

## CAPITOLO 3

### *LA NUOVA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE A GEOMETRIE VARIABILI: LE SOCIETÀ PUBBLICHE DOPO LA RIFORMA DEL 2016*

**SOMMARIO:** 1. Società pubbliche e forme private: un ossimoro apparente. – 2. Il quadro di riferimento anteriore alla riforma del 2016. – 2.1. Le tipologie di società partecipate. – 2.2. Linea di tendenza alla limitazione del ricorso al modello delle società pubbliche. – 2.3. Due temi controversi: la giurisdizione sull'azione di responsabilità e la crisi societaria. – 2.3.1. L'azione di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo e la relativa giurisdizione. – 2.3.2. La crisi delle società pubbliche. – 2.3.3. In particolare, il problema del fallimento delle società *in house*. – 3. Venti di novità: il decreto legislativo n. 175/2016 e il successivo decreto correttivo n. 100/2017. – 3.1. La legge delega. – 3.2. Inquadramento generale del testo unico alla luce del correttivo. – 3.3. L'ambito di applicazione della riforma. – 3.3.1. I soggetti pubblici controllanti/partecipanti tenuti all'applicazione del T.U. – 3.4. I limiti alla costituzione e al mantenimento di partecipazioni. – 3.5. Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico. Il "principio di separazione contabile". – 3.6. Cade il tabù dell'intangibilità delle partecipate pubbliche. Le società pubbliche possono fallire. – 3.7. L'inversione di tendenza: la regola è l'amministratore unico. Deroghe solo per le società più grandi. – 3.8. Il controllo della Corte dei conti sulle società partecipate dallo Stato: il danno erariale. – 3.9. Le procedure di reclutamento del personale. – 3.10. Il nuovo modello di società *in house providing*. – 3.11. Il D. Lgs. n. 175/2016 fa chiarezza sulle società miste, a partecipazione pubblico-privata. – 4. Considerazioni conclusive: geometrie variabili e preferenza per il diritto privato.

#### **1. Società pubbliche e forme private: un ossimoro apparente**

Nell'esercizio della propria capacità di diritto privato le pubbliche amministrazioni possono istituire o partecipare a società di capitali regolate dal diritto civile. Storicamente il fenomeno delle società pubbliche è legato a tre cause principali: l'affermarsi dello Stato imprenditore, come il fenomeno delle partecipazioni statali, a partire dagli anni '30 del secolo scorso; la privatizzazione formale (o *fredde*) di enti pubblici negli anni Novanta sempre del secolo scorso; c) l'externalizzazione di attività tradizionalmente svolte da apparati amministrativi.

Il fenomeno è esplosivo, letteralmente. Il rapporto Istat del 2014, intitolato *Le partecipate pubbliche in Italia*, fotografa una platea enorme di enti so-

cietari nei quali sono impiegati all'incirca 977.972 lavoratori. Di questi il 25,6% è partecipato al 100% da soggetti pubblici, il 29,1% per una quota compresa tra il 50 e il 99,9%, il 18% per una quota tra il 50% e il 99,9%, mentre il 27,1% per una quota inferiore al 20%.

Da un'indagine condotta dall'Istat lo scorso 2015 è, infatti, emerso che attualmente nel nostro Paese ci sono 7.757 organismi attivi a partecipazione pubblica, non tutti aventi forma societaria, con a carico complessivi 953.100 impiegati.

È inoltre risultato che di tali 7.757 organismi all'incirca 5.000 sono società pubbliche, in prevalenza partecipate da enti territoriali con a carico più di 500.000 unità.

Con riferimento a queste ultime società, sempre nel 2015, la Corte dei Conti ha evidenziato che meno della metà svolgono attività di servizio pubblico. Segnatamente, secondo la relazione del Giudice contabile, delle 5.000 società partecipate dagli enti territoriali soltanto 1.700 svolgono un servizio pubblico, le restanti si occupano esclusivamente di attività strumentali.

Ma i dati più allarmanti rilevati dalla Corte dei Conti sono quelli in base ai quali, tra le società pubbliche censite, ben 988 hanno un numero di impiegati inferiore ai membri del consiglio di amministrazione. Addirittura, circa 2.479 società partecipate risultano avere un numero di impiegati inferiore a 20 unità; ed ancora, quasi 1.600 delle società in questione hanno una produzione inferiore al milione di euro.

### **La creazione di società nella mano pubblica ha posto subito problemi di inquadramento formale e, quindi, di disciplina sostanziale.**

Lo stesso sintagma "società pubbliche", vero e proprio modello *bon a tout faire*, ha racchiuso nella pratica una pluralità di figure tra loro profondamente eterogenee, che comprende società totalmente pubbliche, pubbliche maggioritarie e minoritarie; società partecipate in modo diretto e indiretto; società che esercitano attività amministrative in forma privata (ossia società che integrano moduli organizzativi di funzioni amministrative), società che operano sotto la protezione pubblica, società monopolistiche in settori ancora non liberalizzati e imprese pubbliche che sottostanno alla legge del mercato.

È emersa, soprattutto, una dicotomia tra società che svolgono attività di impresa, in cui si registra una separazione effettiva tra socio e società, con la conseguenza che la qualificazione pubblicistica dell'azionista non si estende alla società; e società deputate allo svolgimento di funzioni pubbliche, caratterizzate, come nel caso dell'*in house providing*, da una forte contaminazione tra socio e società, in cui si registra la propagazione della mano dell'azionariato pubblico sulla natura e sul funzionamento della società. Le società del primo tipo non hanno suscitato particolari problemi: posto, infatti, che

l'unico collegamento con lo Stato e gli enti pubblici è rappresentato dalla titolarità pubblica del pacchetto azionario o di una sua parte consistente, si è ragionevolmente concluso che trattasi di enti soggetti esclusivamente al diritto comune, in cui la pubblica amministrazione esercita esclusivamente il diritto di azionista in assemblea (peraltro con regimi derogatori come quello di cui all'articolo 2449 c.c.). Dubbi notevoli hanno invece ingenerato le *società pubbliche che perseguono finalità diverse dallo svolgimento di una pura attività d'impresa* e che, per questo, sono caratterizzate da deroghe marcate alla disciplina codicistica, ad esempio in materia di accesso (articolo 22 legge 241/1990), di procedimento (art. 29 della stessa legge, per le società a maggioranza pubblica), di appalti (il decreto legislativo n. 50/2016, art. 3), di selezione del personale (art. 18 decreto legge n. 112/2008, cd. decreto Tremonti), di controllo contabile (Corte Cost. n. 466/1993) e di responsabilità erariale (Cass., sez. unite 26806/2009).

A proposito di queste ultime società, formalmente private ma sostanzialmente sottoposte a un regime pubblicistico, si è parlato di *semi-amministrazioni*, a stigmatizzare un uso improprio dello strumento societario. S'è parlato anche di *abuso della forma societaria*, ossia di uso distorto di uno strumento privatistico, non per svolgere attività imprenditoriali di produzione di beni e servizi sul mercato ma per assolvere a compiti pubblicistici tradizionalmente assolti dalle strutture amministrative.

Certo è che l'avvento di società sostanzialmente pubbliche ha prodotto il superamento della tradizionale tesi secondo cui la forma societaria era incompatibile con la nozione di ente pubblico che, per essere qualificato tale, doveva possedere una veste e una forma pubblica.

Nella logica comunitaria, indifferente alle forme e al *nomen*, e più attenta agli aspetti sostanziali ed economici, un ente va invece considerato pubblico quando, al di là dell'abito indossato, è titolare di un potere pubblico ed è sottoposto a un controllo anch'esso pubblico, indipendentemente dalla circostanza che abbia una cornice formalmente privatistica.

Ne consegue, in ossequio al principio della *neutralità della forma societaria* che, ove una società venga privatizzata solo nella forma, pur restando soggetta al controllo dallo Stato e funzionalizzata al fine pubblico da perseguire con moduli amministrativistici, dovrà considerarsi un ente pubblico ed essere soggetta, pertanto, alla relativa disciplina.

Si pone allora il problema di stabilire i criteri da seguire per stabilire se e in che misura le singole società possano essere qualificate come enti pubblici o ad essi *quoad materiam* equiparate. Ci si chiede se tali società possano essere enti pubblici in senso assoluto o essere considerati tali solo nei campi in cui operi una normativa che li equipari alle pubbliche amministrazioni, in base al fine perseguito o al principio comunitario dell'effetto utile.

La seconda soluzione è senz'altro preferibile. Si delinea, al riguardo, un *concetto di ente pubblico "elastico"*, secondo il quale detti organismi, più che essere enti pubblici in ogni loro sfera di azione e di manifestazione, vanno considerati, o meno, enti pubblici in riferimento ai singoli istituti che di volta in volta vengono in considerazione ove esista un legge, di deroga alla normativa di diritto comune, che li equipari agli enti pubblici (l'accesso, le gare di appalto, la selezione del personale, il controllo contabile, la responsabilità).

Emerge, in definitiva, una logica, avallata anche dalla legge, che plasma il concetto di ente pubblico in funzione della specifica disciplina da applicare, rinunciando a definizioni ontologiche e universali (vedi articolo 7, comma 2, del codice del processo amministrativo).

La qualificazione di una società pubblica come ente pubblico "universale" è infatti ostacolata dalla considerazione che la piena sottoposizione a tutte le regole pubblicistiche renderebbe incomprensibile la scelta legislativa o amministrativa di ricorrere a uno strumento privatistico, più duttile e meno formale nelle sue linee di azione e di organizzazione. Ne discende che, quanto meno con riguardo ai profili organizzativi (atti di auto-organizzazione, funzionamento dei servizi e degli uffici, organi sociali, rapporti tra soci e rapporti di lavoro), non può che applicarsi la normativa di diritto comune la cui maggiore elasticità è alla base della scelta del modello societario.

In definitiva una *società pubblica può essere un ente pubblico solo nei campi in cui operi una norma espressa* che, in conformità al principio di riserva di legge e di legalità, *lo doti di poteri pubblici e di uno statuto di diritto pubblico*. Non è, invece, convincente la tesi volta ad affermare la natura pubblica di un ente in assenza di una norma espressa di equiparazione, in considerazione della maggiore idoneità della disciplina pubblica ad assicurare il perseguimento e la tutela di determinati interessi. Lo strumento privatistico è stato scelto in quanto più flessibile e meglio rispondente ai principi di efficienza e di efficacia, oltre che di risanamento della finanza pubblica. Non è coerente con questa finalità della disciplina privatizzatrice un'opzione ermeneutica di tipo assolutistico che azzeri la disciplina privatistica. Soggetti aventi natura privata possono essere assoggettati a una regolazione in parte derogatoria rispetto alla normativa *iure privatorum* al fine di tutelare determinati interessi pubblici (si vedano gli obblighi di evidenza pubblica posti a carico di organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche), ma non possono vedere vanificata la loro veste privatistica e gli scopi della loro istituzione attraverso l'applicazione di un regime totalmente di *public law*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Così L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012,

L'amministrazione non può, in altre parole, rivolgersi al diritto privato, per poi disconoscerlo, così disattendendo il fondamentale insegnamento secondo cui "l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare dal diritto privato ciò che gli è essenziale"<sup>2</sup>.

La materia variegata delle società pubbliche trova oggi finalmente una *disciplina unitaria*, che contribuirà alla soluzione dei problemi di inquadramento e di disciplina fin qui prospettati.

Ci si riferisce al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, attuativo della legge delega n. 124 del 2015, che ha dato vita al "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

Lo schema del decreto era stato approvato dal Consiglio dei Ministri in primo esame preliminare il 20 gennaio 2016, insieme con lo schema di decreto legislativo recante il "Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale". Si tratta di una normativa di rilevanza particolare, se si considerano l'ampia diffusione delle società partecipate da amministrazioni pubbliche, l'incidenza sociale ed economica dei servizi pubblici gestiti e lo sviluppo disorganico della normativa in materia.

Le successive vicende hanno invece provocato l'approvazione anticipata del solo decreto sulle società partecipate, mentre è ancora in gestazione il decreto sui servizi pubblici<sup>3</sup>.

## 2. Il quadro di riferimento anteriore alla riforma del 2016

Ai fini della comprensione delle principali novità introdotte dalla riforma del 2016-2017, è utile richiamare le principali fonti normative anteriori.

### 2.1. Le tipologie di società partecipate

È utile, in primo luogo, per ricondurre a sistema le considerazioni di massima prima svolte, elencare le tipologie di società a partecipazione pubblica. Nell'universo delle *società partecipate*, sono individuabili **le seguenti categorie**:

---

100. Vedi anche, sul tema, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, 350; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 81-84.

<sup>2</sup> G. OPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, 1, pagg. 25-41.

<sup>3</sup> Per un'analisi della riforma vedi M. MESCHINO-A. LALLI, *Le società partecipate dopo la riforma Madia* (a cura di), Dike editrice, Roma 2016.

- “**società a controllo pubblico**”, ossia “le società e agli 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 del codice civile da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli 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.” (art. 11, comma 2, d.lgs. n. 33/2013; art. 1, comma 2, d.lgs. n. 39/2013; cfr. anche: art. 34, comma 22, del decreto – legge n. 179/2012 convertito in legge n. 221/2012; art. 3, d.lgs. n. 333/2003);
- “**società a partecipazione pubblica**” che, come oggi specificato nel d.lgs. sulle società partecipate (art. 2, comma 1, lett. n), sono quelle a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico (comprese perciò quelle in cui la partecipazione non sia idonea a determinare una posizione di controllo quale definita, nell’art. 2, lett. b) ed m) dello stesso testo, in modo largamente coincidente con quella di cui sopra);
- “**società strumentali**”, individuate nell’art. 13, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 223/2006 (convertito in legge n. 248/2006), in quelle, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali “*per la 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 e centrali di committenza), cui la norma prescrive (come a quelle “*per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative*” di competenza dei detti enti) di operare nell’ambito del loro “*oggetto sociale esclusivo*” con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non a favore perciò di altri soggetti pubblici (né in affidamento diretto o a società mista), e di non detenere partecipazioni in altre società con sede nel territorio nazionale; questo tipo di società è stato riferito dalla giurisprudenza costituzionale allo svolgimento della “*attività amministrativa in forma privatistica*”, posta cioè in essere da società che operano per una pubblica amministrazione a differenza di quelle che esercitano attività di impresa di enti pubblici, volendo evitare la normativa “*che quest’ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione*” (Corte cost., n. 229/2013, n. 148/2009, n. 326/2008; cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen., n. 17/2011, id., Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257 cit.);
- “**società quotate**”, che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati (attratte, di norma, nel regime civilistico);
- “**società in house**”: società affidatarie dirette di un servizio pubblico il cui capitale è interamente di proprietà dei soggetti pubblici affidanti e

che realizza la parte più importante della propria attività con tali enti che esercitano su di essa un controllo analogo a quello sui propri servizi, secondo il modello definito anzitutto in sede comunitaria (sentenze della Corte di Giustizia del 18 novembre 1999, in C-107/1998, e del 6 aprile 2006 in C-410/2004; cfr. anche sentenza 11 gennaio 2005 in C-26/2003), essendo stato specificato che la società non è in rapporto intersoggettivo con l'ente pubblico ponendosi, in sostanza, come uno dei suoi servizi; il controllo analogo si esercita non soltanto sulle linee strategiche della società ma anche sulle sue scelte operative “*i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica*”, privi di ogni “*rilevante autonomia gestionale*” (Cass. civ., S.U., n. 26283/2013; cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, n. 2660/2015; id., Ad. Plen. n. 1/2008).

La fattispecie dell'*in house* è stata da ultimo incisa dal nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50/2016 che, all'articolo 5, comma 1, detta alcune importanti modifiche dell'istituto, in particolare determinando l'obbligo della dedizione dell'attività della società domestica ai bisogni dell'ente pubblico socio nella misura di oltre l'80% e prevedendo l'inedita possibilità della presenza di soci privati pur se non influenti in modo determinante.

Riguardo alle tipologie di società si osserva che nel *parere reso dal Consiglio di Stato (n. 968/2016)* sullo schema di d.lgs. sulle società partecipate è stata prospettata l'opportunità di distinguere più nettamente, nel testo del decreto, le tipologie ora indicate, rapportando quelle “a controllo pubblico”, “a partecipazione pubblica” e “*quote*” a un primo modello generale, “*con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta*”, e quelle “strumentali” e “*in house*” a un secondo modello “*con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità maggiore*” (par. 3); venendo così assunto il parametro della normativa civilistica secondo la prescrizione di legge per cui alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici “... *per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*” (art. 4, comma 13, del decreto – legge n. 95 del 2012 convertito in legge n. 135 del 2012; cfr. anche Cass. civ. S.U. n. 3848/2015); principio oggi confermato dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. sulle società partecipate.

Deve essere rilevata l'esistenza, inoltre, quantomeno a fini descrittivi, del fenomeno delle società istituite e regolate da uno specifico atto normativo primario che ne definisce, di volta in volta, la missione, la *governance* e le regole di funzionamento (ad esempio, si vedano: le leggi 14 aprile 1975, n.

103 e 3 maggio 2004, n. 112, il d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 e la legge 28 dicembre 2015, n. 220 sulla RAI S.p.a.; l'art. 5 del decreto legge 30 settembre 2003, convertito in legge n. 326/2003, che ha trasformato la Cassa depositi e prestiti in società per azioni).

## *2.2. Linea di tendenza alla limitazione del ricorso al modello delle società pubbliche*

Si richiamano, ora, profili più specifici della normativa pregressa da cui emerge, in sintesi, la linea di tendenza alla crescente limitazione e controllo della partecipazione pubblica, onde evitare il ricorso al modello ove non sia effettivamente funzionale all'interesse pubblico.

Rileva, in primo luogo, il *comma 27 dell'art. 3 della legge n. 244/2007*, per il quale, nel campo degli enti territoriali, "Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, *le amministrazioni* di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, *non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza 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, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza" Si pone così o "un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico" (Cons. Stato, Sez. VI, n. 1574/12).

Lo stesso articolo (commi da 28 a 31) reca prescrizioni sull'obbligo di motivazione della sussistenza dei presupposti del comma 27, sulla cessione delle partecipazioni vietate e sull'adeguamento delle dotazioni di personale delle amministrazioni quando queste costituiscano o partecipino a società (disposizioni, incluso il comma 27, non applicabili alle partecipazioni in società quotate ai sensi del successivo comma 32-ter).

Ulteriori limiti sono posti da altre norme che prescrivono la motivazione della scelta del ricorso alle partecipazioni, la riduzione del perimetro delle società partecipate, la razionalizzazione dell'impiego e dei compensi del personale, il contenimento dei costi e il rafforzamento dei controlli.

Si segnalano, in particolare, le seguenti prescrizioni:



- **obbligo di motivazione**, con apposita relazione resa pubblica, delle decisioni di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: art. 34, comma 20, del decreto-legge n. 179 del 2012 (legge n. 221/2012); art. 13, comma 25-bis, decreto-legge n. 145/2013 (legge n. 9/2014); *revisione degli affidamenti in essere rispetto ai requisiti della normativa europea e loro regime transitorio*: art. 34, commi 21, 22, del d.l. n. 179 del 2012 (i commi da 20 a 22 dell'art. 34 non si applicano, ai sensi del comma 25 dello stesso articolo, ai servizi di distribuzione del gas naturale, di cui al d.lgs. n. 164/2000, e dell'energia elettrica, di cui al d.lgs. n. 79/2009 e alla legge n. 239/2009, nonché alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge n. 475/1968);
- **razionalizzazione, ridefinizione, riduzione delle partecipazioni**: art. 13, commi 3 e 4, d.l. n. 223/2006, cit.; art. 3, comma 29, della legge n. 244/2007; art. 4 del decreto-legge n. 95 del 2012 (legge n. 135/2012); art. 1, commi 562, 569 e 569-bis, della legge n. 147/2013; art. 23 del decreto-legge n. 66/2014 (legge n. 89/2014); art. 1, commi 611, 612 (e 614) della legge n. 190/2014 (oggetto della recente sentenza di rigetto della Corte costituzionale n. 144/2016);
- **disciplina del reclutamento del personale delle società pubbliche a partecipazione totale o di controllo**: ai sensi dell'art. 18, commi 1 e 2, del già citato decreto legge n. 112/2008 si applicano, per le società che gestiscono servizi pubblici locali, i principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e, per le altre società, i principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità (cfr. anche art. 3-bis, comma 6, decreto-legge n. 138/2011 cit. sostituito dall'art. 1, comma 559, lett. b), legge n. 147/2013); *rilevazione e gestione delle eccedenze di personale*: da ultimo art. 1, commi 563-568, 568-bis e 568-ter, della legge n. 147 del 2013;
- **applicazione di vincoli alle assunzioni e retributivi**: art. 18, comma 2-bis del decreto legge n. 112 del 2008, novellato dall'art. 1, comma 557, della legge n. 147 del 2013 e dall'art. 4, comma 12-bis, del decreto-legge n. 66/2014 (legge n. 89/2014); art. 3-bis, comma 6, d.l. n. 138/2011, cit.; art. 23-bis del decreto-legge n. 201 del 2011 (legge n. 214/2011); art. 1, commi 471 – 473, 557, della legge n. 147/2013; art. 13 d.l. n. 66/2014 cit.; art. 1, commi 672 – 676, legge n. 208/2015;
- **riduzione del numero e dei compensi degli amministratori**: in particolare (secondo un indirizzo già definito con la legge n. 296/2006) art. 23-bis del decreto-legge n. 201 del 2011 cit.; art. 4 del decreto-legge n. 95 del 2012 cit.; art. 16 decreto legge n. 90/2014 (legge n. 114/2014); articolo 1, comma 554, della legge n. 147/2013 e articoli sopra citati della legge n. 208/2015;
- **rafforzamento degli obblighi di trasparenza**: art. 1, comma 554, legge n. 147/2013; art. 24-bis decreto legge n. 90/2014 cit.;

- **rafforzamento delle forme di controllo sulla gestione dei servizi locali:** art. 3 del decreto-legge n. 174 del 2012 (legge n. 213 del 2012), recante modifiche e integrazioni agli articoli 147 e 243 del T.U.E.L., di cui cfr. anche articoli 148 e 148-bis;
- **consolidamento dei conti tra gli enti territoriali e gli organismi partecipati** al fine del rispetto dei vincoli di finanza pubblica: d.lgs. n. 118/2001 e n. 126/2014; **misure riguardo alle gestioni finanziarie negative e contenimento dei costi:** art. 6, comma 19, del decreto legge n. 78/2010 (legge n. 122/2010), come modificato dall'art. 1, comma 740, della legge n. 208/2015; art. 1, commi 550 ss., legge n. 147/2013;
- **obbligo per le Regioni di individuare ambiti territoriali ottimali per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a rete e per gli enti locali di aderire ai relativi enti di governo:** decreto-legge n. 138/2011 cit.; art. 3-bis, commi 1 e 1-bis modificato questo, da ultimo, dall'art. 1, comma 609, lett. a), della legge n. 190/2014 (oggetto della recente sentenza di rigetto della Corte costituzionale n. 160/2016).

### *2.3. Due temi controversi: la giurisdizione sull'azione di responsabilità e la crisi societaria*

Nel corso della complessa vicenda delle società a partecipazione pubblica, si sono poste anche due questioni che si richiamano per la loro oggettiva rilevanza in diritto e sul piano applicativo, nonché rispetto alla tematica generale del rapporto tra le due soggettività, distinte ma operativamente connesse, dell'ente pubblico partecipante e della società partecipata.

#### *2.3.1. L'azione di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo e la relativa giurisdizione*

Al riguardo, si è registrata una oscillazione che ha tenuto conto, da una parte, della natura giuridica delle società partecipate e, dall'altro, della natura pubblica delle risorse gestite dalle predette società.

La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che, ai fini del radicamento della giurisdizione contabile, è irrilevante la veste formale, societaria o meno, dell'ente danneggiato, a causa del sempre più frequente operare dell'amministrazione al di fuori degli schemi della contabilità di Stato e tramite soggetti in essa non organicamente inseriti, sicché, in tema di riparto di giurisdizione, **“il baricentro si è spostato dalla qualità del soggetto (privato o pubblico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti”**<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Cass., S.U., 3.3.2010, n. 5019/ord; id., 1.3.2006, n. 4511; in termini, Cass., S.U., 3.5.2005,

Sulla base dell'interpretazione dell'art. 16-*bis*, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito dalla l. 28 febbraio 2008, n. 31<sup>5</sup>, la Corte di Cassazione ha stabilito un criterio generale di riparto della giurisdizione, applicabile in ogni ipotesi in cui si ravvisi la presenza di una pubblica amministrazione nel capitale sociale, nel quale *l'elemento discriminante consiste nella produzione di un danno arrecato direttamente al socio pubblico o, invece, al patrimonio sociale*.

La Corte di Cassazione (Cass. civ. S.U. n. 26806/2009), per le **società non in house**, ha quindi affermato la giurisdizione della Corte dei Conti solo quando l'ente pubblico partecipante sia direttamente danneggiato dall'azione illegittima dell'amministratore o del componente degli organi di controllo, mentre l'ha negata, dichiarando quella del giudice ordinario, laddove si tratti di danno al patrimonio della società, poiché *“il diritto societario impone di tenere ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società”*; il danno perciò inferto 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 nell'unico patrimonio sociale”*; resta fermo che, potendo una minoranza dei soci della società per azioni e ciascun socio per quelle a responsabilità limitata (articoli 2393-*bis* e 2476 cod. civ.) esercitare l'azione sociale di responsabilità, il socio pubblico che colpevolmente non provveda in tal senso, conseguendone perdita di valore della partecipazione pubblica, è sottoponibile all'azione del procuratore contabile per non essere stati correttamente esercitati i poteri di rappresentanza o decisione dell'ente partecipante (cfr. anche Cass. civ., S.U., n. 5491/2014)<sup>6</sup>.

---

n. 9096; id., 25.5.2005, n. 10973; id., 12.10.2004, n. 20132; id., 20.10.2006, n. 22513; id., 20.11.2007, n. 24002.

<sup>5</sup> Secondo cui nelle *società quotate*, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni di enti pubblici, inferiore al 50% e loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario.

<sup>6</sup> Cass., S.U., 19.12.2009, n. 26806, nonché Cass., S.U., 15.1.2010, n. 519, ove la S.C. ha ritenuto 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*

La Corte poi, ribadito quest'orientamento, ha invece affermato quanto alle **società in house**, la giurisdizione del giudice contabile nei confronti dei relativi organi per danni causati al patrimonio della società, in considerazione dell'inesistenza di un rapporto di alterità soggettiva tra la società partecipata e l'ente pubblico partecipante e, perciò, dell'assenza di una vera distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società, poiché configurabile in termini di separazione patrimoniale ma non di distinta titolarità (Cass. civ., S.U., n. 26283/2013; id., n. 5848/2015; id. ordinanze n. 3677/2015 e n. 7293/2016 nonché, da ultimo, Cass., sez. unite, 27 marzo 2017, n. 7759).

La Sezione d'Appello della Corte dei Conti per la Sicilia (sentenza n. 38, del 1° aprile 2016), dopo un'ampia disamina dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale riguardante la giurisdizione sulle "società partecipate" da enti pubblici, con particolare riferimento a quelle denominate "*in house providing*", ha da ultimo dichiarato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti in ordine all'azione di responsabilità amministrativa promossa dalla Procura regionale nei confronti di vari amministratori e funzionari per il risarcimento del danno patrimoniale cagionato alla società incaricata della gestione del sistema informatico della Regione Siciliana (società istituita con legge regionale e che, all'epoca dei fatti di causa, aveva un capitale posseduto in misura del 51% dalla Regione ed in misura del 49% da un socio privato di minoranza).

### 2.3.2. La crisi delle società pubbliche

La questione, originata dalla previsione dell'art. 1 del R.D. n. 267 del 1942 (disciplina del fallimento e del concordato preventivo), per cui "*Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli impren-*

---

*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".* L'orientamento è confermato da Cass., S.U., 9 marzo 2012, n. 3692, secondo cui "*L'azione di responsabilità a carico degli amministratori o dipendenti di una società per azioni a partecipazione pubblica anche se totalitaria, come nella fattispecie per Poste italiane s.p.a. (...) è assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario e non del giudice contabile, atteso che, da un lato, l'autonoma personalità giuridica della società porta ad escludere l'esistenza di un rapporto di servizio tra amministratori, sindaci e dipendenti e P.A. e, dall'altro, il danno cagionato dalla mala gestio incide in via diretta solo sul patrimonio della società, che resta privato e separato da quello dei soci".*