

## La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica: temi e problemi

Luca Geninatti Satè<sup>[1]</sup>

**Sommario.** 1. Premessa. 2. L'ambito soggettivo di applicazione e le categorie di società pubbliche: (a) in generale. 3. (segue): (b) società ammesse e società non consentite. 4. (segue): (c) il tema delle "società quotate". 5. Oneri per la costituzione delle società ammesse, ricognizione delle società esistenti e obblighi di dismissione delle società non consentite. 6. Modifiche alla *governance* delle società pubbliche: (a) in generale. 7. (segue): (b) la nuova *governance* delle società "a controllo pubblico". 8. (segue): (c) il divieto di costituire organi diversi da quelli previsti da norme generali e la possibilità di attribuire la gestione della società ai soci. 9. (segue): (d) l'adeguamento degli statuti sociali delle società esistenti. 10. La nuova disciplina delle società *in house*. 11. La nuova disciplina delle società c.d. "miste". 12. L'assoggettabilità al fallimento e gli altri principali elementi della nuova disciplina della crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica. 13. Limiti e regole in materia di personale delle società a partecipazione pubblica. 14. Responsabilità degli amministratori e giurisdizione della Corte dei Conti.

### 1. Premessa<sup>[2]</sup>

Il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, entrato in vigore il 23 settembre 2016, ha strutturalmente rivisitato la disciplina delle società a partecipazione pubblica<sup>[3]</sup>.

Il testo (sovente identificato, nella prassi, come "decreto Madia", sebbene questa dizione sia equivoca, perché vari sono i decreti di riordino della legislazione riconducibili all'attività del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione) è stato approvato dal Governo in attuazione della delega conferita con la l. 7 agosto 2015, n. 124<sup>[4]</sup>.

Stando ai criteri di delega, fine prioritario del decreto è "*assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza*", attraverso 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*".

Questo scritto non si propone di verificare se questi obiettivi siano stati raggiunti: si limita soltanto a una ricognizione delle principali novità introdotte dal decreto in una materia

interessata da oltre dieci anni di successione normativa e di stratificazioni giurisprudenziali[5] (novità che inducono a considerare il d.lgs. n. 175/2016 un “testo unico innovativo”[6]).

Queste novità - si può nel complesso rilevare - appaiono significative per almeno due ordini di motivi: (i) sotto il profilo della disciplina puntuale, perché apportano numerose modifiche alla costituzione delle società pubbliche e, soprattutto, alla loro operatività, imponendo quindi rilevanti oneri di adeguamento alle pubbliche amministrazioni; (ii) sotto il profilo dogmatico, perché l'insieme di queste modifiche definisce una fisionomia delle società a partecipazione pubblica che si distacca ormai nitidamente da quella delle società regolate, in via generale, dal codice civile[7]: sembra affermarsi, anzi, uno *status* giuridico proprio delle società pubbliche, diverso e speciale rispetto a quello delle società private, che impone anche di riconsiderare il principio di autonomia privata sino ad oggi riconosciuto (da alcuni anni, anche dal diritto positivo[8]) alle pubbliche amministrazioni per l'esercizio dell'attività non autoritativa[9].

## **2. L'ambito soggettivo di applicazione e le categorie di società pubbliche: (a) in generale.**

La definizione dell'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 è apparentemente un'operazione semplice: l'art. 1, c. 1, del decreto chiarisce infatti che esso 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*”.

La definizione di “*amministrazioni pubbliche*” contenuta nell'art. 2 rinvia poi alla nozione dettata dall'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 (divenuta sostanzialmente la nozione codificata nell'ordinamento positivo), che identifica nominalmente tutti i soggetti qualificabili come pubbliche amministrazioni; ad essi, il d.lgs. n. 175/2016 aggiunge i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali.

L'aggiunta degli enti pubblici economici è particolarmente significativa, poiché la loro assimilazione alle amministrazioni pubbliche (sia pure al limitato fine di assoggettarne le società partecipate alle regole del d.lgs. n. 175/2016) supera il dibattito sulla possibilità di configurare le società da essi partecipate come società a partecipazione pubblica[10].

Per il resto, la delimitazione compiuta dall'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016 è molto ampia, perché comporta di includere nella categoria delle “società pubbliche” anche società indirettamente partecipate, anche in via minoritaria, dalle pubbliche amministrazioni.

Ciò rende molto delicato il compito (che, come si vedrà, spetta alle amministrazioni stesse) di provvedere alla ricognizione delle società a partecipazione pubblica: è infatti sufficiente una minima partecipazione di uno dei soggetti indicati dall'art. 1 perché la società interessata, nonché quelle eventualmente appartenenti al suo gruppo, ricadano nell'ambito soggettivo di applicazione del decreto.

Chiarito questo punto, la tecnica normativa utilizzata dal d.lgs. n. 175/2016 obbliga però a un supplemento di analisi per identificare correttamente quali società a partecipazione

pubblica siano effettivamente soggette alle norme in esso contenute e quali no.

Le disposizioni del decreto conducono infatti a un'articolata classificazione delle società pubbliche, che può essere sintetizzata in questo schema:

(a) società a partecipazione pubblica che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, possono essere costituite o, se esistenti, nelle quali può essere mantenuta la partecipazione (e alle quali d'ora innanzi, per semplicità espositiva, ci riferiremo come "società ammesse");

(b) società a partecipazione pubblica esistenti che possono essere mantenute indipendentemente dal loro oggetto sociale, perché nominalmente individuate nell'Allegato A del decreto (e alle quali ci riferiremo come "società espressamente ammesse");

(c) società "quotate" (nella definizione che di esse risulta dall'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016, e sulla quale ci soffermeremo ampiamente in un paragrafo successivo);

(d) società che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, non possono essere costituite e devono essere dismesse, liquidate o comunque interessate da un procedimento di alienazione delle partecipazioni.

Rispetto a questo schema, va sottolineato che sia le "società ammesse", sia le "società espressamente ammesse" ricadono nell'ambito oggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016; pertanto, le società nominalmente incluse nell'Allegato A[11] (successivamente ampliabile con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri) non sono per questo sottratte all'applicazione del decreto: semplicemente, esse possono sopravvivere indipendentemente dalla verifica circa la rispondenza delle loro finalità a una delle categorie che il decreto stesso individua quale presupposto necessario per l'ammissibilità di una società pubblica.

Invece, le società che, non rispondendo a quelle finalità, non sono consentite (nel senso che ne è divenuta vietata la costituzione e, ove costituite, sono necessariamente soggette a dismissione) rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 solo nella parte in cui - appunto - sono destinatarie degli obblighi di dismissione, mentre - com'è ovvio - le norme in materia di *governance*, di personale e, in generale, che disciplinano l'operatività della società non saranno ad esse applicabili per la ragione che tali società non possono più sussistere come società a partecipazione pubblica.

Infine, le "società quotate" (nella definizione che di esse è data dall'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016) sono formalmente ricomprese nell'ambito soggettivo di applicazione del decreto, ma nella sostanza - come si vedrà - ciò si traduce nella soggezione di queste società soltanto a due norme (la cui incidenza è peraltro molto poco significativa).

Queste precisazioni sono importanti per chiarire a fondo il tema dell'ambito di applicazione del decreto (rispetto al quale la tecnica normativa che esso adotta può talora indurre in equivoco).

A questo fine, anziché riferirsi genericamente all'"ambito soggettivo di applicazione" è più opportuno distinguere (i) le norme del decreto che contengono i criteri per stabilire se una società a partecipazione pubblica sia o no ammessa e (II) le norme del decreto che

disciplinano la *governance* e il funzionamento delle società a partecipazione pubblica (ovviamente: solo di quelle ammesse).

Le prime disposizioni *non* si applicano alle società elencate nell'Allegato A (perché ammesse sulla mera base della loro inclusione nell'elenco), né alle "società quotate" (per le ragioni che si esamineranno); le seconde, invece, *si* applicano anche alle società elencate nell'Allegato A, *non* si applicano alle "società quotate" (per le ragioni che vedremo) e, naturalmente, *non* si applicano a quelle società che, in applicazione delle norme che dettano i criteri per stabilire l'ammissibilità di una società pubblica, siano interessate da procedure di dismissione o alienazione che conducano a escludere del tutto la partecipazione pubblica (rendendole, quindi, società private).

### **3. (segue): (b) società ammesse e società non consentite.**

Chiarito quanto precede, è necessario soffermarsi sui criteri e sul metodo attraverso i quali il d.lgs. n. 175/2016 individua le "società ammesse" e, specularmente, quelle non consentite (mentre l'identificazione delle "società espressamente ammesse" non presenta problemi perché deriva dalla semplice lettura dell'elenco contenuto nell'Allegato A).

Il punto è rilevante, da un lato, perché incide in modo molto significativo sulle società esistenti, conducendo alla necessaria dismissione di tutte quelle non appartenenti alla categoria delle "ammesse"; dall'altro, perché costituisce un'innovazione strutturale nella disciplina delle società a partecipazione pubblica: il decreto compone infatti una classificazione tassativa (e quindi chiusa) di queste società, in forza della quale - d'ora in poi - una società a partecipazione pubblica dovrà necessariamente essere riconducibile a una delle categorie da esso previste.

Ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, sono infatti ammesse (nel senso *(a)* che possono essere costituite e *(b)* che le partecipazioni pubbliche in esse detenute possono essere conservate) cinque categorie di società, identificate rispetto alle loro finalità:

- (1) le società costituite o partecipate per la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi [art. 4, c. 2, lett. a)];
- (2) le società costituite o partecipate per la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche [art. 4, c. 2, lett. b)];
- (3) le società costituite o partecipate per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato [art. 4, c. 2, lett. c)];
- (4) le società costituite o partecipate per l'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 [art. 4, c. 2, lett. d)];

(5) le società costituite o partecipate per lo svolgimento di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici [art. 4, c. 2, lett. e)].

Va osservato che ciascuna di queste categorie solleva autonome questioni interpretative, ma una compiuta trattazione di esse esorbita dai limiti di questo scritto.

Si può unicamente rilevare che:

(i) per quanto riguarda le società *“costituite o partecipate per la produzione di un servizio di interesse generale”*, deve applicarsi la definizione contenuta nell’art. 2, c. 1, lett. h), del d.lgs. n. 175/2016, secondo la quale tali servizi devono identificarsi in quelle attività *“che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza”*<sup>[12]</sup>; in tale definizione sono però espressamente inclusi, dalla stessa norma, anche i servizi di interesse economico generale, che invece sarebbero di per sé compresi nella successiva definizione della lett. i), che riguarda i *“servizi di interesse economico generale”*; la torsione della prima definizione (che finisce in questo modo con il ricomprendere anche la categoria ad essa opposta) è da ritenersi dovuta alla tecnica normativa con cui il d.lgs. n. 175/2016 ha individuato le società ammesse, perché la semplice lettura dell’art. 4, c. 2, lett. a) (che include - appunto - le società qui in commento) potrebbe condurre a ritenere che siano escluse da quelle ammesse le società che gestiscono servizi pubblici locali, esito evidentemente irragionevole; trattandosi di uno stratagemma di *drafting*, può ritenersi quindi che la *summa divisio* fra servizi d’interesse generale e servizi d’interesse economico generale non sia stata intaccata<sup>[13]</sup>;

(ii) per quanto riguarda le società *“costituite o partecipate per l’autoproduzione di beni o servizi strumentali all’ente o agli enti pubblici partecipanti”*, è ragionevole ammettere che questa categoria tenderà a identificarsi - di fatto - con quella della società *in house*; è sì vero, infatti, che queste ultime si caratterizzano, tradizionalmente, per la particolare natura del legame con le amministrazioni partecipanti (in particolare: per l’essere soggette a un controllo degli enti soci analogo a quello che essi esercitano sulle proprie attività<sup>[14]</sup>) più che per la finalità sociale; tuttavia, poiché in concreto le attività affidate alle società *in house* sono tipicamente quelle destinate alla produzione di attività strumentali agli enti partecipanti, ne deriva che, nei fatti, le due categorie sono destinate a sovrapporsi.

Le questioni interpretative concernenti le categorie di società ammesse hanno naturalmente un riverbero sulle difficoltà di ricondurre le società esistenti all’una o all’altra di tali categorie, essendo questa riconducibilità il necessario presupposto per la facoltà di mantenere in essere la società stessa (o la partecipazione in essa detenuta).

Al riguardo, basti qui rilevare (ancora con riferimento alle società *“costituite o partecipate per l’autoproduzione di beni o servizi strumentali all’ente o agli enti pubblici partecipanti”*) che presupposto necessario per la riconducibilità di una società pubblica a questa categoria sarà il fatto che la società abbia come finalità la produzione di beni e servizi funzionali al raggiungimento, da parte degli enti soci, di finalità istituzionali, intendendosi come tali, tipicamente, quelle risultanti dallo statuto dell’ente o dell’amministrazione.

Questa operazione di riconduzione delle società alle categorie ammesse, per quanto

delicata, è però imposta alle amministrazioni pubbliche, chiamate a compiere una periodica razionalizzazione delle partecipazioni e, soprattutto, a svolgere in via straordinaria un'iniziale ricognizione entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (come meglio si vedrà in un paragrafo successivo).

Oltre alle cinque categorie di "società ammesse" ora esaminate (e oltre alle "società espressamente ammesse") sono inoltre consentite, in via d'eccezione, altre tre tipologie di società: (a) le società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni partecipanti (che possono però venire costituite soltanto tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato); (b) le società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, nonché la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane; (c) le società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari previste dall'art. 6, comma 9, della l. n. 240/2010, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca.

L'analisi del testo normativo conduce infine a ritenere "ammesse" anche le "società quotate": a questa conclusione si giunge però attraverso un percorso argomentativo che deve puntualmente soffermarsi sulla nozione stessa di "società quotate", secondo la definizione che di esse è data dall'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016.

#### **4. (segue): (c) il tema delle "società quotate".**

L'art. 2, c. 1, lett. o), del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che, ai fini di quanto in esso disposto, si intendono per "società quotate" sia "le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati", sia "le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati", nonché "le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche".

Si tratta di una tipica definizione stipulativa, che accomuna convenzionalmente le tre categorie di società entro l'unica ellittica dizione di "società quotate".

Assume particolare rilievo la seconda categoria di società ricomprese nella definizione: le "società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati", perché il d.lgs. n. 175/2016 non fornisce una definizione di "mercati regolamentati".

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

In questo senso, va segnalato che il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 520F" (di seguito, "T.U.F.") contiene in effetti, nell'art. 1, comma 1, lett. w-ter, una definizione di "mercato regolamentato", corrispondente a "sistema multilaterale che consente o facilita l'incontro, al suo interno e in base a regole non

*discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, ammessi alla negoziazione conformemente alle regole del mercato stesso, in modo da dare luogo a contratti, e che è gestito da una società di gestione, è autorizzato e funziona regolarmente”.*

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

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

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

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

Ciò potrebbe essere interpretato come indice del fatto che il d.lgs. n. 175/2016 non ha ritenuto di assumere all'interno del provvedimento la stessa definizione contenuta nel T.U.F., poiché - diversamente - l'avrebbe richiamata in modo esplicito (*ubi lex voluit, dixit*[\[15\]](#)).

Infatti, quando il legislatore intende riferirsi a una nozione definita da una specifica norma legislativa lo specifica espressamente: così accade, per esempio, nello stesso decreto Madia, quando il citato art. 1, c. 5, stabilisce che *“le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera o)”*; in questo caso - come si vede - il legislatore ha chiarito che la nozione di *“società quotate”* deve intendersi come quella definita da una specifica norma.

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

Nel caso in esame, invece, la definizione contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. o), del d. lg. n. 175/2016 non contiene alcun rinvio al d.lgs. n. 58/1998, e questo fatto, unitamente alla circostanza che la nozione di *“mercato regolamentato”* prevista da quest'ultimo decreto è destinata a valere soltanto all'interno di esso, sembra di ostacolo a trasporre identicamente

la definizione del T.U.F. all'interno del decreto Madia.

E' pur vero che esistono disposizioni normative nelle quali la nozione di mercato regolamentato è impiegata senza alcun richiamo esplicito alla corrispondente definizione del T.U.F. e che, quando intendono riferirsi a sistemi non rientranti in tale definizione, lo dispongono in modo esplicito<sup>[16]</sup>, come se presupponessero la nozione contenuta nel T.U.F. quale definizione cui rinviare in via sistematica.

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

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

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

Pertanto: ai fini di stabilire quale significato assuma - beninteso: ai limitati fini del d.lgs. n. 175/2016 - la dizione *"mercati regolamentati"* contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. o), occorre utilizzare due criteri interpretativi: l'argomento letterale e l'argomento dell'intenzione del legislatore.

L'argomento letterale impone di attribuire agli enunciati normativi, oppure alle parole e ai termini in essi contenuti, il significato che assumono nella conversazione ordinaria o nel linguaggio tecnico del diritto, tenendo conto della loro relazione sintattica<sup>[17]</sup>.

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

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

L'argomento psicologico è quello per cui *"a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico"*<sup>[18]</sup>: il significato della norma va quindi ricercato nelle fonti che consentono di ricostruire l'intenzione con cui l'estensore della norma ha provveduto a scriverla.

Nel caso del d.lgs. n. 175/2016, alcuni elementi utili al riguardo possono rinvenirsi dalla previsione contenuta nella legge delega (della quale il TU costituisce il decreto legislativo attuativo) 7 agosto 2015, n. 124, il cui art. 18, comma 1, include fra i principi e criteri direttivi la necessaria *"distinzione tra tipi di società"* in relazione *"alla quotazione in borsa o*

*all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati".*

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

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

Ora, guardando all'argomento teleologico (che impone di attribuire a un enunciato normativo *"quel significato che corrisponde al fine proprio della legge di cui l'enunciato è documento"*<sup>[19]</sup>, e quindi di ricostruire non tanto l'intento storicamente assunto dal legislatore concreto, ma i *"fini della legge"*, ossia l'obiettivo cui l'intervento normativo tende, esaminando gli interessi che il diritto ritiene di proteggere), va ricordato che la speciale disciplina dedicata alle società pubbliche in relazione alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati costituisce un elemento ricorrente della legislazione degli ultimi anni, almeno a partire dall'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (che escludeva le società quotate o in corso di quotazione dalla cessazione anticipata degli affidamenti diretti) e sino all'art. 34, comma 38, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 (che, ai fini della limitata applicazione delle norme in materia di contenimento della spesa pubblica riguardanti le società partecipate da pubbliche amministrazioni, espressamente equipara alle società quotate quelle *"emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati"*).

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

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

In questo senso si è anche espresso il Consiglio di Stato, nel parere reso sul testo del decreto in esame, osservando che l'art. 2, comma 1, lett. o), *"è coerente con il principio, accolto dal sistema positivo vigente, secondo cui per le società quotate in mercati regolamentati opera interamente un regime di mercato"*<sup>[20]</sup>.

Da queste considerazioni si evince dunque che anche l'argomento dell'intenzione del legislatore conduce complessivamente a ritenere che la nozione di *"mercati regolamentati"*, per come essa si atteggia nell'ambito del Testo Unico sulle società a partecipazione

pubblica, pare doversi riferire ai mercati finanziari che siano soggetti a regolamentazione, vigilanza e controllo delle autorità preposte a garantirne la trasparenza e correttezza di funzionamento.

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

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

Alle “società quotate” si applicano, pertanto, soltanto gli artt. 8 e 9 del decreto, riguardanti - rispettivamente - l’organo competente e le modalità per l’acquisizione di partecipazioni in società già costituite (ma solo se l’operazione comporta l’acquisto della qualità di socio) e l’individuazione dell’organo competente all’esercizio dei diritti del socio.

Conseguentemente, non si applicano alle “società quotate” né l’art. 4 (che - come si è visto - codifica le uniche categorie di società a partecipazione pubbliche ammesse), né le disposizioni in materia di *governance*, né le regole in materia di personale, né le restanti norme che delineano il nuovo e speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica.

Da ciò deriva quanto anticipato nel paragrafo 2., ossia che: le “società quotate” rientrano formalmente nell’ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016, ma poiché questo comporta che esse siano soggette unicamente alle disposizioni che sono espressamente indirizzate anche alle “società quotate”, e poiché tali disposizioni sono soltanto gli artt. 8 e 9, la maggior parte delle nuove disposizioni che incidono significativamente sulle società pubbliche non si applicano alle “società quotate”, né esse sono soggette alla verifica di riconducibilità ad una delle categorie previste dall’art. 4 ai fini della loro sopravvivenza.

Si verifica quindi una “sostanziale” sottrazione delle “società quotate” dall’applicazione del d.lgs. n. 175/2016<sup>[21]</sup>.

## **5. Oneri per la costituzione delle società ammesse, ricognizione delle società esistenti e obblighi di dismissione delle società non consentite.**

Individuate le categorie delle società ammesse, occorre soffermarsi, da un lato, sugli oneri previsti dal d.lgs. n. 175/2016 per la nuova costituzione di tali società e, dall’altro, sui principali adempimenti che interessano le società esistenti.

Premesso che la costituzione (o l’acquisto di partecipazioni) può naturalmente riguardare soltanto “società ammesse”, o “espressamente ammesse”, per la costituzione di nuove società a partecipazione pubblica, l’art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce un puntuale onere

di “*motivazione analitica*”, prevedendo che l’atto deliberativo chiarisca la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali, evidenzi la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria della scelta (anche rispetto a possibili destinazioni alternative delle risorse pubbliche impegnate o alla gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato) e dia conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa.

Gli stessi oneri gravano sull’acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società già costituite.

Viceversa, le società diverse da quelle ammesse non possono essere costituite, né possono essere oggetto di acquisizioni di partecipazioni da parte delle amministrazioni pubbliche.

Le società esistenti, diverse da quelle ammesse, devono essere oggetto di “ *fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione*”, ai sensi dell’art. 24 del decreto, o comunque le relative partecipazioni devono essere alienate.

In via straordinaria, le amministrazioni pubbliche devono effettuare una ricognizione delle società e partecipazioni esistenti, indicando quelle oggetto di dismissione, entro sei mesi dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016 (ossia entro fine marzo 2017).

Successivamente, la ricognizione ed eventuale dismissione deve avvenire annualmente.

L’alienazione, che deve svolgersi secondo principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, deve avvenire entro un anno dalla conclusione della ricognizione (dunque: entro marzo 2018).

In caso di mancata adozione dell’atto ricognitivo o di mancata alienazione entro i termini, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all’art. 2437-ter, c. 2, e seguendo il procedimento di cui all’art. 2437-*quater* c.c..

## **6. Modifiche alla *governance* delle società pubbliche: (a) in generale.**

L’insieme delle modifiche alla *governance* introdotte dal d.lgs. n. 175/2016 concorre a definire quello speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica del quale si menzionava in apertura (e in forza del quale si è portati a ritenere che - oggi - si debba riconoscere l’esistenza di una categoria delle “società a partecipazione pubblica” come distinta rispetto a tutte le altre società regolate in via generale dal codice civile)[\[22\]](#).

Inoltre, poiché questo speciale statuto giuridico deriva, nella maggior parte dei casi, da limiti e deroghe che il decreto stabilisce alla possibilità, da parte delle amministrazioni pubbliche, di utilizzare gli istituti societari civilistici, si può ammettere che il generale principio dell’autonomia privata delle amministrazioni pubbliche (nell’adozione di atti non autoritativi) abbia subito una radicale compressione: le amministrazioni pubbliche non possono più, infatti, costituire a società, o parteciparvi, “*secondo le norme di diritto privato*” (come stabilisce, in generale, l’art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990), dovendo

all'occorrenza utilizzare le norme - speciali - del d.lgs. n. 175/2016.

Il primo indice di questo *status* speciale si rinviene nei limiti alla forma che possono assumere le società a partecipazione pubblica: ai sensi dell'art. 3 del decreto, le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa.

Le altre forme societarie restano, perciò, precluse.

## **7. (segue): (b) la nuova *governance* delle società "a controllo pubblico".**

La massima parte della nuova *governance* delle società a partecipazione pubblica riguarda, tuttavia, una loro specie, qualificata dal d.lgs. n. 175/2016 come "società a controllo pubblico".

Attingendo alle definizioni dell'art. 1, si nota che anche questa stessa definizione introduce una variante speciale rispetto al modello civilistico.

Infatti, sono "società a controllo pubblico", ai fini del decreto Madia, non soltanto quelle in cui esercitano il controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c., ma anche quelle nelle quali, *"in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo"*.

L'effetto di questa variante è espansivo: si dovrà infatti qualificare "a controllo pubblico" (e sarà quindi soggetta alle penetranti modifiche di *governance* previste dal d.lgs. n. 175/2016) anche una società a partecipazione pubblica minoritaria, in cui l'amministrazione non disponga di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (dunque: una situazione che, ai sensi dell'art. 2359 c.c., non determinerebbe a rigore controllo pubblico<sup>[23]</sup>), nella quale però i patti parasociali prevedano l'unanimità per le decisioni *"finanziarie e gestionali strategiche"*<sup>[24]</sup>.

Le principali regole di *governance* - derogatorie rispetto al modello civilistico generale - che il d.lgs. n. 175/2016 stabilisce per queste società sono riassumibili nelle seguenti:

(a) l'organo amministrativo dev'essere costituito, di norma, da un amministratore unico (con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sono definiti i criteri in base ai quali, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, l'assemblea della società a controllo pubblico può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ma, nell'attesa, la disposizione appare di immediata applicazione);

(b) nella scelta degli amministratori, le amministrazioni devono assicurare il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno; qualora la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo statuto deve prevedere che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata secondo i criteri stabiliti dalla l. n. 120/2011 (che

disciplina la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati);

(c) quando la società sia costituita in forma di società a responsabilità limitata, non è consentito, in deroga all'art. 2475, c. 3, del codice civile, prevedere che l'amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci;

(d) gli amministratori non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti;

(e) lo statuto deve prevedere l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea;

(f) lo statuto deve prevedere l'esclusione della carica di vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi;

(g) lo statuto deve prevedere il divieto di corrispondere ai componenti degli organi sociali gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività e il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato.

Ulteriore previsione è poi dedicata alle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, nelle quali non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo o che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

## **8. (segue): (c) il divieto di costituire organi diversi da quelli previsti da norme generali e la possibilità di attribuire la gestione della società ai soci.**

Fra le regole di *governance* dettate per le società "a controllo pubblico" spicca la norma che impone agli statuti di prevedere "*il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società*" (art. 11, c. 9, lett. d).

Questo divieto assume particolare rilievo per le società *in house*, nelle quali la giurisprudenza progressivamente formatasi negli anni aveva indicato, fra gli indici idonei a rilevare la presenza del "controllo analogo" (requisito necessario del modello *in house*), l'esistenza di organismi di controllo, costituiti dai rappresentanti di ciascun ente locale, muniti di penetranti poteri di verifica preventiva sulla gestione dell'attività ordinaria e straordinaria del soggetto *in house*, "*tali da rendere l'organo amministrativo privo di apprezzabile autonomia rispetto alle direttive delle amministrazioni partecipanti*" [25].

Il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle "*norme generali*" in materia di società sembra in effetti precludere la possibilità di continuare a prevedere organi quali i "comitati" che - variamente qualificati - assumevano tradizionalmente la funzione, nelle

società *in house*, di verificare che la società operasse coerentemente con i principi e i presupposti del modello dell'*in house providing* e si conformasse agli indirizzi e alle direttive gestionali impartiti dai soci, garantendo quindi l'effettività di un controllo permanente dei soci stessi sulla società.

Questa novità va messa in relazione con la nuova regola di *governance* (richiamata alla lettera (d) del paragrafo precedente) secondo la quale gli amministratori delle società "a controllo pubblico" non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti.

Anche questo divieto è infatti destinato a incidere sulle società *in house*, perché la designazione quali amministratori di figure apicali delle amministrazioni partecipanti, o comunque di soggetti che rivestono in esse ruoli decisionali e strategici rispetto alle attività affidate alla società *in house*, era ritenuto uno strumento utile alla strutturazione degli elementi idonei a garantire il controllo analogo[26].

Si può allora ipotizzare che esista una connessione fra questi divieti e una delle più innovative previsioni introdotte dal d.lgs. n. 175/2016 per le società *in house* (ma anche, come si vedrà, per quelle c.d. "miste"): ai sensi dell'art. 16, c. 2, lett. a), gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile, ossia delle norme che attribuiscono la gestione dell'impresa *esclusivamente* agli amministratori (o al consiglio di gestione, in caso di sistema dualistico).

Si tratta della deroga più significativa al modello societario ordinario, e quindi del tratto più caratteristico dello speciale statuto giuridico delle società pubbliche: nelle s.p.a. *in house*, e in quelle a partecipazione mista pubblico-privata, è divenuto possibile strutturare un modello di *governance* nel quale la gestione della società non sia attribuita agli amministratori, o non esclusivamente ad essi, e venga invece attribuita (anche) ai soci[27].

Per le società *in house*, questa previsione può essere ricondotta all'intento del legislatore di mettere a disposizione della società uno strumento per la garanzia del controllo analogo alternativo alla presenza di amministratori dipendenti delle amministrazioni socie e all'esistenza di un "comitato" variamente denominato.

Per le società miste, la finalità della norma è resa esplicita dal legislatore, perché l'art. 17, c. 4, lett. a), chiarisce che la deroga può essere introdotta "*al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa*"[28].

## **9. (segue): (d) l'adeguamento degli statuti sociali delle società esistenti.**

Tutte le modifiche di *governance* previste dal d.lgs. n. 175/2016 si applicano non soltanto alle società a partecipazione di nuova costituzione, ma anche a quelle esistenti, che devono infatti provvedere all'adeguamento dei propri statuti entro il 31 dicembre 2016.

Questa previsione è peraltro inserita fra le disposizioni transitorie del decreto e, dunque, non è prevista espressamente una sanzione per la sua violazione, ferme restando le

conseguenze che potrebbero derivarne rispetto all'invocata invalidità degli atti adottati dalle società a partecipazione pubblica il cui statuto (e quindi la cui *governance*) non sia conforme a quella prescritta dal decreto.

## **10. La nuova disciplina delle società *in house*.**

Oltre alla già esaminata novità - assai rilevante - che consente alle s.p.a. *in house* di introdurre modelli di *governance* in cui la gestione non sia riservata esclusivamente agli amministratori (e oltre alle conseguenze che derivano dai divieti di nominare amministratori dipendenti delle amministrazioni partecipanti e di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in materia di società), l'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016 completa la nuova disciplina delle società *in house*.

Questa disciplina non si discosta - in realtà - dal modello recentemente codificato dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale, tuttavia, spicca una differenza che potrebbe risultare molto rilevante.

L'art. 16 prevede infatti che le società *in house* possono essere destinatarie di affidamenti diretti da parte delle amministrazioni partecipanti solo se non vi è 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*".

L'eccezione che consente l'ingresso di capitali privati (e che deriva dalla normativa unionista, configurando un'inusitata forma di "società *in house* mista") è ripresa dal menzionato art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale contiene però una modifica, evidenziata dall'enfasi nella citazione che precede: nell'art. 5 la stessa eccezione è infatti riferita al caso in cui la partecipazione di capitali privati sia "*prevista da norme di legge*".

L'effetto della norma contenuta nel d.lgs. n. 175/2016 (che, in applicazione del criterio cronologico, dovrà ritenersi implicitamente abrogativa *in parte qua* dell'art. 5, d.lgs. n. 50/2016) è quindi restrittivo: la presenza di capitali privati nelle società *in house* non sarà più ammessa nel caso in cui esista una disposizione normativa che la facoltizzi, dovendosi invece rinvenire una norma che la imponga (caso, invero, non facilmente realizzabile).

Per il resto, l'art. 16 conferma la previsione già dettata dal d.lgs. n. 50/2016, stabilendo che gli statuti delle società *in house* devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, precisando - in aggiunta rispetto a quella previsione - che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

E' altresì confermata la regola secondo cui le società *in house* sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016, al quale viene fatto espresso rinvio per quanto riguarda il regime speciale degli affidamenti regolato dall'art. 192.

Costituisce invece una novità la regola dettata dall'art. 4, c. 4, del d.lgs. n. 175/2016, che impone alle società *in house* di avere come oggetto sociale esclusivo una delle finalità per le quali è ammessa l'esistenza stessa di società a partecipazione pubblica.

## **11. La nuova disciplina delle società c.d. "miste".**

La disciplina delle società c.d. "miste" contiene novità minori (in aggiunta a quella, già discussa, che consente di prevedere, negli statuti delle s.p.a., clausole che attribuiscono la gestione anche a soggetti diversi dagli amministratori).

La più significativa è rappresentata dalla fissazione della quota del trenta per cento come limite minimo per la partecipazione del soggetto privato.

Pur non venendo esplicitamente disciplinata, si può ritenere regolata anche la necessaria natura industriale (e non meramente finanziaria) del socio privato: l'art. 17, c. 2, prevede infatti che il socio privato debba *"possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita"* e che il bando per la sua selezione specifichi *"i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario"*.

Il ruolo industriale del socio privato non sembra peraltro comportare direttamente la necessità che siano anche predeterminati i suoi "specifici compiti operativi", come in passato richiesto dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008[29].

La selezione del socio privato deve in ogni caso svolgersi con procedure di evidenza pubblica *"a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016"*, secondo il modello della c.d. "gara a doppio oggetto" (sottoscrizione o acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e affidamento del contratto di appalto oggetto esclusivo dell'attività della società mista).

E' infine chiarito che le società miste non sono soggette alle procedure ad evidenza pubblica dettate del d.lgs. n. 50/2016 (sempre che non siano organismi di diritto pubblico) se (a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica, (b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal medesimo d.lgs. n. 50/2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita, (c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

## **12. L'assoggettabilità al fallimento e gli altri principali elementi della nuova disciplina della crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica.**

In materia di crisi d'impresa, il d.lgs. n. 175/2016 chiarisce in via definitiva una questione lungamente dibattuta[30], stabilendo 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 delle grandi imprese insolventi"*.

Sulla restante disciplina, va segnalato l'obbligo per l'organo amministrativo di adottare i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento di crisi aziendali, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

Rispetto a questo obbligo, il decreto precisa che non costituisce provvedimento adeguato la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, *"a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte"*.

Interviene anche in questo ambito una compressione del generale principio di autonomia privata delle pubbliche amministrazioni, perché l'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016 vieta alle amministrazioni (salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter c.c., ossia in caso di riduzione del capitale sociale sotto il limite legale) di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, o di rilasciare garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio o che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Sono però consentiti i trasferimenti straordinari a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse o alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, comunicato alla Corte dei conti, che contempra il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

### **13. Limiti e regole in materia di personale delle società a partecipazione pubblica.**

Il d.lgs. n. 175/2016 esplicita e codifica la regola generale ai sensi della quale ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applica la disciplina prevista per il rapporto di lavoro privato, salvo quanto diversamente disposto; è inoltre espressamente richiamata l'applicabilità delle disposizioni in materia di ammortizzatori sociali e dei contratti collettivi (art. 19, c. 1).

Alcune regole di diritto speciale si applicano peraltro a questo rapporto di lavoro[\[31\]](#).

Anzitutto, entro il 23 marzo 2017 le società a controllo pubblico devono compiere una ricognizione del personale in servizio al fine di individuare *"eventuali eccedenze"*. L'elenco del personale eccedente dovrà essere trasmesso alla regione di competenza, che agevolerà processi di mobilità in ambito regionale, con le modalità che saranno indicate in apposito decreto ministeriale. Per eventuali lavoratori dichiarati eccedenti e non ricollocati, dal 23 settembre 2017 l'elenco sarà gestito dall'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL) (*cfr.* art. 25, commi 1, 2 e 3).

Quest'onere ricognitivo è presupposto per l'applicazione di una disciplina speciale in materia di assunzioni: infatti, fino al 30 giugno 2018, le società a controllo pubblico non possono procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo ai suddetti

elenchi dei lavoratori eccedenti; i rapporti di lavoro stipulati in violazione di tali disposizioni sono nulli e i relativi provvedimenti costituiscono grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. (art. 25, cc. 4 e 6).

Questa limitazione conosce come eccezione l'assunzione di personale indispensabile con profilo infungibile inerente a specifiche competenze, che non sia disponibile negli elenchi di lavoratori eccedenti, previa in ogni caso l'autorizzazione da parte degli enti competenti.

Peraltro, sono da ritenersi escluse da questa disciplina le assunzioni obbligatorie delle categorie protette, nonché le assunzioni a tempo determinato e le somministrazioni[32].

Sono inoltre escluse dall'applicazione di tali limitazioni, così come dall'obbligo di individuazione delle eccedenze, le società a prevalente capitale privato che producono servizi di interesse generale e che nei tre esercizi precedenti hanno prodotto un risultato positivo.

Le società a controllo pubblico devono inoltre stabilire criteri e modalità per il reclutamento del personale, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'art. 35, c. 3, d.lgs. 165/2001 in materia di procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni[33]; i rapporti di lavoro stipulati in assenza di tali provvedimenti o procedure sono nulli (art. 19, cc. 2 e 4)[34].

Il d.lgs. n. 175/2016 prevede inoltre una serie di limiti applicabili al trattamento economico del personale, in parte demandati all'emanazione di un successivo decreto ministeriale.

In sintesi:

(a) quanto ai tetti retributivi, saranno individuate con decreto ministeriale fino a cinque fasce per la classificazione delle società a controllo pubblico, alle quali corrisponderanno altrettanti limiti ai compensi massimi, cui gli organi di dette società dovranno fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del "*trattamento economico annuo omnicomprensivo*" da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti; il decreto pone, quale tetto retributivo massimo applicabile alla fascia più alta, l'importo di 240.000 euro lordi[35], da intendersi quale limite complessivo in caso di compensi corrisposti da più pubbliche amministrazioni o società a controllo pubblico (art. 11, c. 6); [36]

(b) circa la retribuzione variabile, il medesimo D.M. stabilirà i criteri di determinazione della parte variabile della retribuzione, che in ogni caso dovrà essere commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente; nell'ipotesi di di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta (*cf.* art. 11 comma 6);[37]

(c) ai sensi dell'art. 11, c. 10, è vietato corrispondere ai dirigenti delle società a controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva o stipulare patti di non concorrenza (anche ai sensi dell'art. 2125 c.c.);[38]

Infine, le società a partecipazione di maggioranza delle pubbliche amministrazioni locali

titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80% del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30% del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi costituisce giusta causa di revoca degli amministratori (salvo che il risultato economico negativo sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante).

#### **14. Responsabilità degli amministratori e giurisdizione della Corte dei Conti.**

L'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016 chiarisce che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, *“salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house”*.

E' inoltre devoluta alla Corte dei conti, *“nei limiti della quota di partecipazione pubblica”*, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale, controversie che includono anche il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

Queste norme s'innestano nel tema, controverso da alcuni anni, concernente la natura della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica (dalla quale consegue l'individuazione del giudice competente)[39], finalmente risolto dalla sentenza delle Sezioni Unite 25 novembre 2013, n. 26283, secondo la quale spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura contabile quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*[40].

La giurisprudenza contabile si era parzialmente discostata da questo orientamento, ritenendo che, siccome l'ordinamento comunitario non ammette distinzioni sulla base della natura formale del soggetto agente, la giurisdizione contabile deve ritenersi sussistere non solo per le società *in house providing* ma per tutte le società a totale partecipazione pubblica[41], posizione in parte ripresa dall'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016, che - come si è visto - attribuisce alla Corte dei Conti, *“nei limiti della quota di partecipazione pubblica”* (dunque: integralmente, nel caso di società a totale partecipazione pubblica), la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale e su quelle che hanno determinato un pregiudizio del valore della partecipazione.

---

[1] Professore Associato di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università del Piemonte Orientale.

[2]Una versione parziale, e in parte rivista, di questo scritto è pubblicata in “Il nuovo Diritto delle Società - NDS”.

[3]La legittimità di una disciplina introdotta dalla legislazione statale volta a regolamentare le società strumentali degli enti locali è stata affermata da Corte cost., sent. n. 229/2013, secondo la quale spetta allo Stato “*disciplinare i profili organizzativi concernenti l’ordinamento degli enti locali*”, ai sensi dell’art.117, II comma, lett. i), Cost.. In argomento, L. Vandelli, *Le società pubbliche locali tra autonomia organizzativa regionale e locale, ordinamento civile e principi di coordinamento della finanza pubblica*, in *Giur. cost.*, 2013, 3398.

[4]La Corte costituzionale, con sent. n. 251/2016, ha dichiarato illegittimo (fra gli altri) l’art. 18 della l. n. 124/2015, ossia la norma di delega del decreto in commento. Dalla sentenza non deriva automaticamente l’illegittimità dei decreti approvati: anzi, la Corte costituzionale ha espressamente precisato (risolvendo il tema teorico della possibilità di regolare gli effetti delle proprie pronunce) che l’incostituzionalità della legge non si estende “*alle relative disposizioni attuative*”. Tuttavia, la legge delega è stata dichiarata illegittima proprio in ragione di una criticità che la Corte ha rilevato nelle regole sul procedimento di approvazione dei decreti attuativi: secondo la Corte, i decreti avrebbero dovuto essere approvati previa “*intesa*” con le Regioni, non essendo sufficiente la previsione di un semplice parere. La decisione è contenuta in una sentenza c.d. “*manipolativa sostitutiva*” (in argomento, *ex multis*: 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; G. Zagrebelsky - V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 390): la conseguenza è quindi che le previsioni della l. n. 124/2015 non cessano di produrre effetti, ma dispongono che i decreti attuativi vanno approvati previa intesa, anziché previo parere. Inoltre, poiché le norme dichiarate costituzionalmente illegittime non possono più venire applicate dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta delle sentenze d’illegittimità, i decreti delegati già entrati in vigore (come il d.lg. n. 175/2016) non risentono di per sé della pronuncia: essi, infatti, sono stati approvati in un momento nel quale le regole di approvazione erano quelle originariamente stabilite dalla l. n. 124/2015, e poiché quelle regole - per effetto della pronuncia della Corte - non possono essere più applicate dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, non si dovrebbero avere conseguenze sui decreti approvati in passato. Perciò: la sentenza della Corte non ha un effetto automatico e immediato sul decreto Madia, anche se - laddove il decreto fosse oggetto di una distinta questione di illegittimità costituzionale, e quindi la Corte fosse chiamata a pronunciarsi su di esso - potrebbe verosimilmente aversi una dichiarazione di illegittimità anche del d.lg. n. 175/2016 (nel caso in cui la Corte accerti “*l’effettiva lesione delle competenze regionali*”).

[5] In argomento, *ex multis*, M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253; Id., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra il diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 2; F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239; G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999; G. Rossi, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221; 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 statali*, Torino, 1997; A. Angiuli, *La società in mano pubblica come organizzazione*, in *Aa.Vv., L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2009, 157; M. Cammelli - M. Dugato, a cura di, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; F. Fracchia, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.* 2005, 38; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società commerciali in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; R. Iera - A. Villari, *Natura giuridica, disciplina applicabile e spazi di operatività delle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2014.

[6] In argomento, R. Viriglio, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione a mezzo di testi unici e codici*, Napoli, 2007; L. Geninatti Satè, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. pub.*, 2005, 885.

[7] Sembrerebbe quindi superata, o invertita, la tendenza all'uniformazione del diritto societario a un diritto privato che, regolando essenzialmente rapporti "paritari", si riteneva tradizionalmente non potesse tollerare regimi speciali riferiti a soggetti pubblici: v. M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 88.

[8] In particolare, dall'art. 1, c. 1-bis, della l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 1, c. 1, lett. b), della l. n. 15/2005. Sul punto, A. Travi, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. - T.A.R.*, suppl. 6/05, 2005, 17. In precedenza, la generale capacità di diritto privato era stata argomentata a partire dalle norme del codice civile in materia societaria da Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818; sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374.

[9] Sul tema, per tutti, v. A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo* in *Aa.Vv., Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 145, 175; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 71. *La tesi, non diffusa, secondo la quale le norme in materia di società a partecipazione pubblica avrebbero determinato, almeno dalla a partire dalla l. n. 244/2007, un ritorno alla capacità speciale degli enti pubblici, con la conseguenza che la partecipazione societaria necessiterebbe di*

apposita autorizzazione *ex lege*, e sarebbero perciò consentite solo le società indicate dalla legge, era già stata sostenuta da Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10.

[10]Essendo ritenuti gli enti pubblici economici soggetti alla disciplina di diritto privato, si è infatti discusso se anche le società dai medesimi partecipati fossero da ritenere assoggettate alla ordinaria disciplina privatistica o all'eccezionale regime pubblicistico: *contra*, Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2003, n. 19667, secondo cui *"ancorché in forme privatistiche, gli enti pubblici economici - soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura - svolgono dunque anch'essi attività amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient'altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato"*.

[11]Si tratta delle seguenti: Coni Servizi, EXPO, Arexpo, Invimit, IPZS, Sogin, Gruppo ANAS, Gruppo GSE, Gruppo Invitalia, Gruppo Eur, FIRA, Sviluppo Basilicata, Fincalabra, Sviluppo Campania, Gruppo Friulia, Lazio Innova, Filse, Finlombarda, Finlombarda Gestione SGR, Finmolise, Finpiemonte, Puglia Sviluppo, SFIRS, IRFIS-FinSicilia, Fidi-Toscana, GEPAFIN, Finaosta, Veneto Sviluppo, Trentino Sviluppo, Ligurcapital, Aosta Factor, FVS SGR, Friulia Veneto Sviluppo SGR, Sviluppo Umbria, Sviluppo Imprese Centro Italia - SICI SGR.

[12]La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che i servizi di interesse economico generale presentano caratteri specifici e in continua evoluzione rispetto alle altre attività economiche: v., p.e., Corte Giustizia UE, in causa C-179/90, *Merici convenzionali porto di Genova*, Racc. 1991, p. I-5889, punto 27; in causa C-242/95, *GT-Link A/S*, Racc. 1997, p. I-4449, punto 53; in causa C-266/96, *Corsica ferries France SA*, Racc. 1998, p. I - 3949, punto 45.

[13]In argomento, D. Gallo, *Considerazioni introduttive e piano dell'indagine*, in *I servizi di interesse economico generale, Stato mercato, welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010; L.R. Perfetti, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001; E. Bruti Liberati - F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; Aa.Vv., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006.

[14] In giurisprudenza, *ex multis*, Corte Giust. UE. 18 novembre 1999, in causa C-107/1998, *Teckal*; in causa 11 gennaio 2005, C-26/2003, *Stadt Halle*; in causa 13 ottobre 2005, C-458/2003, *Parking Brixen*; Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46 e 28 marzo 2013, n. 50; Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181. Secondo Corte di Cassazione, ordinanza 3 maggio 2013 n. 10299 e sentenza SS.UU. 25 novembre 2013, n. 26283, “*il controllo analogo non è di matrice civilistica, paragonabile al controllo esercitato dalla maggioranza assembleare nei confronti del consiglio d’amministrazione della società; è un controllo di tipo amministrativo, simile ad un controllo amministrativo di natura gerarchica in quanto la società in house è in realtà assimilabile nella sostanza ad un ente pubblico*”. In dottrina, C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 495; D. Casalini, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003; R. Cavallo Perin - D. Casalini, *The control over in-house providing organizations*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 227.

[15] G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, Milano, 1980, 346.

[16] Per esempio: l’art. 32 del d.l. n. 83/2012, conv. in l. n. 134/2012, e la l. n. 228/2012 (Legge di stabilità 2013).

[17] V., per tutti, G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., 350.

[18] *Ibidem*, 364.

[19] *Ibidem*, 370.

[20] Cons. Stato, Commissione speciale per l’espressione per l’esame e l’espressione del parere sullo Schema di decreto legislativo recante “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”, in attuazione dell’articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”, 21 aprile 2016, n. 968.

[21]L'art. 26 del d.lgs. n. 175/2016 contiene alcune disposizioni transitorie di rilievo per le "società quotate", ancorché sconti una formulazione non coerente con l'art. 1, c. 5, poiché prevede (alle condizioni che ora saranno descritte) che il decreto "*non si applica*", invece di disporre che valgono le stesse regole stabilite in via ordinaria per le "società quotate", ossia le disposizioni del decreto si applicano ad esse solo se espressamente previsto. Assumendo di correggere in via interpretativa questo difetto di coordinamento, le ipotesi transitorie riguardano: (a) le società che, entro la data del 30 giugno 2016, abbiano adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati: tali società sono da assimilare alle "società quotate" (e dunque beneficiano della "sostanziale sottrazione" alle norme del decreto, come discussa nel testo) per un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016 (dunque: sino a fine settembre 2017; ove entro questo termine di il procedimento di quotazione si sia concluso, l'assimilazione diviene definitiva (unico onere: gli atti volti all'emissione devono essere comunicati alla Corte dei conti entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto); (b) per lo stesso periodo di un anno sono assimilate alle "società quotate" anche quelle che abbiano deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati, con provvedimento comunicato alla Corte dei conti (in questo caso, dunque, la comunicazione è un presupposto di efficacia della norma transitoria, e non un mero onere di notizia); laddove entro questo termine la società interessata presenti poi domanda di ammissione alla quotazione, l'assimilazione diviene definitiva.

[22]In precedenza, la giurisprudenza aveva tracciato una differenza tra le società che svolgono attività di impresa, assoggettate, in linea di massima, allo statuto privatistico, e quelle che esercitano attività amministrativa, assoggettate a disciplina pubblicistica: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 486, con nota di P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazione: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52, con nota di G. Sigismondi, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*; Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 222, con nota di A. Nicodemo, *Società pubbliche: attività d'impresa e attività amministrativa*. A sfavore di uno statuto speciale delle società a partecipazione pubblica ha deposto, sino ad oggi, parte della giurisprudenza amministrativa più recente: p.e. T.A.R. Lazio-Latina, 9 gennaio 2013, n. 17, in *Dir. e giust.*, 2013 (secondo cui il legislatore non ha previsto alcuna apprezzabile deviazione, per le società a partecipazione pubblica rispetto alla comune disciplina codicistica, dal momento che la società a partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il fatto di essere partecipata da un ente pubblico) e Cons. Stato, 11 gennaio 2013, n. 122 (secondo la quale il funzionamento di una società a partecipazione pubblica dipenda dalla natura della stessa e, laddove questa svolga attività di impresa, sarà soggetta in tutto e per tutto alla disciplina dettata dal codice civile).

[23]Si ricorda in ogni caso che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ritenuto sussistere una

situazione di controllo per *“influenza dominante[...] in virtù di particolari vincoli contrattuali”* in presenza di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società cosiddetta controllata. Peraltro, *“dovendo il carattere “esistenziale”, agli effetti considerati, desumersi, [...] non dal tipo in sé di contratto ma dal concreto atteggiarsi del suo contenuto, che lo renda, nel caso singolo, vitale per la società controllata —, ne consegue che l’accertamento circa l’attitudine o meno di un dato rapporto negoziale a porre una delle parti in quella particolare situazione di predominio caratteristica del controllo esterno ex art. 2359, n. 3), cit., si risolve, in definitiva, in una “quæstio facti””* (Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2001, n. 12094). Sul punto, V. Carbone, *Un contrastato caso di «controllo esterno»*, in *Corr. Giur.*, 2001, 1427; M. C. Cardarelli, *Controllo contrattuale ed abuso della posizione di controllante*, in *Soc.*, 2002, 319. In argomento, v. anche G. Sbisà, *La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *NGCC*, 2004, 481; Id., *Dei patti parasociali*, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario del c.c.*, Bologna - Roma, 2006, 198.

[24]E’ utile segnalare che, secondo la giurisprudenza amministrativa, fra gli strumenti che concorrono a garantire il requisito del “controllo analogo” da parte di soci c.d. “ultramajoritari”, nelle società *in house*, vi è l’adeguatezza di patti parasociali attraverso i quali i soci pattisti *“si impegnano a votare in assemblea, su questioni che riguardano i servizi prestati in uno specifico comune, in conformità alla volontà espressa dal comune direttamente interessato”* in modo che sia assicurato *“a ciascun comune il ruolo di dominus nelle decisioni circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio”* (T.A.R. Lombardia - Brescia, sez. II, 23 settembre 2013, n. 780).

[25]T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 giugno 2014, n. 1069. Nel medesimo senso, Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2015, n- 2154; Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, delibera 22 gennaio 2015, n. 15.

[26]In particolare, secondo la giurisprudenza, non essendo prescritto attraverso quali *“sistemi operativi debba estrinsecarsi la presenza di ciascun socio negli organi direttivi e con quale modalità concreta quest’ultimo debba concorrere al controllo analogo”*, fra gli strumenti adeguati a questo fine va anche annoverata la *“nomina diretta e concorrente di singoli rappresentanti (uno per ogni socio) in seno al consiglio di amministrazione della società”* (T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 giugno 2014, n. 1069).

[27]In argomento, *ex multis*, G. Cavalli (a cura di), *Assemblea e amministratori*, Torino, 2013; P. Montalenti, *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in

M. Rescigno - A. Sciarrone Alibrandi, *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Milano, 2004; M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Torino, 2005; A. De Nicola, *Art. 2380-bis*, in F. Ghezzi (a cura di), *Amministratori - Aa.Vv., Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008; P. Abbadessa, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento*, in *Giur. comm.*, 2004, 544; F. D'Alessandro, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma societaria*, in *Le società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, 719.

[28]E' stato osservato che la dizione "controllo interno" avrebbe dovuto essere riferita dal d.lgs. n. 175/2016 all'istituto disciplinato dall'art. 147-*quater* del d.lgs. n. 267/2000, concernente i controlli interni sulle società partecipate, e ciò in quanto la direttiva di delega contenuta nella l. n. 124/2015 prevedeva "ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267" la "revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci": poiché la norma del d.lgs. n. 267/2000 riguarda, invero, una serie di controlli, di natura pubblicistica, che l'ente locale può esercitare sulle proprie partecipate, e dunque strumenti molto diversi dal possibile trasferimento della gestione dell'impresa a soggetti diversi dagli amministratori, ne deriverebbe un possibile vizio di eccesso di delega: cfr. F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016, 64. La giurisprudenza amministrativa ha invece tradizionalmente considerato il "controllo interno del socio pubblico" come uno strumento di natura societaria, volto a integrare il "controllo esterno", tipico dell'ente affidante, nei modelli di partenariato pubblico-privato: *ex multis*, Cons. Stato, 18 aprile 2007, n. 456.

[29]V. al riguardo R. Morzenti Pellegrini, *L'utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti*, in *Foro Amministrativo-C.D.S.*, 2009.

[30]L'orientamento sino ad oggi prevalente in dottrina ha cercato di sviluppare un approccio legato al caso concreto, ritenendo che "caso per caso, vada verificata la rilevanza, sotto i numerosi profili, innanzi indicati, della funzione e finalità pubblica dell'attività del soggetto, onde determinare se la fattispecie soggettiva presenti i caratteri di ente privato o di ente pubblico. Va aggiunto che, nel caso si accerti la sostanziale natura pubblica dell'ente, il soggetto non potrà essere sottoposto al fallimento o al concordato preventivo, ma al tempo stesso, mancando una previsione normativa in tal senso, non potrà neppure essere sottoposto ad una procedura liquidatoria amministrativa" (M. Sandulli - L. Potito, *Art. 1*, in *La Legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli, Torino, 2010; v. anche A. Bassi, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009. Sul dibattito degli ultimi anni, G. D'Atorre, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009, 713; Id., *Gli*

*enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Milano, 2007, 110. La giurisprudenza di merito ha talora richiamato il carattere della “necessità” della società, come fattore (correlato svolgimento di determinati servizi pubblici) idoneo a giustificare l’esonero dal fallimento di una società in mano pubblica (cfr. App. Torino 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010; Trib. di Catania, 26 marzo 2010; Trib. di Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013). In altri casi, si è riconosciuta natura sostanzialmente pubblica a soggetti formalmente privati in presenza di alcuni indici sintomatici, quali: (a) detenzione della maggioranza del capitale sociale da parte dell’ente o degli entipubblici, (b) influenza dominante esercitata dai pubblici poteri sulla società, (c) esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario. In presenza di questi indici, la società, formalmente privata ma sostanzialmente pubblica, dovrebbe essere esentata dal fallimento, indipendentemente dal tipo di attività svolta e dalla sua strumentalità rispetto al perseguimento dell’interesse pubblico (cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009; Trib. Catania, 26 marzo 2010; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013; Trib. La Spezia, 20 marzo 2013). Con specifico riguardo alle società *in house*, la giurisprudenza è stata sino ad oggi ulteriormente incerta, contrapponendosi un orientamento che escludeva l’autonoma fallibilità, considerando le società *in house* come mere articolazioni interne dell’ente territoriale. In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (25 novembre 2013, n. 26283) hanno ritenuto che l’esonero dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, prevista per gli enti pubblici dall’art. 1, comma 1, della legge fallimentare, dovesse venire applicata anche alle società cd. *in house providing*, in quanto in esse si rileva (a) la natura esclusivamente pubblica dei soci, (b) lo svolgimento dell’attività in prevalenza a favore dei soci stessi, (c) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. Secondo altro orientamento, la scelta del legislatore di consentire l’esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l’interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, avrebbe comunque dovuto comportare che esse assumessero i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che entrano in rapporto con tali società (cfr. Cass. civ., 15 maggio 2013, n. 22209; nello stesso senso 6 dicembre 2012, n. 21991). In dottrina, sul punto, F. Fimmanò, *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. not.*, 2009, 897.

[31] Sulla disciplina previgente, v. G. Piperata, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, fasc.3-4, 2009, 629.

[32] Salvo, per queste due ultime ipotesi, eventuali vincoli a carico delle amministrazioni controllanti, che potrebbero comunque essere tenuti in conto nella determinazione degli obiettivi.

[33] Secondo la giurisprudenza precedente, le società *in house*, qualificabili come articolazioni sostanziali della Pubblica Amministrazione, sono soggette al rispetto del principio di imparzialità previsto dalla normativa comunitaria e nazionale nelle procedure selettive per l'assunzione dei dipendenti pubblici: cfr. Cons.Stato, sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643.

[34] Secondo alcune pronunce di merito, nel caso in cui vengano stipulati contratti di somministrazione illegittimi, tale illegittimità non comporta l'obbligo di assunzione nella società partecipata in ossequio ai principi dettati dall'art. 35 c. 3 del d.lgs. n. 165/2001 sulle assunzioni nelle pubbliche amministrazioni: Trib. Salerno, 1° ottobre 2013, Laudati.

[35] Al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario.

[36] La disposizione si applica alle società a controllo pubblico. Il Decreto tuttavia prevede che, nelle società partecipate ma non a controllo pubblico, l'amministrazione che sia titolare di una partecipazione pubblica superiore al 10% del capitale proponga agli organi societari l'introduzione di misure analoghe.

[37] *Ut supra*, nt. 33.

[38] La disposizione si applica alle società a controllo pubblico. Il Decreto Partecipate tuttavia prevede che, nelle società partecipate ma non a controllo pubblico, l'amministrazione che sia titolare di una partecipazione pubblica superiore al 10% del capitale proponga agli organi societari l'introduzione di misure analoghe a quelle sopra indicate.

[39] In dottrina, v. C. Ibba, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, 2012, 641; L. Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 323; F. Fimmanò, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, in *Soc.*, 2013, 974.

[40] In argomento, M. Andreis, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. App.*, 2014, 395; C. Ibba, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, 5; K. Martucci, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 259; F. Fimmanò, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Soc.*, 2014, 55. L'orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza successiva: Cass. civ., S.U., 12 febbraio 2014, n. 3201; 26 marzo 2014, n. 7177; 22 luglio 2014, n. 16622; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 febbraio 2015, n. 3677; 24 marzo 2015, n. 5848; 13 novembre 2015, n. 23306.

Tra le pronunce successive al *leading case* del 2013, S.U. 22 luglio 2014, n. 16622, la quale ha avuto cura di precisare che la società in relazione alla quale era stata posta la questione (s.p.a. Sistema Ambiente della Provincia di Napoli) era connotata dalle seguenti "speciali caratteristiche", deponenti nel senso della giurisdizione del giudice contabile: "a) oggetto sociale coincidente con il fine istituzionale demandato alla Provincia affidante del servizio e che diviene la destinataria dell'attività principale della società, le cui iniziative sono limitate ad attività complementari e connesse; b) potere dell'ente affidante di ingerenza, coordinamento e supervisione dell'amministrazione - "controllo dinamico" - e sulla regolarità amministrativa e contabile - controllo strategico - per valutare l'adeguatezza delle scelte gestionali compiute in termini di congruenza tra risultati conseguiti ed obiettivi predefiniti; c) potestà di indirizzo ed influenza vincolanti sulle strategie e politiche aziendali; d) scelta preponderante o esclusiva dell'organo amministrativo; e) limitata autonomia finanziaria, statutaria e di apertura al mercato esterno; f) autonomia gestionale e decisionale dell'amministratore unico, dalla stessa nominato, rigidamente vincolata; g) capacità negoziale soggetta a rigoroso controllo preventivo e successivo dell'ente affidante; h) obbligo stringente di report dell'attività; i) osservanza delle procedure di evidenza pubblica nella stipula dei contratti; l) copertura dei costi con i ricavi delle tariffe imposte per il servizio" (S.U. 26 marzo 2014, n. 7177).

[41] Corte dei conti, Sez. I giurisdizionale centrale, 20 febbraio 2015, n. 178; analogamente, Sez. I giurisdizionale centrale, 24 marzo 2015, n. 249.