ N. ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti di diritto societario delle società per azioni con partecipazione comunale*, in *Riv. soc.*, 1, 1997, pp. 128 ss.

⁷⁷ G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, p. 171.

giurisprudenza si appropriasse della consapevolezza [...] della duplice qualificabilità della natura di un ente societario», in quanto «scomponibil[e] in un ambito pubblicistico, dal punto di vista ontologico ed istituzionale – che attiene alle ragioni della necessità dell'esistenza in vita dell'ente, della sua disponibilità da parte dei pubblici poteri e delle finalità tramite esso perseguite – ed in un ambito privatistico e formale – che attiene alle ragioni della scelta del modulo organizzativo e delle regole dell'attività dallo stesso implicate; quasi a distinguere fra una soggettività o capacità giuridica pubblicistica ed una capacità d'agire, salve speciali previsioni legislative espresse, privatistica»⁷⁸. La giurisprudenza alla quale faceva riferimento era la sentenza della Corte costituzionale, n. 466 del 1993, che, nell'esaminare le figure di società per azioni previste nell'ordinamento, ha sottolineato come le stesse «non si esauriscono in quelle disciplinate dal codice civile, ma comprendono anche le società "di diritto speciale" che mutuano dallo schema codicistico solo alcuni aspetti strutturali, mentre ne divergono sotto i profili genetico, funzionale e del rapporto con gli interessi generali. Nel caso di specie, le società nate dalla trasformazione di I.R.I., E.N.I., I.N.A e E.N.E.L., assommerebbero, per il disposto degli artt. 15 e 16 del decreto-legge n. 333 del 1992, sotto tutti i profili anzidetti (genetico, funzionale e di rapporto con l'interesse generale), le più rilevanti difformità rispetto al modello codicistico, proprie delle diverse società di diritto speciale. Tali difformità riguardano

⁷⁸ M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997, p. 119.

la derivazione, senza soluzione di continuità né mutamento di identità, da un ente pubblico preesistente; l'assenza, all'origine, di un contratto o, più in generale, di un atto di autonomia, sostituito, nel caso, da un intervento legislativo; la mancanza iniziale di una pluralità di soci costituenti, con la concentrazione delle azioni e del controllo in una sola mano; la mancanza iniziale di un capitale determinato e di uno statuto (elementi che sopravverranno dopo la trasformazione); la statuizione per legge dell'esercizio dei poteri sociali da parte dell'azionista d'intesa con altri soggetti ed il carattere pubblico di tale intesa (che la legge riferisce all'azionista Ministro del tesoro e ad altri tre Ministri); l'esercizio del potere sociale da parte dell'azionista secondo un programma elaborato in sede pubblica da più Ministri, finalizzato al riordino e alla valorizzazione delle partecipazioni, con la previsione legislativa di cessioni, scambi, fusioni, ecc. e con devoluzione dei ricavi alla riduzione del debito pubblico». In tal modo, la Consulta ha adottato una posizione sostanzialistica e non formalistica⁷⁹.

Secondo Scoca, «per poter imprimere ad una società la qualificazione pubblicistica sia necessaria l'espressa previsione legislativa in tal senso», anche se «non si può escludere del tutto

⁷⁹ Critica nei confronti di questa sentenza, Ramajoli, secondo la quale, la Corte non si è assunta la piena responsabilità di una «scelta sostanzialistica lasciando inesplorate alcune conseguenze che sarebbero state susseguenti ad una rigorosa impostazione di quel tenore. Questo si sarebbe visto in particolare nel punto in cui [...] ha sottolineato come la sottoposizione di tali società al controllo della Corte dei conti sarebbe stato legato alla partecipazione pubblica totalitaria o, almeno, maggioritaria nel capitale della società» (M. RAMAJOLI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in Dir. amm., 1995).

(o in via di principio) che alcune società di diritto speciale debbano essere valutate alla stregua di enti pubblici»⁸⁰.

La giurisprudenza amministrativa ha sottolineato come «le società derivate dalla trasformazione degli Enti pubblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica e continuano ad essere affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici», di conseguenza tale «tutela non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico che per il resto mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione pubblicistica»⁸¹. Successivamente, sempre i giudici amministrativi hanno affermato che «se è vero, allora, che, come è stato già più volte sottolineato dalla stessa Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un.: 6.5.1995, n. 4989; 6.6.1997, n. 5085; 26.8.1998, n. 8454; 15 aprile 2005, n. 7799), la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni in tutto o in parte (non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico")» aggiungendo che «nell'esercizio delle attività demandate dal legislatore, apparendo, al contrario, la stessa soggetta, in tale ambito, all'esercizio del potere gestionale discrezionale e

⁸⁰ F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. Ec.*, 2005, 247-8.

⁸¹ CDS 3914/2005.

totalizzante dell'Amministrazione di riferimento (il Ministero dell'Economia e delle Finanze) di incidere in maniera del tutto pervasiva sulla sua solo astratta e presunta autonomia, così divenendo di fatto essa stessa strumento per l'esercizio di poteri pubblicistici» trattandosi «di un'ipotesi di traslazione delle istituzionali funzioni amministrative in favore di un nuovo soggetto, che lo schermo formale del diritto privato non può valere a sottrarre ai precisi vincoli pubblicistici derivanti dalla posizione di subordinazione alla legge, che spetta all'attività amministrativa»⁸².

Sul punto è intervenuta anche la Corte dei conti⁸³ soffermandosi sul fenomeno, sempre più diffuso, dell'esternalizzazione di servizi e funzioni da parte della pubblica amministrazione. Ciò può avvenire mediante operazioni di esternalizzazione di natura sostanziale ovvero di natura meramente formale.

A norma dell'art. 1, co. 3, del testo unico, per tutto ciò che non è derogato si applicano le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato.

È una netta presa di posizione da parte del legislatore che pone fine ai diversi orientamenti che si sono venuti a creare sulla natura delle società partecipate. In dottrina, tra i più convinti

⁸² CDS 308/2006.

⁸³ Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 13/10/2006 n. 17.

sostenitori della natura privatistica, va segnalato Goisis⁸⁴ che, da sempre, ha sottolineato l'impossibilità di un contemperamento tra lucro e interesse pubblico. Difatti, la tutela dell'interesse pubblico deriverebbe direttamente dalla costituzione, segnatamente dagli articoli 97 e 98 i quali «configurano un'Amministrazione efficientemente ed imparzialmente al servizio della Nazione», in particolar modo dalla versione riformata dell'art. 97 Cost., secondo cui «le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico», al fine di salvaguardare l'equilibrio della finanza pubblica, da intendersi nella sua totalità.

A conferma della centralità dello scopo di lucro, la medesima dottrina, ha fatto riferimento all'art. 90, co. 17, l. n. 289/2002, a norma del quale è possibile costituire una società sportiva di capitali «secondo le disposizioni vigenti, ad eccezione di quelle che prevedono le finalità di lucro». Tale puntualizzazione è stata considerata come una deroga espressa alla regola generale che contemplerebbe il fine di lucro quale elemento imprescindibile delle società.

A rafforzare la posizione del fine di lucro, occorre ricordare la riforma del diritto societario del 2003 con la quale è stato valorizzato il carattere imprenditoriale delle società. A tal proposito, la legge delega n. 366/2001, all'art. 2, nel definire i principi generali in materia di società di capitali ha stabilito che

⁸⁴ F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2014.

la riforma del sistema delle società di capitali si sarebbe dovuta ispirare ai seguenti principi generali: si legge alla lettera b), «valorizzare il carattere imprenditoriale delle società e definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali». In ossequio a tale delega, il legislatore ha introdotto l'art. 2497 c.c., a norma del quale «le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale...».

Inoltre, l'art. 2380 bis⁸⁵ rafforza l'inammissibilità di un fine diverso da quello lucrativo, tanto da considerare addirittura nullo un accordo che imponga agli amministratori il perseguimento di un fine diverso da quello stabilito dall'oggetto sociale⁸⁶.

Non sono mancate le disposizioni che hanno spinto verso l'affermazione della natura privatistica, ma su tutte occorre menzionare l'art. 4, co. 13, secondo periodo, del decreto legge n. 95 del 2012, a norma del quale «le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente

⁸⁵ «La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale».

⁸⁶ App. roma 24 gennaio 1991

stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali», definita come una «norma di chiusura»⁸⁷. Nei lavori parlamentari, si legge che «la previsione pare voler imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva “entificazione” pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione»⁸⁸.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, la Cassazione ha affermato che «la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possenga in tutto o in parte, le azioni»⁸⁹. Per tale ragione, «in ossequio ad un principio comune a tutti gli enti dotati di personalità giuridica, la società si configura come un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto, sia rispetto a coloro che, di volta in volta, ne impersonano gli organi sia rispetto ai soci, ed è titolare di un proprio patrimonio, riferibile ad essa sola e non a chi ne detenga le azioni o le quote di partecipazione»⁹⁰.

⁸⁷ Regione siciliana, circolare 29 agosto 2012, prot. n. 5444, Questioni applicative nell'ordinamento regionale dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135. In questa circolare, la norma è stata definita come «una norma di chiusura» che «dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie».

⁸⁸ Dossier del Servizio studi del Senato, n. 382 del luglio 2012, 39.

⁸⁹ Cass. civ., Sez. Un., n. 7799/2005; Cass. civ. Sez. Un., 17287/2006.

⁹⁰ Cassazione 26823/2013

3.1 Governance: potere di nomina

Con riferimento agli interessi pubblici e privati in gioco, anche con riferimento ai poteri di nomina degli amministratori si sono delineati due orientamenti⁹¹. Da un lato, le teoriche finalistiche che attribuiscono carattere autoritativo agli atti di nomina e di revoca, assimilandoli al provvedimento amministrativo⁹², tanto da permettere la disapplicazione delle disposizioni sul conflitto di interessi del socio, nonché la sottrazione alle tradizionali competenze assembleari⁹³, in ragione della prevalenza dell'interesse pubblico all'interno della società, con l'amministratore che era considerato come un

⁹¹ Vi è anche un ulteriore orientamento c.d. "della preposizione organica" che "individua nell'art. 2449 una fattispecie complessa in cui, all'atto di nomina, che costituisce il rapporto di tipo pubblicistico, si intreccia una fattispecie di natura negoziale, la quale rileva ai fini dell'imputazione della nomina alla società: il momento pubblicistico di preposizione allo svolgimento di un compito e il momento privatistico dell'investitura nell'ufficio di amministratore sarebbero in tal modo strettamente connessi e correlati" (R. URSI, *Le società, op. cit.*, p. 182). Si veda, inoltre, V. SALAFIA, *Gli amministratori ed i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Le società*, 2001, p. 775.

⁹² Cfr. V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, p. 115 ss.; G. VERUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, vol. II, p. 35 ss.; G. MARTINI, *Aspetti pubblicistici della nomina extra-assembleare di amministratori e sindaci nelle imprese cooperative*, in *Giur. It.*, 1968, vol. IV, p. 274 ss.; F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967.

Anche L. MENGONI, *Sul concetto di società a partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 177. Si veda anche F.A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 271 ss.

⁹³ Si veda M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Quaderni-Giornale di diritto amministrativo*, Milano, 2001, pp. 132-133.

soggetto “preposto all’esercizio di un compito pubblico”⁹⁴ e titolare di un interesse legittimo⁹⁵. Si tratta di un orientamento risalente al periodo in cui il contesto storico era caratterizzato da un massiccio intervento pubblico nell’economia, con una notevole connotazione pubblicistica del regime giuridico applicabile alle società a partecipazione pubblica.

Sul superamento di tale orientamento hanno inciso due eventi: le privatizzazioni degli anni Novanta e la Riforma societaria del 2003. In particolare, quest’ultima ha attribuito anche ai titolari di strumenti finanziari la possibilità di riservare la nomina di un membro degli organi di gestione o di controllo. Così facendo, il potere di nomina pubblica è stato svuotato del significato originario⁹⁶. Di conseguenza, non è più possibile parlare di autoritatività dell’atto di nomina in quanto, oggi, non vi è più alcun appiglio normativo. L’art. 2449 del codice civile, difatti, non è una fonte diretta del potere di nomina, ma permette allo statuto di prevedere tale potestà in capo all’ente pubblico, rimettendo tale attribuzione alla volontà delle parti.

⁹⁴ V. OTTAVIANO, *Sull’impiego*, op. cit., p. 160.

⁹⁵ Cons. Giust. Amm., 18 gennaio 1964, n. 69, in *Foro amm.*, 1964, vol. I, tomo 2, p. 114.

⁹⁶ Cfr G. SALA, *Il regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell’ambito del diritto all’amministrazione (della cosa) pubblica*, in V. DOMENICHELLI, G. SALA, *Servizi pubblici e società private, quali regole?*, PADOVA, 2007, p. 64.

L'approccio privastistico, invece, è stato seguito principalmente dalla dottrina giuscommercialistica, seguito anche dalla giurisprudenza amministrativa⁹⁷.

3.2 Azione di responsabilità

«Le società pubbliche: il difficile equilibrio fra giurisdizioni». Era il titolo di un convegno di qualche anno fa. Tale equilibrio *instabile* è legato ad una caratteristica essenziale delle società a partecipazione pubblica: il conferimento di risorse pubbliche da parte dell'ente socio in un soggetto di natura privata. A ciò si aggiunga, l'aumento esponenziale degli organismi partecipati che ha portato ad un ampliamento della giurisdizione contabile passando da una giurisdizione «ancorata al presupposto organico della sussistenza di un vero e proprio rapporto di impiego [...] a una giurisdizione correlata al

⁹⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, p. 3020 con nota di M. SPINOZZI, *La revoca degli amministratori di società mista: problemi di giurisdizione*; Nella giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali, si vedano TAR Veneto, Sez. I, 15 aprile 2008, n. 968, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 966; TAR Campania, Napoli, 10 marzo 2008, n. 1184, *ibid.*, p. 782; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 18 dicembre 2006, n. 1983, *ivi*, 2006, p. 4043; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, 21 settembre 2005, n. 1920, *ivi*, 2005, p. 3010; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 14 gennaio 2004 n. 195, in *Comuni d'Italia*, 2004, p. 118; T.A.R. Veneto, Sez. I, 4 aprile 2002, n. 1234, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 1203; TAR Liguria, Sez. II, 13 maggio 2004, n. 754.

presupposto funzionale della riscontrabilità di un rapporto di servizio»⁹⁸.

L'incertezza sulla natura delle società a partecipazione pubblica ha creato un difficile equilibrio tra le giurisdizioni.

Il ripartito di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, è stato al centro di un continuo dibattito tra Consulta, Corte di Cassazione e magistratura contabile con pronunce non sempre coerenti tra loro, frutto di non identici approcci interpretativi. La ragione principale era rappresentata da una non univoca interpretazione delle disposizioni costituzionali in materia di competenze della magistratura contabile. I dubbi erano legati alla natura precettiva dell'art. 103, co. 2, a norma del quale alla Corte dei Conti era attribuita la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

Nel 1969, con la sentenza n. 363, le sezioni unite della Corte di Cassazione si sono soffermate sul riparto di giurisdizione facendo delle distinzioni tra enti pubblici economici ed enti pubblici non economici. Hanno riconosciuto la natura precettiva dell'art. 103 Cost. e la conseguente competenza dei magistrati contabili in presenza di due elementi: soggettivo, relativo alla natura pubblica del soggetto al quale l'agente sia legato da un rapporto di impiego o di servizio; oggettivo, relativo alla natura pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione. Per tale

⁹⁸ D. MORGANTE, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica nel testo unico*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (cur.), *Le società Pubbliche, Tomo Due*, pp. 605 ss.

ragione, affinché il procuratore contabile potesse esercitare la sua azione era necessario che l'amministrazione e l'agente fossero legati da un rapporto di impiego o di servizio e, inoltre, che la condotta avesse cagionato un danno erariale.

Successivamente, con l'ordinanza n. 1282/1982, la Cassazione ha aggiunto un ulteriore elemento teso a restringere ulteriormente quanto affermato nella precedente decisione. Era necessario che l'atto fosse stato commesso nell'esercizio di un'attività amministrativa, in ragione della incompatibilità tra responsabilità amministrativa e attività imprenditoriale in ragione del fatto che gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di carattere pubblico, svolgono la propria attività in ossequio ai canoni privatistici.

Il cambio di rotta si ebbe nei primi anni del 2000, quando la Cassazione a Sezioni Unite adottò la sentenza n. 19667/2003, anche in ragione dei processi di privatizzazione che non hanno ristretto l'ambito di competenza della Corte dei conti, anche in ragione dell'aver reso labile «la distinzione tra enti pubblici non economici ed enti pubblici economici nel contempo non del tutto coerenti i criteri di riparto di cui al consolidato orientamento giurisprudenziale».

L'epilogo della fase espansiva si è avuto con la sentenza n. 4511 del 2006, con cui i giudici di legittimità hanno delineato il discrimine tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in tema di danno erariale, affermando che «che ormai il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un

privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicché ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla Pubblica Amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguito, egli realizza un danno per l'ente pubblico (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al Giudice contabile».

Nel 2009 inaugura la fase recessiva con cui circoscrive la giurisdizione della Corte dei conti al danno all'immagine affermando che «nell'attuale disciplina della società azionaria - ed in misura ancor maggiore in quella della società a responsabilità limitata - l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, in caso di *mala gestio* imputabile agli organi della società, non è più monopolio dell'assemblea e non è più, quindi, unicamente rimessa alla discrezionalità della maggioranza dei soci. Una minoranza qualificata dei partecipanti alla società azionaria (art. 2393-bis c.c.) ed addirittura ciascun singolo socio della società a responsabilità limitata (art. 2476, terzo comma, c.c.) sono infatti legittimati ad esercitare tale azione (anche nel proprio interesse, ma a beneficio della società) eventualmente sopperendo all'inerzia della maggioranza. Ne consegue che, trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico

è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione. Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei conti».

Con la sentenza n. 26283 del 2013 la Corte di Cassazione ha riconosciuto la giurisdizione contabile nel caso dell'azione diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni inferti al patrimonio di una società *in house*. La Corte ha ribadito che si «configura come un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto, sia rispetto a coloro che, di volta in volta, ne impersonano gli organi sia rispetto ai soci, ed è titolare di un proprio patrimonio, riferibile ad essa sola e non a chi ne detenga le azioni o le quote di partecipazione» e, di conseguenza, «il danno cagionato dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti: perché non implica alcun

danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nel patrimonio sociale medesimo». Affinché tali principi possano valere è necessario che si tratti di società in house, a nulla valendo il fatto che si tratti di una società a totale partecipazione pubblica.

La legge delega prevedeva un espresso invito a chiarire i profili relativi al riparto di giurisdizione. A norma dell'art. 18, co. 1, lett. c), prevede tra i principi e criteri direttivi la «precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate». L'art. 12 del testo unico ha recepito il percorso giurisprudenziale delineato con la sentenza del 2009 e che ha sancito il principio generale della soggezione al regime ordinario civilistico degli esponenti aziendali, sia di amministrazione che di controllo.

Si tratta:

- dell'azione sociale di responsabilità: "in relazione al solo danno c.d. 'diretto' al patrimonio e alla redditività della società, esercitata dagli organi societari (2393) ovvero da una minoranza cd 'qualificata' di soci (2393 bis) ovvero degli organi delle procedure concorsuali (2394 bis);

- dell'azione individuale di responsabilità del socio e del terzo: "spettante al socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi" (2395).

Per quanto riguarda, invece, il danno erariale cagionato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*, la giurisdizione è attribuita alla Corte dei conti. L'art. 12, co. 2, definisce il danno erariale come «il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

CAPITOLO 2

EVOLUZIONE NORMATIVA: DALLA LEGGE MONTEMARTINI AL TESTO UNICO SULLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

SOMMARIO: 1. La fase della municipalizzazione. – 2. L'apertura alla società per azioni: tra i giudici e il legislatore. – 3. Gli interventi degli anni 2000: parola d'ordine razionalizzazione. – 4. Il Decreto Bersani. – 5. Finanziaria per il 2008: art. 3 commi 27-32. – 6. La razionalizzazione. – 7. Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica.

1. La fase della municipalizzazione

L'avvento dello Stato pluriclasse, con la legge elettorale n. 999 del 24 settembre 1882, che comportò un'estensione della rappresentanza politica a favore di nuove classi sociali, alle cui esigenze occorreva dare una risposta, e le migrazioni verso i centri urbani⁹⁹, hanno favorito l'affermarsi del movimento municipalista caratterizzato dalla trasversalità politica, in ragione del fatto che socialisti, cattolici e liberali, ritenevano che fosse necessario il superamento del sistema monopolistico privato a favore di un regime di libera concorrenza. Fino ad allora, i Comuni concedevano indiscriminatamente ai privati la gestione

⁹⁹ G. SPAGNOLLI, *Municipalizzazione e progresso sociale*, in *Corr. amm.*, 1963, 433.

dei servizi pubblici¹⁰⁰, non potendo sostenere con le finanze comunali gli investimenti necessari¹⁰¹.

L'impossibilità di conciliare le esigenze di massimizzazione del profitto dell'imprenditore privato con l'interesse pubblico della fruizione dei servizi di pubblica utilità comportò la c.d. municipalizzazione, da Montemartini definita come «una produzione diretta i cui costi sono sopportati dalla municipalità, e che ha per iscopo di ottenere prodotti ad un prezzo unitario minore di quello che si potrebbe avere se si ricorresse a privati produttori»¹⁰².

In tale contesto storico, fu l'allora ministro Giolitti a presentare il primo disegno di legge in materia di servizi pubblici locali¹⁰³, che ebbe maggior fortuna rispetto alla Commissione Lucchini, istituita durante il Governo Pelloux, nel 1898. Il 29 marzo 1903 venne approvata la legge n. 103 ("Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e costituzione ed

¹⁰⁰ Ciò avveniva mediante concessioni ai privati. Per un approfondimento, si veda: F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, F. ROVERSI MONACO (cur.), Rimini, 1988, p. 25; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 261.

¹⁰¹ Tra gli investitori vi erano anche società straniere. I francesi investirono, inizialmente, nell'illuminazione di Torino, Venezia e Genova. Successivamente, a seguito dell'Unità d'Italia, controllavano l'illuminazione a gas di quasi tutte le città del Nord, nonché di Napoli e Palermo.

¹⁰² G. MONTEMARTINI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Società editrice libraria, Milano 1902, p. 49.

¹⁰³ Prima della Legge Montemartini, la legislazione era eterogenea. Per i Comuni, la realizzazione e la manutenzione delle strade erano obbligatorie; inoltre, era necessario garantire un intervento diretto per quei servizi connessi alla salute pubblica, come i trasporti pubblici, i macelli e i mercati all'ingrosso. Quanto alle ferrovie e alle tramvie, invece, era vietata la gestione diretta da parte dei Comuni.

amministrazione delle aziende speciali”)¹⁰⁴, al fine di fornire «una risposta efficace alla crescente intensificazione della vita urbana, legata non solo al progressivo ingrandimento della città, ma alla moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorreva dare riscontro con mezzi sociali»¹⁰⁵.

I principali obiettivi della legge erano: l'eliminazione degli effetti negativi legati all'erogazione di servizi pubblici in regime monopolistico da parte del concessionario privato¹⁰⁶; la gestione

¹⁰⁴ La legge n. 103/1903 è rimasta in vigore fino a qualche anno fa. È stata abrogata dall'art. 24 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112. Per un approfondimento, si veda U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, Milano, 1909; C. MARCHESE, I. MAGNANI, *Giovanni Montemartini e le origini della municipalizzazione, Relazione al Seminario organizzato dall'Università di Pavia e dall'Istituto Socialista di Studi Storici di Firenze su «I Montemartini»*, Pavia, 15 dicembre 1984.

¹⁰⁵ Relazione al Parlamento. Non mancarono le critiche da parte della Commissione della Camera dei Deputati: «nelle aziende municipalizzate farà difetto l'elemento tecnico, se non nella direzione, certamente negli uffici di controllo; abbondierà, invece, l'intrusione dei policastri, degli arruffoni, dei cercatori di impieghi, che, famelici, si butteranno addosso ai nuovi istituti, cercando di trasfondere tutti i germi malefici onde è inquinato, così spesso, il torbido sottosuolo della vita locale. Si moltiplicheranno gli impiegati e i salariati, che saranno molesti, non solo per il loro grande numero, non necessario, ma, peggio, per l'indole loro: elettori tutti, e pretenziosi, e magnificanti la propria supposta qualità di pubblici funzionari, aspireranno a continue promozioni, e premeranno sul municipio, col peso della loro organizzazione, volta a privato tornaconto e, per ciò stesso, a pubblico nocumento».

¹⁰⁶ Sul punto, era forte la preoccupazione del legislatore, come emerge dalla relazione del Ministro Giolitti al disegno di legge: «da una parte invero i comuni, preoccupati dei crescenti oneri finanziari e al tempo stesso naturali tutori degli interessi dei cittadini, insistevano e lottavano per conseguire riduzioni di prezzi ed agevolatezze che i concessionari erano restii ad accordare, e dall'altra si notava sempre più larghezza nei profitti che codesti servizi assicuravano agli esercenti, soprattutto alle imprese concessionarie della illuminazione a gas e di acquedotti, più recentemente agli esercenti di omnibus e tranvie». Il testo è citato da R. CAVALLO PERIN, *Art. 114, Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006.

diretta dei servizi pubblici mediante le aziende speciali¹⁰⁷ prive di personalità giuridica¹⁰⁸; la maggior responsabilizzazione dei Comuni nella valutazione della convenienza economica dell'affidamento diretto di un servizio pubblico, nonché nel controllo sull'andamento della gestione. Caratteristica peculiare della legge n. 103/1903 era la previsione di una consultazione popolare ai fini della decisione relativa all'assunzione diretta del servizio¹⁰⁹, sulla scorta di quanto avveniva già a Minneapolis e

¹⁰⁷ Si tratta di enti pubblici economici che svolgono attività di rilevanza commerciale per il conseguimento delle finalità istituzionali dell'ente locale. Per un approfondimento, si veda: M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, pp. 621 ss.

Per quanto riguarda l'inquadramento del concetto di azienda da un punto di vista pubblicistico, si veda Treves, il quale sottolinea le differenze rispetto al diritto privato affermando che “...il fine dell'azienda non è qui necessariamente quello della produzione di beni o servizi, come nell'impresa in senso giuridico, ma è più ampio. Si possono avere anche aziende dello Stato, della regione, della provincia, del comune, come del resto della famiglia, pur non essendo questi sorti per l'esercizio di un'attività imprenditoriale. Vi sono quindi aziende di erogazione, accanto a quelle di produzione o imprese.” (G. TREVES, *Azienda (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959).

¹⁰⁸ Si veda M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953.

¹⁰⁹ “In seguito al parere favorevole della commissione la deliberazione del Consiglio Comunale è sottoposta al voto degli elettori del Comune convocati con manifesto della giunta municipale, da pubblicarsi 15 giorni prima della convocazione stessa. L'elettore vota pel sì o pel no sulla questione dell'assunzione diretta del servizio. Nel caso di risultato contrario alla deliberazione del consiglio comunale, la proposta di assunzione diretta del servizio non può essere ripresentata se non dopo tre anni salvo che un quarto almeno degli elettori iscritti ne faccia richiesta nelle forme prescritte dal regolamento; ma anche in questo caso non dovrà essere trascorso meno di un anno dall'avvenuta votazione” (art. 13).

San Francisco, sebbene con riferimento alle concessioni a favore di imprese private¹¹⁰.

La Legge Montemartini non forniva una definizione di servizio pubblico, ma si limitava ad enumerare, all'art. 1, un elenco, manifestamente esemplificativo e non tassativo, di servizi pubblici che i Comuni potevano erogare mediante azienda speciale: costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; impianto ed esercizio di farmacie; nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; costruzione ed esercizio di molini e di forni normali; costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; fabbrica e vendita del ghiaccio; costruzione ed esercizio di asili notturni; impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni; produzione distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi; pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone

¹¹⁰ G. MONTEMARTINI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, op. cit., p. 316.

sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità; essiccatoi di granturco e relativi depositi; stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivaia di viti ed altre piante arboree e fruttifere¹¹¹.

A distanza di circa venti anni dal primo intervento, il legislatore è intervenuto nuovamente, dapprima col r.d. n. 3047/1923 e, successivamente col r.d. n. 2578/1925. Col primo intervento ha esteso anche alle province l'assunzione di alcuni pubblici servizi, ma ciò ebbe poco successo per via delle scarse risorse finanziarie a disposizione. Nel 1925, invece, fu emanato il Testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province che, per decenni, ha rappresentato la disciplina fondamentale in materia di servizi pubblici locali.

Come per la Legge Montemartini, l'elenco delle materie non era tassativo¹¹² e, mediante delibera del consiglio comunale, era possibile municipalizzare altri servizi. Tra quelli non

¹¹¹ Le competenze relative agli essiccatoi e ai depositi di granturco erano finalizzate alla lotta contro la pellagra, mentre quella relativa agli asili notturni serviva ad alleviare il pauperismo.

¹¹² Nell'art. 1, r.d. n. 2578/1925, erano indicati i seguenti servizi: costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; costruzione ed esercizio di asili notturni; stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivaia di viti ed altre piante arboree e fruttifere.

espressamente elencati, ma che erano, solitamente, gestiti dai comuni vi era quello dell'istruzione elementare e secondaria.

I servizi potevano essere gestiti direttamente (in economia¹¹³; azienda speciale) ovvero dati in concessione ai privati.

2. L'apertura alla società per azioni: tra i giudici e il legislatore

Tra le modalità di gestione previste dal Testo unico del 1925 non era contemplata la società per azioni. Inizialmente, i giudici amministrativi si sono opposti ad una interpretazione estensiva della disciplina, in quanto il ricorso a tale società, caratterizzata dal fine di lucro, per la gestione di un servizio pubblico non era adatto al perseguimento di «fini pubblici per i quali la legge pone a disposizione degli interessati solo mezzi di diritto pubblico»¹¹⁴. In realtà, a ben vedere, nel caso precipuo, le preoccupazioni del Consiglio di Stato erano, più che altro, di natura contabile, in quanto una società a totale partecipazione pubblica, con un solo azionista, si sarebbe trasformata in «uno strumento di comodo» nelle mani dell'ente che sarebbe diventato illimitatamente responsabile delle obbligazioni sociali.

¹¹³ Art. 15: "Sono di regola esercitati in economia i servizi di cui ai numeri 1, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 14 e 19 dell'art. 1°, nonché tutti gli altri servizi per la cui tenue importanza in rapporto a quella del comune, o perché non aventi carattere prevalentemente industriale, non sia il caso di farne assumere l'esercizio nelle forme e col procedimento stabilito per la costituzione dell'azienda speciale."

¹¹⁴ Consiglio di Stato, Sez. I, Parere 6 marzo 1956, n. 373, in Rivista amministrativa.

Col tempo, però, ci fu un'apertura da parte della giurisprudenza. Dapprima, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 2008/1978¹¹⁵ e, successivamente, il Consiglio di Stato¹¹⁶, riconobbero anche in capo ai soggetti pubblici la capacità e l'autonomia privata e, di conseguenza, la possibilità di creare degli organismi di diritto privato ai quali affidare la realizzazione dei compiti istituzionali.

Tale apertura, però, ebbe una timida battuta d'arresto. Difatti, in seno alla magistratura amministrativa, vennero a delinearsi due orientamenti¹¹⁷, uno più estensivo, l'altro più restrittivo. Quanto al primo orientamento¹¹⁸, i giudici amministrativi riconobbero il carattere generale della capacità degli enti pubblici, tra cui anche i Comuni, che, attesa la pienezza di tale capacità, erano legittimati a ricorrere a tutti i mezzi possibili per raggiungere i propri scopi istituzionali, anche mediante la costituzione di una società per azioni, purché vi fossero ragioni di pubblico interesse, nonché un nesso tra l'attività della società e le esigenze collettive. L'orientamento restrittivo, invece, riconosceva la possibilità di costituzione della società per azioni, «salvi i limiti preordinati – anche in relazione

¹¹⁵ Per un approfondimento si veda A. ROSSI, *Questioni in tema di partecipazione dei Comuni ad una società per azioni*.

¹¹⁶ *Ex multis*, CdS, sez. V, 14 febbraio 1988, n.818; CdS, sez. VI, 25 maggio 1979, n. 384.

¹¹⁷ Per un approfondimento, tra i favorevoli in dottrina si veda: F.A. ROVERSI MONACO, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. Soc.*, 1973, 7989; M. MAZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987; M. CAMMELLI, *Le gestioni comunali. L'azionariato pubblico*, in *Atti convegno Provincia Sicilia*, Catania 1988, 71.

¹¹⁸ Cds 818/1988, 374/1990

alla scelta dei soci – ad evitare la violazione o l’elusione dei procedimenti amministrativi e dei vincoli posti agli enti pubblici a garanzia della trasparenza dell’azione amministrativa, fra cui principalmente il divieto di riserva per la concessione dei beni, appalto di servizi o di opere pubbliche, per il cui espletamento devono essere utilizzate ordinarie procedure»¹¹⁹.

Il 1990 segna il mutamento di prospettiva nell’ambito dei servizi pubblici locali e il ruolo dello Stato nell’economia cambia prospettiva assumendo le sembianze del regolatore dei processi economici interessato ad un risparmio di spesa pubblica e, al contempo, ad una maggior efficienza nell’erogazione delle public utilities secondo le dinamiche dell’economia di mercato. Il punto di partenza è rappresentato dalla legge n. 142/1990¹²⁰ che, per la prima volta, al fine di colmare un vuoto normativo¹²¹ ha espressamente¹²² previsto la possibilità, da parte degli enti locali, di detenere partecipazioni societarie¹²³, così traducendo in

¹¹⁹ TAR Puglia, Sez. I, 16 dicembre 1989, n. 581; Consiglio di Stato, Sez. I, Parere n. 130/1985.

¹²⁰ Per un approfondimento, si veda: C. MIGNONE, P. VIPIANA, P.M. VIPIANA, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, UTET, 1993, pp. 169 ss.; G. CAIA, *Art. 22-23, legge 8 giugno 1990, n. 142*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (cur.), *Commentario della Costituzione. Art. 128 Supplemento*, Bologna, Zanichelli, 1996, pp. 263 ss.

¹²¹ Circolare Ministero dell’Interno del 7 giugno 1990, n. 17102/127/1.

¹²² Il ricorso alle formule gestionali privatistiche, nel silenzio della legge, era già stato implementato da molti anni da molti Comuni che avevano costituito ovvero acquisito partecipazioni delle società per azioni che gestivano i servizi pubblici. Ciò è avvenuto essenzialmente per quattro ragioni, secondo Mazzarelli. Le più antica società con partecipazione pubblica locale è stata la Autoservizi Perugia spa (23 maggio 1907).

¹²³ Per avere contezza della situazione di quel periodo, si veda Corte dei Conti, Sezione enti locali, Referto speciale sulle società per azioni a capitale pubblico locale,

norma la fase storica delle privatizzazioni¹²⁴, favorita dagli impulsi comunitari dell'epoca volti alla creazione del mercato unico basato sulla libera concorrenza¹²⁵, e dando il via alla c.d. aziendalizzazione della pubblica amministrazione.

L'art. 22 schematizza le forme di gestione previste dalla legge sull'ordinamento degli enti locali erano le seguenti:

- gestione in economia: quando le caratteristiche del servizio permettevano la sua erogazione mediante il semplice ausilio degli uffici amministrativi;
- concessione a terzi: nel caso in cui l'erogazione del servizio richiedesse attrezzature, professionalità o risorse economiche che l'ente non era in grado di garantire;
- azienda speciale;
- istituzione: per l'erogazione di servizi sociali che non fossero a rilevanza imprenditoriale;
- società per azioni a prevalente capitale pubblico: nel caso in cui per l'erogazione del servizio fosse necessaria la presenza anche di un soggetto privato.

deliberazione n. 80/1991, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1992. Inoltre, G. MOLINAS, *Indagine ricognitiva sulle S.p.a. costituite prima e dopo la legge 8 giugno 1990, n. 142*, in AA.VV., *La S.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, Maggioli, Cispel, 1995, pp. 93 ss.

¹²⁴ L'avvio dei processi di privatizzazione si è avuto col decreto legge n. 133/1992 recante «Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica», convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359/1992, con cui alcuni enti pubblici economici sono stati trasformati in società (tra questi, Ferrovie dello Stato e Poste).

¹²⁵ In particolare, si veda il Libro bianco del 1986.

La vera novità era rappresentata dalla società per azioni¹²⁶, per la quale il legislatore ha previsto delle limitazioni:

- prevalenza del capitale pubblico, anche da parte di più enti pubblici;
- necessaria compresenza di più soggetti;
- svolgimento di attività tese perseguire i fini istituzionali dell'ente.

Tale disciplina aveva, però, due limiti. Uno era rappresentato dal fatto che non consentisse la sottoscrizione della quota di maggioranza del capitale, l'altro dall'inadeguatezza dello strumento della società per azioni per la gestione di quei servizi di modeste dimensioni. Successivamente, il primo limite è stato superato con art. 12, l. 398/1992, che ha inserito tra le modalità di gestione anche la partecipazione pubblica minoritaria. L'art. 117, co. 58, della legge n. 127/1997 ha introdotto anche le società a responsabilità limitata tra le modalità di gestione.

3. Gli interventi degli anni 2000: parola d'ordine razionalizzazione

Col decreto legislativo n. 267/2000 (TUEL: Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali), il legislatore ha

¹²⁶ Con la Legge n. 498/1992, è stata introdotta la possibilità, per Comuni e Province, di istituire società per azioni senza vincolo di proprietà maggioritaria per l'esercizio di servizi pubblici, nonché per la realizzazione delle opere necessarie per l'erogazione del servizio.

codificato la stratificazione normativa formatasi negli anni, ribadendo che i Comuni e le Province godono di “autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica” (art. 3). Le forme di gestione previste dall’art. 22 della l. n. 142/90 sono state trasfuse negli artt. 112 e 113 TUEL.

La Finanziaria per il 2002, ha provveduto ad avviare un processo di liberalizzazione e privatizzazione del settore delle *utilities* mediante una modifica dell’art. 113 e l’introduzione dell’art. 113 bis. Il primo volto a disciplinare i servizi a rilevanza industriale, il secondo i servizi privi di rilevanza industriale¹²⁷.

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

Il *corpus* normativo stratificatosi negli anni ha subito un’inversione di rotta nel 2006 col decreto Bersani (d.l. n.

¹²⁷ Questi servizi potevano essere affidati alle istituzioni, alle aziende speciali, anche consortili, alle società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali. In aggiunta, era prevista anche la gestione in economia.

223/2006)¹²⁸. Fino ad allora, gli interventi legislativi erano volti a favorire la gestione dei servizi pubblici locali mediante l'uso dello strumento societario, in quanto ritenuto il più idoneo per acquisire risorse finanziarie e garantire la trasparenza. Con l'art. 13 del d.l. n. 223/2006, il legislatore ha iniziato a porre dei limiti all'azione delle società strumentali circoscrivendola all'esercizio delle attività svolte in via esclusiva nei confronti degli enti costituenti o partecipanti¹²⁹, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato. Successivamente, l'art. 3, comma 27, della l. n. 244/2007 (Legge Finanziaria 2008)

¹²⁸ Secondo Assonime, al momento dell'approvazione del decreto Bersani, le partecipazioni dirette e indirette detenute dallo Stato riguardavano circa 400 società, mentre le società partecipate da enti locali erano 4874 (Rapporto Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, in www.emagazine.assonime.it, settembre 2008).

¹²⁹ Per approfondimenti, si vedano: B. CARAVITA DI TORITTO, *È veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani?*, in www.federalismi.it; G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, 2009; M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2009, n. 10, p. 1115; S. MUSOLINO, *L'art. 13 del decreto Bersani: quale futuro per il modello società mista?*, in *Urb e app.*, 2007, p. 1515; A. VIGNERI, *Sulla nozione di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali. Le prime sentenze sull'art. 13 d.l. Bersani*, in www.astrid.it; S. ROSTAGNO, *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ovvero della deriva dell'interpretazione dell'art. 13 del d.l. Bersani lontano ai principi del Trattato UE e dai modelli comunitari di collaborazione tra pubblico e privato*, in www.giustamm.it; M. MENSI, *Le società strumentali: alcune riflessioni sull'art. 13 della legge Bersani*, in C. FRANCHINI, F. TEDESCHINI (cur.), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009; *contra*, I. PAGANI, *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del Decreto Bersani*, in *Urb. e app.*, 2008, n. 9, pp. 1173-1178.

ha introdotto un'ulteriore limitazione prevedendo la legittimità delle sole società produttrici di beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali¹³⁰; l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, invece, ha limitato la costituzione e la detenzione di partecipazioni utilizzando il criterio dell'estensione demografica¹³¹; con l'art. 4, comma 1, del d.l. n.

¹³⁰ Un comune ha chiesto un parere alla Corte dei Conti della Lombardia (n. 385/2015) in merito alla possibilità per una società a partecipazione totalmente pubblica di partecipare ad una gara per la gestione di un'attività commerciale/artigianale per la produzione e la vendita di gelati artigianali specificando che, al momento, la suddetta società gestisce, mediante contratto di servizio, la Farmacia comunale motivando tale intenzione sulla base del fatto che nell'ordinamento non vi sia alcuna norma che vieti ai comuni e, di conseguenza, alle proprie società partecipate, di esercitare un'attività commerciale economicamente vantaggiosa. Tuttavia, la legge finanziaria per il 2008 ha previsto per le amministrazioni il divieto di costituire nuove società aventi ad oggetto la produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali". Secondo la Corte dei Conti, l'attività di produzione di gelateria artigianale sarebbe in totale contrasto con la *ratio* della normativa.

¹³¹ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 148/2009 ha stabilito che tale disposizione «presenta i caratteri di una sanzione nei confronti degli enti le cui società partecipate non presentino bilanci in utile negli ultimi tre esercizi o abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio o, ancora, abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio, per effetto delle quali il Comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. In particolare, sugli enti "non virtuosi" (nel senso prima precisato) incombe l'obbligo di mettere in liquidazione le società già costituite al momento dell'entrata in vigore del d.l. n. 78 del 2010, obbligo che non sussiste per gli enti le cui società siano "virtuose" (sempre nel senso già precisato). Il divieto di costituire nuove società opera invece nei confronti di tutti gli enti (senza distinzione tra "virtuosi" e non) con popolazione inferiore a 30.000 abitanti. Tale divieto risponde all'esigenza di evitare eccessivi indebitamenti da parte di enti le cui piccole dimensioni non consentono un ritorno economico in grado di compensare le eventuali perdite subite. È chiaro quindi l'intento di assicurare un contenimento della spesa, non precludendo, in linea di principio, neanche agli enti con popolazione inferiore a 30.000 abitanti la possibilità di

95/2012¹³², il legislatore ha adottato il criterio del fatturato imponendo alternativamente lo scioglimento delle società ovvero l'alienazione delle partecipazioni, entro una certa data, in caso di fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% (per l'anno 2011).

4. *Il Decreto Bersani*

L'art. 13 del Decreto Bersani¹³³, recante "Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza", abrogato dal testo unico sulle società partecipate, stabiliva che "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la

mantenere in esercizio le società già costituite. Se questa è la finalità, lo strumento utilizzato dal legislatore statale per perseguirla è una norma che incide in modo permanente sul diritto societario, escludendo per determinati soggetti pubblici (i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti) l'idoneità a costituire società partecipate. Si tratta pertanto di una regola ricadente nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato».

¹³² G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.it, pp. 60 ss.; F. GOISIS, *Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche: l'art. 4, co. 13., d.l. n. 95 del 2012*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1/2014.

¹³³ A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, 742.

produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti". Inoltre, il secondo comma precisava che "le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1". È evidente la prospettiva teleologica del primo comma che contiene la formulazione dello scopo della norma; segnatamente, evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori¹³⁴.

¹³⁴ Cfr. LIPARI, Corriere merito 1/2007, il quale critica «la scelta di anteporre il risultato atteso alla descrizione del contenuto delle norme costituisce una sorta di "campanello di allarme", con cui la stessa legge richiede di fermare l'attenzione sulla genesi della disposizione, sui suoi precedenti e sulle sue motivazioni politiche». Inoltre,

Come chiarito dal giudice amministrativo, la *ratio legis* di tale disposizione «non solo [era] volta a tutelare il principio di concorrenza e di trasparenza, ma anche - e soprattutto - quello di libertà di iniziativa economica che [sarebbe risultato] gravemente turbato dalla presenza (e dalla operatività sul mercato) di soggetti che proprio per la presenza (diretta o mediata) della mano pubblica finiscono in sostanza con l'eludere il rischio di impresa»¹³⁵

A norma dell'art. 13, comma 1, le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività¹³⁶:

«l'enunciazione perentoria di finalità e risultati attesi presenta vantaggi ed inconvenienti. Sul piano positivo, la chiarezza dell'obiettivo indicato, dovrebbe permettere anche di saggiare l'efficacia della disciplina concretamente posta in essere. Sul piano negativo, la previsione tradisce una certa preoccupazione del legislatore di "difendere" in anticipo la disposizione, evidenziandone i tratti ritenuti di maggiore spessore».

¹³⁵ Tar Lombardia 140/07.

¹³⁶ Le attività strumentali sono «quelle attività, diverse dalle funzioni e dai servizi pubblici in senso proprio, che abbiano natura oggettivamente economica e d'impresa e che siano svolte nei confronti degli enti costitutori o partecipanti o affidanti. In sostanza, si tratta di attività suscettibili di costituire oggetto di appalti di beni, lavori e servizi, necessarie o utili al funzionamento dell'amministrazione ed allo svolgimento dei suoi compiti, ma non direttamente soddisfattive dei suoi fini istituzionali» (M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del decreto-legge n. 223/2006*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (cur.), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 364). A tal proposito, appare utile richiamare Pototschnig secondo il quale «non ogni attività dello Stato o di un ente pubblico, la quale non sia pubblica funzione, costituisce necessariamente un pubblico servizio» (*I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, p. 417). Per una ricostruzione giurisprudenziale in

- dovevano operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non potevano svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara;
- non potevano partecipare ad altre società o enti per evitare che potessero svolgere attività non consentite, ma soprattutto evitare “[l’] alterazione o [la] distorsione della concorrenza e del mercato e [la] violazione del principio di parità degli operatori”¹³⁷;
- dovevano avere un oggetto sociale esclusivo, da non intendersi come divieto di costituzione di *multiutilities*¹³⁸, in quanto ciò avrebbe contrastato con i principi di efficienza, efficacia ed economicità poiché avrebbe spinto un singolo soggetto pubblico alla costituzione di una pluralità di società caratterizzate dallo svolgimento di una sola attività economica. Si trattava di un rafforzamento della regola dello svolgimento delle attività in via esclusiva a favore degli enti pubblici costituenti o partecipanti o affidanti e non di una limitazione della libertà di iniziativa economica degli enti locali.

Per una scelta del legislatore, la norma non si applicava alle società strumentali, in quanto costituite al fine di svolgere attività tese al perseguimento dei fini istituzionali dell’ente locale.

materia di servizi strumentali, si veda C. conti, Sez. contr. Campania, deliberazione n. 143/2015/PRSE.

¹³⁷ Consiglio di Stato n. 1282/2010.

¹³⁸ Parere n. 456/2007 del Consiglio di Stato.

Sull'art. 13 del d.l. n. 223/2006 è intervenuta anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 326/2008, a seguito di un ricorso in via principale promosso dalla Regione Veneto per la violazione degli articoli 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 Cost. La disposizione impugnata mirava ad evitare una distorsione impedendo a soggetti dotati di privilegi, in quanto pubblica amministrazione, di operare in mercati concorrenziali che altererebbero la parità di competizione. La «tutela della concorrenza», in ossequio alla ripartizione delle competenze di cui all'art. 117 Cost., è una materia di competenza esclusiva statale che permette allo Stato di adottare delle disposizioni anche analitiche che influiscono sulle competenze legislative regionali purché siano proporzionate al fine della tutela della concorrenza¹³⁹.

Nel caso precipuo, la Consulta ha considerato non irragionevoli né sproporzionate le disposizioni volte a rafforzare il principio dell'esclusività, nonché le disposizioni che vietano la detenzione di partecipazioni in altre società per evitare che possano svolgere indirettamente delle attività che sono precluse dalla legge, visto che le società strumentali svolgono attività amministrativa in forma privatistica.

¹³⁹ Per un approfondimento, in dottrina, si veda: F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, 313; M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo (voce)*, M.P. CHITI, G. GRECO (cur.), Parte speciale, Tomo II, Milano, 2007.

5. Finanziaria per il 2008: art. 3 commi 27-32

Con la Finanziaria per il 2008 il legislatore ha inteso limitare ulteriormente la costituzione di società a partecipazione pubblica ponendo dei divieti in relazione alla missione istituzionale dell'amministrazione pubblica allo scopo «di evitare forme di abuso che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica», con la puntualizzazione che «la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica è e rimane uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività»¹⁴⁰. In altre parole, il legislatore ha provveduto a positivizzare i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità¹⁴¹ (art. 97 Cost.) che guidano l'amministrazione pubblica nella propria azione diretta alla cura degli interessi della collettività.

L'art. 3, commi da 27 a 29, della legge n. 244 del 2007 dispone che, «al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni [...] non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o

¹⁴⁰ Relazione governativa al disegno di legge.

¹⁴¹ G. CORSO, *La Costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 124; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, 1 ss; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte" delle amministrazioni nell'ambito delle proprie competenze (c. 27); inoltre, delinea le modalità per l'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento di quelle già possedute, in caso di sussistenza dei presupposti del comma precedente (c. 28) e della dismissione delle partecipazioni detenute in contrasto a quanto disposto dal comma 27 (c. 29).

Come sottolineato, l'art. 3, comma 27, della l. n. 244/2007 (Legge Finanziaria 2008) ha introdotto una disciplina vincolistica alla costituzione di società e al mantenimento delle partecipazioni prevedendo la legittimità delle sole società produttrici di beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali; si tratta delle c.d. società strumentali¹⁴² che erogano attività rivolta agli stessi enti azionisti, con funzione di supporto alle amministrazioni pubbliche¹⁴³.

I commi 27-29 hanno superato il giudizio di legittimità costituzionale della Corte Costituzionale (sent. n. 148/2009), in quanto la puntualizzazione in merito alla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti

¹⁴² Secondo Goisis, «tale strumentalità attiene soltanto all'oggetto sociale (ossia all'attività) in cui la società è chiamata ad operare; non alla causa sociale (che rimane lucrativa). Deve cioè darsi pieno rilievo al riferimento testuale, nell'art. 3, co. 27 cit., all'oggetto (come distinto dalla causa)».

¹⁴³ Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282 e sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, oltre che, per esempio, alle Deliberazioni della Sezione n. 147/2012/PAR e n. 531/2012/PAR.

pubblici serve ribadire la *ratio* della norma che consiste nell'intenzione del legislatore di voler evitare che chi svolge attività amministrativa svolga anche attività d'impresa, così da alterare il funzionamento del mercato falsando la concorrenza potendo avvalersi di quei privilegi connessi al ruolo amministrativo¹⁴⁴.

Per quanto riguarda l'art. 4, co. 13, del d.l. n. 95/2012, a norma del quale «le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali», definita come una «norma di chiusura»¹⁴⁵.

6. La razionalizzazione

I tentativi di razionalizzazione posti in essere dal legislatore non hanno dato i risultati sperati. Per tale ragione,

¹⁴⁴ Per un approfondimento si veda G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. Cost.*, 2009, 3, 1606.

¹⁴⁵ Regione siciliana, circolare 29 agosto 2012, prot. n. 5444, Questioni applicative nell'ordinamento regionale dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135. In questa circolare, la norma è stata definita come «una norma di chiusura» che «dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie».

sono stati introdotti degli incentivi fiscali (art. 1, comma 568 bis, l. n. 147/2013), nonché l'esclusione dai vincoli del Patto di stabilità interno delle spese in conto capitale effettuate dagli Enti locali con i proventi derivanti dalla dismissione delle stesse società partecipate (art. 3-bis, comma 4-bis, d.l. n. 138/2011, inserito dall'art. 1, comma 609, lett. d) l. n. 190/2014). Con la Legge di Stabilità 2015 (art. 1, commi 609 ss., legge n. 190/2014) sono stati definiti i criteri per l'attuazione del processo di razionalizzazione da attuarsi secondo uno specifico cronoprogramma:

- avvio del processo di razionalizzazione (1 gennaio 2015);
- definizione e approvazione¹⁴⁶ di un piano operativo corredato di relazione tecnica, indicante le modalità, i

¹⁴⁶ A norma del comma 612 (art. 1, Legge di Stabilità 2015), la competenza relativa alla definizione e all'approvazione del piano di razionalizzazione spetta ai Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e di Bolzano, ai Presidenti delle Province, ai Sindaci e agli altri organi di vertice delle amministrazioni, a seconda del soggetto detentore della partecipazione. Per quanto riguarda la competenza relativa alle partecipazioni comunali, tale disposizione necessita di essere integrata con l'art. 42, lett. e) TUEL che sancisce la competenza del consiglio comunale in tema di partecipazione dell'ente locale a società di capitali. A tal proposito, l'Anci, con una nota del 23 marzo 2014, ha affermato che "un approccio prudentiale e sistemico porterebbe a ritenere che il succitato Piano può essere approvato dal Sindaco (ovvero da una deliberazione di approvazione della Giunta Comunale, in riferimento alle competenze detenute da quest'ultima sul Piano Esecutivo di Gestione) [...]. Nel caso però vi siano procedure dettagliate incidenti in maniera significativa sull'ente locale anche dopo tale invio, si dovrebbe seguire il passaggio in Consiglio Comunale, per i necessari adempimenti inerenti le competenze di tale organo, ai sensi dell'articolo 42 del TUEL [...]. Nel caso di modifiche si ritiene che le stesse potranno essere trasmesse alla Corte dei Conti regionale".

tempi di attuazione e l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire¹⁴⁷ (31 marzo 2015);

- contestuale pubblicazione del piano operativo sul sito internet dell'amministrazione procedente e trasmissione alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei Conti che valuterà la coerenza del piano stesso con le finalità richieste dalla legge (31 marzo 2015);
- conseguimento della riduzione delle partecipazioni possedute (31 dicembre 2015);
- predisposizione, da parte degli organi di vertice di ciascuna delle amministrazioni interessate, di una relazione sui risultati conseguiti e contestuale pubblicazione sul sito internet dell'amministrazione e invio alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei Conti (31 marzo 2016).

¹⁴⁷ Il piano deve contenere una descrizione sintetica del contesto di riferimento, degli obiettivi, dei risultati attesi, delle scelte relative a cessione, dismissione o liquidazione, delle tempistiche; la relazione tecnica, invece, deve permettere di poter valutare le motivazioni esposte nel piano e, quindi, deve contenere le informazioni analitiche relative all'attività svolta, alla quota di partecipazione, agli altri soci, al numero di amministratori e dipendenti, alla modalità di esercizio del controllo, alla modalità di affidamento dei servizi, all'analisi dei principali fattori di costo, al sistema di amministrazione, all'analisi comparativa delle diverse opzioni prese in considerazione. L'analiticità richiesta è proporzionale alla quota di partecipazione: sarà richiesto un livello di approfondimento molto più alto nelle partecipazioni maggioritarie rispetto alle partecipazioni minoritarie.

Tale processo è avvenuto nel rispetto dei seguenti criteri di razionalizzazione:

- eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali¹⁴⁸: si tratta di una disposizione che conferma quanto previsto dall'art. 3, comma 27, della Legge Finanziaria 2008, che mirava ad eliminare le attività economiche esercitate per interessi estranei alle finalità istituzionali dell'ente ovvero per finalità puramente imprenditoriali. La differenza è che la normativa più risalente era limitata alle partecipazioni dirette, mentre quella contenuta nella Legge di Stabilità 2015 attiene anche alle partecipazioni indirette. Inoltre, l'obbligo dismissivo non è circoscritto alle società non coerenti con le finalità istituzionali, ma si estende a quelle società che, pur rispettose del principio della funzionalizzazione, non siano indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali¹⁴⁹. Il requisito dell'indispensabilità va

¹⁴⁸ Si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 229/2013 e del Consiglio di Stato, ad. plen., n. 10/2011.

¹⁴⁹ "L'indispensabilità richiede una seria analisi in presenza di partecipazioni cosiddette polvere: simili partecipazioni, non consentendo un controllo sulla partecipata da parte del socio pubblico, non sembrerebbero coerenti con una valutazione di strategicità della partecipazione, riducendosi al rango di mero investimento in capitale di rischio. La partecipazione minima, specie in materia di pubblici servizi, potrebbe talora spiegarsi con la necessità (spesso prevista dallo stesso Statuto) di aderire al capitale sociale per fruire dei servizi erogati dal soggetto societario. Fuori da tali casi, peraltro, queste partecipazioni non possono giustificarsi neppure nell'ottica della canalizzazione delle risorse pubbliche. A tal fine, infatti, la detenzione di partecipazioni "polvere" non è necessaria (esistono altri strumenti

considerato rispetto ad altre forme organizzative ovvero rispetto alla scelta tra internalizzazione ed esternalizzazione;

- soppressione delle c.d. vuote¹⁵⁰: società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti¹⁵¹;

contrattuali per perseguire analogo risultato) né utile (non consente un'effettiva azione di controllo dall'interno). Alla luce di ciò è quindi evidente che la prima valutazione che un ente deve compiere è quella attinente la coerenza della partecipazione detenuta: solo dopo aver effettuato questa valutazione l'Ente procederà a verificare l'indispensabilità della partecipazione per il conseguimento di quei fini" (Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per il Piemonte, sent. n. 5/2016). Si veda anche la sent. n. 424/2015 della Corte dei Conti sez. Lombardia: "La disposizione non costituisce una novità, anzi riprende l'esaminata disciplina posta dall'articolo 3, commi 27-28, della legge n. 244 del 2007, peraltro espressamente richiamata, in tema di partecipazioni c.d. non essenziali. Con la nuova norma il Legislatore va oltre, imponendo la dismissione di quelle società che, pur coerenti con i fini istituzionali dell'Ente, non sono indispensabili al loro perseguimento. Il predicato dell'indispensabilità, legato alle partecipazioni coerenti con i fini istituzionali dell'ente, va dunque individuato sotto il profilo della indispensabilità dello strumento societario rispetto ad altre differenti forme organizzative o alla scelta di fondo tra internalizzazione ed esternalizzazione."

¹⁵⁰ Diversa è la società inutile, cioè quella società che "svolge semplicemente il ruolo di intermediazione fittizia tra l'ente e i suoi originari fornitori [...] e che presenta, oltre all'assenza di utili per un certo numero di esercizi, diversi indici di diseconomicità e inefficienza (senza sede, coincidente con quella dell'ente socio, senza personale, senza beni, senza clienti, essendo l'unico l'ente stesso) e oltretutto fonte di ulteriori diseconomie per l'ente socio in virtù del ruolo di intermediazione fittizia della società tra l'ente e i suoi originari fornitori" (Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per l'Umbria, sent. n. 354/2006). Per un approfondimento, si veda A. MINGARELLI, *Danno da società a partecipazione pubblica inutile, commento a sez. Giur. Umbria n. 354/2006*, in www.gazzettaentilocali.it.

¹⁵¹ La Corte dei Conti ha chiarito che tale criterio non impone una automatica soppressione delle società a partecipazione pubblica sulla base del mero dato relativo

- eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate, da consorzi, da aziende speciali, da istituzioni o da altri organismi strumentali dell'ente pubblico socio, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni¹⁵²;
- aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica di società di servizi pubblici di interesse economico generale¹⁵³;
- contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di

al numero degli amministratori. Difatti, “il dato del numero degli amministratori potrebbe anche non essere decisivo, ad esempio in assenza di compenso [...] o di amministratori a cui siano attribuiti anche compiti operativi analoghi a quelli svolti dai dipendenti (per evitare l'assunzione di personale)” (Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per il Piemonte, sent. 7/2016).

¹⁵² Tale disposizione mira ad eliminare, in ossequio al principio di buon andamento, la proliferazione ingiustificata di organismi esterni della p.a. che comportino solo una duplicazione di costo. Il piano di razionalizzazione deve fornire le informazioni relative alle funzioni esternalizzate dall'ente pubblico, alle funzioni svolte in concreto dalle partecipate non essendo sufficiente la semplice indicazione dell'oggetto sociale contenuto nello Statuto (Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per il Piemonte, n. 9/2016).

¹⁵³ L'incentivazione dei processi di aggregazione deve avere come riferimento la disciplina dell'organizzazione dei servizi pubblici locali che ha individuato gli ambiti territoriali ottimali quale unità minima geografica per consentire “economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio” (art. 3-bis comma 1, d.l. n. 138/2011). In alcuni casi, invece, il perimetro di aggregazione idoneo a massimizzare l'efficienza è rappresentato dai bacini di affidamento. Per un approfondimento, si veda l'Adunanza della Corte dei Conti n. 128/2015.

controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni¹⁵⁴.

Le difficoltà oggettive incontrate nella razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica hanno fatto sì che alle logiche riconducibili al tradizionale *command and control* si affiancassero anche le misure incentivanti¹⁵⁵: incentivi fiscali: (art. 1, c. 568-*bis*, l. n. 147/2013): esenzione fiscale a favore delle pubbliche amministrazioni in caso di scioglimento di società partecipate, nonché dei consorzi (art. 1, c. 568-*bis*, lett. *a*)) ovvero di alienazione a soggetti terzi delle partecipazioni detenute mediante procedura di evidenza e alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni (art. 1, c. 568-*bis*, lett. *b*)). Quanto alle società miste, è previsto un diritto di prelazione a favore del socio privato che possieda una partecipazione non inferiore al 30%; esclusione dai vincoli del patto di stabilità interno delle spese in conto capitale effettuate con i proventi della dismissione di società partecipate.

¹⁵⁴ Tale criterio dà seguito a quanto previsto da altre disposizioni legislative (es., all'art. 1, commi 725 ss., l. n. 296/2006) volte a ridurre i componenti degli organi sociali e le loro retribuzioni, al fine di ottimizzare il rapporto costo-rendimento. Il rispetto di tale criterio si ha mediante la predisposizione di un piano contenente un'analisi delle diverse soluzioni economico-finanziarie attuabili, nel rispetto delle norme di coordinamento della finanza pubblica, al fine di ottenere una semplificazione e una maggiore efficienza del sistema.

¹⁵⁵ G. PIPERATA, *La trasformazione delle società a partecipazione pubblica. Dalla società in house alla società a partecipazione mista*, in M. DUGATO, F. MASTRAGOSTINO (cur.), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna, p. 158; si veda anche G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, 2005, p. 104 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, 2006.

7. *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*

Il testo unico ha tentato di fare ordine all'interno di un coacervo di disposizioni normative partorite dal legislatore negli ultimi venti anni, con una legislazione «a 'toppe' piuttosto che a 'tappe'»¹⁵⁶. Innanzitutto, ha preso posizione sulla prevalenza del diritto privato mediante una serie di previsioni orientate in tal senso. Su tutte, l'art. 1, co. 3, a norma del quale «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato».

La chiave di lettura della rinnovata attenzione da parte del legislatore va rintracciata in tre principali finalità¹⁵⁷: tutela della concorrenza¹⁵⁸, contenimento della spesa pubblica e «moralizzazione» della pubblica amministrazione per l'abuso dell'utilizzo delle partecipate¹⁵⁹. A ciò va aggiunta la tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, nell'ottica della

¹⁵⁶ Al riguardo, si veda F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. Civ.*, 2014, 1135 ss.

¹⁵⁷ M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (cur.), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pp. 1-12.

¹⁵⁸ Si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 326/2008 e n. 148/2009.

¹⁵⁹ S. SALVI, M. VILLONE, *Il costo della democrazia*, Milano, Mondadori, 2005, pp. 104 ss.

sana gestione finanziaria, ancor più rilevante a seguito dell'introduzione dell'obbligo di equilibrio di bilancio¹⁶⁰.

In tale quadro normativo si è inserito l'art. 18 della Legge Madia (l. n. 124/2015)¹⁶¹, recante una serie di principi e criteri direttivi

¹⁶⁰ Artt. 81, 97 e 119 della Costituzione, come novellati dalla legge costituzionale n. 1/2012.

¹⁶¹ Art. 18. Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche

1. Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, che si aggiungono a quelli di cui all'articolo 16: 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; b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere; c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate; d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari; e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli

acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati; previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio; f) promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità; g) attuazione dell'articolo 151, comma 8, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari; h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo; i) possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento; l) regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato;

m) con riferimento alle società partecipate dagli enti locali: 1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione; 2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi; 3) rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza; 4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali

sul riordino della disciplina sulle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, le cui norme sono *«rinvenibili in testi disorganici e, pertanto, meriterebbero di essere riassettate, anche ai fini di un'applicazione omogenea all'interno del perimetro degli organismi controllati/partecipati»*¹⁶².

Sulla base dei principi e criteri direttivi contenuti nella Legge Madia, il 20 gennaio 2016, il Consiglio dei Ministri ha approvato, in sede preliminare, su proposta del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, il decreto legislativo recante il Testo unico in materia di società a

e delle società partecipate interessati, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate; 5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia; 6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate; 7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di qualità, per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata.

¹⁶² CORTE DEI CONTI, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali - Relazione 2015*, Deliberazione n. 24/SEAUT/2015/FRG.

partecipazione pubblica che è entrato in vigore il 23 settembre 2016, al termine del seguente *iter*:

- espressione dei pareri da parte della Conferenza unificata (art. 8, d. lgs. n. 281/97) e del Consiglio di Stato, entro 45 giorni dalla data di trasmissione dello schema di decreto legislativo (trascorso il termine, in ogni caso, il Governo può passare alla fase successiva);
- espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari e della Commissione parlamentare per la semplificazione, entro 60 giorni dalla data di trasmissione dello schema di decreto legislativo al Parlamento.

Col d. lgs. n. 175, del 19 agosto 2016, il legislatore ha ridefinito la disciplina delle società a partecipazione pubblica esercitando la summenzionata delega che il Parlamento gli aveva conferito al fine di «assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza» mediante la «razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità» e la «ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche» (art. 18, l. n. 124/2015).

La Corte costituzionale, con una sentenza manipolativa sostitutiva¹⁶³, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 124 del 2015, ritenute lesive del principio di leale collaborazione in quanto incidenti su alcune materie di competenza regionale «senza che sia possibile individuare un ambito materiale prevalente». Difatti, il suddetto principio, secondo la Consulta, andrebbe assicurato nell'ambito dell'*iter legis* col coinvolgimento delle Conferenze¹⁶⁴, con l'ulteriore specificazione della non sufficienza del mero parere, ma della necessità di un'intesa tra Stato e Regioni. Con riferimento alla sentenza n. 251/2016, prima di entrare nel merito, occorre soffermarsi sulla sindacabilità delle leggi di delegazione. Difatti, intervenire sulla legge di delega potrebbe essere visto come un intervento «prematurato»¹⁶⁵, in quanto la legge di delega è solita contenere solo principi e criteri direttivi. In una delle sue prime pronunce, segnatamente la sentenza n. 3/1957, confermata anche in successive pronunce (nn. 19/1971, 111/1972, 91/1974) la Consulta stabilì che la violazione dell'art. 76 Cost. potesse essere fatta valere solo a seguito

¹⁶³ Si veda A. GUARINO, *Le sentenze costituzionali manipolative*, in *Dit. Giur.*, 1967, 443; N. PICARDI, *Le sentenze "integrative" della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 644.

¹⁶⁴ Il sistema delle Conferenze è ritenuto «il principale strumento che consente alle Regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su materie di competenza regionale» (Corte Cost., sent. n. 401 del 2007).

¹⁶⁵ Si veda Q. CAMERLENGO, *Sulla impugnazione regionale della legge Delega*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (cur.), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici* (atti del Convegno annuale dell'Associazione dei giovani costituzionalisti "Gruppo di Pisa", Milano, 10-11 giugno 2011), Torino, 2011, 269 ss.

dell'emanazione del decreto legislativo da parte del Governo. L'inversione di tendenza si è avuta nel 1990, quando la Corte costituzionale, con la sentenza n. 224, ha recepito gli spunti della dottrina e la legge di delega venne considerata come atto idoneo ad avere effetti giuridici nell'ordinamento e, in quanto tale, da considerare come atto sindacabile ai sensi dell'art. 134 Cost.

La Corte costituzionale, da tempo, ha affermato che le disposizioni relative alle società a partecipazione pubblica rientrano tra le materie dell'ordinamento civile, alla quale sono riconducibili le disposizioni «volte a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato», e della tutela della concorrenza, e, di conseguenza, sono attratte nella competenza esclusiva statale. A ciò si aggiunga, però, che le disposizioni relative alla razionalizzazione al fine di contenere i costi rientrano nella materia coordinamento della finanza pubblica che è di competenza concorrente, mentre tutto ciò che attiene alla ridefinizione della disciplina, delle condizioni, dei limiti per la costituzione di società, nonché l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie afferiscono alla materia residuale dell'organizzazione amministrativa regionale. Come stabilito dalla Consulta, qualche anno fa, «è ormai principio acquisito nel rapporto tra legislazione statale e legislazione regionale che quest'ultima possa essere spogliata della propria capacità di disciplinare la funzione amministrativa attratta in sussidiarietà, a condizione che ciò si accompagni alla previsione di un'intesa in sede di esercizio della funzione, con cui poter recuperare un'adeguata autonomia, che l'Ordinamento riserva non già al

sistema regionale complessivamente inteso, quanto piuttosto alla specifica Regione che sia stata privata di un proprio potere»¹⁶⁶.

In una situazione come quella appena descritta, caratterizzata da un intreccio di competenze statali, concorrenti e regionali, in ossequio al principio di leale collaborazione, è necessario un coinvolgimento delle Regioni e, di conseguenza, lo strumento più idoneo in tal senso è l'intesa, in luogo del semplice parere con cui le istituzioni regionali sono state coinvolte nell'iter di approvazione del testo unico.

Il testo unico è stato adottato sulla base di disposizioni dichiarate incostituzionali dalla sentenza n. 251 del 2016, ma prima del deposito della stessa. Sul punto, la Consulta ha affermato che «le pronunce di illegittimità costituzionale [...] sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative» aggiungendo che «nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione»¹⁶⁷. Al fine di evitare che l'illegittimità costituzionale riverberi i suoi effetti anche sui decreti delegati è necessario adottare delle misure correttive come i «decreti legislativi correttivi», previa intesa in sede di Conferenza.

¹⁶⁶ Sent. n. 278 del 2010, punto 13 del Considerato in diritto e che trova analoghe conferme nelle sent. n. 62 e n. 383 del 2005, n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003.

¹⁶⁷ Punto 9 del Considerato in diritto.

Il Consiglio di Stato, in funzione consultiva ha sottolineato che il percorso più ragionevole e compatibile sia quello dei «decreti correttivi che intervengano direttamente sui decreti legislativi e che si risolvano nell'applicazione della disciplina della delega al processo di riforma in corso»¹⁶⁸.

L'intesa è stata sancita in conferenza unificata il 16 marzo 2017. Successivamente, il Governo ha trasmesso alle Camere lo schema di decreto legislativo contenente le disposizioni integrative e correttive al d. lgs. n. 175/2016.

Molte disposizioni saranno approfondite successivamente. Pare opportuno, però, riassumere il contenuto del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, come modificato dal decreto correttivo del 16 giugno 2017, n. 100. Per fare ciò, si utilizza la classificazione adottata dal Dossier che ripartisce le disposizioni in quattro categorie:

- quelle relative all'oggetto e all'ambito di applicazione del testo unico (art. 1), alla formulazione delle definizioni (art. 2), all'individuazione delle società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3);
- quelle che fissano le condizioni e i limiti delle partecipazioni pubbliche, le regole relative alla costituzione delle società o all'assunzione o al mantenimento di partecipazioni pubbliche, nonché all'alienazione delle stesse (artt. 4-10);

¹⁶⁸ Cons. St., comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638.

- quelle sull'amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica: governance (art. 11), responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi amministrativi e di controllo (art. 12), attivazione del controllo giudiziario (art. 13), prevenzione della crisi d'impresa (art. 14), controllo e monitoraggio da parte del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 15);
- quelle che incentivano l'economicità e l'efficienza attraverso le procedure di razionalizzazione periodica e straordinaria (artt. 20 e 24), che disciplinano i rapporti finanziari tra partecipate ed enti locali (art. 21).

L'art. 1, comma 1, stabilisce che il decreto si applica alla «costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta». L'analisi di tale disposizione va circoscritta a cosa debba intendersi per pubblica amministrazione. È lo stesso testo unico a chiarirlo. Si tratta delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, nonché i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali.

L'art. 4 rappresenta uno dei *perni* su cui si fonda la riforma delle società a partecipazione pubblica tesa al conseguimento di una maggiore efficienza e ad un alleggerimento della loro incidenza sulle finanze pubbliche ponendo dei limiti alla capacità delle amministrazioni pubbliche di costituire una società o di

acquisire delle partecipazioni. In tal modo, si dà attuazione all'art. 18, comma 1, lett. b) della legge delega (n. 124/2015) con cui il Parlamento aveva chiesto al Governo di adottare un testo che razionalizzasse le partecipazioni societarie «secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità» e ne limitasse l'operatività «entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti».

A norma dell'art. 4, comma 1, «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità Istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». È il c.d. vincolo di scopo. Si tratta di una disposizione che ricalca l'art. 3, comma 27, della Finanziaria per il 2008.

In aggiunta al vincolo di scopo, il legislatore ha aggiunto l'espressa menzione del vincolo di attività. Difatti, l'art. 4, comma 2, individua tassativamente le attività il cui svolgimento giustifica la partecipazione pubblica: produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del

2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2; autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016.

L'art. 5 del Testo unico disciplina il procedimento di adozione e il contenuto dell'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica introducendo analitici obblighi motivazionali, nonché delle forme di consultazione pubblica cui deve essere sottoposto l'atto deliberativo come avveniva già nel 1903 con la Legge Montemartini. Tali forme di consultazione avvengono secondo le modalità disciplinate dagli stessi Enti Locali, in ossequio all'art. 8, co. 3, TUEL secondo il quale «nello statuto devono essere previste forme di consultazione della popolazione nonché procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi e devono essere, altresì, determinate le garanzie per il loro tempestivo esame. Possono essere, altresì, previsti referendum anche su richiesta di un adeguato numero di cittadini».

L'art. 6 rafforza i controlli interni. L'art. 7, invece, è dedicato all'atto deliberativo, da un punto di vista sia formale che

sostanziale. In ragione dell'ente pubblico socio, la forma dell'atto deliberativo consiste nel decreto del Presidente del Consiglio, in caso di partecipazioni statali, nella deliberazione dell'organo regionale competente, in caso di partecipazioni regionali, nella deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni da parte dei comuni. Gli obblighi motivazionali sono quelli previsti dall'art. 5, co. 1. L'art. 7 è ripreso dall'art. 8 che disciplina l'acquisto di partecipazioni. L'art. 9 individua i soggetti legittimati ad esercitare i diritti di socio: il Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale, per quanto riguarda le partecipazioni statali; il soggetto individuato dalla singola Regione, nel rispetto del riparto di competenze, a norma della clausola residuale di cui all'art. 117 Cost, per quanto concerne le partecipazioni regionali; il Sindaco o il presidente (o un delegato), per le partecipazioni di enti locali.

Per quanto attiene all'alienazione delle partecipazioni, l'art. 10 dispone che la forma e le modalità sono le stesse dell'art. 7, co. 1, e, inoltre, deve avvenire in ossequio ai principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

L'art. 11 definisce i requisiti degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico e introduce il principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo. Stabilisce che il modello di *governance* da preferire deve essere quello dell'amministratore unico; la scelta di un diverso modello di *governance* richiede l'invio della delibera alla Corte dei conti.

In linea con diversi altri interventi recenti, interviene anche sui compensi relativi alle prestazioni dei componenti degli organi sociali e dei dipendenti che devono essere parametrati alla fascia di appartenenza della società, entro un limite massimo di 240.000 euro annui.

L'art. 12 si occupa del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice contabile. Ciò che rileva è il soggetto sul quale riverbera i suoi effetti la condotta dannosa: Corte dei conti per i danni subiti dal socio pubblico, giudice ordinario per i danni subiti dalla società.

L'art. 13 disciplina il controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico, prevedendo la possibilità in capo al socio pubblico di denunciare le gravi irregolarità riscontrate, anche in caso di società a responsabilità limitata.

L'art. 14 prevede il riconoscimento esplicito dell'assoggettabilità al fallimento e al concordato preventivo da parte delle società a partecipazione pubblica. In caso di indicatori di crisi aziendali, è possibile adottare un piano di risanamento, purché conduca, entro tre anni, all'equilibrio finanziario.

Un approfondimento particolare lo meritano le società *in house*. Sulla base delle indicazioni contenute nella legge delega, segnatamente la necessità di classificare le società *per tipi*, il testo

unico ha previsto una specifica disciplina delle c.d. società in house¹⁶⁹.

Si tratta di una tipologia societaria di derivazione giurisprudenziale. Difatti, i requisiti necessari per la configurazione dell'*in house* sono stati delineati dalla Corte di giustizia europea; e sono i seguenti: partecipazione interamente pubblica, controllo analogo, prevalenza dell'attività a favore dell'amministrazione controllante¹⁷⁰. La direttiva 2014/24/UE ha, parzialmente, modificato i tratti essenziali dell'*in house* prevedendo la possibilità di ricorrere a «forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata», aggiungendo, inoltre, il limite superiore all'80% per quanto concerne l'entità dell'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione pubblica.

L'*in house* rappresenta una vera e propria deroga ai principi del diritto commerciale italiano e sulla sua natura giuridica, nel nostro ordinamento, si sono venuti a creare due orientamenti. Secondo un primo orientamento, si tratta di una articolazione della pubblica amministrazione e non di un soggetto giuridico

¹⁶⁹ Per un approfondimento, si veda G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1461; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, 537 ss.

¹⁷⁰ Si tratta della sentenza *Teckal*, Corte di Giustizia CE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C- 107/98. Tra le sentenze più recenti, v. Corte di Giust. UE, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13.

autonomo a causa della «totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale». Per tale ragione, essa «non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione [...] e l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa». Di conseguenza «il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva» (Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283; id., 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015, n. 5848; Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1).

Secondo un secondo orientamento, invece, si tratterebbe di una vera e propria società di natura privata caratterizzata da una propria autonoma soggettività, in ossequio all'art. 2331, c. 1, c.c. in base al quale la società acquista personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro delle imprese. È in questo solco che si inserisce il testo unico che considera le società *in house* come autonoma persona giuridica.

Il testo unico apre ai privati, come si può ricavare *a contrario* dall'art. 16, c. 1¹⁷¹, e segnatamente nei casi in cui la

¹⁷¹ “Le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi

partecipazione non sia di maggioranza ovvero sebbene di minoranza abbia potere di veto, in coerenza con quanto disposto dalla direttiva 2014/24/UE (art. 12, c. 1, lett. c): nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata).

Il testo unico interviene anche sul concetto di prevalenza di attività, in ossequio alle direttive europee, ma in contrasto con la giurisprudenza che ritiene non sufficiente circoscrivere la definizione della *prevalenza* esclusivamente con riferimento agli aspetti quantitativi, come il fatturato, in quanto essa andrebbe valutata anche sulla base di aspetti qualitativi¹⁷². Difatti, il testo unico stabilisce che gli statuti delle società in house debbano prevedere che “oltre l’ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall’ente pubblico o dagli enti pubblici soci”. In aggiunta a quanto previsto dalle direttive, il testo unico consente la possibilità di svolgere attività *extra moenia* purché si possano conseguire economia di scala o altri recuperi di efficienza¹⁷³.

sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata”.

¹⁷² Si veda il caso *Carbotermo*, Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C-340/04.

¹⁷³ La produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economia di scala o altri recuperi di

Con riferimento al controllo analogo, come stabilito dalla Corte di Giustizia, esso viene meno nel momento in cui l'organo amministrativo detiene «ampi poteri di gestione»¹⁷⁴. Affinché vi sia controllo analogo è necessario che l'ente pubblico controllante possa esercitare «poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale». Il controllo analogo non va confuso col concetto di direzione e coordinamento, in quanto è un *quid pluris* rispetto ad esso. Usando le parole della Corte di Cassazione, in questo caso, il controllo consiste in «un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti e alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale»¹⁷⁵.

L'articolo 17 si occupa della disciplina delle società a partecipazione mista pubblico-privata, costituite, ai sensi dell'art. 4, comma 2, lettera c) per la realizzazione e la gestione di un'opera ovvero per l'organizzazione e la gestione di un servizio d'interesse generale in regime di partenariato con un

efficienza sul complesso dell'attività principale della società". Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha proposto l'eliminazione di tale disposizione.

¹⁷⁴ A tal proposito, si veda il caso *Parking Brixen*, Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, C- 458/03, punto 67-68, in cui la previsione statutaria della «*facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale*» riservata agli amministratori escluderebbe la presenza del controllo cd. analogo.

¹⁷⁵ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283.

imprenditore privato, selezionato mediante procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5 del d.lgs. 50/2016 e che detenga una partecipazione pari ad almeno il 30 per cento.

Il partenariato pubblico-privato (cd. PPP) è una possibile modalità di organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale ed implica la gara a doppio oggetto di cui s'è detto precedentemente.

Negli ultimi anni è sempre più diffuso il ricorso a formule collaborative tra pubblico e privato, in cui il settore dei servizi pubblici si colloca tra Stato e mercato. Tale opzione è divenuta inevitabile in tutti quei casi in cui è emersa la necessità di garantire determinati livelli di efficacia, efficienza ed economicità. Ciò è avvenuto laddove la domanda di infrastrutture e la limitata disponibilità di denaro pubblico hanno spinto l'amministrazione a percorrere nuove strade per la realizzazione di lavori di pubblica utilità. Il ricorso al finanziamento dei privati ha permesso la diffusione del PPP, con una amministrazione che non rema, ma tiene il timone.

Dietro la formula *partenariato pubblico privato* si nascondono due tipologie di collaborazione: contrattuale¹⁷⁶ e

¹⁷⁶ "Il termine PPP di tipo puramente contrattuale riguarda un partenariato basato esclusivamente sui legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazione, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al partner privato (par. 21). In questo contesto, uno dei modelli più conosciuti, spesso denominato "modello concessorio", è caratterizzato dal legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale: il partner privato fornisce un servizio al pubblico, "in luogo", ma sotto il controllo, del partner pubblico.

istituzionale. Il primo basato su legami convenzionali, il secondo, invece, rappresentato dalle società miste.

Un tipico esempio di partenariato contrattuale è la concessione, in cui si instaura un rapporto diretto tra il soggetto privato e l'utente finale, con l'amministrazione che controlla. Si tratta di un rapporto trilaterale. Difatti, la pubblica amministrazione definisce gli obblighi a carico del concessionario, il quale eroga il servizio, secondo le regole organizzative che ritiene più opportune, a favore degli utenti, i quali pagano un corrispettivo. Il rischio d'impresa ricade sul concessionario. Usando la terminologia della direttiva 2014/23/UE, si tratta di un rischio operativo, inteso come il rischio economico legato al recupero degli investimenti fatti¹⁷⁷.

A norma dell'art. 180, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il contratto di partenariato è «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o

Il modello è caratterizzato anche dal tipo di retribuzione del co-contraente, consistente in compensi riscossi presso gli utenti del servizio, se necessario completata da sovvenzioni versate dall'autorità pubblica" (par. 22) (Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni - 2004).

¹⁷⁷ La giurisprudenza amministrativa distingue la concessione dall'appalto sulla base dei c.d. indici rilevatori (CdS, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863).

del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore».

L'art. 19 attiene alla gestione del personale e stabilisce che i rapporti di lavoro del personale delle società a controllo pubblico sono disciplinati ai sensi delle disposizioni normative applicabili al settore privato, mentre il reclutamento richiede il rispetto del principio di cui all'art. 35, co. 3, del TUPI¹⁷⁸

¹⁷⁸ Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:

- a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;
- b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
- c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;
- d) decentramento delle procedure di reclutamento;
- e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali;
- e-bis) facoltà, per ciascuna amministrazione, di limitare nel bando il numero degli eventuali idonei in misura non superiore al venti per cento dei posti messi a concorso, con arrotondamento all'unità superiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 400, comma 15, del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e dal decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59;
- e-ter) possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento, il possesso del titolo di dottore di ricerca, che deve comunque essere valutato, ove pertinente, tra i titoli rilevanti ai fini del concorso.

sull'accesso alle pubbliche amministrazioni. Si tratta, quindi, di due regimi giuridici diversi, privatistico per il contratto di lavoro e pubblicistico per il reclutamento.

Da ultimo, va ricordato che il testo unico ha reso ordinario e periodico l'obbligo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute. In particolare, l'art. 20 prevede che «Fermo quanto previsto dall'articolo 24, comma 1, le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti di cui al comma 2, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, comma 4, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, le amministrazioni che non detengono alcuna partecipazione lo comunicano alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4, e alla struttura di cui all'articolo 15. Inoltre, i piani di razionalizzazione, corredati di un'apposita relazione tecnica, con specifica indicazione di modalità e tempi di attuazione, sono adottati ove, in sede di analisi di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche rilevino: a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4; b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società

partecipate o da enti pubblici strumentali; d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro; e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento; g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4.

CAPITOLO 3

IL RAPPORTO TRA ENTI LOCALI E ORGANISMI PARTECIPATI: CONTROLLI, CRISI, RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 1. I rapporti finanziari tra Enti locali e organismi partecipati. – 2. L’elusione dei vincoli di finanza pubblica: le fattispecie principali. – 3. Flussi finanziari tra ente locale e partecipata. – 4. I controlli. – 5. Le procedure concorsuali. – 6. Evoluzione giurisprudenziale.

1. I rapporti finanziari tra Enti locali e organismi partecipati

L’analisi dei rapporti finanziari tra enti locali e società a partecipazione pubblica necessita di un avvertimento metodologico risalente agli albori del ‘900 quando Ferrara affermò che è necessario «constatare i fenomeni giuridici quali sono, quali si trovano nel sistema positivo, non negarli o storpiarli per ragioni a priori»¹⁷⁹.

Difatti, nel tempo, il ricorso ai moduli societari, in molti casi, è stato visto come un *escamotage* per aggirare i vincoli di finanza

¹⁷⁹ F. FERRARA SR., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. comm*, 1911, p. 638.

pubblica¹⁸⁰, in particolare, del patto di stabilità interno¹⁸¹, di assunzione del personale dipendente, e non per dare concretezza all'aziendalizzazione¹⁸² dei servizi pubblici, come già auspicato dal legislatore del 1942; nella Relazione al Codice Civile, si legge, in riferimento alle società pubbliche, che lo Stato «si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici»¹⁸³; già allora, quindi, lo strumento societario era considerato il più adeguato per la gestione imprenditoriale dei servizi pubblici. Si è provato a porre rimedio all'uso improprio, improvvido e miope delle società a partecipazione pubblica, definite «insincere» e «farisaiche»¹⁸⁴ estendendo anche ad esse tutti quei vincoli che già riguardavano l'amministrazione

¹⁸⁰ G. FARNETI, Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate dagli enti locali, in *Azienditalia*, 11/2012.

¹⁸¹ Il legislatore ha iniziato a porre delle limitazioni solo a partire dal 2009, estendendo le disposizioni relative all'incremento della spesa per il personale anche alle società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo titolari di affidamenti di servizi avvenuti con affidamento diretto (art. 19, c. 1, d.l. n. 78/2009); le società sono considerate ai fini del rispetto del patto di stabilità interno e sono tenute ad osservare le procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di servizi e per l'assunzione di personale (art. 23-*bis*. d.l. n. 112/2008).

¹⁸² «La tendenza a delegare a società proprie la produzione di servizi pubblici (societarizzazione) può essere intesa come una ricerca di aziendalizzazione, una conformazione più nota, e già sperimentata soprattutto in sanità, di decentramento di compiti relativi ai servizi pubblici. A sua volta, l'aziendalizzazione sembra essere intesa come veicolo importante di: a) managerialità e b) imprenditorialità (*entrepreneurship*)» (G. GAVANA, F. OSCULATI, A. ZATTI, *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, "Amministrare", nn. 1-2, 2007, pp. 26 ss.)

¹⁸³ Relazione al Codice Civile, n. 998.

¹⁸⁴ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2001, p. 113.

pubblica, in generale, e dando attuazione ai principi costituzionali, in particolare, al principio del buon andamento.

La preoccupazione relativa all'inefficienza delle società pubbliche ha portato all'istituzione, presso la 1^a Commissione permanente Affari Costituzionali¹⁸⁵, di una Commissione parlamentare di inchiesta sui costi degli enti costituiti o partecipati nonché delle società partecipate o controllate dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province e dai Comuni al fine di acquisire informazioni dettagliate sul numero, sulla tipologia, sulla qualità delle società pubbliche, in quanto «buona parte del debito pubblico, di enormi proporzioni [...] si è formata per spese dissennate delle pubbliche amministrazioni, specie in sede locale, effettuate in contrasto con i più elementari canoni di economicità, efficienza ed efficacia, anche per l'assurda eliminazione o drastica riduzione di valide misure di controllo [...]. Così, va stigmatizzato, in generale, il macroscopico abuso spesso perpetrato nella costituzione di società partecipate dalla p.a., con enorme spendita di denaro pubblico, sovente finalizzato, dietro lo "specchietto delle allodole" di una maggiore efficienza, a distribuire poltrone su base clientelare, a gonfiare indebitamente i compensi, ad assumere nuovo personale senza alcuna garanzia nel reclutamento, a distribuire consulenze superflue, ad aggirare i limiti imposti per le gare di evidenza pubblica a tutela della concorrenza, ad operare in genere al di fuori dei fondamentali

¹⁸⁵ Resoconto sommario n. 362, seduta del 26 gennaio 2016.

canoni di trasparenza e buona amministrazione, garantiti da seri controlli»¹⁸⁶.

In un siffatto contesto, un ruolo di notevole importanza è svolto dalla magistratura contabile. Difatti, attraverso le sezioni regionali, controlla che le società a partecipazione pubblica non alterino negativamente gli equilibri di bilancio dei soci pubblici, sui quali solitamente gravano dei costi rilevanti che contribuiscono all'incremento del disavanzo pubblico, sottoposto agli stringenti vincoli di bilancio eurounitari e nazionali, nonché ad una conseguente contrazione delle risorse complessive destinate alla spesa sociale¹⁸⁷, in ragione dell'unitarietà degli obiettivi generali di finanza pubblica, di cui agli artt. 81, 97 e 119 Cost., come novellati dalla legge costituzionale n. 1/2012.

Occorre sottolineare che il primo vero controllo, in realtà, è quello che viene svolto dal Consiglio comunale, il quale, a norma dell'art. 42, comma 2, lett. e), del TUEL, ha la competenza a deliberare sull'assunzione di partecipazioni a società di capitali. Prima che ciò avvenga, è necessaria un'istruttoria da parte degli uffici tecnici comunali, al fine di evidenziare i costi e i benefici

¹⁸⁶ A. VETRO, *Nuove riflessioni sul grado di diligenza richiesto ai pubblici funzionari e sulla qualificazione della colpa nei giudizi di responsabilità amministrativa, alla luce della sentenza della Cassazione 6 ottobre 2015 n. 19883*, in www.contabilita-pubblica.it, 12/2015.

¹⁸⁷ Nella relazione allegata alla deliberazione n. 34/2015/PARI della Corte dei Conti della Basilicata è stato sottolineato che il piano di razionalizzazione delle società partecipate «il filo conduttore del processo [di razionalizzazione] già intrapreso è, e resta, il contenimento della spesa pubblica, opportunamente temperato con quello, non già contrapposto, ma complementare dello sviluppo e della crescita sociale ed economica».

collegati a tale decisione¹⁸⁸, nonché la razionalità della scelta dell'ente locale. Tale attenzione deve proseguire anche in una fase successiva a quella istitutiva, come ha puntualizzato la Corte dei Conti del Veneto affermando che l'ente locale non può «prescindere da un costante e attento monitoraggio in ordine all'effettiva permanenza dei presupposti valutativi che hanno determinato la scelta partecipativa iniziale nonché da tempestivi interventi correttivi in reazione ad eventuali mutamenti che intercorrano, nel corso della vita dell'organismo, negli elementi originariamente valutati»¹⁸⁹. Tale orientamento è stato confermato dal Testo Unico che, a norma dell'art. 20, impone annualmente «un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette», nonché una ricognizione straordinaria, ai sensi dell'art. 24.

2. L'elusione dei vincoli di finanza pubblica: le fattispecie principali

L'elusione dei vincoli di finanza pubblica è un vero e proprio abuso del diritto¹⁹⁰. Si tratta di un principio che

¹⁸⁸ Secondo i giudici amministrativi, l'analisi costi-benefici deve evidenziare «le differenze di qualità e di efficienza del servizio reso da un'azienda pubblica locale o da una concessionaria nonché l'opportunità di costituire o di partecipare a società con i privati, ove fosse necessario l'apporto di determinate capacità tecnico-amministrative e di risorse finanziarie» (CdS, 1 febbraio 1985, n. 130).

¹⁸⁹ Corte dei conti, sez. Veneto, n. 182/2015.

¹⁹⁰ Per un approfondimento sull'abuso del diritto, si vedano: M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 37 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, pp. 205 ss.; C. SALVI,

caratterizza, principalmente, l'ambito civilistico, ma che permette di essere estrapolato ed utilizzato anche in questa sede.

Richiamando una pronuncia della Corte di Cassazione «si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando un sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti»¹⁹¹. Facendo un ulteriore passo di avvicinamento all'ambito che qui rileva, occorre aggiungere che «il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici»¹⁹². Quando si configura una fattispecie elusiva del Patto di stabilità interno? Ogni qualvolta che siano attuati comportamenti che, pur legittimi, risultino intenzionalmente e strumentalmente finalizzati ad aggirare i vincoli di finanza pubblica. Al fine di arginare i fenomeni elusivi, il legislatore è intervenuto stabilendo

Abuso del diritto, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.

¹⁹¹ Cass. Civ. 20106/2009.

¹⁹² Corte di Cassazione, Sezione Tributaria Civile, sentenza del 13 maggio 2009, n. 10981.

che «qualora le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti accertino che il rispetto del patto di stabilità interno è stato artificiosamente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio o altre forme elusive, le stesse irrogano, agli amministratori che hanno posto in essere atti elusivi delle regole del patto di stabilità interno, la condanna ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di dieci volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione dell'elusione e, al responsabile del servizio economico-finanziario, una sanzione pecuniaria fino a tre mensilità del trattamento retributivo, al netto degli oneri fiscali e previdenziali» (art. 31, c. 31, l. n. 183/2011)¹⁹³. Tale disposizione contiene una fattispecie tipizzata e una clausola aperta. La «non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio» rappresenta la fattispecie tipizzata e si ha in tutti quei casi in cui la spesa non viene mascherata, ma viene contabilizzata impropriamente al fine di non essere compresa tra i saldi utili¹⁹⁴.

¹⁹³ Cfr. Circolare Ragioneria dello Stato: 6/2014, 5/2016.

¹⁹⁴ In particolare, ai servizi in conto terzi. La gestione per conto terzi comprende tutte quelle transazioni che sono destinate a rappresentare contemporaneamente un debito e un credito e che, di conseguenza, non comportino una alterazione, atteso che l'equilibrio non dovrebbe essere messo mai in discussione. Siffatte partite di giro godono di una disciplina derogatoria rispetto alle regole tradizionali di bilancio, attesa l'assoluta estraneità dell'ente locale all'interesse correlato all'entrata ovvero alla spesa. Per tale ragione, è necessario che vi si ricorra solo in quei casi espressamente contemplati, in ossequio al principio di tassatività. Sono diversi gli esempi di scorretto utilizzo dei servizi in conto terzi: pagamenti relativi alla realizzazione di opere pubbliche finanziate, anche integralmente, da contributi in conto capitale ricevuti da parte di altri enti pubblici; anticipazioni per conto dell'ATO (corrispettivi per il servizio

rifiuti o il conferimento in discarica alle società che gestiscono il servizio); competenze tecniche relative a lavori pubblici finanziate, anche integralmente, da contributi in conto capitale ricevuti da parte di altri enti pubblici; proventi da oneri di urbanizzazione; somme incassate o pagate a titolo di IVA (cfr. Corte dei conti Piemonte, delibera n. 123/2012); pagamento di somme dovute in base a fideiussione rilasciata a favore di società partecipata. Le anomalie rilevate nella gestione per conto terzi rappresentano uno dei tre indicatori, di cui all'art. 5, d. lgs. n. 149/2011, da cui può derivare la verifica da parte del Ministero dell'economia e delle finanze in merito alla regolarità della gestione amministrativo-contabile dell'ente. Nel sistema previgente il principio contabile n. 2, approvato il 18 novembre 2008, al p.to 25, elencava tassativamente i servizi in conto terzi posti in essere nell'interesse esclusivo di un altro soggetto e, di conseguenza, non riconducibili alle finalità istituzionali dell'ente stesso: le ritenute erariali; le ritenute effettuate al personale ed ai collaboratori di tipo previdenziale, assistenziale o per conto di terzi; i depositi cauzionali; il rimborso dei fondi economici anticipati all'economo; i depositi e la loro restituzione per spese contrattuali; le entrate e le spese per servizi effettuati per conto di terzi. Erano esclusi da questo elenco tutti quei servizi che, pur rappresentando al contempo un debito e un credito, a norma dell'art. 168 TUEL, fossero riconducibili a un interesse proprio dell'ente. Tale elencazione basta sul criterio dell'interesse dell'ente è stata superata a favore di un criterio diverso che tiene conto dell'autonomia decisionale e della discrezionalità della spesa, da valutare rigorosamente in base alla legge o al provvedimento amministrativo che dispone il trasferimento e fissa il vincolo di spesa. In pratica, non deve residuare alcuna potere di scelta in capo all'amministrazione in relazione all'ammontare, ai tempi e ai destinatari della spesa. A seguito delle modifiche apportate all'art. 168 TUEL sono da considerare servizi in conto terzi: le operazioni svolte dall'ente come "capofila", solo come mero esecutore della spesa, nei casi in cui l'ente riceva risorse da trasferire a soggetti già individuati, sulla base di tempi e di importi predefiniti; la gestione della contabilità svolta per conto di un altro ente (anche non avente personalità giuridica) che ha un proprio bilancio di previsione e di consuntivo; la riscossione di tributi e di altre entrate per conto di terzi. Non costituiscono servizi conto terzi e devono essere contabilizzate negli altri titoli del bilancio: le spese sostenute per conto di un altro ente che comportano autonomia decisionale e discrezionalità, anche se destinate ad essere interamente rimborsate; le operazioni svolte per conto di un altro soggetto (anche non avente personalità giuridica, comprese le articolazioni organizzative dell'ente stesso) che non ha un

Con una siffatta operazione, ad essere alterata è la rappresentazione contabile dei fatti giuridici, mentre questi ultimi di per sé non vengono intaccati. In pratica, la spesa, che andava contabilizzata in una sezione di bilancio, viene registrata in una sezione non rilevante ai fini del patto di stabilità interno. La clausola aperta, invece, è rappresentata dalle «altre forme elusive», le quali non vengono tipizzate e si rimette alla magistratura contabile la loro individuazione. Si tratta di quelle operazioni che, pur di per sé legittime, sono poste in essere esclusivamente per occultare il peso finanziario che viene neutralizzato e non rileva ai fini della determinazione dei saldi del patto di stabilità interno. A differenza della fattispecie tipizzata, in questo caso, è l'esistenza della spesa stessa ad essere mascherata con un comportamento contrario a buona fede. Rientrano tra queste fattispecie:

- il riconoscimento di debiti fuori bilancio: si tratta di un procedimento che può essere adottato solo nei casi espressamente previsti dalla legge. A norma dell'art. 194 TUEL, vi si può ricorrere anche per operazioni di ricapitalizzazione di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali (art. 194, co. 1, lett. c). Affinché possa essere considerata non elusiva, una siffatta operazione deve avvenire nelle forme e nei limiti stabiliti dalla disciplina codicistica (segnatamente, gli articoli

proprio bilancio nel quale contabilizzare le medesime operazioni; i finanziamenti comunitari; le operazioni in attesa di imputazione definitiva al bilancio.

2246¹⁹⁵ e 2247¹⁹⁶, per le società per azioni, e 2482 *bis*¹⁹⁷ e 2482 *ter*¹⁹⁸ del codice civile, per le società a responsabilità

¹⁹⁵ «Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti. All'assemblea deve essere sottoposta una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione. La relazione e le osservazioni devono restare depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, perché i soci possano prenderne visione. Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione. Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori. Nel caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale, lo statuto, una sua modificazione ovvero una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono prevedere che la riduzione del capitale di cui al precedente comma sia deliberata dal consiglio di amministrazione».

¹⁹⁶ «Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società».

¹⁹⁷ «Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea dei soci per gli opportuni provvedimenti.

All'assemblea deve essere sottoposta una relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni nei casi previsti dall'articolo 2477 del collegio sindacale o del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, copia della relazione e delle osservazioni deve essere depositata nella sede della società almeno otto giorni prima dell'assemblea, perché i soci possano prenderne visione.

limitata) o da altre norme speciali. Di conseguenza, non può essere considerata conforme alla disciplina contenuta nel Testo unico degli enti locali una delibera che ponga a carico del socio pubblico il ripiano dei debiti¹⁹⁹ ovvero il riconoscimento di un debito fuori bilancio di una società strumentale²⁰⁰;

- il *leasing* immobiliare pubblico: è un'operazione considerata elusiva in caso di particolari clausole contenute nel contratto, come, ad esempio, l'obbligo di riscatto del bene che ne snaturerebbe la finalità e lo trasformerebbe in uno strumento atipico di

Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione prevista nel precedente comma.

Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, deve essere convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio e per la riduzione del capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti nominati ai sensi dell'articolo 2477 devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio.

Il tribunale, anche su istanza di qualsiasi interessato, provvede con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori. Si applica, in quanto compatibile, l'ultimo comma dell'articolo 2446».

¹⁹⁸ «Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'articolo 2463, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo.

È fatta salva la possibilità di deliberare la trasformazione della società».

¹⁹⁹ Corte dei Conti, sez. Liguria, parere n. 2/2005.

²⁰⁰ Corte dei Conti, delibera n. 56/2011.

finanziamento²⁰¹ rinviando artificiosamente gli oneri finanziari sugli esercizi futuri;

- il *project financing*: è una forma di collaborazione tra pubblico e privati, disciplinato dall'art. 183²⁰², d.lgs. n. 50/2016, consistente nel finanziamento di un progetto che sia in grado di generare dei flussi di cassa tali da consentire un rientro dei capitali investiti, nonché una remunerazione del capitale di rischio. Si tratta di una operazione che per essere considerata neutra per l'amministrazione è necessario analizzare l'allocazione dei rischi così come concordata tra le parti. La neutralità dipende dall'assunzione da parte del soggetto privato: del rischio di costruzione²⁰³; del rischio di disponibilità; del rischio di domanda²⁰⁴. Ciò, però, non è sufficiente, in quanto

²⁰¹ Cfr. Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 953/2010/PAR.

²⁰² Comma 1: «per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto, inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, ivi inclusi i Piani dei porti, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III, affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti. In ogni caso per le infrastrutture afferenti le opere in linea, è necessario che le relative proposte siano ricomprese negli strumenti di programmazione approvati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti».

²⁰³ Legato alla progettazione e alla realizzazione; vi rientra, per esempio, il ritardo nei tempi di consegna.

²⁰⁴ Da intendersi, per esempio, il caso in cui la domanda del servizio sia inferiore alle aspettative.

occorrerà effettuare una valutazione concreta della fattispecie contrattuale, affinché non siano presenti delle clausole volte a traslare la responsabilità in capo all'amministrazione. Solo a seguito di questa ulteriore verifica, l'operazione potrà essere considerata non rilevante ai fini degli equilibri di bilancio. Il ricorso al *project financing* avrebbe delle finalità elusive nel caso in cui fosse utilizzato mediante un finanziamento da parte di un ente in favore di una società *in house* e lo si considerasse come una concessione di credito²⁰⁵;

- l'accollo dei debiti degli organismi partecipati: può essere utilizzato per eliminare dal bilancio un debito dell'Ente locale scaricandolo su un organismo partecipato non sottoposto al regime vincolistico aggirando le disposizioni cogenti in materia di indebitamento²⁰⁶;
- il mutuo contratto dalla società *in house* con oneri a carico dell'ente locale: la società paga le rate di ammortamento del mutuo in luogo dell'ente locale, al fine di eludere i vincoli di finanza pubblica in materia di indebitamento;
- la fideiussione: la garanzia fideiussoria prestata da un ente locale a favore di una società a partecipazione pubblica può essere elusiva del Patto di stabilità interno quando il rimborso della rata del mutuo contratto dalla società, anche se interamente partecipata, è allocato nella sezione del bilancio dedicata ai servizi in conto terzi, in quanto non conforme alle regole e ai principi contabili.

²⁰⁵ Corte dei conti, sez. Veneto, del. 228/2010.

²⁰⁶ Cfr. Sezione Emilia Romagna, 19 gennaio 2012 n. 5.

Al fine di una corretta imputazione contabile, le somme relative alla fideiussione e agli oneri finanziari del mutuo non vanno contabilizzati tra i servizi in conto terzi. Tra le contabilizzazioni ammesse, quella che risulta essere neutra rispetto ai saldi del patto di stabilità interno prevede l'allocazione tra le concessioni e riscossioni crediti, che non sono considerate ai fini della determinazione dei saldi finanziari previsti dal patto di stabilità interno²⁰⁷.

La normativa di riferimento per il rilascio di fideiussioni da parte degli enti locali è contenuta nell'art. 207 TUEL, il quale, al secondo comma, inserisce anche le società partecipate di servizi pubblici.

Sotto il profilo contabile, il rilascio della garanzia fideiussoria è da considerare come una forma di indebitamento poiché l'ente si espone al rischio discussione in caso di insolvenza da parte della società partecipata, debitore principale, trattandosi di una obbligazione autonoma verso il creditore. Per tale ragione, il rilascio di una siffatta garanzia deve essere preceduto da una valutazione relativa alla compatibilità con l'indebitamento complessivo dell'ente, atteso che quest'ultimo è tenuto ad assicurare una sana gestione finanziaria, nonché un equilibrio finanziario in ossequio agli artt. 97 e 119 Cost., poiché il mancato rispetto del Patto di stabilità interno non permette all'ente inadempiente di ricorrere all'indebitamento per gli investimenti, nell'anno

²⁰⁷ Corte dei conti Toscana, delibera n. 97/2010.

successivo a quello dell'inadempienza. Di conseguenza, un ente che non abbia una situazione finanziaria sana non potrà rilasciare fideiussioni²⁰⁸;

- la compensazione di crediti tra ente locale e società partecipata: a norma dell'art. 1243 c.c. «la compensazione si verifica solo tra due debiti che hanno per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere e che sono egualmente liquidi ed esigibili» e consiste in una modalità di estinzione delle obbligazioni tesa a semplificare i rapporti giuridici e ad agevolare l'estinzione dei debiti. Secondo la magistratura contabile «gli enti pubblici, nel nostro ordinamento, appaiono godere di una generale capacità giuridica di diritto privato e possono usare i relativi strumenti per svolgere la propria azione e perseguire i propri fini. Con la conseguenza, quindi, che essi possono utilizzare gli strumenti privatistici, in assenza di una contraria disposizione di legge, nei casi in cui vi sia attinenza con le finalità pubbliche perseguite»²⁰⁹. Riconosciuta la possibilità di farvi ricorso, ad ogni modo, è necessario che «vi sia piena corrispondenza tra le rispettive risultanze: l'ammontare del credito vantato dalla partecipata nei confronti dell'ente locale socio [...] deve corrispondere alla posta debitoria iscritta, al medesimo titolo, nel bilancio dell'ente medesimo». Al contempo, tra «l'ammontare del credito (residuo attivo) iscritto nel

²⁰⁸ Corte dei conti, parere n. 109/2015.

²⁰⁹ Cfr. Lombardia/103/2014/PAR dell'11 marzo 2014, Sez. Calabria, delib. n. 667/2011

bilancio dell'ente locale socio», e il debito dovuto, per il medesimo titolo, dalla partecipata deve esserci perfetta corrispondenza²¹⁰.

Il timore della Corte dei Conti in merito ai suddetti comportamenti elusivi era emerso da tempo, tanto che, già nel 2006, i giudici contabili affermarono che «al di là del formale conseguimento, da parte del bilancio, degli equilibri ed il formale rispetto del Patto di stabilità e dei limiti di indebitamento, dalla errata collocazione contabile di alcune poste strategicamente rilevanti (oneri di urbanizzazione, proventi contravvenzionali, ecc.), dalla quantificazione di entrate in misura ripetutamente rivelatasi esuberante nei precedenti esercizi, dalla conservazione di residui attivi di dubbia esigibilità, dal decisivo ricorso e poste di non ripetibile utilizzazione (avanzo di amministrazione, entrate straordinarie, indebitamento. Anche a tali profili deve, pertanto, ritenersi esteso l'obbligo di segnalazione, allorché il rischio riguarda gli equilibri, come anche alla eventuale presenza di oneri sommersi derivanti, ad esempio, dalla gestione di società partecipate, o resi altrimenti sintomaticamente probabili dall'emergere di cospicui debiti fuori bilancio»²¹¹.

3. Flussi finanziari tra ente locale e partecipata

I flussi finanziari tra l'ente locale e le società a partecipazione pubblica possono essere di due tipi: diretti e

²¹⁰ C. Conti, sez. reg. contr. Veneto, del. n. 111/2017/PRSP del 20 febbraio 2017.

²¹¹ Sezione delle Autonomie (Del. 6/AUT/2006).

indiretti. Nella prima fattispecie rientrano le erogazioni a titolo di corrispettivo del contratto di servizio o per la realizzazione di piani operativi; l'erogazione di somme a titolo di ricapitalizzazione (ovvero, le diverse forme di versamento in conto futuro aumento di capitale, a fondo perduto, di finanziamento soci); la partecipazione alle perdite della società e gli interventi di ricapitalizzazione. Quanto ai flussi finanziari indiretti, invece, si rilevano il rilascio di garanzie per debiti che la società contrae verso terzi (solitamente, mutui nei confronti di istituti di credito); mancata esazione di crediti scaduti che l'ente vanta verso la sua partecipata; la concessione di diritti di godimento dell'ente socio in favore della società.

Per quanto riguarda i finanziamenti, essi possono essere di tre tipi: a titolo di prestito soci, in conto capitale, a fondo perduto. I versamenti del socio costituiscono una forma di prestito con obbligo di rimborso da parte della società e contabilmente sono considerati alla stregua di un contratto di finanziamento. Il socio potrebbe anche decidere di rinunciare al rimborso; si tratta della remissione del debito, ai sensi dell'art. 1236 c.c.

Cosa succede quando la remissione del debito è fatta da un Comune? "Quando quest'ultima operazione viene effettuata da un socio pubblico la relativa delibera deve essere adottata dall'organo dell'amministrazione comunale deputato alla gestione delle risorse finanziarie dell'ente locale, esplicitando la "causa giuridica" sottesa alla remissione di debito (onde evitare che tale remissione di debito si traduce in una mera liberalità in favore della propria società partecipata o, addirittura, sia finalizzata a ridurre le passività della partecipata medesima per

dissimulare l'incapacità della società di mantenere un suo equilibrio economico-finanziario)"²¹². I finanziamenti in conto capitale, invece, non impongono l'obbligo di restituzione in quanto la loro natura consiste nell'apporto di capitali. Difatti, contabilmente vanno ad incrementare il patrimonio netto. Può trattarsi anche di un versamento in conto futuro aumento. Spesso dietro questa forma di finanziamento si cela un versamento a fondo perduto che non impone alcun obbligo di restituzione. Se ciò è ammissibile nel rapporto tra società e socio privato, diverso è il discorso nel caso in cui il socio sia pubblico. Il finanziamento a fondo perduto, in presenza di un socio pubblico, non è ammissibile nel caso in cui sia diretto a coprire le perdite, in quanto non conforme ai principi della sana gestione finanziaria. La ricapitalizzazione è diretta a ricostituire il capitale sociale che potrebbe esser sceso al di sotto della soglia limite legale.

4. I controlli²¹³

²¹² C. Conti Lombardia, delib. 459/2011.

²¹³ Sul tema del controllo, *ex multis*, G. D'Auria, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 481; G. BERTI, L. Tumiatì, voce *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, Vol. X, Milano, 1962; U. FORTI, *I controlli sull'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1915; M. CARABBA, *La nuova disciplina dei controlli nella riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1994, pag. 955 e ss; F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2008, pag. 207; F. TRIMARCHI BANFI, *Il controllo di legittimità*, Padova, Cedam, 1984; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel Diritto Editore, 2010, pag. 1063; L. SAMBUCCI, *Studi sui controlli amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2005; U. ALLEGRETTI, *I controlli sull'amministrazione dal sistema classico all'innovazione: le problematiche generali*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1995; S. AMOROSINO, (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi*

«Gli atti più importanti dei governi sono quelli che si riferiscono al pubblico tesoro e devono quindi dare ai contribuenti che si sacrificano parte dei loro averi a pro dello Stato, l'assicurazione che quei denari si riscuotono legalmente e ricevono la loro destinazione»²¹⁴.

La scelta di questo estratto della relazione di Camillo Benso di Cavour serve per sottolineare l'importanza che da sempre caratterizza il tema dei controlli, il quale, tra l'altro, si è trasformato di pari passo con l'evoluzione del concetto di amministrazione pubblica, inizialmente statocentrica, ma anche con il processo di integrazione europea mediante l'imposizione dei vincoli di bilancio che influenzano le modalità d'impiego delle risorse finanziarie ridimensionando il ruolo dei singoli Stati membri nell'economia: *“economicità della gestione con la riduzione dei costi di erogazione dei servizi, senza ridurne*

per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini, Milano, Giuffrè, 1995; P. GASPARRI, Corso di diritto amministrativo, vol. IV, Teoria dei controlli, Padova, Cedam, 1960; S. GALLINARO, Teorie del controllo, Milano, Franco Angeli, 1990; F. FRACCHIA, La Corte dei conti e la tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive, in Dir. proc. amm., 2008, 669 ss.; S. SIRAGUSA, Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici sovvenzionati dallo Stato, in Foro amm.-CdS, 2008, 648 ss.; A. CORPACI, Il controllo della Corte dei conti sulla gestione delle pubbliche amministrazioni nella ricostruzione della Corte costituzionale: un tributo al valore simbolico di una riforma, in Giur. cost., 1995, 1, 325; R. PEREZ, Quali sono le pubbliche amministrazioni sottoposte al controllo della Corte dei conti?, in Giorn. dir. amm., 1995, 724; M. RAMAJOLI, Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni, in Dir. amm., 1995, 203 ss.; AA.VV., Il controllo sugli enti pubblici economici e sulle aziende municipalizzate. Atti dell'XI convegno di studi amministrativi, Varenna-Villa Monastero, 20-23 settembre 1965, Milano, Giuffrè, 1967.

²¹⁴ C. BENSO DI CAVOUR, Relazione al disegno di legge poi diventato legge. 1483/1853, in Atti del Parlamento Subalpino, Sess. 1852, vol. I, Firenze, 1967, 88 ss.

tendenzialmente la qualità e l'estensione"²¹⁵. A seguito dell'approvazione del Trattato di Maastricht, i singoli Stati membri si sono impegnati ad evitare i disavanzi eccessivi dei bilanci (art. 126 del TFUE). Per tale ragione, hanno concluso un accordo denominato "Patto di stabilità e crescita" al fine di contenere il deficit annuale e di ridurre il debito pubblico.

Nel periodo di Tangentopoli, i controlli hanno subito feroci critiche poiché considerati come «uno dei maggiori problemi italiani»²¹⁶ a causa dell'inefficacia dei controlli preventivi, prevalentemente cartacei e formali. Emblematiche le parole usate da Ghino Valenti e riproposte da Petrocchi: «il controllo della Corte dei conti fu paragonato da Ghino Valenti a un cerchio attraverso il quale deve passare una palla. Se la palla è più grande del cerchio, non passa; ma se è più piccola passerà sempre, sia d'oro o sia di piombo. La mia esperienza mi insegna però che generalmente più la palla è grande e più facilmente passa il cerchio, mentre sono le piccole e le minuscole che più spesso si arrestano. [...] i controlli formalistici e minuti sono delle ragnatele che servono per irretire i moscerini, non gli avvoltoi»²¹⁷.

Il controllo consiste nella «verificazione di regolarità di una funzione propria o aliena»²¹⁸, al fine di verificare il conseguimento di una finalità pubblica cui deve mirare l'azione

²¹⁵ 11 febbraio 2013, n. 4/SEZAUT/2013/INPR

²¹⁶ S. CASSESE, *I controlli nella Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 19.

²¹⁷ C. PETROCCHI, *Il problema della burocrazia*, Roma, 1944, pp. 120-121.

²¹⁸ M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1264.

amministrativa²¹⁹ e, in caso di difformità, «riportare alla regola ciò che alla regola non è conforme»²²⁰.

Nel 2012, con il decreto legge n. 174, è stato riformato il sistema dei controlli, al fine di un maggior rafforzamento. L'importanza dei controlli è stata sostenuta anche dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei conti in cui su legge che «i controlli devono costituire una base di riferimento per scelte funzionali alla realizzazione di processi di razionalizzazione della gestione ed innescare un radicale mutamento dei comportamenti amministrativi, da conformare ai criteri della tracciabilità e della responsabilità. Gli sforzi per l'ottimizzazione della gestione devono essere concentrati sulla definizione di obiettivi e dei processi che assicurino un percorso in grado di coniugare la regolarità dell'azione intesa come rispetto del complesso delle regole finanziarie e procedurali, con l'efficacia e l'efficienza della gestione. Il complesso di queste linee di azione, che solo un sistema funzionale di controlli interni può supportare, deve condurre verso l'economicità della gestione con la riduzione dei costi di erogazione dei servizi, senza ridurne tendenzialmente la qualità e l'estensione»²²¹.

Con la riforma del 2012 si è avuto un rafforzamento dei controlli interni, pur mantenendo la loro funzione collaborativa. Rispetto alla disciplina previgente, è previsto un coinvolgimento diretto delle figure organizzative di maggior livello di

²¹⁹ M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche. Istituzioni di contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 498 ss.

²²⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 329.

²²¹ Cfr. delibera n.28/SEZAUTO/2014/INPR.

responsabilità presenti negli enti, quali il segretario comunale, il direttore generale e i responsabili dei servizi, al fine di aumentare la vicinanza tra l'attività gestionale e il monitoraggio della stessa in ragione di specifici parametri di valutazione.

Sinteticamente, è possibile affermare che i singoli enti locali devono individuare gli strumenti e le metodologie al fine di delineare il proprio sistema del controllo interno e, di conseguenza, garantire la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa (147, co. 1). A tal proposito, è necessario definire gli obiettivi del sistema del controllo interno che, a norma dell'art. 147, co. 2, deve essere diretto a: a) verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi correttivi, il rapporto tra obiettivi e azioni realizzate, nonché tra risorse impiegate e risultati; b) valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, dei programmi e degli altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra i risultati conseguiti e gli obiettivi predefiniti; c) garantire il costante controllo degli equilibri finanziari della gestione di competenza, della gestione dei residui e della gestione di cassa, anche ai fini della realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica determinati dal patto di stabilità interno, mediante l'attività di coordinamento e di vigilanza da parte del responsabile del servizio finanziario, nonché l'attività di controllo da parte dei responsabili dei servizi; d) verificare, attraverso l'affidamento e il controllo dello stato di attuazione di indirizzi e obiettivi gestionali, anche in riferimento all'articolo

170, comma 6, la redazione del bilancio consolidato nel rispetto di quanto previsto dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni, l'efficacia, l'efficienza e l'economicità degli organismi gestionali esterni dell'ente; e) garantire il controllo della qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti esterni e interni dell'ente.

All'organizzazione dei controlli interni devono partecipare: il segretario dell'ente, il direttore generale, laddove previsto, i responsabili dei servizi e le unità di controllo, se istituite (art. 147, co. 4).

I controlli sono: di regolarità amministrativa e contabile (art. 147 bis TUEL), di gestione (art. 147, co.2, lett. a, Tuel); strategico (art. 147-ter Tuel). È previsto anche il sistema di controlli sulle partecipate²²², introdotto con la riforma del 2012. Il nuovo art. 147 *quater* del TUEL stabilisce che l'ente locale definisce, secondo la propria autonomia organizzativa, un sistema di controlli sulle società non quotate, partecipate dallo stesso esercitati dalle strutture proprie dell'ente locale.

Gli enti locali devono definire preliminarmente gli obiettivi gestionali qualitativi e quantitativi a cui devono mirare le proprie società partecipate e devono organizzare un sistema informativo

²²² G. BASSI, *Il sottosistema dei controlli sulle società partecipate. Questioni di interpretazione e criticità applicative sul nuovo art. 147 quater Tuel*, in *Comuni d'Italia*, 2012, 6, p. 30 ss; E. CIVETTA, *Legge di stabilità 2014, Guida all'applicazione negli enti locali della legge 27 dicembre 2013, n. 147*, Rimini, Maggioli, 2014.

che sia strutturato in modo tale da rilevare i rapporti finanziari tra le partecipate e l'ente locale, la situazione contabile, gestionale e organizzativa delle società stesse, i contratti di servizio, la qualità dei servizi e il rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

Anche il testo unico ha inciso sul sistema di controllo interno, inteso al fine di un suo rafforzamento prevedendo degli strumenti che la norma definisce di governo, art. 6, co. 3, ma che in realtà sono dei veri e propri strumenti attinenti al sistema dei controlli interni:

- regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale;
- un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione;
- codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società;

- programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea.

Con riferimento all'ufficio di controllo interno occorre specificare che è chiamato a cooperare con l'organo statutario di controllo, ossia con il collegio sindacale, rispondendo tempestivamente alle sue richieste.

Ciò non può comportare una contrazione delle funzioni attribuite al collegio sindacale dall'art. 2403 c.c. Per tale ragione, è necessario un coordinamento tra l'art. 2403 c.c. e l'art. 6, co. 3, lett. b). Il controllo del collegio sindacale non deve limitarsi ad un controllo di mera legalità formale, cioè di rispetto da parte degli organi sociali della legge e dello statuto, ma deve spingersi oltre, al fine di valutare il rispetto del principio di corretta amministrazione. In ragione della presenza dell'ufficio di controllo interno, però, il collegio non può spingere al punto da incidere sulle decisioni relative alla convenienza delle operazioni effettuate dalla società.

5. Le procedure concorsuali

La crisi economica che ha messo a dura prova l'economia italiana e mondiale ha colpito anche le società a partecipazione pubblica. Anche per tale ragione, sono aumentate le procedure fallimentari relative a tali soggetti, sebbene non tutte si siano

concluse con esiti identici oscillando dalla decretazione dello stato d'insolvenza all'esclusione delle procedure concorsuali.

Il Testo unico ha posto rimedio a tale andamento altalenante prevedendo all'art. 14, co. 1, che «le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria».

Dall'analisi esegetica di tale norma sembra esclusa l'applicazione alle società *in house* in quanto la norma in questione non ne fa menzione, nonostante all'art. 2 distingua tra le società a partecipazione pubblica, definite come «le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico», e le società *in house*, definite come «le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3».

Secondo D'Attorre²²³, non si tratta di una esclusione per due ragioni: tra le due tipologie di società sussiste un rapporto di *genus a species*, in ragione del quale le *in house* rappresentano una peculiare categoria di società a partecipazione pubblica. Di conseguenza, ogni riferimento alle società a partecipazione

²²³ G. D'ATTORRE, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (cur.), *Le società Pubbliche, Tomo Due*, pp. 673 ss.

pubblica contenuto nel testo unico, va applicato anche alle società *in house*, salvo l'espressa esclusione. L'altra ragione che depone a favore dell'applicabilità delle procedure concorsuali anche alle società *in house* è contenuta nell'art. 14, che al comma sesto dispone che «nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita». Le società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti sono le società *in house* che, a norma dell'art. 16 del testo unico, «ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni».

Come anticipato, però, il riconoscimento espresso da parte del legislatore rappresenta solo l'ultimo step di un percorso ad ostacoli in dottrina e giurisprudenza. Le tesi che si sono sviluppate sono quattro: assoggettabilità; metodo tipologico; metodo funzionale; esclusione.

Fatte queste premesse, pare opportuno approfondire analiticamente il percorso giurisprudenziale che ha caratterizzato gli ultimi anni.

6. Evoluzione giurisprudenziale

Per diversi decenni, l'unico precedente giurisprudenziale è stato costituito da una pronuncia della Corte di Cassazione in cui si è affermata l'applicazione del regime privatistico ordinario,

comprensivo dell'assoggettamento a procedure concorsuali, per una società per azioni, concessionaria di un pubblico servizio, partecipata da soci pubblici²²⁴. Si tratta della sentenza n. 58 del 1979, con la quale i giudici di legittimità hanno affermato che «una società per azioni [...] non perde la propria qualità di soggetto privato [...] per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti, che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurabile, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio».

Il dibattito sull'assoggettabilità alle procedure concorsuali è entrato nel vivo solo a partire dal 2009, quando il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha negato la assoggettabilità al fallimento delle società a partecipazione pubblica utilizzando un approccio tipologico²²⁵, sulla base di una ricostruzione che

²²⁴ Secondo Sorci, tale pronuncia "si inserisce nel solco di quell'orientamento della dottrina commercialistica, pressoché monocorde a tutt'oggi, secondo cui in tali casi ad essere pubblico è il soggetto che detiene tutta o parte rilevante del capitale, non l'ente stesso che resta pur sempre una società di diritto comune, come tale in linea di principio assoggettabile al fallimento ai sensi dell'art. 2221 c.c., ove ne ricorrano i presupposti" (E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d'insolvenza*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, *op. cit.*, pp. 362-363).

²²⁵ Sul metodo c.d. "tipologico", si veda G. POSITANO, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2013, pp. 576-577, secondo il quale gli «indici di pubblicità vengono [...] ricondotti essenzialmente a due distinti aspetti: quello gestionale e quello dell'attività della società»; pertanto, «la società pubblica acquisterebbe una connotazione pubblicistica solo qualora entrambi questi profili risultassero completamente avulsi dalle regole e schemi del diritto commerciale, così

muove dalla sentenza della Corte costituzionale del 1993²²⁶ e del concetto di impresa pubblica coniato dal diritto comunitario. Difatti, secondo tale approccio, la natura pubblica sarebbe legata alla influenza dominante dei pubblici poteri, senza alcun rilievo per la natura giuridica dell'ente, pubblica o privata che sia. A conferma di tale impostazione, i giudici campani richiamano la sentenza del Consiglio di Stato n. 2922 del 27 maggio 2002 che ha confermato la natura pubblicistica di una impresa nonostante la sua quotazione in borsa, aggiungendo che «l'orientamento della prevalenza della sostanza sulla forma ai fini della qualificazione di un soggetto come pubblico o privato è ormai consolidato nella giurisprudenza nazionale, amministrativa e civile»²²⁷. Sempre con riferimento alla giurisprudenza amministrativa richiamata, i giudici campani si soffermano sulla sentenza n. 306/2008 del Consiglio di Stato che contiene una elencazione degli elementi da analizzare per «appurare se ci si trovi dinanzi ad un caso di privatizzazione solo formale dell'esercizio di pubbliche funzioni, tale da sottrar[la]... ad un inquadramento nella sfera del diritto privato». Nel caso di specie, i giudici di merito hanno rilevato «consistenti limitazioni all'autonomia funzionale degli organi societari ovvero all'esercizio dei singoli diritti da parte dell'azionista e di ingerenza indiretta nell'attività del soggetto cui la giurisprudenza dominante ancora il riconoscimento della

da rappresentare la stessa una mera articolazione che si immedesima nel soggetto pubblico che la partecipa».

²²⁶ Si tratta della sentenza n. 466, già approfondita in altra parte del lavoro, alla cui trattazione si rimanda.

²²⁷ cfr. C. Stato n. 4711/02; n. 13037/02; n. 2855/02; n. 3090/01; n. 1206/01; n. 588/00; n. 1948/00 e SS.UU. n. 24/99, 64/9; n. 9096/05.

natura pubblica del soggetto». Di conseguenza, hanno ritenuto applicabile l'art. 1, co. 1, della legge fallimentare che esclude gli enti pubblici dalle procedure concorsuali.

La decisione appena commentata è stata richiamata dalla Corte d'Appello di Torino. In particolare, i giudici piemontesi hanno sottolineato il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha riconosciuto la natura pubblica della società, in ragione della presenza di indici sintomatici rappresentati dalle limitazioni statutarie e dalle interferenze del legislatore regionale da cui è scaturita una deviazione rispetto allo schema societario tipico. I giudici torinesi, tuttavia, hanno evidenziato «il progressivo stemperamento della tradizionale distinzione tra ente pubblico e società di diritto privato», sia per la diffusione del ricorso ai moduli privatistici per perseguire interessi pubblici sia per l'influenza comunitaria che si è orientata verso una definizione di impresa pubblica di tipo sostanziale²²⁸.

La Corte d'appello di Torino, inoltre, ha posto l'attenzione sulla concreta situazione della società appurando «l'irrilevanza della partecipazione al Consorzio di Enti pubblici locali, per l'autonomia dell'ente partecipato dai soggetti partecipanti, dovendosi avere riguardo al modulo organizzativo e di funzionamento adottato», in ragione del fatto che la stessa Cassazione a Sezioni Unite ha statuito che non muta la «natura di

²²⁸ È un esempio l'art. 2 della direttiva CEE n. 80/723, che definisce l'impresa pubblica come «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina».

soggetto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno [...] la persona dell'azionista», di conseguenza, «il rapporto [...] resta di assoluta autonomia, senza possibilità [...] di incidere unilateralmente» da parte del socio pubblico²²⁹.

I giudici torinesi hanno adottato un approccio di tipo funzionale che comporta «un'applicazione [...] “a scacchi” di disposizioni di diritto pubblico, qualora espressamente previste, e di diritto privato, qualora, in assenza di diverse previsioni, non vi sia ragione di deroga ad esse, in considerazione della natura degli interessi protetti». In particolare, «è stata ravvisata la proficuità dell'individuazione del carattere di necessità dell'ente [...] rispetto alla realizzazione delle finalità dell'ente pubblico» da cui si evince la *ratio* dell'esclusione della fallibilità in ragione della «incompatibilità della procedura fallimentare» che rischierebbe di interferire «con l'ordinaria attività dell'ente pubblico, con sostituzione (in particolare, negli enti territoriali) degli organi della procedura medesima a quelli politici di gestione, comportante un'inammissibile interferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi eletti», a meno che l'attività dell'ente non sia necessaria per la realizzazione di interessi generali come la «continuativa e regolare esecuzione del servizio pubblico», in caso contrario «nessuna preclusione sussiste all'applicazione delle disposizioni concorsuali».

Sulla stessa lunghezza d'onda della Corte d'appello di Torino, va segnalato il decreto del 26 marzo 2010 del Tribunale

²²⁹ Cass. Sez. un. 15 aprile 2005, n. 7799.

di Catania in cui si sottolinea che l'applicazione della normativa pubblicistica o privatistica dipende dalle esigenze di tutela dell'interesse pubblico, con l'esclusione delle esercitanti un'attività necessaria in quanto «l'attività dell'ente pubblico sarebbe paralizzata dalla dichiarazione di fallimento che impedirebbe il perseguimento dell'interesse pubblico» che si verifica anche in caso di disposizione dell'esercizio provvisorio dell'impresa, il quale «è subordinato unicamente ed esclusivamente all'interesse dei creditori del fallito» e non al soddisfacimento di bisogni collettivi mediante lo svolgimento di servizi pubblici essenziali.

Come sottolineato da D'Attorre, «seguendo questo diverso approccio, il problema non è più quello di stabilire se, nella specifica materia di riferimento, debba trovare applicazione la disciplina privatistica o la disciplina pubblicistica. La medesima società a partecipazione pubblica, quindi, potrebbe essere contemporaneamente assoggettata alla disciplina pubblicistica per quanto riguarda taluni profili della propria attività d'impresa ed alla disciplina privatistica per altri»²³⁰. Un simile approccio si basava sull'incompatibilità tra procedure concorsuali e tutela

²³⁰ La fallibilità delle società in mano pubblica, in *Fallimento*, 2014, 5, 493 ss.

dell'interesse pubblico, in particolar modo con gli articoli 42²³¹, 104²³² e 104 *bis*²³³ della legge fallimentare.

²³¹ Art. 42 (Beni del fallito)

La sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento.

Sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi.

Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi.

²³² Art. 104. (Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito)

Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori. Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata.

Durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio.

Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione.

Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, il curatore deve presentare un rendiconto dell'attività mediante deposito in cancelleria. In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio.

Il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori.

Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.

I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).

Al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del capo III del titolo II.

²³³ Art. 104-bis (Affitto dell'azienda o di rami dell'azienda)

Anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'articolo 104-ter su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa.

La scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore a norma dell'articolo 107, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. La scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

Il contratto di affitto stipulato dal curatore nelle forme previste dall'articolo 2556 del codice civile deve prevedere il diritto del curatore di procedere alla ispezione della azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).

La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni.

Il diritto di prelazione a favore dell'affittuario può essere concesso convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. In tale caso, esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione.

La retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II.

Critico nei confronti di questo approccio, che considera incompatibili la gestione di un servizio pubblico essenziale e gli effetti delle procedure concorsuali, in ragione dell'ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti afferenti alla competenza della pubblica amministrazione. Difatti, come sottolineato dalla Cassazione «il fallimento delle società pubbliche, cui sia affidata l'erogazione di servizi pubblici, non presenterebbe alcuna interferenza con la titolarità del servizio, perché, anche quando la società partecipata gestisce un servizio pubblico, non è mai titolare di quel servizio, ma semplice affidataria ad opera dell'ente pubblico socio affidante e, pertanto, l'applicazione dello statuto dell'imprenditore, ivi compresa la dichiarazione di fallimento, non determina alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività della pubblica amministrazione né impedisce l'esecuzione di un servizio necessario alla collettività»²³⁴ aggiungendo che «l'attribuzione di funzioni di rilevanza costituzionale, quali sono riconosciute agli enti pubblici territoriali, come i comuni, non possono tralaticciamente essere riconosciute a soggetti che hanno la struttura di una società per azioni, in cui la funzione di realizzare un utile economico, è comunque un dato caratterizzante la loro costituzione. Una conclusione diversa porterebbe all'inaccettabile conclusione, sicuramente al di fuori sia della volontà del legislatore delegante che del legislatore delegato, di escludere dall'ambito di applicazione della disciplina in esame un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore dello smaltimento

²³⁴ Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 10 gennaio 2011, n. 234.

dei rifiuti, e quindi con attività in cui viene in rilievo, come interesse diffuso, il diritto alla salute e all'ambiente, ma anche là dove viene in rilievo quello all'informazione, alla sicurezza antinfortunistica, all'igiene del lavoro, alla tutela del patrimonio storico e artistico, all'istruzione e alla ricerca scientifica, in sostanza in tutti i casi in cui vengono ad essere coinvolti, seppur indirettamente, dall'attività degli enti interessati, i valori costituzionali di cui alla parte prima della Costituzione».

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 22209 del 2013, ha sottolineato come «a partire quantomeno dall'ultimo decennio del secolo scorso, il contesto politico-economico di riferimento ha [...] subito un innegabile mutamento: il progressivo assottigliarsi della linea di confine fra l'agire pubblico e l'agire privato, l'abbandono di una concezione autoritativa della P.A. in favore di una sua concezione funzionale, nella quale i poteri di cui essa è dotata sono intesi come meramente strumentali alla tutela dell'interesse pubblico, il convincimento diffuso che tale interesse possa essere maggiormente garantito attraverso il ricorso ad istituti di diritto comune, indubbiamente più snelli di quelli usualmente a disposizione dell'apparato burocratico, la fiducia nelle capacità del "mercato" di stimolare la competitività, e quindi di regolamentare al meglio anche attività di contenuto economico tipicamente riservate alla pubblica amministrazione, hanno dato luogo alla sempre più diffusa costituzione (al vero e proprio proliferare) di società c.d. pubbliche, a partecipazione integralmente pubblica o mista, pubblica- privata, o sottoposte ad una particolare influenza da parte di enti pubblici, aventi ad

oggetto la gestione non solo di beni proprietà pubblica, ma di servizi di interesse pubblico, in precedenza erogati dallo Stato o dagli enti territoriali attraverso aziende municipalizzate». Ricorda che «nel contesto frammentario e multiforme di cui si è cercato sommariamente di dar conto si è tuttavia fatta strada la tesi, di recente avanzata anche nella giurisprudenza di merito, che vi sono società partecipate aventi sostanziale natura giuridica pubblica, desumibile in via interpretativa da taluni indici (in linea di massima, e di volta in volta, ravvisati in limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari, nell'esclusiva titolarità pubblica del capitale, nell'ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti dallo stato, nell'erogazione di risorse pubbliche per il raggiungimento dello scopo), le quali vanno equiparate ad ogni effetto (e dunque anche ai fini della loro esenzione dal fallimento) agli enti pubblici. Va subito detto che la tesi mal si concilia con la perdurante vigenza del principio generale stabilito dalla L. n. 70 del 1975, art. 4, che, nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, evidentemente richiede che la qualità di ente pubblico, se non attribuita da una espressa disposizione di legge, debba quantomeno potersi desumere da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco».

Infine, con riferimento alle società in house, occorre richiamare la sentenza n. 26283 del 2013 con cui è stato affermato che si tratta di soggetti che non sono posti al di fuori dell'ente pubblico, il quale «ne dispone come di una propria articolazione interna». Si tratterebbe di una vera e proprio *longa*

manus della pubblica amministrazione, tanto da considerare l'affidamento come un vero e proprio rapporto intersoggettivo. Pertanto, «il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva».

Tale pronuncia, è stata fortemente criticata²³⁵, a tal punto da limitare i suoi effetti esclusivamente all'ambito della responsabilità erariale degli amministratori. Difatti, sia la giurisprudenza di merito²³⁶ che quella di legittimità hanno circoscritto la portata di tale sentenza esclusivamente alla responsabilità erariale. In particolar modo, le Sezioni Unite hanno affermato che «nella già menzionata sentenza n. 26283/13, hanno affermato che le società in house costituiscono in realtà articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi; tuttavia, hanno altresì avuto cura di precisare che siffatta affermazione va intesa ai limitati fini del riparto di

²³⁵ G. BERTAZZI, *Società in house insolvente: assoggettabilità a procedure concorsuali*, www.ilfallimentarista.it, in cui si legge che la «lettura riduttiva (ossia limitata al solo riconoscimento della giurisdizione contabile sulla responsabilità degli organi delle società in house), circa la portata del ripetuto precedente di legittimità, corrisponde alle posizioni assunte dalla più attenta ed approfondita letteratura in materia. Ed invero i primi commenti, oltre a ritenere che l'intervento dei giudici di legittimità sia stato imposto dal frammentario e lacunoso quadro normativo, risultano accomunati alla preoccupazione che la sentenza autorizzi interpretazioni estensive in ordine alla disciplina applicabile alle società in house, con particolare riferimento, per quanto qui interessa, alla legge fallimentare».

²³⁶ Il riferimento è al decreto emanato dal Tribunale di Modena il 10 gennaio 2014.

giurisdizione. Precisazione, questa, che si riferisce, ovviamente, al riparto di giurisdizione riguardante l'azione di responsabilità per danni arrecati dall'illegittimo comportamento degli organi sociali al patrimonio della società, che costituiva oggetto di quel giudizio. Il tipo di rapporto che lega gli organi di una società in house all'ente pubblico da cui la società promana è, infatti, fin troppo simile a quello che intercorre tra la medesima amministrazione ed i propri dipendenti per poter giustificare un diverso regime di responsabilità, quanto alla giurisdizione ed ai riflessi sulle regole che presidiano la responsabilità di quei soggetti. Ciò non implica però, necessariamente, che anche sotto ogni altro profilo l'adozione del paradigma organizzativo societario che caratterizza le società in house sia irrilevante e che le regole proprie del diritto societario siano poste fuori gioco».

CAPITOLO 4

PROFILI DI DIRITTO COMPARATO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La Spagna. – 3. La Francia.

1. Premessa

Nell'era della globalizzazione appare anacronistico non volgere lo sguardo a ciò che avviene al di fuori dei confini nazionali. Per tale ragione è molto importante dedicare una parte di questo lavoro alla comparazione. Come affermato da Vittorio Denti, il vantaggio della comparazione con altri ordinamenti giuridici «sta nel servizio che essi possono rendere al miglioramento del diritto nazionale»²³⁷. E il settore delle società a partecipazione pubblica è un settore che necessita di non pochi miglioramenti.

L'analisi comparata, ad ogni modo, è in parte influenzata dall'armonizzazione legata alla pervasiva influenza del diritto eurounitario sulla legislazione nazionale degli Stati Membri.

²³⁷ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. SACCO, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, 1980.

2. La Spagna

Sin dal XVIII secolo²³⁸ in Spagna è iniziata la diffusione delle società pubbliche che, ancora oggi, ha una notevole incidenza sul Pil nazionale. Con riferimento alle partecipazioni statali, esse ebbero un impulso durante il periodo della dittatura di Primo de Rivera e poi di Franco. Nel 1927 venne nazionalizzato il settore petrolifero. Successivamente, nel 1941 venne istituito l'Instituto Nacional de Industria de España (INI), sul modello dell'IRI italiano, con il compito di "promuovere e finanziare, al servizio della Nazione, la creazione e la rinascita delle nostre industrie, specialmente di quelle che si propongono come fine principale la soluzione dei problemi imposti dall'esigenza di difesa del paese o che si rivolgono allo sviluppo della nostra autarchia economica" (art. 1 della legge 25 settembre 1941).

Come è avvenuto in Italia, l'attuale crisi economica ha messo in discussione le fondamenta della Amministrazione nel suo complesso, che, secondo gli esperti, sarebbe la causa

²³⁸ Per un approfondimento sulla storia dell'impresa pubblica in Spagna: AA. VV., *La Empresa Pública en España*, Madrid, 1970; A. ALONSO UREBA, *La empresa pública. Aspectos constitucionales y de Derecho económico*, Madrid, 1985; E. GARCÍA RUIZ, *El nuevo marco legal de la sociedad mercantil estatal*, *Revista de derecho de sociedades*, 23, 2004, 451; R. MARTIN MATEO, *Liberalización de la economía. Mas Estadoy menos Administración*, Madrid, 1988; S. MARTIN RETORTILLO BAQUER, (dirigido por), *Derecho administrativo economico*, Madrid, 1991, 215 ss.; S. MARTIN RETORTILLO, *Reflexiones sobre las privatizaciones*, *RAP*, 1997, 144, 7. E. MONTOYA MARTIN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, 1996; F. MURILLO FERROL, *El poder economico*, *RAP*, 3, 1950, 255 ss.; A. PEREZ MORENO, *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969.

dell'elevato deficit pubblico che crea non pochi problemi all'economia spagnola. La presenza attiva della pubblica amministrazione nella vita economica spagnola per la cura degli interessi pubblici avviene mediante *organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público y consorcios*²³⁹ che, però, sono visti come soggetti che producono eccessivi costi inutili.

Con la *Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local* (LRSAL) il legislatore ha disposto che i servizi pubblici locali devono essere gestiti nella forma più sostenibile ed efficiente mediante una gestione diretta (forma economale; organismo autonomo locale; entità pubblica imprenditoriale locale; società commerciale locale) o indiretta. Quest'ultima può avvenire mediante quattro modalità contrattuali:

- *concesión*: in cui il rischio è totalmente a carico dell'impresa;
- *gestión interesada*: in cui il rischio è condiviso tra amministrazione e impresa, in base ad un accordo;

²³⁹ Per un approfondimento sulla nozione di impresa pubblica in Spagna, si vedano SUÁREZ-LLAMOS, L. Derecho, economía, empresa. Ed. Civitas, Madrid 1988, pp. 60 ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E. Derecho mercantil, parte primera, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 51 ss.; ROJO, A. El empresario, en la obra colectiva Lecciones de Derecho Mercantil, dirigida por MENÉNDEZ A y ROJO, A, Vol. I, Ed. Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, Navarra 2012, pp. 46-47; GARCÍA RUIZ, E. La nueva sociedad anónima pública, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009, pp. 55 ss.

- *concierto*: in cui a una persona fisica o giuridica che svolga già delle prestazioni analoghe a quelle oggetto del servizio viene chiesto di metterle a disposizione;
- *sociedad de economia mixta*.

La Costituzione del 1978 riconosce, all'art. 38.1, "la libertà d'impresa nel quadro dell'economia di mercato", e all'art. 128.2, "la pubblica iniziativa nell'attività economica. Mediante legge potranno riservarsi al settore pubblico risorse e servizi essenziali, con particolare riferimento al caso di monopolio, e così pure decidere l'intervento imprenditoriale quando lo esiga l'interesse generale".

L'art. 128.2 è una sorta di abilitazione per gli enti pubblici a creare imprese, per esercitare attività economica in condizioni di parità con le imprese private. Sul punto il *Tribunal Constitucional* con la sentenza n. 14/1986 ha affermato che "*el empleo de fórmulas organizativas de prestación de servicios públicos mediante personificaciones instrumentales en régimen de Derecho privado es una opción del legislador, de cuya legitimidad constitucional no cabe duda*". La normativa di diritto pubblico legittima espressamente ogni amministrazione a costituire *sociedades mercantiles* nella forma giuridica privatistica.

Come sottolineato da Garcia Ruiz²⁴⁰, la frammentarietà della legislazione che ha da sempre caratterizzato l'impresa pubblica e

²⁴⁰ GARCÍA RUIZ, E. *La nueva sociedad anónima pública*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009, p. 55.

l'assenza di criteri oggettivi per determinare cosa potesse essere considerata impresa pubblica che il concetto di impresa pubblica ha assunto un significato talmente ampio da accogliere tutte le forme organizzative utilizzate dall'Amministrazione. Sul punto sovviene la giurisprudenza con la sentenza del *Tribunal Supremo* che definì l'impresa pubblica così: *“empresas públicas desde el momento en que aquella las fiscaliza y decide por un sobre tales empresas, con una relevancia inequívoca de una unidad jurídica en el conjunto de las empresas públicas, por muy variadas que puedan ser sus especies, así como los bienes y derechos que la constituyen aun cuando algunas veces las normas a que se sometan sean de Derecho administrativo o de Derecho privado en cuanto a las formas que disciplinen tales empresas, porque lo trascendente es la organización montada para desarrollar una actividad económica que entra en los fines previstos del Estado, lo que permite la compatibilización de los términos de empresas públicas y servicios económicos, como necesariamente coincidentes, sin que ello sea óbice para que las empresas públicas puedan prestar o no sólo servicios públicos, sino también servicios de interés público....”*.

Il diritto pubblico prevede la possibilità di ricorrere agli strumenti di diritto privato, ma in ogni caso *“la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho privado remiten su titularidad a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que connexionan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el*

*Derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica...ahora bien, esa acción por parte de la Administración no puede desbordar en ningún caso los límites trazados por el orden constitucional de competencias....la capacidad jurídico-privada de los entes administrativos no es título de competencia, y su ejercicio debe respetar el orden constitucional de competencias"*²⁴¹.

Il ricorso ai moduli privatistici può avvenire a livello centrale, autonomico o locale. Quanto al livello autonómico, si distingue tra *sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente Público*, *sociedades mercantiles autonómicas de economía mixta*, Corporaciones empresariales públicas autonómicas.

Le amministrazioni locali, oltre ad essere legittimate dalla previsione costituzionale dell'art. 128.2, sono riconosciuti dall'art. 86.1 dalla Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). gli enti locali hanno la piena potestà per costituire, organizzare, modificare e dismettere i servizi erogati nell'ambito delle proprie competenze.

3. La Francia

Nel corso del Settecento «l'amministrazione pubblica era accentrata, potentissima, straordinariamente attiva ed essa agiva

²⁴¹ STC 52/1994, de 24 de febrero. Orientamento confermato successivamente: SSTC 118/1996, de 27 de junio; 177/2002, de 14 de octubre; 139/2010, de 21 de diciembre; y 8/2015, de 22 de enero, y 10372015, de 28 de mayo.

non solo nella direzione generale degli affari ma anche sulla sorte delle famiglie e nella vita privata degli individui»²⁴². Nell'Ottocento, la gestione di tutti i *services publics* industriali e commerciali fu affidata a dei concessionari privati e solo alcuni servizi pubblici vennero esercitati in regime di *regie directe*²⁴³, come avvenne in Italia nel periodo antecedente all'approvazione della Legge Montemartini del 1903.

A seguito della crisi del 1929, la Francia iniziò ad acquisire partecipazioni nelle imprese concessionarie di servizi pubblici che erano in condizioni di grave dissesto finanziario, tanto da parlare di *economie mixte de soutien*. Fu con la legge dell'11 agosto del 1936 che però si avviò la prima vera ondata di nazionalizzazioni, circoscritta, inizialmente, alle imprese operanti nel settore bellico. A seguito della seconda guerra mondiale, le nazionalizzazioni avevano una finalità diversa: intervento pubblico nell'economia massiccio e sottrazione di settori strategici alla gestione privata. Una conferma di quanto affermato si trova nel preambolo alla Costituzione del 1946, dove si leggeva che «ogni bene, ogni impresa, la cui utilizzazione ha o

²⁴² A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*.

²⁴³ Per funzioni e struttura, i servizi *en régie directe* possono essere assimilati alle aziende autonome che fino agli anni venti del Novecento avevano caratterizzato il settore delle imprese pubbliche italiane. In alcuni casi, si trattava di soggetti ereditati dall'*Anciene Régime* come l'*imprimerie royale*, le *Manufactures de Sèvres et des Gobelins*, il *Service des poudres*. Per un approfondimento, si veda A. CARTIER BRESSON, *L'Etat actionnaire*, LGDJ, Parigi, 2010; A. DELION, *Le droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, Parigi, 2003.

acquista i caratteri di un servizio pubblico nazionale o di un monopolio di fatto, deve diventare proprietà della collettività».

A partire dai primi anni ottanta, in Francia sono state implementate una serie di riforme che hanno alterato la distribuzione delle competenze tra i vari livelli di governo²⁴⁴, sia per quanto attiene i servizi pubblici che per i servizi sociali.

In ossequio a quanto stabilito dalla Costituzione francese (art. 72)²⁴⁵, le *collectivités territoriales* sono libere di scegliere in modello di gestione del servizio pubblico, nonché il soggetto predisposto alla fornitura del servizio stesso. La forma privilegiata è *l'outsourcing* che, nel caso francese, si combina col

²⁴⁴ Nel 1982 alle *inter-municipal bodies* è stato affidato il servizio di trasporto urbano e, nel 2006, il servizio gas ed elettricità a tariffe regolate, mentre alle Regioni è stato attribuito il potere di organizzare il servizio ferroviario sulla base di un accordo raggiunto con l'operatore ferroviario nazionale (1997).

²⁴⁵ «Les collectivités territoriales et leurs groupements disposent de la liberté du choix du mode de gestion pour exploiter leurs services publics. Cette liberté de choix du mode de gestion découle du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Les collectivités territoriales peuvent alors décider soit de gérer directement le service soit d'en confier la gestion à un tiers par le biais d'une convention de délégation de service public. A titre exceptionnel, la loi peut néanmoins imposer un mode particulier de gestion, comme c'est le cas par exemple pour les services départementaux d'incendie et de secours ou les établissements sociaux et médico-sociaux. De même, l'avis du Conseil d'État du 7 octobre 1986 a identifié certaines missions ne pouvant pas faire l'objet d'une délégation à une personne privée, à savoir : les missions de service public assurées par les collectivités territoriales au nom et pour le compte de l'État comme l'état civil, les élections, les obligations militaires ; les missions de service public qui relèvent de l'exécution même du pouvoir régalien des collectivités locales comme les pouvoirs de police, de sécurité et d'hygiène; l'exercice du pouvoir de réglementation ou d'organisation interne des collectivités».

controllo pubblico, risorse pubbliche e programmazione pubblica, mentre la gestione diretta è piuttosto rara.

Le forme giuridiche riscontrabili in Francia sono le seguenti:

- *Sociétés anonymes*: si tratta di società, quotate o non quotate, a totale partecipazione statale o di un ente territoriale (*Sociétés d'État*, *Sociétés nationalisées* e le società pubbliche locali);
- *Établissements publics administratifs*, che possono assumere varie forme: *régies personnalisées*, *établissements publics industriels et commerciaux*, *établissements publics mixtes*;
- *Sociétés d'économie mixte*;
- *Sociétés a participation publique minoritaire*.

In Francia, a norma dell'art. L. 233-2 del *Code de commerce* la *participation publique de l'État* consiste in una partecipazione minoritaria compresa tra il 10 e il 50 per cento del capitale.

Quanto all'*entreprise à participation publique* come avvenuto nel nostro ordinamento non è facile dettare una definizione che metta tutti d'accordo, in quanto si tratta di una fattispecie dal perimetro non sempre preventivamente definito. A tal proposito, sono emersi due criteri: *critère matériel* che tiene conto dell'attività esercitata, cioè si tratta di soggetti che contemperano la finalità di lucro e il soddisfacimento di un interesse pubblico della collettività; *critère organique* che tiene

conto degli aspetti organizzativi della società, indipendentemente dalla forma giuridica adottata.

Innanzitutto, si tratta di soggetti dotati di personalità giuridica, requisito indispensabile per il conseguimento delle finalità meramente economiche, e può essere di diritto pubblico²⁴⁶ ovvero di diritto privato.

Si tratta di soggetti, inoltre, sottoposti al controllo da parte di una *personne publique*.

Come avvenuto in Italia, in mancanza di una presa di posizione da parte del legislatore, la giurisprudenza è intervenuta chiarendo che la partecipazione pubblica, non solo quella totalitaria, non incide sulla natura giuridica delle stesse alle quali si applica il regime giuridico privatistico²⁴⁷, come pure non ha alcuna rilevanza il processo di costituzione.

Le imprese pubbliche locali sono nate, prevalentemente, all'indomani del primo conflitto mondiale in linea col crescente intervento nell'economia da parte delle collettività territoriali al fine di assicurare «le ravitaillement et le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale»²⁴⁸. Sono divenute, dopo la decentralizzazione, un importante strumento a disposizione degli enti territoriali nell'esercizio delle competenze ad essi assegnate.

²⁴⁶ Ne sono un esempio gli *établissements publics*.

²⁴⁷ Tribunal des conflits, 2 maggio 1988, n. 2520.

²⁴⁸ Décret-loi du 5 novembre 1926.

Le *Sociétés mixte locales*, inizialmente, erano regolate dai decreti Poincr  del 1926, relativi agli interventi nell'economia locale da parte dei comuni, successivamente sostituiti dalla legge 7 luglio 1983, n. 85-597 che ha portato ad un avvicinamento alla disciplina di diritto comune e ha rafforzato i controlli da parte degli enti territoriali soci. Nel 1996   stato introdotto il *Code général des collectivités territoriales* nel quale sono state trasfuse le disposizioni contenute nei testi normativi precedenti. Il codice attribuisce la possibilit  di costituire le societ  miste, purch  l'oggetto sociale rientri tra le competenze attribuite *ex lege* agli enti territoriali. Quanto alle attivit  accessorie, sono ammesse purch  siano complementari alle attivit  principali e, in ogni caso, in ossequio ai principi della concorrenza e di libera iniziativa economica, come affermato dal *Conseil d'Etat* (sent. N. 308564/2010). Il riconoscimento della personalit  giuridica   legato all'iscrizione nel registro del commercio e delle societ .

Sussistono tre modelli di societ  pubbliche locali, ognuno dei quali rispondente ad un modello giuridico ed economico diverso:

- *sociétés d' conomie mixte locales*, create nel 1983²⁴⁹ e riformate nel 2002²⁵⁰;
- *sociétés publiques locales*, create tra 2006²⁵¹ e il 2010²⁵²;

²⁴⁹ Loi n  83-597 du 7 juillet 1983.

²⁵⁰ Loi n  2002-1 du 2 janvier 2002.

²⁵¹ Loi n  2006-872 du 13 juillet 2006.

²⁵² Loi n  2010-559 du 28 mai 2010.

- *sociétés d'économie mixte locales*, create nel 2014²⁵³.

Didier Migaud, primo presidente della *Cour des comptes* ha inviato una lettera al Primo ministro, Édouard Philippe, dal titolo «les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques» al fine di riordinare il quadro normativo relativo alle società pubbliche locali affinché vi siano norme più puntuali, per esempio, con riferimento alla scelta dei loro fornitori che finisce, spesso, per ripercuotersi negativamente sui conti di tali società. È noto che l'esigenza della qualità dei conti da parte delle amministrazioni pubbliche è un principio costituzionale²⁵⁴.

Dopo oltre 30 anni appare necessario intervenire nuovamente per ridefinire il perimetro d'azione.

A tal proposito, la *Cour de Comptes* ha formulato delle raccomandazioni, tra cui:

²⁵³ Loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

²⁵⁴ Article 47-2 de la Constitution : «La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens. Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière».

- l'implementazione, a livello nazionale, di un sistema di monitoraggio statistico e di valutazione delle imprese pubbliche locali e delle controllate;
- la definizione del campo d'intervento delle imprese pubbliche locali, in conformità con le ultime riforme che hanno riguardato gli enti territoriali;
- la ridefinizione delle regole relative alla partecipazione pubblica locale in queste società.

CONCLUSIONI

Il testo unico rappresenta l'approdo finale di una linea evolutiva ancorata ad una tradizione storica che ha visto il succedersi di un profluvio normativo che ha diviso dottrina e giurisprudenza sotto molti profili, con evidenti tensioni che hanno avuto delle ripercussioni non positive in termini di efficienza.

Col passare del tempo, è cambiata l'amministrazione. Non più posta in una posizione di supremazia che si avvale dei modelli della tradizione pubblico-amministrativa, ma una amministrazione che svolge i propri compiti istituzionali ricorrendo a strumenti di diritto privato, come le società a partecipazione pubblica, il cui impiego è giustificato da ragioni di efficienza, vera o presunta. Il rapporto tra diritto privato e diritto pubblico finisce per incidere anche nella relazione che si instaura tra ente e società e che non permette al primo di incidere unilateralmente e autoritativamente sulla seconda.

La societarizzazione dell'azione amministrativa e la pubblicizzazione del modulo societario hanno portato a numerosi conflitti, *risolti* estemporaneamente dal legislatore con norme non organiche.

Per tale ragione, l'obiettivo della delega era proprio quello di delineare un sistema improntato ai criteri di efficienza, efficacia ed economicità ai fini della razionalizzazione e della riduzione delle partecipazioni pubbliche. Il difficile rapporto tra il legislatore riformatore e la pubblica amministrazione è

paragonabile a quello tra medici e malati: i medici vogliono curare, i malati vogliono guarire. E non è proprio la stessa cosa.

Con il Testo unico il legislatore ha dato prevalenza al diritto privato optando per un modello di società fedele agli elementi essenziali previsti dalla disciplina codicistica sulle società di capitali, in cui emerge la vocazione al lucro. Nel medesimo solco si inseriscono anche i maggiori controlli, il cui rafforzamento va letto tenendo a mente la teoria dell'*agency theory*.

Le previsioni relative alla riduzione delle partecipazioni e al contenimento dei costi, alla revisione e alla razionalizzazione, al controllo dell'attività e alla conseguente responsabilità dell'azionista pubblico, sembrano andare nella direzione della maggior efficienza.

Spetterà alla giurisprudenza e alla dottrina la vigilanza sulle norme introdotte, nonché l'iniziativa tesa a correggere i difetti che emergeranno in sede di piena attuazione.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGRETTI U., *I controlli sull'amministrazione dal sistema classico all'innovazione: le problematiche generali*, in ALLEGRETTI U. (cur.), *I controlli amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1995

ALONSO UREBA A., *La empresa pública. Aspectos constitucionales y de Derecho económico*, Madrid, 1985

AMOROSINO S., (cur.), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938

ANTONIOLI B., BOGNETTI G., *L'evoluzione dell'offerta di servizi pubblici locali in Europa*, in *Econ. pubbl.*, 2004

ANTONIOLI M., *Concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo (voce)*, AAVV., Chiti M.P., Greco G. (cur.), Parte speciale, Tomo II, Milano, 2007

ARIÑO ORTIZ G., *De la empresa publica a la empresa con participacion publica: privatizacion o reforma? Quizas ambas cosas*, in *Revista de administracion publica*, 1995, núm. 138

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

- BASSI F., *Autorità e consenso*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1962
- BASSI G., *Il sottosistema dei controlli sulle società partecipate. Questioni di interpretazione e criticità applicative sul nuovo art. 147 quater Tuel*, in *Comuni d'Italia*, 2012, 6
- BENEDETTI A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino 1999
- BENVENUTI F., *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, CEDAM, 1996.
- BERTI G., TUMIATI L., voce *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, Vol. X, Milano, 1962
- BOBBIO N., *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977
- BORSI U., *Le funzioni del Comune italiano*, Milano, 1909
- BORTOLOTTI B., SCARPA C., PELLIZZOLA L., *Comuni al bivio: assetti proprietari, performance e riforme nei servizi pubblici locali*, in *l'Industria*, 2011, 1
- BOTTINO G., *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. Cost.*, 2009, 3
- BRECCIA U., *Il contratto e l'attività di negoziazione tra pubblico e privato – nuovi problemi di teoria generale del diritto negli anni duemila*, in *Diritto pubblico*, Milano, n. 3, 2011

BRUTI LIBERATI E., FORTI M., *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001

BRUTI LIBERATI E., *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, 2006.

BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario. Commento ai D.Lgs n. 5-6 del 17 gennaio 2003*

CAFAGNO M., *Impresa pubblica*, in CHITI M.P., GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale, vol. II*, Milano, Giuffrè, 2007

Caia G., *Art. 22-23, legge 8 giugno 1990, n. 142*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (cur.), *Commentario della Costituzione. Art. 128 Supplemento*, Bologna, Zanichelli, 1996

CAIA G., *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale*, in *Studi Ottaviano*, Milano, 1993, vol. II

CAIA G., *Compiti dei consorzi tra enti locali e loro partecipazione a società*, in *Giur. Comm.*, 1996

CAIA G., *Ente locale e S.p.a. Profili istituzionali*, in G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in *Diritto amministrativo*, AAVV, Bologna, 2000

CAIA G., *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in FOLLIERI E., IANNOTTA L. (cur.) *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010.

CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G. (cur.), III, Bologna, 2001

CAIA G., *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in www.giustizia-amministrativa.it

CAIA G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it

CAIA G., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure soggettive e caratteristiche*, in *Foro Amm.*, 1991

CAMERLENGO Q., *Sulla impugnazione regionale della legge Delega*, in Cartabia M., Lamarque E., Tanzarella P. (cur.), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici* (atti del Convegno annuale dell'Associazione dei giovani costituzionalisti "Gruppo di Pisa", Milano, 10-11 giugno 2011), Torino, 2011

CAMMELLI M., DUGATO M., *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura degli stessi Autori, 2008

CAMMELLI M., *Le gestioni comunali. L'azionariato pubblico*, in *Atti convegno Provincia Sicilia*, Catania 1988, 71.

CAMMELLI M., *Le società a partecipazione pubblica (regioni, province, comuni)*, Bologna 1989

CAMMELLI M., *Legislatori, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, incerti strumenti, modesti risultati*, in *Le Regioni*, 2009

CAMMELLI M., *Rapporti tra ente locale e azienda speciale nella legge di riforma delle autonomie locali*, Relazione svolta alla 34[°] Assemblea generale CISPEL (Sorrento, 5-6 giugno 1990)

CAMMELLI M., ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, ed. II, Rimini, 1999

CAMMEO C., *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1937

CAMPOBASSO G.F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, Relazione al convegno sul tema "Le società miste per la gestione dei pubblici servizi", Napoli, 5 dicembre 1997, in *Riv. soc.*, 1998, fasc. 2-3

CANTUCCI M., *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1942

CARABBA M., *La nuova disciplina dei controlli nella riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1994

CARANTA R., *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *Giur. It.*, 2009

CARAVITA DI TORITTO B., *È veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani?*, in www.federalismi.it

CARTIER BRESSON A., *L'Etat actionnaire*, LGDJ, Parigi, 2010

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017

CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, il Mulino, 1983

CASSESE S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2004

CASUCCI F., *Il diritto plurale: pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, Napoli, 2004

CAVALLO PERIN R., *Art. 114, Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006.

CHITI M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2009, n. 10

CIRENEI M.T., *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (cur.), in *Trattato delle società per azioni: Società di diritto speciale*, Torino, 1992, vol. 8

CLARICH M., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (cur.), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pp. 1-12

CODAZZI E., *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, in *Atti del Convegno "L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi"*, Roma 21-22 febbraio 2014

CORPACI A., *Il controllo della Corte dei conti sulla gestione delle pubbliche amministrazioni nella ricostruzione della Corte*

costituzionale: un tributo al valore simbolico di una riforma, in *Giur. cost.*, 1995

CORSO G., *La Costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. cost.*, 1999

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013

COTTARELLI C., *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali. Commissario straordinario per la revisione della Spesa*

D'ATTORRE G., *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (cur.), *Le società Pubbliche*, Tomo Due

DANESI A., *La Corte alle prese con una nuova declinazione del principio di leale collaborazione: la collaborazione "irrituale" (note a prima lettura a margine di Corte cost., sent. n. 33 del 2011)*, in *Federalismi.it*, n. 5/2011

DELION A., *Le droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, Parigi, 2003

DENTI V., *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. SACCO, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, 1980.

DI VIA L., *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, in *Foro it.*, 1996, IV

DUGATO M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004

DUGATO M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, Milano, 2001

FARNETI G., *Il nuovo perimetro delle società partecipate secondo la legge di stabilità*, in *Azienditalia*, 2015, 1

FARNETI G., *Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 11/2012.

FERRARA SR F., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1911

FERRARA SR F., *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921.

FERRARI G.F., *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, in *Riv. dir. comp. eur.*, 2004

FERRERO G., *Le determinazioni economico-quantitative d'azienda*, Milano, Giuffrè Editore, 1965

FERRI JR G., STELLA RICHTER JR M., *L'oggetto sociale statutario*, in *Giustizia civile*, 11, 2002

FIMMANÒ F., *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 8 aprile 2014, in www.ilcaso.it

FIMMANÒ F., *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. Civ.*, 2014

FORTI U., *I controlli sull'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (cur.), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1915

FRACCHIA F., *La Corte dei conti e la tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008

GALLEGO SÁNCHEZ E., *Derecho mercantil*, parte primera, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 51 y ss.

GALLINARO S., *Teorie del controllo*, Milano, Franco Angeli, 1990.

GAMBARO A., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988

GARCÍA RUIZ E., *El nuevo marco legal de la sociedad mercantil estatal*, *Revista de derecho de sociedades*, núm. 23, 2004

GARCÍA RUIZ E., *La nueva sociedad anónima pública*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009

GAVANA G., OSCULATI F., ZATTI A., *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, nn. 1-2, 2007

GIANNINI M.S., *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974

GIANNINI M.S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953

GIORGIANI M., *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961

GOISIS F., *Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche: l'art. 4, co. 13., d.l. n. 95 del 2012*, in *Riv. reg. merc.*, n.1/2014.

GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2014

GOISIS F., *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, Clarich M. (cur.), 2007

GOSETTI DI STURMECK G., *Il nuovo welfare locale: dal Compulsory Competitive Tendering al Best Value Regime*, in *Le Regioni* 2/2007

GRECO G., *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000

GRISOLI A., voce *Impresa comunitaria*, in *Enc. Treccani, Giuridica*

GUARINO A., *Le sentenze costituzionali manipolative*, in *Dit. Giur.*, 1967

GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, 2009

IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società pubbliche*, Ibba C., Malaguti C., Mazzoni A. (cur.), 2011

IBBA C., *Le società legali*, Torino, 1992

IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2005

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2001

LOUGHLIN M., *Law, Ideologies, and the Political-Administrative System*, in "Journal of Law and Society", 16, 1989, I

LOUGHLIN M., *Recent Developments in Central-Local Government Fiscal Relations*, in "Journal of Law and Society", 9, 1982, 2

M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*

MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001

MARCHESE C., MAGNANI I., *Giovanni Montemartini e le origini della municipalizzazione, Relazione al Seminario organizzato dall'Università di Pavia e dall'Istituto Socialista di Studi Storici di Firenze su «I Montemartini»*, Pavia, 15 dicembre 1984

MARRA A., *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, in *Diritto dell'economia*, vol. 28, n. 87 (2-2015)

MARTIN MATEO R., *Derecho Público de la Economía*, Madrid, 1985.

MARTIN MATEO R., *Organización del sector público en España*, Madrid, 1973

MARTIN MATEO R., *Liberalización de la economía. Mas Estadoy menos Administración*, Madrid, 1988.

MARTIN RETORTILLO S., (dirigido por), *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1991

MARTIN RETORTILLO S., *Reflexiones sobre las privatizaciones*, RAP, 1997, núm. 144

MARTINI G., *Aspetti pubblicistici della nomina extra-assembleare di amministratori e sindaci nelle imprese cooperative*, in *Giur. It.*, 1968, vol. IV

MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, Milano 1982

MAZZAMUTO M., *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. eur.*, 2001

MAZZARELLI M., *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987

MENGONI L., *Sul concetto di società a partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958

MENSI M., *Le società strumentali: alcune riflessioni sull'art. 13 della legge Bersani*, in FRANCHINI C., TEDESCHINI F. (cur.), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009

MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 1/2004.

MERUSI F., *Il diritto privato della P.A. alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004

MERUSI F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, 313;

MIELE G., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, *Studi in memoria di R. Ferrara*, Milano, 1943

MIGNONE C., VIPIANA P., VIPIANA P.M., *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, UTET, 1993

MINGARELLI A., *Danno da società a partecipazione pubblica inutile*, *commento a sez. Giur. Umbria n. 354/2006*, in www.gazzettaentilocali.it.

MOLINAS G., *Indagine ricognitiva sulle S.p.a. costituite prima e dopo la legge 8 giugno 1990, n. 142*, in AA.VV., *La S.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, Maggioli, Cispel, 1995

MONTEMARTINI G., *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Società editrice libraria, Milano 1902

MONTOYA MARTIN E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, 1996

MORGANTE D., *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica nel testo unico*, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (cur.), *Le società Pubbliche*, Tomo Due

MORTATI C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 1976

MUÑOS MACHADO S., *La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad*, en PEREZ MORENO A. (Coord.) *Administración Instrumental*, t. II

- MURILLO FERROL F., *El poder económico*, RAP, núm. 3, 1950
- MUSOLINO S., *L'art. 13 del decreto Bersani: quale futuro per il modello società mista?*, in *Urb e app.*, 2007
- MUSSARI R., *Il processo di razionalizzazione delle partecipate: quadro politico e normativo*, in *www.formez.it*
- NAPOLITANO G., (CUR.), *Il capitalismo municipale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013
- NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966
- OTTAVIANO V., *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. Soc.*
- PAGANI I., *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del Decreto Bersani*, in *Urb. e app.*, 2008, n. 9
- PAPA MALATESTA A., *Partecipazioni pubbliche*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, X
- PEREZ MORENO A., *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969

PEREZ R., *Quali sono le pubbliche amministrazioni sottoposte al controllo della Corte dei conti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995

PICARDI N., *Le sentenze "integrative" della Corte costituzionale, Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977

PIPERATA G., *La trasformazione delle società a partecipazione pubblica. Dalla società in house alla società a partecipazione mista*, in DUGATO M., MASTRAGOSTINO F. (cur.), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna

POSITANO G., *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2013

POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964

PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, 1964

RAMAJOLI M., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995

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

RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997

RESCIGNO P., *Capacità giuridica*, *Dig. disc. priv.*, 1988

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I

ROCCO DI TORREPADULA N., *Aspetti di diritto societario delle società per azioni con partecipazione comunale*, in *Riv. soc.*, 1, 1997

RORDORF R., *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Società*, 2013, 12

RORDORF R., *Le società pubbliche, Relazione al Convegno tenutosi a Venezia 25 - 27.11.2004*, in *Le Società*, 4, 2005

ROSSI G., *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991

ROSTAGNO S., *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ovvero della deriva dell'interpretazione dell'art. 13 del d.l. Bersani lontano ai principi del Trattato UE e dai modelli comunitari di collaborazione tra pubblico e privato*, in www.giustamm.it

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923

ROVERSI MONACO F.A., *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967

ROVERSI MONACO F.A., *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. Soc.*, 1973

ROVERSI MONACO F.A., *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968

S. CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, 686 ss.

SALA G., *Il regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto*

all'amministrazione (della cosa) pubblica, in DOMENICHELLI V., SALA G., *Servizi pubblici e società private, quali regole?*, Padova, 2007

SALAFIA V., *Gli amministratori ed i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Le società*, 2001

SALVATO L., *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Il Fallimento*, 2014, 1

SALVI C., *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988

SALVI S., VILLONE M., *Il costo della democrazia*, Milano, Mondadori, 2005

SAMBUCCI L., *Studi sui controlli amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2005

SANTINI G., *Il tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Rivista di diritto civile*, 1973

SATTA F., *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989

SCARPA C., BIANCHI P., BERTOLOTTI B., PELLIZZOLA L., *Comuni S.p.A.: il capitalismo municipale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2009

SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. Ec.*, 2005, 247-8

SCOCA F.G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, F. Roversi Monaco (cur.), Rimini, 1988

SIRAGUSA S., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici sovvenzionati dallo Stato*, in *Foro amm.-CdS*, 2008

SORCI E., *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d'insolvenza*, in F. FIMMANÒ (cur.) *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*.

SORDI B., *Origine e itinerari scientifici della nozione di "ente pubblico" nell'esperienza italiana*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di Cerulli Irelli V., Morbidelli G., 1994

SORDI B., *Per una storia del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1996

SPADAFORA A., *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, 1990, II

SPAGNOLLI G., *Municipalizzazione e progresso sociale*, in *Corr. amm.*, 1963

SPAMPINATO B., *L'accesso dei privati al mercato dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2015

STERPA A., *Un parere "artificiale": prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 2011 n. 33*, in *Federalismi.it*

STEVE S., *Lezioni di scienza delle finanze*, Padova, 1965

SUÁREZ-LLAMOS L., *Derecho, economía, empresa*. Ed. Civitas, Madrid 1988

TORCHIA L., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, il Mulino, 2009

TOSATO E., *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931

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

URSI R., *Il gioco dei monopoli e i servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CDS*

VERUCCI G., *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, vol. II

VETRO A., *Nuove riflessioni sul grado di diligenza richiesto ai pubblici funzionari e sulla qualificazione della colpa nei giudizi di responsabilità amministrativa, alla luce della sentenza della Cassazione 6 ottobre 2015 n. 19883*, in www.contabilitapubblica.it, 12/2015.

VIGNERI A., *Sulla nozione di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali. Le prime sentenze sull'art. 13 d.l. Bersani*, in www.astrid.it

VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, CEDAM, 2008

VISENTINI G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, 1979

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958