

L'ORDINAMENTO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE TRA NATURA DEL SOGGETTO E NATURA DELL'ATTIVITÀ[©]

FRANCESCO FIMMANÒ

Sommario. - 1. La società a partecipazione pubblica nell'evoluzione del sistema. – 2. L'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale. - 3. I divieti di abuso del modello societario. - 4. I criteri di classificazione dell'attività d'impresa in relazione ai modelli organizzativi - 5. Le società di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica - 6. La gestione delle altre attività. - 7. Le c.d. società “*in house*” - 8. Lo sbarramento giurisprudenziale comunitario e nazionale. - 9. Controllo “*analogo*” e diritto delle società; - 10. Gli effetti dell'eterodirezione abusiva dell'ente-*holder*; - 11. Il regime delle responsabilità in caso di insolvenza delle società controllate.

1. La società a partecipazione pubblica nell'evoluzione del sistema

In passato si è erroneamente affermato che la partecipazione dello Stato o di una pubblica amministrazione ad una società di capitali potesse alterarne la struttura, dando vita a un “*tipo*” di diritto speciale. In particolare la giurisprudenza amministrativa, partendo dal principio della neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo, è arrivata ad attribuire alle società partecipate una *connotazione pubblicistica*¹.

Evidentemente si tratta di una impostazione del tutto infondata, in quanto si potrebbe parlare di società di diritto speciale soltanto se una disposizione legislativa introducesse deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c. c.², con la conseguente emersione

[©] Tratto dal Volume “Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza”, a cura di F. Fimmanò, Ricerche di Law & Economics, n. 1, Giuffrè editore, Milano, 2011.

¹ Cfr. in particolare Cons. Stato, nn. 1206 e 1207 del 2001, e n. 4711 del 2002, n. 1303 del 2002; RESTA, *Profili giuridici della società per azioni a partecipazione comunale*, in T.A.R., 1983, II, 255.

² VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano,

normativa di un nuovo “tipo” *con causa pubblica non lucrativa* ³.

Viceversa, a parte i casi di società *c.d. legali* (istituite, trasformate o comunque disciplinate con legge speciale) ⁴, ci troviamo sempre di fronte a società di diritto comune, in cui pubblico non è l’ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono.

L’ente pubblico in linea di principio può partecipare alla società soltanto se la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione di un proprio interesse ⁵. La Suprema Corte ha, infatti, rilevato che l’interesse che fa capo al socio pubblico si configura *come di rilievo esclusivamente extra sociale*, con la conseguenza che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura privatistica. Il rapporto tra società ed ente è di assoluta autonomia non essendo consentito al secondo di incidere unilateralmente sullo svolgimento dello stesso rapporto e sull’attività della società mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario e mediante la nomina dei componenti degli

1979, 4 s.; MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, 117; MARASÀ, *Le «società» senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 353; SPADA, *La Monte Titoli S.p.a. tra legge ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 552.

³ Al riguardo GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, in questo volume.

⁴ Ci riferiamo agli enti pubblici con mera struttura organizzativa societaria (cfr. al riguardo IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992, 340; ID., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 483 s.; ID., *Le società “legali” per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture. Patrimonio dello Stato e infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 447; ed in un’ottica estensiva: NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, 81 s.) previsti, trasformati o costituiti appunto in forma societaria con legge (ad es. l’art. 7 del D. L. 15/4/2002 n. 63, convertito dalla L. 15/6/2002, n. 112, ha istituito la Patrimonio dello Stato S.p.a.; l’rt. 8 del D.L. 8/7/2002 n. 138, convertito dalla L. 8/8/2002, n. 178, ha gemmato la Coni Servizi s.p.a.; il D. Lgs. 9/1/1999 n. 1, ha istituito Sviluppo Italia s.p.a. poi integrato con altre norme dirette a disciplinarne la *governance* dell’attuale “Invitalia s.p.a.”; l’art. 3, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79, ha previsto la costituzione del Gestore della rete di trasmissione nazionale S.p.a.; l’ art. 13, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79 ha contemplato la nascita della Sogin s.p.a.; stessa cosa è accaduta per “Gestore del Mercato s.p.a.” ex art. 5, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79 e l’Acquirente Unico s.p.a. ex art. 4, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79. In altri casi il legislatore ha trasformato o previsto la trasformazione di enti pubblici in società: così per l’Ente Nazionale per le Strade ex art. 7 D.L. 8/7/2002 n. 138, convertito in L. 8/8/2002 n. 178; per l’Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero Sace ex art. 6 D. L. 30/9/2003, n. 269, convertito in L. 24/11/2003, n. 326; per l’Ente Autonomo Esposizione Universale di Roma ex D. Lgs. 17/8/1999 n. 304; per la Cassa Depositi e Prestiti ex art. 5 D.L. 30/9/2003 n. 269, convertito in L. 24/11/2003, n. 326). In tema cfr. SANTONASTASO, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2010, 237 s.

⁵ Cfr. DE FERRA, *In margine alla riforma delle società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. Soc.*, 1967, 798 s.; MAZZARELLI, *op. cit.*, 119.

organi sociali⁶.

Insomma il legislatore ha inteso equiparare le società partecipate da una P.a. a quelle partecipate esclusivamente da soggetti privati ed infatti nella *Relazione* al codice civile si legge che «in questi casi è lo Stato che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, salvo che norme speciali non dispongano diversamente»⁷.

Ed il codice civile dedica poche *norme speciali* a queste società⁸ e nessuna di esse è in grado di determinare *effetti enucleativi* di un “tipo” a se stante, dotato di una natura giuridica peculiare. Si tratta degli artt. 2449 e ss. c.c., rinumerati dalla riforma⁹ con disciplina sostanzialmente immutata, e dell’art. 2414 *bis*, comma 2, c.c. introdotto con d. lgs. 27 del 2004¹⁰.

Anzi c’è da dire che la Corte di giustizia U.E., con sentenza del 6 dicembre 2007, ha dichiarato l’incompatibilità dell’art. 2449 c.c. con i principi comunitari¹¹, ritenendo che la norma costituisca una deroga al diritto

⁶ La Cassazione ha affermato reiteratamente che «la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l’Ente pubblico ne possiede in tutto o in parte le azioni...» (cfr. Cass, sez. un., n. 7799 del 2005; Cass. sez. un., n. 4991 del 1995, Cass., sez. un., n. 17287 del 2006).

⁷ IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*. in *Riv. soc.*, 2005, 3 s. (che nel sottolineare come la Relazione governativa alla riforma nulla dica in tema, evidenzia che l’aggiunta all’ultimo comma dell’art. 2449, c.c., secondo cui «sono salve le disposizioni delle leggi speciali», con riferimento alla previsione secondo cui gli amministratori ed i sindaci di nomina pubblica hanno diritti ed obblighi dei membri nominati dall’assemblea, rimarca che solo un’apposita norma derogatoria di rango legislativo è in grado di affrancare gli organi di nomina pubblica dall’obbligo di gestire la società in coerenza con il suo scopo legale tipico e non con scopi diversi). Al riguardo cfr. pure GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 118 s.

⁸ Al riguardo RORDORF, *Le Società “pubbliche” nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423.

⁹ Rispetto ai precedenti artt. 2458-2460 c.c. *ante riforma*.

¹⁰ Nel senso che le norme prevedono una mera facoltà a favore dei pubblici poteri che solo la volontà del legislatore speciale, o particolari pattuizioni, possono trasformare in obbligo, già MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca borsa*, 1954, I, 714 (secondo cui è possibile quindi che lo Stato o gli enti pubblici non facciano uso di tale facoltà. Né la sistematica inerzia dei pubblici poteri costituisce causa di scioglimento della società. Se è possibile, in mancanza di un limite quantitativo quale quello posto alle cooperative dall’art. 2535 c.c., quarto comma, che la maggioranza degli amministratori sia di nomina pubblica diretta, non potrebbe conferirsi allo Stato o agli enti pubblici la facoltà di nomina di tutti gli amministratori. Si renderebbe infatti “eventuale la stessa esistenza del c.d. organo amministrativo, in contrasto con il principio della sua obbligatoria previsione nell’atto costitutivo). In tal senso anche FERRI, *Pubblico e privato nelle partecipazioni statali*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 415.

¹¹ Corte Giust, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, in *Società*, 2008, 247. A norma dell’art. 2449. (Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici) «Se lo Stato o gli

societario comune nella misura in cui quest'ultimo non prevede un'identica regola valida per tutti i soci, consentendo agli azionisti pubblici di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione al capitale, il che costituisce una restrizione ai movimenti di capitali ai sensi dell'art. 56 Trattato CE. La pronuncia appare ancor più significativa se si tiene conto che a seguito della analoga declaratoria di contrarietà ai principi comunitari dell'art. 2450 c.c., la norma è stata poi abrogata¹². D'altra parte anche sul piano del diritto *antitrust* ed in particolare della disciplina degli aiuti di stato si esclude che il controllo pubblico su un'impresa ne giustifichi un trattamento differenziato¹³.

La disciplina speciale dettata dal codice civile per le società pubbliche è stata ulteriormente ridotta negli ultimi anni con il progressivo assoggettamento, ormai quasi generalizzato, al diritto delle società comune per quanto riguarda organizzazione, funzionamento e *governance*.

Discorso affatto diverso riguarda *l'attività* svolta dalle società in esame e più in generale dalle società, anche partecipate da soli soggetti privati, che svolgano attività qualificabili come pubbliche o di pubblico interesse.

Ad esempio la normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti pubblici comprende tra le pubbliche amministrazioni, assoggettate alle norme che impongono il rispetto dell'evidenza pubblica e delle procedure concorrenziali trasparenti conformi ai principi comunitari, non solo i soggetti formalmente pubblici, ma anche quelli con veste privata, ma sottoposti ad un controllo pubblico, al fine di evitare l'elusione dei vincoli procedurali¹⁴. Nello stesso senso va la legislazione in tema di "criteri e modalità per il

enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali».

¹² A seguito dell'avvio della procedura di infrazione (n. 2006/2014) l'art. 3, comma 1 del d.l. 10/2007 convertito con modificazioni nella l. 46/2007 ha abrogato la norma (che recitava «Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente. Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra essi».

¹³ Al riguardo GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, 201 s.

¹⁴ Ad esempio il Codice degli appalti di cui al d.lgs 163 del 2006 impone il rispetto delle regole di evidenza pubblica ad una serie di soggetti (comprese società per azioni miste o totalmente private) solo al fine dello specifico settore degli appalti.

reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi”¹⁵.

Naturale conseguenza è che anche le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo alla luce dell’art. 103 Cost.¹⁶. E ciò vale a maggior ragione per quel che concerne *l’accesso agli atti*¹⁷ dopo che l’art. 15 della l. n. 15 del 2005 ha sostituito l’art. 22 della l. n. 241 del 1990 prevedendo che ai fini dell’accesso per “pubblica amministrazione” si intendono anche “i soggetti di diritto *privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse* disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”¹⁸.

Sulla base della medesima impostazione si è registrato un ampliamento della giurisdizione della Corte dei Conti sulla responsabilità amministrativa nei confronti di amministratori e dipendenti non solo degli enti pubblici economici ma anche di soggetti formalmente privati, essendo sufficiente *la natura oggettivamente pubblica del danno* e cioè il collegamento anche

¹⁵ A cominciare dal D.L. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modificazioni nella Legge 6 agosto del 2008 n. 133, che all’art. 18, capo sesto (“liberalizzazioni e deregolazione”) introduce, per le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici, locali il rispetto dei principi di cui al comma 3 dell’articolo 35 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (recante norme per il reclutamento del personale nelle amministrazioni pubbliche), e per le altre società partecipate l’obbligo di adottare criteri e modalità conformi ai principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, di pubblicità e imparzialità. In tema ed in modo ancora più incisivo cfr. il regolamento di attuazione dell’art. 23 *bis*, D.P.R. del 7 settembre 2010, n. 168.

¹⁶ La norma individua il giudice amministrativo in via esclusiva come il giudice che sindacava i comportamenti e gli atti della p.a., nella misura in cui questi soggetti privati sono considerati enti pubblici. L’art. 244 del codice degli appalti di cui al d.lgs 163 del 2006 (come modificato ed integrato) sancisce la competenza esclusiva del giudice amministrativo in materia; così come la stessa viene espressamente riconosciuta in tema di accesso ai documenti dalla legge 142/1990 sul procedimento amministrativo (cfr. al riguardo GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali, organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrici, riparto per blocchi di materie*, in *Foro it.*, 1999, III, 178). In tema cfr. pure PARISIO, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367 s.

¹⁷ L’estensione delle disposizioni sull’accesso ai gestori dei servizi pubblici appare coerente con la devoluzione della materia dei servizi pubblici alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a prescindere dal modello organizzativo, pubblicistico o privatistico, scelto per erogare il servizio. Già da anni la giurisprudenza ritiene documenti amministrativi, e in quanto tali oggetto del diritto di accesso, non solo gli atti espressione di potestà pubbliche, ma anche quelli relativi ad attività di diritto privato (cfr. Cons. Stato, 17 giugno 1997 n. 649; 3 giugno 1997 n. 843, 4 febbraio 1997 n. 82). Il superamento della dicotomia tradizionale avviene attraverso un’interpretazione *neutrale* della nozione di documento, termine non più riferito ai soli provvedimenti. L’amministrazione e i gestori di pubblici servizi sono sottoposti alle regole dell’accesso per tutta l’attività svolta che sia connessa con le finalità istituzionali. Sono escluse solo attività marginali dell’amministrazione e, nel caso dei gestori, solo le attività imprenditoriali diverse da quelle collegate al rapporto di servizio con l’ente pubblico (Cons. Stato, 15 gennaio 1998 n. 14; Ad. plen., 22 aprile 1999 n. 5; TAR Veneto, 23 novembre 2006, n. 3899).

¹⁸ Con riferimento specifico all’accesso ai documenti di una società mista incaricata di svolgere alcuni servizi pubblici locali (Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2010 n. 7083).

indiretto con la finanza pubblica¹⁹, a prescindere dalla natura giuridica del soggetto o dalla veste utilizzata.

La Cassazione ha riconosciuto la giurisdizione della magistratura contabile per le società a partecipazione pubblica solo *là dove ed in quanto* si arrechi un danno erariale all'azionista pubblico²⁰. Il risarcimento va dunque all'erario poichè il danno è direttamente alle casse pubbliche e in via mediata alla partecipazione del socio pubblico.

Il delicato ruolo della Corte dei Conti nella materia va inteso in questo senso²¹, anche se, con una strana norma del c.d. *decreto milleproroghe* 2008²², è stata sancita la devoluzione in via esclusiva alla giurisdizione del giudice

¹⁹ L'organo a cui compete il controllo contabile e di legalità degli enti pubblici è, ai sensi dell'art. 100 Cost., la Corte dei Conti e ai fini del controllo contabile e della responsabilità contabile rileva il dato sostanziale della permanenza dell'ente nella sfera delle finanze pubbliche. La qual cosa conseguentemente rende necessari controlli finalizzati a verificare la corretta gestione del denaro pubblico; al contrario risulta irrilevante ai detti fini il dato formale della veste societaria, sotto questo profilo neutra e irrilevante (Corte Cost. 23 dicembre 1993, n. 446; Corte Conti, Lombardia, febbraio 2006 e 30 ottobre 2006 n. 17).

²⁰ Le Sezioni unite della Cassazione con sentenza del 19 dicembre 2009, n. 26806 (in *Nds*, n. 3, 2010, 36 s.), in ordine alla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, ha risolto il problema di giurisdizione in modi opposti a seconda che l'azione abbia ad oggetto un danno arrecato direttamente al socio pubblico o, invece, al patrimonio sociale. Nel primo caso ha sancito la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti. Nel secondo, invece, ha rilevato l'insussistenza di un rapporto di servizio fra gli amministratori della società e l'ente pubblico socio; l'insussistenza di un danno erariale inteso in senso proprio, essendo il pregiudizio arrecato al patrimonio della società, unico soggetto cui compete il risarcimento; la non conciliabilità dell'ipotizzata azione contabile con le azioni di responsabilità esercitabili dalla società, dai soci e dai creditori sociali a norma del codice civile, dalla cui esperibilità non si può prescindere. Da ultimo le Sezioni unite hanno precisato che solo nel caso in cui l'evento dannoso sia prodotto dagli amministratori "direttamente" a carico del socio-ente pubblico si configura la responsabilità amministrativa con sussistenza della giurisdizione del giudice contabile (Cass., sez. un., 15 gennaio 2010, n. 519, in *Società*, 2010, 803 s.; Cass., sez. un., 9 aprile 2010, n. 8429, riferita al direttore generale, in *Società*, 2010, 1177 s.). In tema cfr. pure Cass. sez. un., n. 19667 del 2003 in *Giur. it.*, 2003, 1830; n. 3899 del 2004 in *Giur. it.*, 2004, 1946; n. 3367 del 2007, n. 20886 del 2006, n. 4511 del 2006 e.

²¹ Non a caso BUONOCORE, *op. cit.*, 6, già richiamava la Deliberazione n. 80 del 6 dicembre 1991 della sezione Enti locali della Corte dei Conti dedicata alle società per azioni a capitale pubblico locale (*Referto speciale sulle società per azioni a capitale pubblico locale*, Roma, 1992).

²² Ai sensi dell'art. 16 bis del d.l. 248 del 2007, c.d. decreto milleproroghe, la cui legge di conversione n. 3324 del 2008 è stata approvata in via definitiva al Senato il 27 febbraio 2008, «Responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche. 1. Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le 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. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Si è osservato che l'art. 16 bis del decreto milleproroghe sarebbe illegittimo in primis sotto il profilo della violazione del

ordinario della materia della responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche, anche in via indiretta, in misura inferiore al cinquanta per cento e delle loro controllate²³. La norma lascia intendere, in realtà, che in tutti gli altri casi vi sia una giurisdizione della magistratura contabile *che non le è propria*, ovvero per tutte le azioni di responsabilità riguardanti amministratori e dipendenti di società partecipate²⁴. Se questa fosse la lettura, il legislatore avrebbe dato seguito all'orientamento, per nulla condivisibile, della Corte dei Conti diretto ad allargare l'ambito della propria giurisdizione²⁵.

Viceversa il corretto inquadramento sistematico comporta che ci siano due forme di responsabilità *concorrenti*²⁶ e *settoriali*²⁷, quella civilistica

principio di uguaglianza poiché trattandosi di società quotate anche il c.d. pacchetto di controllo (cioè quella quota azionaria inferiore al 50%) consente in ipotesi di azionariato diffuso di avere il controllo della società parimenti al caso di partecipazione pubblica maggioritaria. In entrambi i casi la s.p.a. è sostanzialmente gestita da soggetti pubblici e, pertanto, non appare giustificato il discrimen di competenza giurisprudenziale posto dal decreto milleproroghe (al riguardo cfr. SANTOSUOSSO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e giurisdizione)*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 47 s.; COLANGELO, *Nuove questioni in tema di società a partecipazione pubblica*, in *dircomm.it*, 2008, 9 s.).

²³ Per la nozione di controllo trattandosi di società quotate si fa riferimento all'art. 165 ter e ss. del TUF ed ai relativi regolamenti attuativi.

²⁴ In un eventuale giudizio di responsabilità contro gli amministratori, questi potrebbero difendersi dimostrando di aver comunque già ripagato lo stesso danno all'erario in un giudizio dinanzi alla Corte dei Conti, danno che, tuttavia, qualificato dalla Cassazione quale danno alle risorse pubbliche, inevitabilmente ricadrà sull'intera società che così rischia di non veder risarcita la sua parte di danno sofferto.

²⁵ Corte Conti, sez. I, App., 3 novembre 2005, n. 356, in *Foro amm.*, 2005, 3842; Corte conti, sez. Lombardia, 4 marzo 2008 n. 135; Corte Conti, sez. Lombardia, 25 gennaio 2005, n. 22, in *Foro amm.*, 2005, 80; Corte conti, sez. Trentino Alto adige, 1 giugno 2006, in www.corteconti.it; Corte Conti, sez. Lombardia, 5 settembre 2007 n. 448. Cfr. al riguardo in modo critico IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società a mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 145 ss., ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 478.

²⁶ Cfr. in tema IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 365 s.; ID., *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica, Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 145 s.; ID., *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 584. Per la responsabilità concorrente propende RORDORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Società*, 2005, 424; per quella alternativa VENTURINI, *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2005, 3442 s.; incerto ROMAGNOLI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Società*, 2008, 441 (secondo cui tuttavia la non coincidenza degli interessi tutelati dalle due azioni emerge dalla distinta natura rispettivamente compensativa di quella civile e sanzionatoria di quella contabile. Nella seconda è peraltro prevista la possibilità di attenuare la condanna rispetto all'entità del danno accertato *ex art. 1, comma 1 bis*,

comune per danni, e quella erariale nei confronti del socio pubblico, da far valere con azione analoga a quella individuale del socio *ex art. 2395 c.c.*²⁸ e peraltro non preclusiva della stessa²⁹.

Dunque le società a partecipazione pubblica sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici *nei settori di attività* in cui assume rilievo preminente rispettivamente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e le finanze; saranno invece assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini *dell'organizzazione e del funzionamento*. E ciò vale anche per l'istituzione, la modificazione e l'estinzione, ove gli atti propedeutici alla formazione della volontà negoziale dell'ente sono soggetti alla giurisdizione amministrativa, ma gli atti societari rientrano certamente nella giurisdizione del giudice ordinario³⁰.

L. n. 20 del 1994, e di concordare per l'appellante il pagamento di una somma non superiore al terzo della condanna di primo grado *ex art. 1, comma 231 L. n. 266 del 2006*, a conferma della inidoneità del processo erariale ad appagare le esigenze di reintegrazione del patrimonio sociale tutelate dal diritto societario). Sul tema cfr pure Corte Conti, sez. Molise, 11 gennaio 2001, n. 157, in www.corteconti.it, secondo cui nel giudizio contabile ed in quello civile non viene fatta valere la tutela dello stesso bene per la diversità di *causa pretendi*.

²⁷ L'estensione della giurisdizione contabile in assenza di una espressa previsione contrasta, peraltro, con l'art. 103 Cost., nella parte in cui impone una chiara delimitazione dei giudici speciali, visto che il concetto stesso di materia presuppone una precisa definizione dei suoi confini atteso il suo ruolo discriminante rispetto alla sfera d'azione riservata all'autorità giudiziaria ordinaria (Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, I, 2594 s.)

²⁸ *Ex adverso* l'azione individuale *ex art. 2395, c.c.*, è stata ritenuta dalla magistratura contabile fuori dall'ambito della propria giurisdizione (Corte Conti, sez. I, app. 3 novembre 2005, n. 356, cit., 3).

²⁹ Questo pare essere il risultato cui perviene la Cassazione che ha affermato che la Corte dei conti può pronunciarsi solo sul danno erariale, cioè quello subito dal socio pubblico al suo patrimonio, risarcibile in sede civile ai sensi dell'art. 2395 c.c., potendosi qualificare erariali tali pregiudizi *direttamente* incidenti sul patrimonio del socio pubblico e fonte di responsabilità da accertare con lo speciale procedimento, su iniziativa del procuratore della Corte dei conti (Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309, in *Società*, 2010, 1361). Da questo punto di vista l'azione contabile esperita dal procuratore della corte non dovrebbe comunque precludere l'azione *ex art. 2395 c.c.* esperita dal socio innanzi al giudice ordinario, vista la diversità dei presupposti e dei risultati perseguibili (*contra*: CORSO, *La responsabilità societaria ed amministrativa degli amministratori di società a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. arb.*, 2008, 570).

³⁰ Il Consiglio di Stato ha affermato che l'art. 33 co. 2 lett. A, del d.p.r. n. 80/98 nel prevedere come rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie riguardanti l'istituzione, la modificazione o l'estinzione dei soggetti gestori di pubblici servizi (comprese le società di capitali) ha inteso riferirsi alle relative procedure pubblicistiche (di istituzione, modificazione ed estinzione) con esclusione quindi delle questioni che hanno attinenza al diritto societario (cfr. Cons. Stato sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6867; ID., 3 settembre 2001 n. 4586). In modo ancora più esplicito è stato affermato che tutti gli atti che ineriscono alla vita delle società a partecipazione pubblica pongono questioni di diritti soggettivi e pertanto rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass. Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799; Cons. Stato V sez., 11 febbraio 2003 n.781). Da ultimo per la giurisdizione ordinaria in tema di fusione per incorporazione cfr. TAR Veneto, 15 aprile 2008 n. 968, in www.dirittodeiserviziubblici.it.

Così per le controversie riguardanti l'organizzazione societaria, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che non è sufficiente il mero coinvolgimento dell'interesse pubblico per giustificare l'attrazione in capo al giudice amministrativo. In questo senso è stato ad esempio risolto il caso della nomina o della revoca degli amministratori da parte di un ente pubblico: l'atto persegue un fine pubblico ma rimane un atto societario in quanto espressione di una prerogativa squisitamente privatistica e non certo di un potere pubblicistico³¹.

2. L'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale.

Questo quadro delineato (in cui il soggetto giuridico e la sua organizzazione sono disciplinati dalle regole civilistiche e la relativa attività può essere disciplinata da regole giuspubblicistiche) è stato "minato" negli ultimi anni da una errata impostazione diretta a giustificare la volontà politica di porre al centro del sistema un modello *c.d. in house* in cui l'ente pubblico eserciti sulla società *un controllo analogo*, quanto meno per prerogative ed intensità, *a quello esercitato sui propri servizi*.

Il risultato che emerge sul piano delle scelte di fondo è quello di un ente pubblico che da soggetto gestore diviene una sorta di *holding* che si occupa di indirizzo, programmazione e controllo delle società strumentali partecipate, esercitando una tipica attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss. c.c.). Analizzeremo più avanti quale sia la natura di questo controllo, quali siano i relativi strumenti statutari e contrattuali e quale sia il livello di compatibilità di questo *dominio* con l'ordinamento delle società di capitali ed in particolare di quelle azionarie.

Possiamo tuttavia affermare che questa discutibile esigenza ha portato al tentativo di enucleare un vero e proprio mostro giuridico e cioè quello della società intesa come articolazione organizzativa dell'ente, posta in una situazione di delegazione organica o addirittura di subordinazione gerarchica.

Questo tentativo non supportato normativamente dall'emersione positiva di un "tipo" ha generato una confusione che non tiene conto che alcune categorie concettuali e sistematiche di diritto pubblico non sono

³¹ In ordine al dibattito sulla natura della nomina e della revoca (e dei relativi effetti) e sulla necessità di una presa d'atto dell'assemblea cfr. PERICU, *Artt. 2449 e 2450*, in *Commentario Società di Capitali*, a cura di NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES, III, Napoli, 2004, 1291 s. Sulla specifica questione ATELLI, *La revoca degli amministratori di s.p.a. partecipate da enti locali è atto di diritto privato* (commento a Cass., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Società*, 2006, 870.

affatto applicabili *sic et simpliciter* al diritto commerciale ed al diritto delle società in particolare³². Peraltro intanto si giustifica un modello privatistico in cui l'ente locale si occupa, in forza della sua autonomia privata³³, della *governance* delle sue partecipate in quanto i regimi di responsabilità, gestione e organizzazione siano quelli del diritto societario comune, seppure con alcuni accorgimenti nei limiti del principio di tipicità, e non altri. Altrimenti non avrebbe senso servirsi di una *fiction* per emulare istituti di tutt'altra natura quali *l'azienda speciale* oppure *l'ente pubblico economico*.

Tale confusione ha prodotto una serie di pericolosi effetti distorsivi anche in una certa giurisprudenza "civilistica", a cominciare da quella che ha talora escluso l'assoggettamento delle società pubbliche allo statuto dell'imprenditore commerciale ed in particolare alle procedure concorsuali³⁴, mediante «la valorizzazione degli aspetti sostanziali³⁵ e dell'attività di tali società³⁶» a discapito degli aspetti formali e della veste giuridica assunta

³² Sul tema MIOLA, *Le società miste come società di «diritto speciale»*, in *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, a cura di DI GIANDOMENICO, FAGNANO e RUTA, Napoli, 1997, 181 s.

³³ Cfr. GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 998.

³⁴ Trib. Santa Maria Capua Vetere 9 gennaio 2009 (in *Fallimento*, 2009, 713, con nota di D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*) che ha richiamato alcuni degli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza amministrativa: la nozione di impresa pubblica di derivazione comunitaria, che attribuisce rilevanza alla «influenza dominante dei pubblici poteri» e prescinde dalla natura giuridica, pubblica o privata, dell'ente, nozione valorizzata alla luce di due sentenze della Corte di giustizia, secondo le quali «il concetto di "organismo pubblico" «comprende anche enti formalmente privati»; l'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; la sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 1993, sui presupposti del controllo della Corte dei conti; la giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla irrilevanza della veste formale della società per impedirne la qualificazione come soggetto pubblico. Il Tribunale al fine di escludere l'assoggettabilità della società al fallimento, ne ha affermato la natura pubblica in virtù del fatto che essa era frutto della trasformazione dei preesistenti consorzi di gestione dei servizi locali, ai sensi dell'art. 35 L. 448/01 ed il capitale sociale è a totale titolarità pubblica e le limitazioni all'autonomia funzionale degli organi societari e all'esercizio dei diritti dell'azionista (SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in questo volume).

³⁵ In questo senso anche Trib. Catania, 26 marzo 2010 (rel. Cariolo) in www.ilcaso.it, secondo cui è qualificabile quale ente pubblico non assoggettabile alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, ai sensi dell'art. 1, l. fall., la società per azioni esercente il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani partecipata esclusivamente da enti pubblici dotata di poteri di imposizione e di riscossione tipicamente pubblicistici.

³⁶ Rilevato decisivo all'attività attribuisce altra giurisprudenza (Trib. Nola 17 giugno 2010, in www.ilcaso.it) che ha escluso l'assoggettamento al fallimento di una società a partecipazione pubblica per l'eterogeneità delle attività in concreto svolte, non funzionali ad un interesse esclusivamente pubblico (nello stesso senso viene richiamata App. Napoli, 15 giugno 2009, n. 60, in www.osservatorio-oci.org).

dalle stesse³⁷.

Nella stessa logica, anche se con risultati diametralmente opposti, altra giurisprudenza, partendo dal «progressivo stemperamento della tradizionale distinzione tra ente pubblico e società di diritto privato»³⁸, ha qualificato come impresa commerciale ed ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria, un consorzio tra comuni, neppure costituito in forma societaria³⁹.

Secondo questa impostazione il corretto approccio per identificare la natura dell'ente sarebbe quello ispirato ad un metodo *funzionale* e non tipologico comportante un'applicazione di disposizioni di diritto pubblico, qualora espressamente previste, e di diritto privato, qualora, in assenza di diverse previsioni, non vi siano ragioni di deroga. I giudici hanno ravvisato la proficuità dell'individuazione del carattere di necessità dell'ente rispetto alla realizzazione delle finalità, che condurrebbe ad una soluzione negativa, quando si accerti che la procedura concorsuale interferisca «con l'ordinaria attività dell'ente pubblico, con sostituzione degli organi della procedura medesima a quelli politici di gestione, comportante un'inammissibile interferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi eletti, con pregiudizio degli effetti di spossessamento del debitore e di cessazione dell'attività di impresa sulla continuità e regolare esecuzione del servizio pubblico, rispondente alla realizzazione di interessi generali»⁴⁰.

In senso contrario altra giurisprudenza di merito si è pronunciata per

³⁷ Trib. Patti, 6 marzo 2009 (rel. Saija) in www.ilcaso.it, invece ha riqualificato come ente pubblico, non assoggettabile al fallimento, la società per azioni partecipata esclusivamente da enti pubblici, in quanto non costituita su base volontaristica, ma in ossequio alle disposizioni di cui al D. lgs. n. 22/97 (sotto la vigilanza dell'Agenzia Regionale per i rifiuti e le acque e con un sistema di necessaria ricapitalizzazione e perdite, previsti dalla legge regionale n. 19 del 2005).

³⁸ Corte d'appello di Torino, decreto del 15 febbraio 2010 (reso nel procedimento n. 1998/09), in www.ilcaso.it

³⁹ Il giudice di primo grado riformato (Trib. Ivrea 15 dicembre 2009, in www.ilcaso.it) aveva invece affermato che il Consorzio era stato costituito ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁴⁰ L'innovativo principio è stato così sintetizzato «la società di capitali a partecipazione pubblica, in presenza di determinati indici (in particolare, del possesso della totalità delle partecipazioni da parte di un ente pubblico, di erogazioni finanziarie da parte di questi, di limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari) ha natura giuridica pubblica, quindi, in quanto “ente pubblico”, non è soggetta al fallimento; viceversa, un consorzio, sebbene costituito tra enti pubblici ed ai sensi dell'art. 31, d.lgs. n. 267 del 2000, qualora svolga attività economica a carattere imprenditoriale, non costituente necessariamente attività di servizio pubblico, rivolta anche a soggetti, pubblici e privati, diversi dai partecipanti al medesimo, è assoggettabile ad amministrazione straordinaria, se sussistano i requisiti dimensionali stabiliti dal d.lgs. n. 270 del 1999» (Cfr. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, cit.).

l'ammissibilità della riqualificazione⁴¹, valorizzando le argomentazioni della sentenza n. 466 del 1993 della Corte Costituzionale⁴². Si è in particolare rilevato che la veste formale assunta dalle società che sono venute a sostituire gli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione non può dirsi caratterizzata da una naturale incompatibilità con i caratteri propri del controllo affidato alla Corte dei Conti dalla Costituzione e regolato dalla legge n. 259, evidenziando così il rilievo secondario e marginale della questione della natura dell'ente rispetto ai presupposti per l'esercizio del controllo⁴³.

Tale approccio è confortato dalle sentenze nelle quali la giurisprudenza costituzionale ha individuato quale presupposto del controllo della Corte dei conti proprio la provenienza pubblica delle risorse⁴⁴ ed in quelle in cui si distingue opportunamente ciò che riguarda l'area dei rapporti generali del diritto privato e ciò che concerne l'area dell'organizzazione pubblica⁴⁵. In

⁴¹ Senza considerare il riferimento al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il cui art. 1 (come finisce con riconoscere anche Trib. Santa Maria Capua Vetere 9 gennaio 2009, cit.) identifica le amministrazioni pubbliche mediante un'elencazione che non permette affatto di ricondurre tra queste anche le società in esame.

⁴² Trib. Palermo, 11 febbraio 2010 in www.ilcaso.it, che ha dichiarato lo stato d'insolvenza di una s.p.a. costituita dal Comune di Palermo, unico azionista, a seguito della trasformazione della Azienda Municipalizzata Igiene Ambientale, avente ad oggetto attività di igiene ambientale. Il Tribunale ha ritenuto infondata la tesi della società, che sosteneva la sua «natura sostanziale di ente pubblico». I giudici siciliani hanno affermato che gli indici sintomatici evocati dalla parte non permettevano di superare il dato formale della personalità giuridica di diritto privato. Nello stesso senso Trib. Velletri, 8 marzo 2010, in www.ilcaso.it, che ha ritenuto assoggettabile alle procedure concorsuali una s.p.a. «a partecipazione totalitaria di capitale pubblico esercente la gestione del servizio locale di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani», affermando che «la società è inquadrabile nella sfera del diritto privato anche se utilizza risorse pubbliche per lo svolgimento della propria attività giacché la forma giuridica assunta non è contraddetta dalla disciplina statutaria».

⁴³ In tal senso anche Trib. Palermo, 11 febbraio 2010, cit., secondo cui «la Corte costituzionale si è limitata a giustificare la legittimità dei controlli della Corte dei conti facendo riferimento alla permanenza dell'apporto finanziario pubblico, sotto forma di partecipazione azionaria esclusiva o prevalente, alla struttura economica dei nuovi soggetti derivanti dalle cd. privatizzazioni, senza soffermarsi specificamente sulla natura giuridica di tali soggetti».

⁴⁴ Secondo la Corte costituzionale, l'art. 100, secondo comma, Cost. attribuisce, infatti, alla Corte dei conti «il controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato» «contribuisce in via ordinaria», esaltandone in tal modo il ruolo di garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive (per tutte cfr. C. Cost. 6 luglio 2006, n. 267; 30 dicembre 1997, n. 470), che concorre alla tutela dell'equilibrio finanziario ed all'osservanza del patto di stabilità interno (sentenze 13 luglio 2007, n. 285; 7 giugno 2007, n. 179).

⁴⁵ La Corte ha affermato (in un giudizio promosso dal Commissario dello Stato per la Regione Siciliana, avente ad oggetto norme di una delibera legislativa di tale Regione) che la disciplina dei «rapporti interni alla struttura societaria, i quali, come tali, concernono i modi di essere dei soggetti privati» sono riservati al legislatore statale, attenendo al "diritto privato" (C. Cost. 5

relazione a tali società, resta dunque ferma la competenza dello Stato per «gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale», non «esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche», che «comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato» e include «istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica». La Corte costituzionale ha ricondotto le norme dirette «a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato», «alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile» e «in materia di tutela della concorrenza»⁴⁶.

In questa logica, indipendentemente dalla *natura dell'attività* svolta, la società a partecipazione pubblica è per l'ordinamento un imprenditore commerciale e come tale assoggettato al relativo statuto a cominciare dalle procedure concorsuali⁴⁷. La Suprema Corte ha, d'altra parte, avuto modo di affermare che le società partecipate da un ente pubblico non perdono la loro natura privatistico-commerciale per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato da conferimenti provenienti da soggetti pubblici⁴⁸.

Orbene il nostro ordinamento giuridico “nomina” e disciplina *l'imprenditore commerciale*, cioè il soggetto che intraprende (sia individuale che collettivo) e non l'impresa ovvero l'attività economica esercitata. Nell'applicazione del relativo statuto dunque non rileva la natura - o la necessità - dell'attività svolta oppure gli interessi ad essa sottesi⁴⁹, ma la natura del soggetto, per il quale il legislatore non prevede alcuna *riqualificabilità*: tant'è che ad esempio nella legge fallimentare continuano a

febbraio 1992, n. 35). Irrilevante, nel senso della riqualificazione, è la sentenza 20 maggio 2008, n. 159, che si è limitata a riconoscere che le società partecipate dalle regioni possono essere ricondotte anche alla materia regionale “organizzazione e funzionamento amministrativo” della regione (al riguardo SALVATO, *I requisiti di ammissione cit.*).

⁴⁶ C. Cost. 1 agosto 2008, n. 326, punto 8.6 *Considerato*; in senso analogo, C. Cost. 8 maggio 2009, n. 148, punto 4.2 *Considerato* (in tema ancora SALVATO, *I requisiti di ammissione cit.*).

⁴⁷ In questo senso già FIMMANO', *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. not.*, 2009, 910 s. Trib. Milano 22 giugno 2007 in www.ilcaso.it, nel procedimento per la dichiarazione di insolvenza R.G. n. 141/07, richiesto di dichiarare lo stato di insolvenza di una s.p.a. totalmente partecipata da un Comune lombardo, ne aveva dichiarato il fallimento, escludendo la sussistenza dei presupposti per ritenerla assoggettata a l.c.a., valutata, tuttavia, in riferimento all'applicabilità della legge 17 luglio 1975, n. 400, concernente gli enti cooperativi, ed alla esposizione debitoria nei confronti dello Stato, che avrebbe potuto fondare la l.c.a. in alternativa al fallimento; quindi, in nessun modo aveva valorizzato la titolarità del capitale sociale da parte di un Comune, quale ragione influente, eventualmente, sulla natura privata della società.

⁴⁸ Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit., (al riguardo IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico, cit.*, 367).

⁴⁹ D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire ?*, cit., 719.

fallire gli imprenditori e non le imprese⁵⁰.

Se così non fosse sarebbero esentate dall'applicazione del sistema di regole dettate per l'imprenditore commerciale anche le società a capitale totalmente privato laddove siano concessionarie di un servizio pubblico od affidatarie comunque di attività di natura o interesse squisitamente pubblico, ciò quanto meno per evitare sperequazioni di mercato e violazioni delle regole della concorrenza⁵¹.

Peraltro anche quando la società partecipata gestisce un servizio pubblico non è mai titolare di quel servizio ma semplice affidataria ad opera dell'ente pubblico socio-affidante, quindi l'applicazione dello statuto dell'imprenditore, a cominciare dalla dichiarazione di insolvenza⁵², non determina alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività della pubblica amministrazione né impedisce l'esecuzione di un servizio necessario alla collettività⁵³.

Quest'ultima rimane l'unica titolare del servizio e del potere di organizzarlo, per cui in caso di insolvenza della società partecipata-affidataria o questa continuerà a svolgerlo in via temporanea in funzione della vendita a terzi dell'azienda⁵⁴ o del risanamento (specie in caso di

⁵⁰ DI NOSSE, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, 10.

⁵¹ SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010, 446, rileva che l'esonero dal fallimento delle società pubbliche creerebbe una grave alterazione del mercato perché sarebbero le uniche società non soggette ad alcun tipo di procedura concorsuale. L'art.106 del trattato sul funzionamento dell'U.E. (già art. 86 del trattato istitutivo) prevede che 1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi; 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.

⁵² In questo senso anche SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., 444.

⁵³ Non può quindi condividersi quell'approccio della giurisprudenza e della dottrina secondo cui la società pubblica è qualificabile quale ente pubblico non assoggettabile alle procedure concorsuali laddove svolge una attività "necessaria" all'ente territoriale, inerente allo svolgimento di servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi. Cfr. in particolare Trib. Catania, 26 marzo 2010, in www.ilcaso.it, secondo cui l'esercizio provvisorio non è volto alla soddisfazione del pubblico interesse ma è subordinato unicamente ed esclusivamente all'interesse dei creditori del fallito. Evidentemente sfugge ai fautori di questa impostazione che l'ente pubblico, laddove non sia possibile la prosecuzione dell'attività, affiderà il servizio a terzi, senza che il fallimento dell'affidataria produca l'irrimediabile interruzione del servizio.

⁵⁴ Cfr. FIMMANÒ, *Sub Artt. 105*, in *Il nuovo diritto fallimentare* cit.; ID., *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr. Impr.*, 2007, 570 s.

assoggettamento ad amministrazione straordinaria, o comunque mediante l'esercizio provvisorio in caso di fallimento⁵⁵), o gli organi della procedura procederanno ad affittare l'azienda con il conseguente subentro nel contratto *ex art. 2558 c.c.*⁵⁶, o, ancora, a seguito dello scioglimento del rapporto convenzionale, la p.a. procederà a riaffidare il servizio secondo le regole e le opzioni che vedremo di seguito.

La ennesima conferma della nostra complessiva ricostruzione deriva dal recente pronunciamento della Suprema Corte che ha sancito l'applicazione della legge n. 231 del 2001, alle società a partecipazione pubblica anche se svolgono funzioni pubbliche tipiche dell'ente territoriale. Secondo la Cassazione la natura del soggetto comporta l'applicazione delle norme e viceversa la natura dell'attività, il trasferimento di risorse pubbliche e la titolarità di poteri coattivi di imposizione e riscossione non esonerano la società pubblica dall'applicazione della responsabilità amministrativa da reato per illeciti compiuti da suoi amministratori e dirigenti. Insomma anche in questo caso la scelta della veste comporta l'applicazione dello statuto della società commerciale laddove lo svolgimento della medesima attività in via diretta o a mezzo un ente diverso ne determinerebbe l'inapplicabilità⁵⁷.

⁵⁵ Al riguardo cfr. FIMMANÒ, *Sub Artt. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di JORIO, Tomo II, Bologna 2006; ID., *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 759

⁵⁶ Cfr. in tema FIMMANÒ, *Sub Artt. 104 bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di JORIO, Tomo II, Bologna 2006; ID., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Dir. fall.*, 2007 I, 439 s.; GALLONE – RAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare*, Milano, 2008, 13 s.; PATTI, *L'affitto dell'azienda*, in *Fall.*, 2007, 1088 s.; e con riferimento alla natura dell'attività: FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio e l'affitto della azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, 2006, 3; ID., *Gli effetti del trasferimento d'azienda sull'autorizzazione sanitaria regionale e sul c.d. accreditamento istituzionale*, in *Riv. not.*, 2003, 133

⁵⁷ Questo è il principio affermato dalla Cassazione penale (con la sentenza 10 gennaio 2011 n. 234) relativa ad una società siciliana attiva nello smaltimento dei rifiuti. In particolare l'art. 1 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (recante "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della l. 29 settembre 2000, n. 300"), stabilisce, al comma 2, che la medesima si applica "agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica", mentre non trova applicazione nei confronti dello "Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici nonché enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale" (comma 3). Quindi secondo la suprema Corte la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria ma non sufficiente per l'esonero dalla disciplina in questione; deve necessariamente essere presente anche la condizione dell'assenza di svolgimento di attività economica da parte dell'ente medesimo. Nel caso di specie, lo svolgimento dell'attività economica da parte della società di smaltimento rifiuti, proprio in ragione della sua struttura societaria, evidenzia la presenza di una tale caratteristica. Pertanto, la società d'ambito, costituita nella forma di società per azioni, per espletare secondo criteri di economicità le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti trasferite alla stessa da enti pubblici territoriali, è soggetta alla normativa in materia di responsabilità da reato degli enti.

3. I divieti di abuso del modello societario

Ma c'è da chiedersi, a questo punto, dove nasce la “corrente” diretta a stravolgere i principi dell'ordinamento societario in modo da tentare di piegare gli istituti a “opinabili” esigenze del momento storico. Laddove è viceversa necessario “constatare i fenomeni giuridici quali sono, quali si trovano nel sistema positivo, non negarli o storpiarli per ragioni *a priori*”⁵⁸.

In realtà, nel nostro Paese le pubbliche amministrazioni, incentivate dallo stesso legislatore, hanno cercato a tutti i costi, negli ultimi venti anni, di creare e poi mantenere la “sacca” del privilegio derivante dall'*affidamento diretto* della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza⁵⁹.

Questo processo ha avuto l'effetto di trasformare un modello di gestione, quello societario, da strumento di *aziendalizzazione* in strumento di *protezione* e nei casi peggiori in *escamotage* per eludere i c.d. patti di stabilità e le regole di contabilità pubblica⁶⁰, come la più lungimirante

⁵⁸ E' l'avvertimento metodologico già lucidamente espresso da F. FERRARA SR., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 638.

⁵⁹ La Corte dei Conti ha rilevato che nel 2008 si registravano 5.860 “organismi” in attività, partecipati da 5.928 tra Comuni e Province con un incremento dell'11,08% rispetto al dato del 2005. Poco meno del 65% di questi organismi partecipati aveva natura societaria con prevalenza delle società per azioni, mentre circa il 35% aveva forma giuridica diversa dalla società, in prevalenza consortile (C. Conti, Sez. Autonomie, Deliberazione 22/06/2010, n. 14). Le imprese partecipate, a tutto il 2005, hanno complessivamente occupato 255.529 addetti, con un incremento di oltre 17 mila unità rispetto al 2003 (+7,1%), mentre il valore aggiunto da esse prodotto è ammontato a 17,3 miliardi di euro, pari all'1,2% del PIL nazionale.

⁶⁰ Solo dal 2009 il legislatore ha previsto che le limitazioni di finanza pubblica stabilite per gli enti territoriali in materia di incremento della spesa per il personale si applicano anche alle società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo che siano titolari di affidamenti di servizi avvenuti direttamente, senza gara (art. 19, co. 1, D.L. 01/07/2009, n. 78, conv. in L. 03/08/2009, n. 102). Le società vengono considerate ai fini del rispetto del patto di stabilità interno e sono tenute ad osservare procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di servizi e per l'assunzione di personale (art. 23-bis. D.L. 112, convertito nella L. 133/2008, riprese dal comma 2-bis dell'art. 19 del citato D.L. n. 78 convertito in L. 102/2009). La magistratura contabile, infatti, aveva ripetutamente segnalato le distorsioni che si riscontravano nella gestione delle società, in relazione ai vincoli finanziari e di personale che facevano capo agli enti territoriali e aveva evidenziato la necessità che queste entità fossero assoggettate alla stessa disciplina vincolistica degli enti di riferimento (Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia, 13/10/2006, n. 17; id. 17/07/2007, n. 2, parere). In particolare poi non sono state, spesso, comprese nell'elenco predisposto dall'Istat, previsto dall'art. 5, L. 311/2004, e quindi lo scomputo dalle spese rilevanti per la verifica del rispetto del patto di stabilità non è risultato conforme alla disciplina finanziaria vincolistica (Corte dei Conti, sez. contr. Marche, n. 23/2006). Sul rapporto tra patto di stabilità e strumenti di diritto privato per la gestione del disavanzo cfr. SANTONASTASO, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, cit., 244 s.

dottrina commercialistica aveva già segnalato da molti anni ⁶¹. Ciò ha prodotto una crisi di rigetto nei confronti dello strumento, là dove il rigetto avrebbe dovuto riguardare non il modello organizzativo ma quello dell'*affidamento* dei servizi pubblici in deroga ai principi comunitari ⁶².

Nel nostro ordinamento abbiamo assistito, per queste ragioni, a partire dall'inizio degli anni '90, ad un percorso legislativo composito e spesso del tutto incoerente, caratterizzato da frequenti e repentini ripensamenti, fatta eccezione per una costante: la crescente e progressiva incentivazione della società a partecipazione dell'ente pubblico (specie locale), anche attraverso la trasformazione di aziende speciali, consorzi ed istituzioni.

Da una parte, v'è stata infatti la tendenza ad ampliare l'ambito dei servizi pubblici includendo non solo quelli aventi per oggetto attività economiche incidenti sulla collettività, ma anche quelli riguardanti attività tendenti a promuovere lo sviluppo socio-economico delle comunità locali ⁶³, fino ad arrivare ad affidare a società partecipate addirittura funzioni, che lungi dal rientrare nell'ambito dei servizi pubblici in senso proprio,

⁶¹ BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 33. che, sin dall'inizio del ciclo espansivo del modello organizzativo, metteva in guardia in ordine ai possibili tentativi di elusione delle norme in tema di contabilità pubblica attraverso lo strumento della società di diritto privato.

⁶² Il Parlamento europeo, con la risoluzione del 26 ottobre 2006, ebbe modo di cogliere in pieno il problema, compiendo una significativa apertura verso tutti i modelli di *partenariato pubblico – privato*, purché rispettosi dei principi della concorrenza e non elusivi della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni (Parlamento europeo, risoluzione n. 2043 (INI) “Osservazioni generali”, punto 8, che ricalca quanto la stessa Commissione europea aveva sostenuto nella sua “Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni” sul PPP e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, risalente al 15 novembre 2005).

⁶³ Si è registrata, in questi ultimi anni, una decisa tendenza legislativa alla creazione di attività e servizi di tipo sociale che mirino a soddisfare nuovi bisogni collettivi. Tale tendenza trovava riscontro già nel primo comma dell'art. 22, della legge n. 142, del 1990 (riprodotta dall'art. 112, comma 1, del Testo unico sulle autonomie locali, n. 267 del 2000) ove l'espressione “gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali” era particolarmente lata ed onnicomprensiva. La norma nel comprendere fra i servizi pubblici locali tutti quelli che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, abbandonava il metodo dell'elencazione ed adottava una formula con uno spiccato valore programmatico. I servizi pubblici locali hanno diverse funzioni: alcuni sono rivolti direttamente alla collettività (servizi alla persona), mentre altri operano come *input* nei processi produttivi, sotto forma di c.d. *essential facilities*, venendo cioè a costituire infrastrutture di rete indispensabili. Entrambi hanno un'area di diffusione dei benefici geograficamente delimitata, da cui l'aggettivo locali, ma con utenza variabile e mobile, da cui derivano rilevanti problemi economici connessi alla scala produttiva e alla dimensione dell'offerta.

costituiscono tipiche attività istituzionali o strumentali dell'ente⁶⁴.

Dall'altra parte è stata incentivata la gestione mediante società partecipate in un'ottica rivolta (solo) formalmente alla *aziendalizzazione* dei servizi e *ad una privatizzazione effettiva* (come auspicato dal legislatore sin dal 1942)⁶⁵, in realtà sostanzialmente diretta ad evitare procedimenti ad evidenza pubblica e a sottrarre comparti dell'amministrazione ai vincoli di bilancio, anche in considerazione della mancata applicazione *all'ente-capogruppo* dei *principi di consolidamento* di diritto societario a partire dall'elisione delle partite reciproche⁶⁶.

La vicenda complessiva, partita nel 1990 con la espressa previsione nella legge n. 142 della società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria⁶⁷, passa attraverso l'introduzione della società c.d. *minoritaria*⁶⁸, l'apertura al tipo della S.r.l. e l'incentivo alla trasformazione delle aziende

⁶⁴ D'altra parte la giurisprudenza ha evidenziato che la qualificazione di servizio pubblico locale spetta a quelle attività caratterizzate sul piano oggettivo dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionate in base a scelte *di carattere eminentemente politico* quanto alla destinazione delle risorse economicamente disponibili ed all'ambito di intervento e su quello soggettivo dalla riconduzione diretta o indiretta ad una figura soggettiva di rilievo pubblico (cfr. Cons. Stato, 13 dicembre 2006 n. 7369; TAR Campania, Napoli, 24 aprile 2008 n. 2533).

⁶⁵ Nella Relazione al Codice Civile, si legge, in riferimento alle società pubbliche che lo Stato “*si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici*” (Relazione al Codice Civile, n. 998. Artt. 2458 e ss., vecchio testo).

⁶⁶ L'introduzione del bilancio consolidato civilistico per la *holding-ente* pubblico poteva rappresentare una scelta funzionale all'indirizzo ed al coordinamento dell'intero gruppo pubblico locale (cfr. Tredici, *Il bilancio consolidato del gruppo pubblico locale quale strumento di programmazione e controllo*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2006, 256 s.). Per gli enti locali, l'art. 230, comma 6, T.u.e.l. dispone solo una facoltà circa il consolidamento di tipo patrimoniale. Con il progetto di riforma del Codice delle Autonomie si prevede, per i comuni con popolazione superiore ai 5.000 abitanti, la redazione del bilancio consolidato secondo competenza economica per la rilevazione dei risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende partecipate.

⁶⁷ La società mista a prevalente capitale pubblico locale venne prevista per la prima volta dall'art. 22, lettera e) della legge 142 del 1990, (testo poi modificato dall'art. 17, comma 58, legge 15 maggio 1997, n. 127, *Bassanini-bis*) e la legge non vietava peraltro che la società fosse interamente in mano pubblica (al riguardo cfr. Cavazzuti, *Forme societarie, intervento pubblico locale e privatizzazione dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. It.* 1991, IV, 248 s.).

⁶⁸ La società mista con partecipazione maggioritaria dei soci privati ha trovato riconoscimento testuale con l'art. 12 della legge n. 498 del 1992, attuata con la normativa regolamentare dettata dal D.p.r. n. 533 del 16 settembre 1996 (al riguardo CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 390 s., che esamina in particolare gli aspetti della compagine, della scelta dei soci e dello scopo di lucro; ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti di diritto societario delle s.p.a. con partecipazione comunale*, in *Riv. soc.*, 1997, 128 s.; NANNI, in *Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste*

speciali e dei consorzi⁶⁹, per subire un provvisorio assestamento nel 2000 con il Testo Unico delle autonomie locali (Tuel)⁷⁰ che sistemava organicamente la materia.

Nel 2001 il quadro viene *virtualmente* rivoluzionato con l'introduzione della categoria *mai definita* dei cd. servizi industriali e l'introduzione rigorosa, *mai attuata*, dei principi della concorrenza⁷¹. Con la *contro-riforma* del 2003 e la legge finanziaria per il 2004⁷², si arriva infatti ad un risultato esattamente opposto⁷³. Quest'ultimo intervento, in parte censurato dalla Corte Costituzionale⁷⁴, ha suddiviso i servizi in virtù della loro *rilevanza economica*, in un contesto pesantemente dominato dalla figura della società

in materia di servizi pubblici degli enti territoriali, Commentario a cura di Caia - Nanni, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 586).

⁶⁹ Norme contenute nella c.d. legge Bassanini *bis* (legge n. 127 del 15 maggio 1997), che all'art. 17, commi 51-58, consentiva agli Enti locali di procedere alla trasformazione delle aziende speciali, deputate alla gestione dei servizi pubblici, in società per azioni o a responsabilità limitata con capitale misto, pubblico e privato, anche a partecipazione minoritaria.

⁷⁰ D. lgs. n. 267 del 2000.

⁷¹ Articolo 35 della legge n. 448 del 2001.

⁷² In particolare il comma 234, dell'art. 4 della legge n. 350 del 2003 (legge finanziaria per il 2004) ha introdotto altri elementi di innovazione nel quadro normativo di riferimento per i servizi pubblici locali, con esclusivo riferimento a quelli di rilevanza economica. L'art. 113 del TUEL è stato ulteriormente integrato con previsioni che riguardano la possibilità per le discipline di settore di introdurre regole che assicurino maggiore concorrenzialità nella gestione dei servizi, nonché il necessario rispetto della legge c.d. *Merloni* da parte dei soggetti individuati con affidamento diretto come gestori di reti o dei soggetti individuati con gara come gestori del servizio, per appalti di lavori inerenti tali infrastrutture.

⁷³ Si tratta in particolare dell'art. 14 del decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003 «Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici», pubblicato in G.U. n. 229 del 2 ottobre 2003 S.O. n. 157, convertito con modificazioni nella legge n. 326 del 2003 (conseguente alle osservazioni avanzate dalla Commissione Europea sul sistema delineatosi con l'entrata in vigore dell'art. 35).

⁷⁴ Nel luglio del 2004, la Corte Costituzionale ha accolto in parte il ricorso avanzato dalla regione Toscana e ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, comma 1, lett. e), e comma 2, del D.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. nella L. 24 novembre 2003, n. 326, e quindi, per illegittimità consequenziale (Corte Costit., 27 luglio 2004, n.272, cfr. al riguardo MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2005). La Consulta ha escluso che la materia dei servizi pubblici locali sia riconducibile alle funzioni fondamentali degli enti locali (in quanto “la gestione di detti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria e indefettibile dell'ente locale”), o alla determinazione dei livelli minimi inerenti le prestazioni essenziali a tutela dei diritti civili e sociali (perché “riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali”), ritenendo che essa attenga piuttosto alla materia “trasversale” della tutela della concorrenza. La Corte ha accolto una nozione estesa della materia “tutela della concorrenza”, nel senso che la stessa non deve essere intesa soltanto in un senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni per un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali.

strumentale interamente pubblica, affidataria diretta in *house providing* e del suo strettissimo collegamento funzionale con l'ente di riferimento, tanto che la giurisprudenza amministrativa ha evocato, come anticipato, una *situazione di dipendenza organica tra società ed ente*.

La tendenza *espansiva* del modello societario ha subito, negli ultimi anni, almeno da un punto di vista formale, una inversione⁷⁵. Prima il decreto *c.d. Bersani* sulle liberalizzazioni⁷⁶ e poi, nella stessa linea, la legge finanziaria per il 2008⁷⁷, hanno posto un argine all'utilizzo improprio *dello specifico modello organizzativo*. Non a caso la Relazione di accompagnamento a quest'ultimo intervento normativo, sottolinea che la norma tende ad evitare l'abuso dello strumento societario ma non *l'uso* dello stesso.

L'art. 13, comma 1, del decreto *Bersani* ha posto il tassativo divieto per le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi *strumentali all'attività di tali enti*, di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, sia in affidamento diretto sia con gara⁷⁸. Poiché la norma espressamente esclude dalla propria disciplina *i servizi pubblici locali*, la materia dallo stesso disciplinata attiene a quella attività espletata dalle società miste o pubbliche che svolgono *in outsourcing* attività di pertinenza delle amministrazioni locali. Il divieto riguarda l'attività *extra*

⁷⁵ Alla data di emanazione del decreto Bersani si era calcolato che le partecipazioni, dirette e indirette, detenute dallo Stato attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze riguardavano circa 400 società, mentre le società partecipate dalle amministrazioni locali (comuni, province, regioni e comunità montane) erano 4874, legate ai tradizionali compiti di prestazione di servizi pubblici negli ambiti territoriali di loro competenza (Rapporto Assonime settembre 2008, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, in www.emagazine.assonime.it).

⁷⁶ D.l. n. 223 del 4 luglio 2006, convertito nella legge n. 248 del 4 agosto 2006.

⁷⁷ Legge n. 244 del 24 dicembre 2007.

⁷⁸ La distinzione tra società costituite per lo *svolgimento in forma privatistica di un'attività amministrativa* e quelle per la *gestione ed erogazione di servizi pubblici* è stata ripresa dalla Corte Costituzionale, che nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, ha affermato che le previsioni in base alle quali le società in questione non possono operare per soggetti diversi dagli enti territoriali soci o affidanti, imponendo di fatto una separazione societaria, e obbligandole ad avere un oggetto sociale esclusivo, mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati. In secondo luogo, il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti è complementare rispetto alle altre disposizioni, essendo volto, ad evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse. L'art. 13 menzionato vieta loro non di detenere qualsiasi partecipazione o di aderire a qualsiasi ente, ma solo di detenere partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse. Intesa in questi termini, la norma appare proporzionata rispetto al fine di tutela della concorrenza (Corte Cost., 1 agosto 2008 n. 326).

moenia di dette società, al fine di porre un freno all’impatto che la loro espansione può comportare sull’assetto del mercato. Infatti detti soggetti godono di asimmetrie di notevoli dimensioni, in grado di alterare la *par condicio* con gli altri operatori agenti nello stesso mercato e di eludere sostanzialmente il rischio d’impresa⁷⁹.

La legge finanziaria per il 2008 sancisce che al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato, le pubbliche amministrazioni, con esclusione degli enti pubblici economici⁸⁰, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi *non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità* istituzionali, né assumere o mantenere, *direttamente o indirettamente*, partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Possono quindi costituire o assumere partecipazioni in società che producono servizi *di interesse generale*, oppure costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi, a due condizioni e cioè se ciò sia strettamente necessario per il perseguimento delle finalità istituzionali e purchè l’organo competente *assuma apposita deliberazione* con cui motivi la nuova partecipazione o il mantenimento di quella in essere. Nella sostanza il legislatore finisce con l’individuare per le società pubbliche o miste un “*oggetto sociale esclusivo*” di gestione di servizi pubblici o di rilevanza pubblica e di altre attività

⁷⁹ Le società oggetto del divieto, sono quelle partecipate da regioni o enti locali e costituite per svolgere attività *finalizzate alla produzione di beni e servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica* di cui resta titolare l’ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Società che svolgono attività rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, diversamente dalla società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente in via immediata esigenze generali della collettività. In tema cfr. TAR Lazio, 21 marzo 2008 n. 2514; TAR Lazio, 5 giugno 2007 n. 5192 (secondo cui seppure tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che siano state costituite per tutelare in via primaria l’interesse e la funzione pubblica dell’amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l’interesse privato imprenditoriale); TAR Veneto, Sez. I, 31 marzo 2008 n. 788, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946 (secondo cui la circostanza che la partecipazione del socio pubblico sia minoritaria, e di non rientrare fra i soggetti che possono ricevere affidamenti in via diretta, non è sufficiente a far venire meno il carattere di strumentalità, infatti, è lo stesso legislatore che ha espressamente previsto l’esclusione dalle gare anche delle società a capitale misto).

⁸⁰ Si tratta dell’art. 3, commi 27 e seguenti. Il divieto riguarda le amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2 del d.lgs 165 del 2001, secondo cui «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole...le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, province, comuni e loro consorzi e associazioni; le istituzioni universitarie; gli Istituti autonomi case popolari, la Camere di commercio...tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende del Servizio sanitario nazionale, l’Aran, le Agenzie di cui al d.lgs 1999 n. 300».

strettamente necessarie.⁸¹

Peraltro le pubbliche amministrazioni, per superare ogni limitazione, hanno fatto ricorso spesso allo strumento elusivo delle *partecipazioni indirette* e cioè della costituzione di *holding* che a loro volta controllano le società operative. Ecco che le norme della legge finanziaria per il 2008 vietano, in modo espresso, l'assunzione o il mantenimento sia diretto che *indiretto* delle partecipazioni anche di minoranza, considerato che la giurisprudenza, specie comunitaria, dava già per scontato questo principio. Tant'è che l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di servizi, lavori e forniture, aveva esteso il divieto di concorrere a gare di appalto bandite da enti diversi da quelli che ne detengono il capitale, sancito dal decreto Bersani, anche alle società pubbliche di terzo grado di cui non siano soci direttamente gli enti pubblici ma società da questi partecipate⁸². Invero, la genericità delle espressioni utilizzate, ed in particolare la enucleazione della categoria dei servizi *di interesse generale*⁸³ contrapposta all'altrettanto

⁸¹ In verità, la giurisprudenza aveva già sostenuto in passato che l'ente locale, per erogare un pubblico servizio in forma societaria, dovesse dar vita ad una relazione nella quale fossero confrontati i risultati economici di un ipotetico piano-programma pluriennale sia di un'azienda pubblica locale che svolgesse il servizio in esame che di una concessionaria dello stesso servizio alla quale partecipassero soggetti diversi dall'ente locale considerato. Inoltre, mediante un'*accurata analisi costi-benefici*, bisognava considerare le differenze di qualità e di efficienza del servizio nonché l'opportunità dell'ingresso di un privato nella società, nel momento in cui diventasse necessario l'apporto di determinate capacità tecnico-organizzative nonché di risorse finanziarie (Cons. Stato, 1 febbraio 1985, n. 130, in *Foro it.*, 1985, 435). Con la conseguente necessità di motivare adeguatamente, nella deliberazione di avvio della procedura costitutiva o di partecipazione alla società, la scelta in alternativa agli altri possibili modi di gestione dei servizi pubblici, sia individuando le esigenze di pubblico interesse, sia la convenienza economica (Cons. Stato 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro it.*, 1991, III, 270, che qualificava come viziata da eccesso di potere per difetto di motivazione la deliberazione dell'ente pubblico il cui testo non facesse emergere con chiarezza l'una e/o l'altra tra le giustificazioni indicate).

⁸² Nella deliberazione n. 135 del 9 maggio 2007 l'Autorità afferma che una società partecipata da una società che è a sua volta indirettamente partecipata da enti locali non può concorrere, ai sensi dell'art. 13, c. 1, l. n. 248 del 2006, agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale.

⁸³ Il Trattato della Comunità Europea ci fornisce svariate definizioni, distinguendo: i *servizi d'interesse generale*, forniti dietro retribuzione o meno, che sono considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio; i *servizi d'interesse economico generale*, menzionati dal trattato all'art. 86, ovvero forniti dietro retribuzione, che assolvono missioni d'interesse generale e sono quindi assoggettati dagli stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico (tale concetto si applica in generale ai servizi resi dalle reti di trasporto, di energia e di comunicazione); i *servizi pubblici*, espressione con un duplice senso: da un lato, designa l'ente che produce il servizio e, dall'altro, si riferisce alla missione d'interesse generale affidata a quest'ultimo. Allo scopo di favorire o permettere l'assolvimento della missione d'interesse generale, specifici obblighi di servizio pubblico possono essere imposti dalle pubbliche autorità all'ente produttore del servizio, ad esempio in fatto di trasporti terrestri, aerei, ferroviari o in materia di energia; tali obblighi possono essere stabiliti sia a

generica attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessaria al perseguimento di fini istituzionali, lascia ampi margini di discrezionalità alla pubblica amministrazione, finendo col *rappresentare* una prescrizione a basso contenuto imperativo.

Il legislatore, con il c.d. art. 23 *bis*⁸⁴ ha confermato il cambiamento di rotta sancendo che – al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale - il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a imprenditori o società mediante il ricorso a gara. Tuttavia la contestuale introduzione massiccia di deroghe e periodi transitori, ormai cronica, rende quest'ultima riforma, ancora una volta, più apparente che reale⁸⁵, tanto da esigere ulteriori interventi diretti a vietare la costituzione di società per gli enti di dimensioni più ridotte.⁸⁶

livello nazionale che regionale. Spetta in primo luogo alle autorità pubbliche di pertinente livello - locale, regionale o nazionale – e, nella piena trasparenza, definire le missioni dei servizi d'interesse generale e le modalità per il loro adempimento. La Comunità dal canto suo garantisce, in applicazione delle norme del trattato e degli strumenti di cui dispone, che tali servizi siano prestati in modo tale da soddisfare al meglio, sotto l'aspetto della qualità e del prezzo, le esigenze dei loro utilizzatori e di tutti i cittadini in generale (allegato alla Relazione al Consiglio europeo di Laeken, Bruxelles, 17 ottobre del 2001, COM (2001) 598).

⁸⁴ Norma contenuta nella Legge 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del d. l., n.112 del 25 giugno 2008, n. 112 (Provvedimento normativo «recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria») e modificata con l'art. 15 del decreto legge del 25 settembre 2009 n. 135 (convertito nella legge n.166/2009, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee in GU n. 274 del 24 novembre 2009 - Suppl. Ordinario n.215). L'art. 23 *bis* ripropone molte scelte contenute nell'ultima versione del disegno di legge c.d. *Lanzillotta*, presentato nell'ultima legislatura e mai approvato. Il legislatore, in particolare, ha esteso le previsioni del c.d. *decreto Bersani* sancendo, al comma 9, che i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali (qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi), non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

⁸⁵ Per uno sguardo all'approccio degli altri Paesi cfr. DE PRETIS, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili comparati*, in *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, a cura di Domenichelli e Sala, 2007.

⁸⁶ Il d.l. n. 78 contenente “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica” convertito, con modifiche, nella legge n. 122 del 30 luglio 2010, all'articolo 14, comma 32, prevede che “... i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2011 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. La disposizione...non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero

Infine, con il recente regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis*⁸⁷ è stato definito, almeno per il momento, l'assetto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica o almeno di parte di essi⁸⁸ intervenendo anche sul tema dell'estensione del patto di stabilità interno e delle regole in tema di spesa e assunzioni⁸⁹ per porre ulteriori argini all'abuso del modello organizzativo⁹⁰.

con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite...". Tuttavia, la norma "salva" le prescrizioni contenute nei commi 27, 28 e 29 dell'articolo 3 della legge n. 244/2007 (finanziaria 2008) e ci si è chiesto perciò se trova o no applicazione nei confronti delle società affidatarie della gestione di servizi pubblici. Il problema è stato affrontato dalla Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Regione Puglia, con la deliberazione n. 76 del 22 luglio 2010, che confermando il contenuto del precedente parere espresso con propria deliberazione n. 103/2009, ha affermato che "... la partecipazione societaria potrà comunque essere acquisita anche nel caso di attività non strettamente necessarie al perseguimento dei fini istituzionali dell'Ente qualora si tratti di servizi di interesse generale, che presentino un favorevole impatto sulla collettività locale.

⁸⁷ D.P.R. del 7 settembre 2010, n. 168, licenziato dal Consiglio dei Ministri nella seduta n. 102 del 22 luglio 2010 e pubblicato sulla G.U. del 12 ottobre 2010, n. 239 del 2010.

⁸⁸ Il regolamento infatti non si applica: al servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164; al servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239; al servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422; alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475; ai servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e successive modificazioni. Per quanto riguarda la gestione del servizio idrico integrato, lo stesso testo di legge stabilisce che restano ferme l'autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse, ai sensi dell'articolo 15, comma 1-ter, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166.

⁸⁹ L'articolo 7, recependo le osservazioni formulate dal Consiglio di Stato con il parere n. 2415 del 24 maggio 2010, prevede che le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Tali criteri sono: l'adeguata pubblicità della selezione e le modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; l'adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; il rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; il decentramento delle procedure di reclutamento; la composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

⁹⁰ L'articolo 5 del regolamento affronta il tema dell'estensione del patto di stabilità interno alle società partecipate sancendo che "sono assoggettati gli affidatari in house di servizi pubblici locali

4. I criteri di classificazione dell'attività d'impresa in relazione ai modelli organizzativi

Per comprendere appieno i problemi di coordinamento che si pongono tra le norme pubblicistiche riguardanti la regolamentazione dei servizi e dell'attività economica e quelle privatistiche che disciplinano il funzionamento delle società di gestione, è necessario un preliminare inquadramento sistematico all'esito della tormentata legiferazione.

Nell'attuale e composito quadro normativo convivono in modo *disarmonico* le istanze, solo dichiarate, di liberalizzazione ed i principi della concorrenza. La classificazione dei servizi pubblici rimane fondata sulla loro *rilevanza economica*⁹¹, in luogo della precedente *rilevanza industriale* (contenuta nell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002), ed in conformità ad una linea di connotazione determinata anche dall'Unione europea e formalizzata con il c.d. *Libro verde* della Commissione sui servizi di interesse generale. Ciò presuppone la definizione dei servizi appartenenti all'una o all'altra categoria sulla base della rilevazione di un mercato di riferimento, nonché della sussistenza di assetti imprenditoriali per la gestione. La individuazione dei servizi «a rilevanza industriale» era rimessa dal legislatore ad un regolamento che non ha mai visto la luce⁹², mentre

ai sensi dell'articolo 23-bis, commi 3 e 4 (...)”: vale a dire tutti quei casi di affidamenti in *house* di valore superiore (se autorizzati) o inferiore ai duecentomila euro. In realtà notevoli perplessità permangono a causa delle due contraddittorie disposizioni, contenute nella legge n. 133/2008: l'articolo 18, comma 2 *bis*, e l'articolo 23-bis. Infatti, l'articolo 18 estende l'applicazione del patto a tutte le società controllate, affidatarie dirette del servizio - ivi comprese le società miste che – una volta scelto il socio operativo, svolgano servizi di natura strumentale. L'articolo 23 *bis*, invece, stabilisce che sono soggette al patto di stabilità soltanto le società in *house* chiamate a gestire servizi pubblici di rilevanza economica. Il regolamento di attuazione non ha risolto la questione, limitandosi a stabilire che le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto sono definite in sede di attuazione di quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, lett. h), della legge 5 maggio 2009, n. 42, e successive modificazioni, in materia di bilancio consolidato, senza alcun riferimento al decreto interministeriale originariamente evocato. La norma riduce il ruolo degli enti locali in materia di osservanza del patto di stabilità in quanto si limita a prevedere che questi ultimi vigilino soltanto, senza essere minimamente responsabili per il verificarsi di eventuali scostamenti. Inoltre il riferimento al bilancio consolidato evidenzia l'errore in cui è caduto il legislatore delegato visto che il bilancio consolidato segue una logica completamente diversa da quella del patto di stabilità ed ha un'estensione tale da investire non solo le aziende controllate ma anche le società.

⁹¹ Tale differenziazione in materia di servizi è già presente nel Libro verde CE sui servizi di interesse generale, adottato dalla Commissione CE il 21 maggio 2003 e trasmesso al Consiglio il 26 maggio 2003, il quale ricomprende nei primi ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato (si può leggere sul sito dell'Unione Europea www.europa.eu.int).

⁹² La giustizia amministrativa ha ritenuto che l'omessa emanazione del regolamento governativo non impedisse l'applicazione della disciplina, considerato che «l'individuazione dei servizi di

l'attuale classificazione è affidata direttamente all'interprete.

Come ha rilevato recentemente anche la Corte Costituzionale sebbene in ambito comunitario non venga mai utilizzata l'espressione "servizio pubblico locale di rilevanza economica", ma solo quella di "servizio di interesse economico generale" (SIEG), la nozione comunitaria, ove limitata all'ambito locale, e quella italiana hanno contenuto omologo. Lo stesso art. 23 *bis* conferma tale interpretazione, attribuendo espressamente ai servizi di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di "servizi di interesse generale in ambito locale" di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria. Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento, infatti, ad un servizio che sia reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato"; che fornisca prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni. Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.

La disciplina comunitaria del SIEG e quella del servizio pubblico locale divergono, invece, in ordine all'individuazione delle eccezioni alla regola dell'evidenza pubblica, nel senso che la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale. Il legislatore italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei servizi ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto⁹³.

Come noto, l'art. 2082 c.c. sancisce che «è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi» e l'economicità è richiesta in

rilevanza industriale per via regolamentare assolve una funzione meramente ricognitiva e dichiarativa (e non costitutiva del relativo regime giuridico), sicchè in mancanza di questa catalogazione, alla definizione della natura del servizio può certamente procedere l'interprete, che si limiterà così a qualificare l'oggetto della disposizione e non ad integrarne il precetto» (Cons. Stato, 6 maggio 2003, n. 2380). In ogni caso si ritenevano convenzionalmente servizi pubblici locali a rilevanza industriale: il ciclo idrico integrato, i rifiuti urbani, la distribuzione del gas, la distribuzione di energia elettrica, e i trasporti locali; servizi privi di rilevanza industriale tutti gli altri.

⁹³ Corte Costituzionale, 17 novembre 2010 n. 325.

aggiunta allo scopo produttivo dell'attività che può dirsi condotta con metodo economico quando è tesa alla realizzazione di ricavi remunerativi dei fattori produttivi impiegati, ovvero quando è svolta con modalità che consentono almeno la copertura dei costi con i ricavi in funzione dell'autosufficienza economica e ciò a prescindere dal lucro soggettivo od oggettivo. Ciò è recepito sul piano legislativo per gli enti pubblici⁹⁴: non è imprenditore chi, soggetto pubblico o privato, produca beni o servizi che vengano erogati gratuitamente o sottocosto, tale cioè da far oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi. Non svolge ad esempio attività d'impresa l'ente pubblico, o l'ente *no profit* privato, che gestisca gratuitamente un servizio sociale. E' invece imprenditore chi gestisce i medesimi servizi *con metodo economico* (copertura dei costi con i ricavi) anche se ispirato da un fine pubblico o ideale ed anche se, ovviamente, le condizioni di mercato non consentono poi, in fatto, di remunerare i fattori produttivi. Il tutto fermo restando che la scelta del modello organizzativo della società integra la natura di imprenditore commerciale e l'applicazione del relativo statuto, qualsiasi sia l'attività economica svolta.

Quindi i servizi pubblici locali *a rilevanza economica* sono quelli gestiti *con metodo economico*, laddove la tariffa richiesta all'utente risponda *allo scopo almeno tendenziale* di coprire integralmente i costi di gestione. Laddove invece i costi del servizio siano coperti facendo ricorso alla fiscalità generale, ovvero applicando tariffe politiche con lo scopo di esigere una mera compartecipazione dell'utenza, il servizio in questione sarà privo di rilevanza economica.⁹⁵

In ogni caso la giurisprudenza si è avvalsa, ai fini classificatori, di un

⁹⁴ La produzione di beni e servizi da parte degli stessi è qualificabile quale attività imprenditoriale in quanto essi siano per legge tenuti ad operare secondo criteri di economicità.

⁹⁵ Questa interpretazione trova conferma nell'abrogazione del comma 4, dell'articolo 113 *bis*, Tuel, laddove tra le forme di gestione dei servizi privi di rilevanza industriale veniva prevista la possibilità *quando sussistano ragioni economiche* dell'affidamento a terzi. Dal momento in cui il servizio non viene gestito con metodo economico tale modalità di gestione perde evidentemente di significato. In verità, è opportuno ricordare che già la legge 142 del 1990 pur presentando una serie di disposizioni di principio, come tali applicabili a qualsiasi tipologia di servizio, comunque conteneva una distinzione tra servizi di "rilevanza economica e imprenditoriale" e, servizi di carattere sociale "senza rilevanza imprenditoriale", con l'intenzione di non lasciare l'ente territoriale totalmente libero nella scelta tra le diverse forme di gestione. Quello che appariva evidente dalla lettura della norma, era che il legislatore per la prima volta non faceva un'elencazione delle attività qualificabili come servizio pubblico, ma descriveva quali fossero le caratteristiche che connotavano queste attività, così da poter ricondurre alla nozione di servizio pubblico, attività non soltanto imprenditoriali, ma che abbracciassero tutti i campi in cui potesse anche solo potenzialmente estrinsecarsi l'attività della P.A.

criterio già conosciuto e utilizzato a livello comunitario⁹⁶, ossia quello della presenza o meno di *un mercato concorrenziale*, desumibile, tra gli altri, da indici quali l'esistenza di rischi connessi all'attività da esercitare, lo scopo lucrativo in capo al gestore, il finanziamento prevalentemente o esclusivamente pubblico. Più precisamente, la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi della stessa va considerata in relazione all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai caratteri di redditività del servizio. Si può infatti sostenere che si è in presenza di servizi aventi la suddetta rilevanza ogni volta risulti possibile, per i caratteri tipici della prestazione, la produzione – anche solo potenziale – di un utile o un avanzo di gestione, ancorché essi derivino da una forma più o meno ampia di finanziamento pubblico dell'attività. Viceversa, saranno “non economici” quei servizi che non generano alcuna competizione, in quanto inidonei ad essere offerti su un dato mercato dietro retribuzione. Non può aversi riguardo, in definitiva, in ipotesi siffatte, all'astratta natura del servizio di cui si tratta (se di rilevanza sociale o meno), ma alla concreta natura del suo espletamento, ai suoi specifici connotati economico-organizzativi ed in particolare alla natura giuridica del soggetto chiamato ad espletarlo⁹⁷.

5. Le società di gestione dei servizi a rilevanza economica

Nell'attuale quadro normativo per la gestione dei servizi a rilevanza economica rimangono possibili tre alternative.

Le prime due modalità sono ordinarie: l'affidamento a terzi *imprenditori, o società in qualunque forma costituite*⁹⁸, *individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica*⁹⁹; oppure la costituzione di una

⁹⁶ Cfr. T.a.r. Puglia, Bari, 12 aprile 2006, n. 1318; T.a.r. Sardegna, Sez. II, 21 settembre 2005, n. 1921 e Id., Sez. II, 2 agosto 2005, n. 1729, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁷ Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁸ Correttamente la Corte di giustizia europea ha evidenziato la contrarietà ai principi comunitari dell'art. 113, comma 5, Tuel, nella parte in cui riserva alle sole *società di capitali* l'affidamento dei servizi pubblici locali, impedendo a candidati od offerenti autorizzati ad erogare il servizio di cui trattasi, ivi compresi quelli costituiti in raggruppamenti di prestatori di servizi, di presentare offerte, soltanto per il fatto che essi non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali (Sez. IV, 18 dicembre 2007 n. C-357/06). Ed in questa ottica la giurisprudenza italiana ha affermato l'illegittimità dell'esclusione dalle procedure di gara delle società di persone (Cons. Stato, 8 settembre 2008 n. 4242).

⁹⁹ Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica deve avvenire, in via ordinaria, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità,

società a capitale misto pubblico-privato nella quale al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento e venga scelto attraverso l'espletamento di gara con procedure ad evidenza pubblica, che abbiano ad oggetto, al tempo stesso, l'individuazione e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio¹⁰⁰.

In *deroga* alle modalità ordinarie, per situazioni *eccezionali* che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettano un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di una società a capitale interamente pubblico, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.¹⁰¹

In tali casi eccezionali, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla

efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità. È peraltro consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore (comma 6, art. 23 *bis*). Le Regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale (comma 7, art. 23 *bis*).

¹⁰⁰ Le procedure devono garantire il rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti (e con le specifiche individuate dalla giurisprudenza consolidata) attraverso provvedimenti o circolari specifiche. Il comma 5 *bis* (introdotto dall'articolo 4, comma 234, lettera a, legge n. 350 del 2003) sancisce che "le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio".

¹⁰¹ Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti la *gestione in house* debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo questa un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria non pone ulteriori requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto. Le ulteriori condizioni poste dal legislatore italiano si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio. Non è irragionevole per la Corte costituzionale una disciplina intesa a restringere ulteriormente - rispetto al diritto comunitario - i casi di affidamento diretto in house (Corte Cost., 17 novembre 2010 n. 325).

scelta, motivandola in base a *un'analisi del mercato* e contestualmente trasmettere *una relazione* contenente gli esiti della predetta verifica *all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite*, per l'espressione di *un parere preventivo* sui profili di competenza da rendere, salvo silenzio-assenso, entro sessanta giorni dalla ricezione della stessa relazione¹⁰². L'articolo 4 del regolamento di attuazione dell'art. 23 bis, però, ha individuato i casi in cui è richiesto il parere dell'Agcom limitandolo ai soli affidamenti di valore superiore ai duecentomila euro¹⁰³. Il valore annuo del servizio viene calcolato sommando tutte le entrate del gestore, tra le quali vanno sicuramente incluse le tariffe riscosse, eventuali corrispettivi parziali del servizio e contributi ottenuti per realizzare degli investimenti¹⁰⁴.

Il regolamento prevede in ogni caso la necessità per l'ente pubblico¹⁰⁵ di assumere una *delibera quadro*: uno strumento attraverso cui verificare “la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla

¹⁰² In questi ultimi casi le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, nè svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, nè direttamente, nè tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, ne' partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato.

¹⁰³ Il comma 1 dell'articolo 4 prevede che “(...) Gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro annui (...)”.

¹⁰⁴ Va detto che il Consiglio di Stato, in sede di stesura del parere n. 2415/2010 sul regolamento di attuazione, aveva suggerito che il parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, fosse obbligatorio se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento superava la somma complessiva di: a) 200.000,00 euro annui, qualora la popolazione interessata fosse superiore a 50.000 unità; b) 50.000 euro annui, qualora la popolazione interessata non fosse superiore a 50.000 unità. Il testo definitivo della norma, invece, si è limitato ad espungere l'intero secondo periodo che compariva nella versione originale dell'articolo 4 e che prevedeva che “(...) il detto parere è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità (...)”.

¹⁰⁵ Si tratta di una verifica che, ai sensi dell'articolo 2 del regolamento, deve essere compiuta dagli enti locali una prima volta entro dodici mesi dall'entrata in vigore dello stesso e successivamente, in modo periodico, secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti; comunque, prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.

legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di *universalità ed accessibilità del servizio*”¹⁰⁶. Tale delibera è insomma il documento in cui effettuare una concreta analisi di mercato in virtù della quale l’affidamento della gestione *in house* sia espressione di una precisa strategia gestionale¹⁰⁷.

Il legislatore ha inoltre previsto un regime transitorio per gli affidamenti non conformi che secondo la Corte Costituzionale è congruo e proporzionato all’entità ed agli effetti delle modifiche normative introdotte e, dunque, ragionevole. I margini temporali assicurano una concreta possibilità di attenuare le conseguenze economiche negative della cessazione anticipata della gestione e, pertanto, escludono la possibilità di invocare quell’incolpevole affidamento del gestore nella durata naturale del contratto di servizio che, solo, potrebbe determinare una possibile irragionevolezza della norma¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Tale delibera quadro evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l’equità all’interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

¹⁰⁷ L’articolo 3 del regolamento, che detta le norme generali applicabili agli affidamenti, stabilisce, al comma 2, il principio della partecipazione delle società a capitale interamente pubblico alle procedure competitive ad evidenza pubblica previste dall’articolo 23 *bis*, comma 2, lett. a), a condizione, però, che non vi siano particolari preclusioni imposte dal legislatore, cioè che non si tratti di società strumentali del tipo, ad esempio, di quelle previste dall’articolo 13 del d.l. n. 223 del 2006.

¹⁰⁸ Corte Costituzionale, 17 novembre 2010 n. 325. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 prevede che: a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta “in house” cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell’ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011; b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011; c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio; d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e

L'ordinamento contempla quindi anche una soluzione *ibrida*, tra l'apertura al mercato e l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico, laddove consente, in linea sostanziale con l'orientamento comunitario¹⁰⁹, all'ente locale di conferire la titolarità del servizio a società miste nelle quali però il socio privato venga scelto con procedura ad evidenza pubblica.

Si tratta del cosiddetto modello *in house spurio*¹¹⁰, avallato anche dalla Corte costituzionale¹¹¹, e sul quale si erano formati due diversi orientamenti

operatori industriali, ad una quota non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2012; ove siffatta condizione non si verifichi, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2012; e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi precedenti cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Il regolamento di attuazione ha chiarito che la scadenza del 31 dicembre 2010 non è perentoria purchè entro quella data la società a capitale interamente pubblico cambi veste. In altri termini, dovrà essere messa sul mercato una quota non inferiore al 40% del proprio capitale e la scelta del partner privato dovrà avvenire con una gara che consenta anche l'individuazione dei compiti operativi di quest'ultimo. Qualora ciò accada, l'affidamento potrà cessare alla sua scadenza naturale. Il calendario è identico per quanto riguarda le società miste. In questo caso, la scadenza è del 31 dicembre 2010 nell'ipotesi in cui il partner privato non sia stato scelto con gara. Il termine viene differito al 31 dicembre 2011 nell'ipotesi in cui il partner privato sia stato selezionato con gara ma non siano stati definiti i compiti operativi al momento della gara. La scadenza naturale del contratto, infine, è prevista soltanto per quei moduli societari misti in cui il partner privato sia stato selezionato con procedura di evidenza pubblica con contestuale definizione dei propri compiti e funzioni. Per quanto concerne gli affidamenti diretti a società controllate quotate in borsa, la scadenza naturale del contratto è possibile solo nel caso in cui la quota pubblica scenda sotto il 40% entro il 30 giugno 2013 e sotto il 30% entro il 31 dicembre 2015. A nostro avviso entro le date indicate la vendita della quota pubblica deve essere avviata e non necessariamente conclusa.

¹⁰⁹ L'Unione europea, che fino ad alcuni anni fa era sostanzialmente contraria alla commistione delle due fasi, si è poi mostrata favorevole al modello della *società a capitale misto*, purchè strumentale allo *specifico servizio* oggetto di affidamento, individuato con sufficiente precisione in modo da assicurare una trasparente selezione concorrenziale del partner privato (Comunicazione interpretativa della Commissione CE del 12-4-2008, § 2.2.; Corte di Giustizia Europea, sentenza del 15-10-2009, resa nella causa n. C-196/08 che ha risolto la pregiudiziale comunitaria sollevata nel 2007 dal TAR Sicilia - sez. Catania nel senso della legittimità dell'affidamento diretto, in regime di concessione, di un servizio pubblico in favore di una società a capitale misto *costituita specificamente per tale fine e con oggetto sociale esclusivo*, nella quale il socio privato sia selezionato con procedura di evidenza pubblica, "*previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere*", quand'anche sia prevista l'esecuzione preventiva di determinati lavori).

¹¹⁰ Anche il Codice dei contratti pubblici (artt. 1, comma 2, e 32, comma 1, lett. c, e comma 3 d.lgs. n. 163/2006), nel ribadire il principio della scelta del partner privato mediante procedura di evidenza pubblica, ha confermato la legittimità del modello della società mista per la realizzazione o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, "*quando le norme vigenti lo consentono*".

¹¹¹ La Corte ha sancito che il testo dell'art. 23-bis, è conforme alla normativa comunitaria, nella parte in cui consente l'affidamento diretto della gestione del servizio, in via ordinaria, ad una società mista, alla doppia condizione che la scelta del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e che a tale socio siano attribuiti specifici compiti operativi

sullo sfondo di un principio ormai generale ovvero quello della necessità dell'evidenza pubblica nella selezione del socio o dei soci privati a prescindere dalla misura partecipativa¹¹² e dal tipo di attività svolta¹¹³. Secondo un primo orientamento la gara per la selezione del socio non assorbirebbe la procedura per l'affidamento del servizio, in quanto le due gare hanno presupposti e fini diversi¹¹⁴, viceversa secondo altra impostazione la procedura di selezione del socio renderebbe non necessaria la gara a valle per l'affidamento del servizio¹¹⁵.

Sulla questione è intervenuto il Consiglio di Stato che, in adunanza plenaria, ha affermato che l'affidamento diretto di servizi pubblici è strumento eccezionale¹¹⁶. E' ammissibile in buona sostanza l'affidamento ad

connessi alla gestione del servizio (cosiddetta gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto: scelta del socio e attribuzione degli specifici compiti operativi). La stessa nuova formulazione dell'art. 23-bis si discosta, però, dal diritto comunitario nella parte in cui pone l'ulteriore condizione, al fine del suddetto affidamento diretto, che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento. Tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria (Corte Costituzionale 17 novembre 2010 n. 325).

¹¹² La norma di cui all'art. 113, comma 5, prevede che l'erogazione dei servizi pubblici locali avviene, secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa comunitaria, conferendo la titolarità del servizio a società di capitali, individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica secondo quanto disposto dalla normativa di cui al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 e s.m.i., tenendo conto delle disposizioni contenute nella Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE; oppure affidando direttamente i *servizi pubblici locali a società a capitale misto pubblico e privato, il cui socio privato sia scelto con gara pubblica*. In tema cfr. Trib. Salerno, 27 marzo 2007, con commento di GAETA, *Società miste e scelta del partner privato di minoranza*, in *Società*, 2007, 977, e prima del Tuel, Consiglio di Stato, sezione V, 19 febbraio 1998, n. 192; Tar Lombardia, sezione III, 10 agosto 2000, n. 5224; Tar Toscana, sezione II, 3 febbraio 1999, n. 188; Tar Lazio, sezione II, 22 ottobre 1998, n. 1693; Tar Campania, 18 settembre 1998, n. 2922). Corte conti, sez. Campania, 27 dicembre 2007 n. 4174

¹¹³ Consiglio di Stato, Sez. V, 4 marzo 2008 n. 889; Corte dei conti, sez. giurisd. per la Regione Campania, 27/12/2007 n. 4174

¹¹⁴ PALMIERI, *Le società miste nella gestione dei servizi pubblici locali all'indomani del d.lgs. n. 267 del 2000: tra efficienza e concorrenzialità*, in *Comuni d'Italia*, 2001, 1002; CENTONE, *Le Società miste: profili di diritto societario*, in *Nuove leggi civ.*, 2003, 44. Cfr. anche Corte di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589.

¹¹⁵ Peraltro secondo l'art. 27, del Codice degli appalti, l'affidamento dei contratti pubblici esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice avviene comunque nel rispetto dei principi di economicità, efficacia ed imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. Perciò, con applicazione di regole procedurali assai simili a quella della piena evidenza pubblica.

¹¹⁶ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008 n. 1 (su rimessione di Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587 ; nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e prima

una società mista, a condizione che detta società sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore della pubblica amministrazione che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri *non soltanto alla scelta del socio privato*, ma anche - mediante la definizione dello specifico servizio da svolgere in partenariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa - allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara. In altri termini, laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, appare legittimo configurare un modello organizzativo in cui ricorrano, quantomeno, due condizioni: una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio o di fasi dello stesso; un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il partner privato divenga *socio stabile* della società mista, prevedendo che sin dagli atti di gara per la selezione siano chiarite le modalità per l'uscita del socio (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

Il regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis*, in linea con questo approccio e recependo i principi codificati dalla corposa elaborazione giurisprudenziale, prevede espressamente che il bando di gara assicuri che: i criteri di valutazione delle offerte, basati su qualità e corrispettivo del servizio, prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifichi, si proceda a un nuovo affidamento; siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione (comma 4 dell'art. 3).

TAR Valle d'Aosta, 13 dicembre 2007 n. 163; TAR Sicilia, 5 novembre 2007 n. 2511; TAR Piemonte, 4 giugno 2007 n. 2539; TAR Calabria, Catanzaro, 15 febbraio 2007 n. 76 e dopo TAR Campania, Napoli, Sez. I, 28 luglio 2008 n. 9468). Il supremo consesso ha evidenziato in particolare che il modello di società mista elaborato, in sede consultiva, con il parere n. 456 delle 2007, rappresenta solo una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione di tali società e all'affidamento del servizio alle stesse, anche se, in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non può allo stato essere elaborata una soluzione univoca o un modello definitivo di società mista. In ogni caso, il modello di società costruito con il citato parere non è rinvenibile allorchè il socio non venga scelto mediante procedura a evidenza pubblica nella quale la gestione del servizio *sia stata definita e precisata*.

6. La gestione delle altre attività

Passando ai servizi *privi di rilevanza economica* il legislatore aveva *ristrutturato* il ricorso al modello societario con il superamento della società mista e la riconduzione esclusiva alla forma della società interamente pubblica, con controllo effettivo di tutti gli enti locali partecipanti. Tuttavia la Corte costituzionale con la sentenza n. 272, del 27 luglio 2004¹¹⁷, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art.113 *bis* lasciando il settore

¹¹⁷ Pronunciandosi su un ricorso presentato dalla Regione Toscana, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina dei servizi pubblici locali, procedendo preliminarmente all'esame complessivo dell'ordinamento positivo in materia di servizi pubblici locali tanto a rilevanza economica, che di quelli privi di tale rilevanza, e così argomentando: *a*) la disciplina di cui agli artt.113 e 113-bis non appare riferibile né alla competenza legislativa statale in tema di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione), giacché riguarda precipuamente *servizi di rilevanza economica* e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali, né a quella in tema di "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (art. 117, secondo comma, lettera *p*), giacché la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale; viceversa, in relazione ai caratteri funzionali e strutturali della regolazione prevista, la medesima disciplina può essere agevolmente ricondotta nell'ambito della materia "tutela della concorrenza", riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera *e*), della Costituzione, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (la configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato); *b*) l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica"; solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali; si tratta infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, "trasversale" (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è dunque evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato; *c*) l'inderogabilità della disciplina della tutela della concorrenza da parte di norme regionali è però riferibile ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'art. 113 *bis*; il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale; *d*) la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare *a priori* un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica", essendo rimesso, per costante giurisprudenza comunitaria, al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione; *e*) la disciplina dei servizi locali privi di "rilevanza economica", così qualificati in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ed ai destinatari, è rimessa alla fonte regionale ed anche locale.

apparentemente privo di una propria disciplina positiva¹¹⁸.

In realtà nonostante l'intervento demolitorio della Corte conservano la loro efficacia gli artt. 30, 31, 32 e 114 del Tuel, che disciplinano rispettivamente, le convenzioni ed i consorzi, le unioni di comuni, le istituzioni e le aziende speciali. Rimarrebbe senza una specifica norma di riferimento la possibilità di gestire i servizi privi di rilievo economico a mezzo società ovvero a mezzo associazioni o fondazioni (partecipative), così come l'affidamento a terzi e la gestione in economia. Fermo restando quanto previsto dalla legislazione speciale¹¹⁹ e dalle discipline di settore (ad esempio in materia socio-assistenziale, culturale e sportiva)¹²⁰, non può certo sfuggire il fatto che l'ente pubblico, oltre a conservare una propria capacità *jure privatorum*, ha anche la facoltà, riconosciuta dall'art.114 della Costituzione, di organizzare, in modo autonomo, l'esercizio delle proprie funzioni.

Del resto già prima della legge 142 del 1990 veniva, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, pacificamente ammessa la possibilità per l'ente, in funzione del miglior perseguimento dell'interesse pubblico, di costituire o partecipare a società di capitali, pur in assenza di una puntuale previsione di diritto positivo. L'ente locale ben potrà quindi continuare a gestire i servizi privi di rilievo economico, a mezzo di società di capitali, ovvero costituendo

¹¹⁸ L'art. 113 *bis* prevedeva che in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non fosse opportuno procedere diversamente; a mezzo di istituzione; a mezzo di azienda speciale, anche consortile; a mezzo di associazione o fondazione, costituita o partecipata dall'ente locale medesimo, limitatamente ai servizi culturali e del tempo libero; ed infine soprattutto mediante il modello dell'affidamento a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. Con riferimento ai servizi privi di rilevanza economica, la norma, oltre ad escludere la possibilità di affidamento a terzi, escludeva, fatto salvo il disposto di cui all'art.116, anche la possibilità di affidarne la gestione a società miste.

¹¹⁹ Cfr. in particolare l'art. 29 della legge 28 dicembre 2001 n.448 comma 1, lett. b) secondo cui le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e quindi gli enti locali sono autorizzati anche in deroga alle vigenti disposizioni, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione, a costituire, soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza in forma diretta.

¹²⁰ Il riferimento è in particolare alla legge 328 del 2000 in materia di riorganizzazione dei servizi socio-assistenziali (si tratta delle c.d. «aziende sociali». Laddove i servizi sociali vengono gestiti in forma associata, come ad esempio per l'attuazione dei Piani di zona previsti dalla legge di riforma dei servizi sociali, ben potranno gli enti locali, costituire allo scopo una società consortile), al Codice dei beni culturali e del paesaggio, approvato con il decreto legislativo n.42/2004, e all'art.90 della legge n.289/2002 per la gestione degli impianti sportivi (che prevede la possibilità, per gli enti locali, di affidare la gestione degli impianti di proprietà comunale alle associazioni sportive presenti sul territorio, anche se non partecipate dall'ente).

allo scopo fondazioni e/o associazioni, ciò nell'ambito della propria capacità di diritto privato, che seppure funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, ogni amministrazione pubblica possiede. Infine anche la gestione in economia, in considerazione del potere di auto-organizzazione tipico delle autonomie locali non può certo ritenersi superata.

Il quadro potrebbe mutare qualora la singola Regione, avendone per espressa affermazione della Corte Costituzionale, facoltà, approvi, nell'ambito della competenza legislativa residuale generale riconosciuta, una legge di riordino dell'intera materia dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica; definendo di tal guisa gli strumenti a disposizione degli enti, singoli o associati, per la relativa gestione.

Inoltre l'art.116 Tuel, consente agli enti locali, per l'esercizio di servizi pubblici privi di rilevanza economica e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali altrui, di costituire apposite *società* senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria anche in deroga a disposizioni di legge specifiche¹²¹.

7. Le c.d. società “in house”

Nonostante gli interventi normativi delineati, allo stato, il modello organizzativo più diffuso resta la società partecipata dall'ente pubblico titolare del servizio che viene affidato in via diretta in *house providing*, che tuttavia presenta una serie di peculiarità nell'ordinamento societario.

Questo modello gestorio, come noto, trova la propria origine normativa in una *rivisitazione strumentale* fatta dal legislatore della giurisprudenza comunitaria, che in particolare nella famosa sentenza *Teckal* aveva escluso l'applicabilità delle norme sull'individuazione concorrenziale del concessionario qualora testualmente l'ente “eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e

¹²¹ Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato. La costituzione di società miste con la partecipazione non maggioritaria degli enti locali è disciplinata da apposito regolamento adottato ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 31 gennaio 1995, n. 26, convertito, con modificazioni dalla legge 29 marzo 1995, n. 95, e successive modifiche e integrazioni.

questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"¹²².

Si noti che si tratta, e non a caso, proprio delle medesime espressioni utilizzate dal nostro legislatore.

Dell'applicabilità alle società del modello c.d. *Teckal* riguardante un soggetto giuridico del tutto diverso (e cioè un consorzio tra comuni), si era giustamente dubitato. In particolare, si era osservato che ben difficilmente potrebbero riscontrarsi tali presupposti nei confronti di società di capitali che gestiscano servizi pubblici locali. Il ministero dell'Ambiente, in tema di servizio idrico integrato, aveva già correttamente rilevato che «l'eventuale controllo può avvenire solo *secondo modalità previste dal diritto societario* e non certo secondo rapporti gerarchici o strumentali di carattere pubblicistico»¹²³.

D'altra parte, la società si distingue dall'azienda speciale e dal consorzio proprio per l'estraneità e l'autonomia (perfetta sul piano patrimoniale) rispetto all'apparato amministrativo dell'ente locale, di cui non è certamente organismo strumentale¹²⁴. L'affidamento *in house* esige un rapporto di delegazione interorganica¹²⁵ che da un punto di vista civilistico è assolutamente improponibile tra una società di capitali ed il suo socio, tra i quali v'è comunque il diaframma della personalità giuridica¹²⁶.

Secondo l'orientamento più volte espresso dalla Corte di Giustizia, la normativa comunitaria sui pubblici appalti, non trova applicazione quando tra le due figure interessate (amministrazione aggiudicatrice e aggiudicatario) non si è in presenza di un vero e proprio rapporto contrattuale, come nel caso

¹²² Corte di Giustizia 18 novembre 1999, in causa C-107/98 TECKAL s.r.l. contro Comune di Aviano. In modo più o meno conforme: Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, BHI HOLDING contro G. ARNHEM e G. RHEDEN; Corte di Giustizia, 09 settembre 1999, RLSAN s.r.l. contro Comune di Ischia; Corte di Giustizia, 15 giugno 2000, ARGE Gewasserschutz contro Bundersministerium fur Land und Forstwirtschaft.

¹²³ Circolare del Ministro dell'Ambiente 17 ottobre del 2001 n. 11559/B01.

¹²⁴ Cons. Stato, 3 settembre 2001 n. 4586 (al riguardo PITTALIS, *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in www.giust.it).

¹²⁵ Escluso anche dal Ministro per le Politiche Comunitarie (Circolare 1 marzo 2002 n. 3944, in G.U.R.I. n. 102/02 – Serie generale, e 19 ottobre 2001 n. 12727, in G.U.R.I. n. 264/01 – Serie generale. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle Politiche Comunitarie, Circolare 12727 del 19 Ottobre 2001).

¹²⁶ Anche sul piano processuale il Consiglio di Stato, ha affermato che le società controllate o collegate hanno un'autonoma soggettività giuridica e possono assumere la posizione di controinteressate necessarie dinanzi al giudice amministrativo. (Sez. V, 26 gennaio 2007 n. 278). E non a caso ad esempio l'Agenzia delle entrate, sul piano tributario, ha affermato che le prestazioni di servizio rese da una società *in house* all'ente locale, dietro pagamento di un corrispettivo, sono da assoggettare ad IVA (Direzione centrale normativa e contenzioso, 8 marzo 2007 n. 37).

di *delegazione interorganica*, la quale esclude tra essi la terzietà e consente l'applicazione dell'istituto dell'affidamento diretto¹²⁷.

Nel nostro ordinamento la delegazione interorganica, quale istituto riconducibile, nell'ambito pubblicistico, ai sistemi di c.d. *esecuzione indiretta*, comporta il trasferimento da un soggetto all'altro di competenze, funzioni e poteri, con la conseguenza che il delegante si spoglia di proprie attribuzioni a favore del delegato, il quale a sua volta, agisce solo nell'interesse e per conto di quest'ultimo, acquisendo legittimazione attiva e passiva e diventando direttamente responsabile nei confronti dei terzi degli atti di esecuzione della delegazione.

I requisiti necessari, per potersi affermare la presenza di un tale nesso, sono frutto della elaborazione giurisprudenziale comunitaria, la quale ha individuato tali parametri nella dipendenza amministrativa (intesa sia come organizzativa che gestionale) tra una amministrazione aggiudicatrice e un società pubblica, e la diversa attribuzione dei compiti tra amministrazione e soggetto gestore, seppure in modo che quest'ultimo realizzi la parte prevalente della propria attività in favore dell'Ente controllante.

Quanto alla dipendenza, tale giurisprudenza ha escluso che la forma societaria del soggetto sia un elemento determinante per l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica. In altre parole se il soggetto gestore è una società di capitali (società per azioni o a responsabilità limitata) non per questo si può escludere che sia parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. Quello che occorre accertare in concreto è l'effettivo controllo che la Amministrazione pubblica esercita sulla società partecipata. Quanto alla diversa attribuzione di compiti tra l'Ente locale e la società aggiudicataria, va verificato che essa realizzi la parte prevalente della propria attività in favore

¹²⁷ La Corte di giustizia europea, Sez. I, 11 gennaio 2005 n. C-26/03 ha ribadito che un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici. La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Pertanto, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

del proprio controllante ¹²⁸.

L'orientamento trova la sua *ratio* nel fatto che, rispetto ad un soggetto controllato che svolga la sua prevalente attività in favore del soggetto controllore, non sono ravvisabili situazioni di pregiudizio per la parità di trattamento degli altri operatori economici e per il rispetto delle regole di concorrenza. Tale deroga non riguarderebbe solo le articolazioni interne delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali sarebbero prive di soggettività separata, ma anche qualsiasi soggetto giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, purché sussistano le predette condizioni. In altre parole, il rapporto tra la società appaltatrice e l'Amministrazione si deve sostanziare in una relazione di *subordinazione gerarchica* tale da concretizzare uno stretto controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico sulla società. La *gerarchia* si caratterizza per il potere di direzione, per il quale l'organo sovraordinato impartisce direttive e indirizzi, ossia indica gli obiettivi da raggiungere lasciando libertà di azione all'organo sottostante circa le modalità di perseguimento degli stessi; il potere di sostituzione, che sussiste soltanto laddove espressamente previsto dalla legge; i poteri di controllo, che sussistono nella stessa forma di cui al modello di gerarchia in senso stretto ¹²⁹.

La sussistenza del rapporto di connessione e subordinazione *interorganica* intercorrente tra l'ente e la società da esso costituita, trova fondamento normativo nell'articolo 42 del D. lgs. 267 del 2000, per cui spetta al Consiglio comunale la “... *partecipazione dell'ente locale a società di capitali* ...”, nonché la “*nomina dei rappresentanti del Consiglio presso enti, aziende ed istituzioni ad esso espressamente riservata dalla legge*”.

Da un rapporto del genere, intercorrente tra l'Ente e la società da esso controllata *in toto*, deriva la considerazione di entrambi i soggetti come parti di un'unica struttura amministrativa, e scaturisce la configurazione dell'affidamento in parola alla stregua di un'ordinaria ripartizione di funzioni e servizi all'interno del medesimo sistema amministrativo (affidamento “*in house*”). Da tale qualificazione del rapporto discende che l'attività svolta dalla società affidataria “*in house*” è, in linea di principio, esclusiva, ossia precluderebbe alla medesima società la partecipazione a procedure di gara per l'aggiudicazione di ulteriori appalti da parte di soggetti aggiudicatori

¹²⁸ Cons. Stato, 18 settembre 2003, n. 5316.

¹²⁹ Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie, 1 marzo 2002, n. 3944. L'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, con deliberazione 25 giugno 2003, n. 175, ha ammesso la deroga esclusivamente all'attività posta in essere da soggetti, necessariamente di composizione mista, quindi che prevedono la partecipazione del capitale da parte di privati.

diversi da quello di riferimento.

In ogni caso quando la società, in un modo o nell'altro, viene trattata a guisa di organo dell'ente, come la stessa Corte di Giustizia U.E.¹³⁰ ha ritenuto possibile in recenti statuizioni, evidentemente ci saranno delle conseguenze gravi sul piano dell'applicazione delle regole societarie che ne disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento, come vedremo nell'ultima parte della nostra analisi.

Gli *escamotage* normativi cercati dal legislatore rivelano la loro oggettiva debolezza da due diversi punti di vista: quello pubblicistico in quanto la società, specie quella per azioni, non può mai per sua natura essere idonea alla configurazione di quel controllo analogo che la legge richiede, se non come vedremo attraverso strumenti contrattuali; e quello privatistico in quanto la configurazione della fattispecie, laddove possibile, produce l'effetto di per sé del c.d. abuso del dominio¹³¹, ovvero della responsabilità da eterodirezione in violazione dei criteri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

Il tutto è reso ancora più complesso ed artificioso nel caso in cui gli enti pubblici soci siano più d'uno, considerato che si è ritenuto ammissibile anche in questo caso l'esercizio congiunto del controllo analogo¹³², evidentemente

¹³⁰ In particolare la Corte ha statuito che “Le direttive del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, e 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, non ostano ad un regime giuridico quale quello di cui gode la Transformación Agraria SA, che le consente, in quanto impresa pubblica operante in qualità di strumento esecutivo interno e servizio tecnico di diverse amministrazioni pubbliche, di realizzare operazioni senza essere assoggettata al regime previsto dalle direttive in parola, dal momento che, da un lato, le amministrazioni pubbliche interessate esercitano su tale impresa un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e che, dall'altro, la detta impresa realizza la parte più importante della sua attività con le amministrazioni di cui trattasi” (Corte di giustizia europea, Sez. II, 19 aprile 2007 n. C-295/05).

¹³¹ Sugli effetti del c.d. *dominio abusivo*, mi permetto di rinviare a FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007, 419 s.

¹³² Si è affermato in giurisprudenza che nel caso di affidamento in house, conseguente alla istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo il requisito del controllo analogo essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente. Occorrerebbe, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione della società di capitali affidataria in house non abbia rilevanti poteri gestionali, e che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci

in virtù di patti parasociali.

8. Lo sbarramento giurisprudenziale comunitario e nazionale

La Corte di Giustizia UE è intervenuta ripetutamente sui problemi in esame ed in linea con quanto già stabilito nelle sentenze *Stadt Halle* e *Parking Brixen*¹³³, afferma ormai che le due condizioni del “controllo analogo” e della “parte più importante della propria attività” devono essere interpretate *in modo restrittivo*, mentre l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su chi intenda avvalersene.

La Corte riconduce la nozione di “controllo” nell’alveo dell’esercizio da parte dell’ente affidante di un’influenza determinante sia *sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti delle società partecipate*¹³⁴, avendo cura di precisare che la detenzione in mano pubblica dell’intero capitale sociale dell’affidataria non è elemento sufficiente e decisivo ai fini della sussistenza del requisito in parola. I giudici escludono la sussistenza del “controllo analogo” in ragione oltre che dell’ampiezza dei poteri attribuiti al Consiglio di Amministrazione della società anche dell’assenza di specifiche riserve a favore dell’ente. In sostanza, il controllo pubblico, proprio perché circoscritto all’esercizio dei semplici poteri riconosciuti dal diritto societario ai soci di maggioranza, senza alcuna previsione aggiuntiva a beneficio della pubblica amministrazione, non garantisce al soggetto affidante alcuna influenza decisiva *sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti dell’affidataria*, anche in ragione di una vigilanza esercitata su quest’ultima

pubblici) eserciti(no), pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della *governance* rispetto alla maggioranza azionaria, sicché risulta indispensabile, che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell’ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (Consiglio di Stato, Sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092).

¹³³ Decisione C.G.E. dell’11 Gennaio 2005 (cd. sentenza *Stadt Halle*); decisione C.G.E. del 13 Ottobre 2005 (cd. sentenza *Parking Brixen GmbH*).

¹³⁴ Uno degli interventi più rilevanti in materia di affidamento *in house* da parte di enti pubblici italiani è contenuto nella sentenza *Agesp* dell’11 maggio 2006, C- n. 340/04 (in cui i giudici comunitari hanno avuto modo di affrontare una controversia riguardante la fornitura di combustibili e la manutenzione degli impianti termici a favore del Comune di Busto Arsizio disciplinata attraverso la stipula di contratti, qualificati come appalti di fornitura, aggiudicati, senza gara, alla società *Agesp S.p.a.* in ragione del controllo esercitato sul soggetto affidatario dal Comune mediante l’*Agesp holding S.p.a.*, società a capitale interamente pubblico. Nello stesso senso Corte di giustizia europea, Sez. II, 17/7/2008 n. C-371/05 (c.d. sentenza *Asi*)

mediante una *holding* pubblica¹³⁵.

Quanto alla definizione dell'altro requisito richiesto dalla giurisprudenza comunitaria perché sia possibile l'affidamento diretto del servizio, vale a dire “lo svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente controllante”, il ragionamento compiuto dalla Corte muove dall'esigenza di tutelare il libero gioco della concorrenza¹³⁶. Ogni altra diversa attività da quella principale, svolta dalla affidataria, deve essere considerata assolutamente marginale. A tal proposito, la Corte di Giustizia evidenzia come il vincolo funzionale che lega l'affidataria all'amministrazione aggiudicatrice, in un certo senso, imponga all'impresa di svolgere la propria attività all'interno del territorio del soggetto pubblico, pur non considerando l'*extra-territorialità* elemento decisivo ai fini della verifica

¹³⁵ Il 6 aprile 2006 i giudici comunitari sono ritornati sul tema (sentenza C-410/04). L'occasione è stata fornita dall'esame di una controversia sottoposta al loro vaglio dal TAR Puglia, sezione di Bari, ed ha investito il caso di un affidamento, senza gara, compiuto dal Comune di Bari del servizio di trasporto pubblico - da garantirsi all'interno del territorio comunale - ad una S.p.a. controllata interamente dall'ente locale affidante. I giudici comunitari, dunque, operano un chiaro richiamo ai concetti di “controllo analogo” e di “parte più importante della propria attività” svolta dal soggetto affidatario, concetti già conosciuti all'epoca della sentenza “Teckal” per giustificare l'astratta compatibilità con il dettato comunitario di una norma di uno Stato membro che non preveda alcuna procedura selettiva per l'affidamento di un servizio pubblico. In particolare affermano innanzitutto che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano a una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene. Qualora, peraltro, il capitale della società fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 48). La partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude, infatti, che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau). Quindi, se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione “interna” di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene (sentenza Coname).

¹³⁶ In realtà il legislatore italiano è andato oltre con il comma 9 dell'art. 23 bis del d.l. 112 del 2008, sancendo come visto, che fatte salve le società quotate i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

della sussistenza del “controllo analogo”¹³⁷.

Nella stessa linea di pensiero si è ormai collocata anche la nostra giurisprudenza amministrativa e contabile¹³⁸.

In particolare il Consiglio di Stato ha rinvenuto i germi della contaminazione della libera concorrenza nella circostanza che lo statuto di società affidatarie *in house* preveda la possibilità che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere ceduta a terzi¹³⁹. A questo si

¹³⁷ La giurisprudenza amministrativa ha affermato che le società a partecipazione dell'ente pubblico locale, pur legittimate in via di principio a svolgere la propria attività anche al di fuori del territorio del comune dal quale sono state costituite, in quanto munite dal legislatore di capacità imprenditoriale sono pur sempre tenute, per il vincolo genetico-funzionale che le lega all'ente di origine, a perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità locale di emanazione. Tale vincolo funzionale implicitamente imposto alle imprese miste va confrontato con l'impegno extraterritoriale richiesto in concreto e inibisce tale attività quando diventino rilevanti le risorse e i mezzi eventualmente distolti dall'attività riferibile alla collettività di riferimento senza apprezzabili utilità per queste ultime. Si tratta, in definitiva, di verificare che l'impegno da assumere non comporti una distrazione di mezzi e risorse tali da arrecare pregiudizio alla predetta collettività, in sostanza la necessità di una concreta verifica intesa ad accertare se l'impegno extraterritoriale eventualmente non distolga, e in caso positivo in che rilevanza, risorse e mezzi, senza apprezzabili ritorni di utilità (anch'essi da valutarsi in relazione all'impegno profuso e agli eventuali rischi finanziari) per la collettività di riferimento. Tale verifica non può che ritenersi rimessa alle commissioni giudicatrici delle gare quando a queste chiedano di partecipare società miste. La capacità, in termini di mezzi tecnici e finanziari, della società mista ad assumere, in aggiunta a quelle derivanti dal servizio svolto per l'ente di riferimento, anche il servizio oggetto della specifica gara alla quale chiede di partecipare, attiene alla legittimazione della società a partecipare alla gara ed assume quindi la valenza di un requisito soggettivo che, in quanto tale, deve essere assoggettato a verifica come avviene per altri requisiti soggettivi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008 n. 4080; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 9 maggio 2008 n. 1552).

¹³⁸ Cfr. Corte conti, sez. regionale di controllo per la Regione Sicilia, Delibera n. 14, 2 aprile 2008 in sede di controllo di legittimità su atti - Ricusazione del visto e conseguente registrazione del D.D.G. n. 1189 del 19 dicembre 2007 del Dipartimento Regionale Urbanistica della Regione siciliana, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹³⁹ Si tratta in particolare della sentenza del Consiglio di Stato, V Sezione, n. 4440 del 13 luglio 2006 sull'affidamento del servizio di gestione di alcuni parcheggi a pagamento disposto dal Comune di Bolzano a favore della SEAB S.p.a., società a capitale interamente pubblico. Nello stesso senso è la successiva sentenza del 30 agosto 2006 n. 5072, che sancisce che è illegittimo l'affidamento diretto da parte di un ente locale ad una società a capitale pubblico maggioritario dei servizi pubblici di gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, consegna di pasti caldi a domicilio, lavanderia e stireria, nonché gestione del centro di aggregazione per anziani. I suddetti servizi pubblici possiedono rilevanza economica, poiché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale. Vero è che in base all'art. 113, c. 5 lett. c), Tuel, anche la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata senza gara a società a capitale interamente pubblico, ma ciò, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la

aggiunga che, sempre secondo i giudici del supremo Consesso amministrativo, i poteri attribuiti dal diritto societario alla maggioranza dei soci non sarebbero sufficienti a garantire all'ente un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, con la conseguenza che, ricorrendo entrambe le condizioni descritte, occorre che l'affidamento della gestione del servizio sia preceduta dallo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica.

Anche la giurisprudenza amministrativa regionale ha assunto la medesima posizione escludendo che una società sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte degli enti-azionisti, analogamente a quanto avrebbero potuto fare con un servizio gestito direttamente, nel caso in cui è previsto un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta dalla società ma solo attraverso l'assemblea ed il consiglio di amministrazione, mancando un "*potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato*" da parte degli enti nel loro complesso¹⁴⁰.

9. Controllo "analogo" e diritto delle società

Una lettura conforme ai principi nazionali e comunitari comporta l'inquadramento della società in *house providing* come *longa manus* dell'ente, una sua derivazione operativa, formalmente strutturata come società, ma sostanzialmente in tutto e per tutto dipendente dai soggetti pubblici proprietari del capitale, a guisa di un'azienda speciale. La verifica della sussistenza della *quasi immedesimazione tra società ed ente pubblico proprietario* dovrà avvenire caso per caso e tenere conto sia della specifica

controllano". Tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario (Cons. Stato, VI Sez., 25 gennaio 2005 n. 168, Corte Giust. CE. 18 novembre 1999, in causa C-107/98) e nel caso di specie, il controllo non ha queste caratteristiche in quanto gli amministratori, fintanto che sono in carica, gestiscono autonomamente le attività societarie senza che il Comune abbia alcun potere di intervento sui singoli atti gestionali.

¹⁴⁰ In tal senso tra le tante: TAR Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005 n. 986; TAR Lombardia, Sez. Brescia, 5 dicembre 2005 n. 1250; TAR Molise, 17 novembre 2005 n. 991; TAR Campania, 13 settembre 2006 n. 8055; TAR Puglia, Lecce, 8 novembre 2006 n. 5197; TAR Piemonte, Sez. II, 13 novembre 2006, n. 4164; TAR Lazio, 9 gennaio 2007 n. 72; TAR Friuli Venezia Giulia, 10 gennaio 2007 n. 13; TAR Sardegna 27 marzo 2007 n. 549; TAR Marche, 11 aprile 2007 n. 500; TAR Campania, 4 luglio 2007 n. 6479; TAR Lazio, 16 ottobre 2007 n. 9988; Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, 4 settembre 2007 n. 719; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 24 aprile 2008 n. 2533; TAR Sardegna, sez. I, 12 agosto 2008 n. 1721.

articolazione organizzativa e gestionale della società, sia della disciplina dei rapporti tra gli enti proprietari.

Ma questo è l'equivoco di fondo: per configurare il controllo analogo, è necessario uno strumento, di carattere societario, *parasociale o contrattuale*, diverso dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercita in assemblea, che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante. Non può certo bastare, come sancito dalla giurisprudenza, il potere di nomina degli organi perché questi saranno comunque autonomi nella gestione, salvo la possibilità di revocarli.

Peraltro la Corte di Giustizia U.E. pare essere uscita dall'equivoco quando afferma che le disposizioni nazionali non possono conferire agli Stati o agli enti pubblici la facoltà di esercitare un controllo sproporzionato nella gestione delle società per azioni da essi partecipate¹⁴¹. Quindi da un lato il controllo partecipativo totalitario è *condizione necessaria* (con tutti i relativi effetti *ex art. 2325, comma 2, c.c. e 2462, comma 2, c.c.*), dall'altro è *condizione insufficiente* a legittimare l'affidamento diretto dei servizi.

Infatti, sul piano del diritto societario, il controllo *analogo*, nel senso inteso ormai dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, non è possibile, a nostro avviso, nelle società per azioni sulla base delle regole civilistiche e neppure di patti parasociali, in quanto il tipo di società, almeno nel nostro ordinamento, impedisce per sua natura *un controllo invasivo* del socio sull'amministrazione di tal fatta¹⁴². In questa logica ci appare del tutto

¹⁴¹ La Corte in particolare ha affermato che l'art. 56 CE dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del c.c. italiano, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o in combinato con una disposizione (quale l'art. 4 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, in seguito a modifiche, nella legge 30 luglio 1994, n. 474, come modificata dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350), che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società (Corte Giust., Sez. I, 6 dicembre 2007, sulle cause riunite C-462/04 e C-464/04).

¹⁴² La giurisprudenza di merito ha affermato che sarebbe possibile in linea di principio l'adeguamento degli statuti delle società a capitale pubblico finalizzato a consentire un controllo da parte degli enti pubblici titolari del capitale sociale analogo a quello dai medesimi esercitato sui propri servizi se le modificazioni introdotte sono unicamente finalizzate a consentire agli enti pubblici soci, sia collettivamente che individualmente, un potere di controllo concreto circa l'organizzazione delle attività e le erogazioni dei servizi affidati alla società, come consentito dall'art. 2364 n. 5 c.c., rimanendo attribuiti al Consiglio di Amministrazione tutti i poteri di amministrazione e gestione della società, in conformità con la previsione dell'art. 2380 bis c.c., ed al Collegio Sindacale le prerogative di cui agli artt. 2403 e 2403 bis c.c. (Trib. Mantova 8 maggio 2007, in *ilcaso.it*, 2007). Tuttavia a nostro avviso questo controllo sarebbe insufficiente ad integrare il requisito della delegazione interorganica.

incompatibile la soluzione diffusamente praticata di istituire nello statuto “comitati di controllo analogo” od organismi del genere. E ciò a prescindere dalla legittimità nelle s.p.a. di patti che contemplino un potere invasivo diretto a togliere autonomia agli amministratori in violazione dei criteri di corretta gestione societaria.

In realtà la riforma del diritto delle società ha accentuato questa caratteristica inibendo agli azionisti, o meglio all’assemblea, qualsiasi forma di “intrusione” nell’attività gestoria. Il socio non può neppure monitorare la gestione, avendo solo il diritto di voto, di impugnare le delibere, e in caso di partecipazione qualificata, di chiedere la convocazione dell’assemblea, di denunciare eventuali sospetti di irregolarità al collegio sindacale e\o al tribunale.

Per la società per azioni non resta come eventuale “luogo” per l’esercizio del controllo che quello del *contratto di affidamento del servizio*, dove l’ente, azionista ed appaltante, può effettivamente imporre, in via parasociale¹⁴³, modalità, termini e condizioni così stringenti ed unilaterali, da generare la configurazione di un effettivo controllo analogo a quello effettuato sui propri servizi¹⁴⁴.

L’art. 2497 *sexies* c.c., sancisce che si presume la sussistenza di un’attività di direzione e coordinamento di società da parte della società o dell’ente tenuti al consolidamento dei bilanci (e non è il nostro caso) o che comunque, ai sensi dell’art. 2359 c.c.¹⁴⁵, le controlla disponendo «*della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria*», o «*di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria*» o che sono sotto la sua *influenza dominante* «...in virtù di *particolari vincoli contrattuali*»¹⁴⁶. Quest’ultima forma di *controllo c.d. esterno*, prevista

¹⁴³ Al riguardo l’art. 2341-bis c.c. contempla una disciplina dei patti parasociali, a cominciare dalla durata massima quinquennale, che si applica alle società per azioni e alle loro controllanti dirette o indirette, quindi pure se si tratta di enti pubblici che non rivestano la forma di s.p.a.

¹⁴⁴ In senso contrario TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 8 luglio 2008 n. 3273 che ritiene inidoneo, ma senza adeguata motivazione, il controllo contrattuale e necessario un controllo societario.

¹⁴⁵ Sulla natura e gli effetti delle presunzioni in esame cfr. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983 s.

¹⁴⁶ L’art. 2359 c.c. descrive ai nn. 1 e 2 del comma 1, le altre ipotesi di società controllate che, più precisamente, si individuano nelle «società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria» ed ancora nelle «società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria». Si possono così distinguere due forme di controllo: il controllo interno e quello esterno. «La prima forma di controllo consegue al possesso di partecipazioni azionarie e si ha quando una società ha la possibilità di influire sull’attività di un’altra società: a) perché titolare di azioni o quote di quest’ultima in misura tale (oltre il 50% del capitale sociale) da assicurarle la maggioranza

dall'art. 2359, n. 3, c.c., si identifica con un potere *effettivo* nei confronti della società, che prescinde dalle regole organizzative della stessa, di determinare l'attività dell'impresa controllata¹⁴⁷. Il *carattere esistenziale* del rapporto contrattuale configura in questo caso un'ingerenza nella gestione che si concretizza attraverso le decisioni degli organi della controllata. Il contratto peraltro non ha ad oggetto il controllo, *ma la produzione*. Il controllo non si realizza attraverso l'organizzazione societaria, ma attraverso *il risultato* dell'esercizio dell'attività economica, cioè la *produzione* (la gestione dei servizi) che la controllante indirizza mediante il rapporto contrattuale verso il proprio profitto. Si tratta infatti di fattispecie diversa da quella dei contratti costitutivi del diritto di esercitare un penetrante controllo gestionale sulla società¹⁴⁸, di tipo verticale¹⁴⁹ od orizzontale¹⁵⁰ (oggetto

richiesta per la deliberazione dell'assemblea ordinaria (controllo di diritto); ovvero b) perché, pur essendo in possesso di una partecipazione inferiore alla metà del capitale, è ugualmente in grado di svolgere un'influenza dominante sulla società partecipata, in quanto la partecipazione posseduta, a causa dell'assenteismo degli altri soci o per la frantumazione delle residue partecipazioni, risulta in concreto sufficiente al raggiungimento delle maggioranze assembleari (controllo di fatto o minoritario); ovvero ancora c) perché, sebbene non in possesso di partecipazioni societarie idonee ad influire in modo diretto sull'attività di altra società, questa è sotto l'influenza dominante di una terza società sulla quale la prima ha potere di indirizzo (controllo c.d. indiretto o mediato), che può essere a sua volta di diritto o di fatto». Il controllo mediato, espressamente previsto dalla norma, è quello attuato tramite le azioni o quote possedute da una controllata. DAL SOGLIO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, vol. III, 2302.

¹⁴⁷ LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995, 51 ss.

¹⁴⁸ Nell'ambito del terzo comma dell'art. 2359, con riferimento all'influenza notevole, rientrano anche i contratti contemplati dall'art. 26, comma 2, lett. A), d.lgs. n. 127 del 1991 (la relazione di accompagnamento precisava che nonostante l'ordinamento non ammette contratti di dominazione "si è ritenuto di poter prevedere l'ipotesi in considerazione dell'eventualità che il diritto applicabile ai rapporti con un'impresa figlia estera consenta la stipulazione di tale contratto").

¹⁴⁹ Non è questa la sede per poter affrontare il delicato tema dei contratti di dominazione (*Beherrschungsvertrag*) ed in particolare della loro legittimità nel nostro ordinamento (al riguardo cfr. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il Nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, 3, 2007, 799 s.). Peraltro l'esperienza pratica segnala come l'applicazione di tale figura nell'ordinamento tedesco sia stata sporadica al punto da far nettamente prevalere la parallela ipotesi del "gruppo di fatto qualificato" (*Faktischer qualifizierter Konzern*).

¹⁵⁰ Secondo un certo orientamento l'art. 2497 *septies*, c.c., ha come referente il gruppo paritetico (SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.) in linea con l'interpretazione proposta dalla Relazione illustrativa del d. lgs. n. 34 del 2004 e n. 310 del 2004 (*contra*: VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 874, secondo cui i contratti alla fonte dell'attività di direzione e coordinamento, proprio in virtù del contenuto precettivo dell'art. 2497 *septies*, c.c., non possono che essere contratti che riguardano gruppi gerarchici). Secondo altra interpretazione i contratti di dominio ivi contemplati potranno implicare l'obbligo della società sottoposta, e per essa dei suoi amministratori, di attenersi alle strategie imprenditoriali impartite da chi esercita la direzione, ma non fino al punto

dell'ulteriore presunzione prevista dall'art. 2497 *septies* c.c.).

Dal punto di vista invece del c.d. *controllo interno*, l'unico modello conforme al dettato del legislatore è il tipo della società a responsabilità limitata¹⁵¹, ammessa ormai da più di un decennio nella gestione dei servizi pubblici¹⁵², dove è concepibile un controllo di tipo *invasivo* ed anche *asimmetrico*¹⁵³. Si pensi innanzitutto al disposto dell'art. 2479, comma 1, c.c., il quale sancisce che «i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione». E di conseguenza, a norma dell'art. 2476, comma 7, c.c., «sono solidalmente responsabili con gli amministratori...i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi».

10. Gli effetti dell'eterodirezione

Il fenomeno del gruppo di società controllato da un ente pubblico, o addirittura da un'amministrazione dello Stato, è del tutto consueto nel nostro ordinamento, basti pensare addirittura all'esistenza in passato di un dicastero delle "partecipazioni statali" al vertice di una serie di *holding* settoriali (a

di escludere ogni autonomia di valutazione e di decisione (RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 541).

¹⁵¹ In questo senso anche OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 63 s.; DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, *ibidem*, 780 s.

¹⁵² IBBA, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 36 s.

¹⁵³ Come si è detto la Corte di giustizia con sentenza del 6 dicembre 2007, ha dichiarato la incompatibilità dell'art. 2449 c.c. con i principi comunitari (e prima lo aveva fatto per l'art. 2450 c.c., generando la sua abrogazione), ritenendo che la regola costituisca una deroga al diritto societario comune nella misura in cui quest'ultimo non prevede un'identica regola valida per tutti gli azionisti, consentendo agli azionisti pubblici di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla loro partecipazione al capitale. La Corte parte dall'assunto che non è prevista una identica deroga per tutti gli azionisti privati, ma non si avvede che simile deroga è invece consentita nelle s.r.l. in virtù del rafforzamento e dell'ampliamento del principio di autonomia statutaria ad opera della riforma societaria ove all'art. 2468, 3 comma cod. civ., si prevede che possono essere attribuiti diritti particolari del tutto sganciati dalla partecipazione al capitale. Ancora, la Corte non considera la categoria dei titolari di strumenti partecipativi i quali, pur non avendo la qualifica di soci, ai sensi dell'art. 2351, 5 comma c.c., in via extra assembleare possono nominare dei membri gestori. Viene così superato il principio organizzativo corporativo-capitalistico in tema di nomina di organi amministrativi.

cominciare da Iri, Eni, Efim etc.)¹⁵⁴. D'altra parte attività di dominio è di per sé lecita e configura *una situazione soggettiva attiva* di cui può, e talora deve, farsi uso¹⁵⁵: non contrasta con i principi inderogabili dell'ordinamento giuridico il fatto che il centro decisionale delle strategie venga posto al di fuori delle singole società controllate¹⁵⁶.

Ciò può valere a maggior ragione quando la società è a partecipazione pubblica ed il dominio può essere finalizzato ad evitare pregiudizi alla collettività. In questa stessa logica già vent'anni fa il legislatore, nell'ambito della disciplina dei gruppi bancari, aveva espressamente sancito che la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, *emana le direttive*, riconoscendo una vera e propria espressione di supremazia gerarchica meritevole di tutela¹⁵⁷. Anche in quel caso si trattava della tutela dell'interesse, di rilievo pubblicistico, alla stabilità del sistema bancario a seguito dell'evoluzione del modello del c.d. gruppo polifunzionale composto anche di società esercenti attività strumentali a quella bancaria e finanziaria, con conseguenti rischi di instabilità ed irregolarità, derivanti dal mancato assoggettamento alla vigilanza prudenziale delle stesse.

L'art. 2497, comma 1, c.c., sancisce che «Le società o *gli enti* ¹⁵⁸ che,

¹⁵⁴ Al riguardo cfr. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra nuove e vecchie tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999; PAVONE LA ROSA, *Partecipazioni statali e gruppi di imprese*, in *I gruppi di società*, Bologna 1982, 146 ss.

¹⁵⁵ Sul dovere di esercizio della direzione unitaria in particolare ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, 2000, 1098 s.; LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo*, in *Aa.Vv.*, *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, 1489; MARCHETTI, *Controllo e poteri della controllante*, *ibidem*, II, 1556 s.; FIMMANÒ, *I "Gruppi" nel convegno internazionale di studi per i quarant'anni della Rivista delle Società*, in *Riv. not.*, 1996, 522 s.

¹⁵⁶ Al riguardo BLATTI - MINUTOLI, *Il fallimento della holding personale tra nuovo diritto societario e riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 428.

¹⁵⁷ Nelle norme "per la ristrutturazione e per la disciplina dei gruppi bancari" (art. 25 d. lgs. n. 356 del 1990) e poi con il Testo unico bancario (art. 61 comma 4, del d.lgs n. 385 del 1993). Al riguardo COSTI, *Le relazioni di potere nell'ambito del gruppo bancario*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 885 s.

¹⁵⁸ La norma si riferisce evidentemente anche ad enti non societari quali associazioni, fondazioni ed appunto *enti pubblici* (in tal senso GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 2002, 1021; ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 216 s.; IBBA, *Società pubbliche cit.*, 7; PORTALE, *Fondazioni «bancarie» e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 28 s.). Invero nella prima versione dell'art. 2497, c.c., elaborata dalla Commissione di riforma del diritto societario (in *Riv. soc.*, 2002, 1346), era contemplata la responsabilità per "*chi*" esercitasse a "qualunque titolo" l'attività di direzione e coordinamento di società e, quindi, anche per la persona fisica. Nella versione definitiva, invece, la locuzione "*chi*" è scomparsa e si fa riferimento solo a "società o ente" in cui secondo una certa impostazione non potrebbe ricomprendersi la persona fisica (PATTI, *Sub art. 2497 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003, 243; BADINI CONFALONIERI – VENTURA, *Sub. art. 2497 c.c.*, *Il nuovo diritto societario. Commentario*

esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni

diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna-Roma, 2004, 2166 s.; BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario* a cura di BUONOCORE, Torino 2004, 200; al riguardo cfr. anche ANGELICI, *Il governo dei gruppi*, in *La riforma delle società commerciali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 135; JORIO, *I gruppi, la riforma delle società* a cura di S.Ambrosini, Milano 2003, 195, e sulla originaria formulazione ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto delle società fra società aperte e società private*, a cura di BENAZZO, PATRIARCA, PRESTI, Milano 2003, 247). Si è al contrario osservato che la gestazione dei lavori preparatori non assume di per sé carattere ermeneutico vincolante dato che la “volontà del legislatore” non ha valore precettivo a differenza della “volontà della legge”, ed inoltre che stando alla interpretazione letterale della norma, il concetto di “ente” assumerebbe, secondo la terminologia comune, il significato di “...qualsiasi essere reale o possibile...”. Significato che non verrebbe sovvertito dal tecnicismo legislativo visto che il nostro legislatore non utilizza mai, neanche nel primo libro del codice civile, il termine *ente* sicché ad esso non può essere attribuito valore tecnico diverso da quello corrente. Le persone fisiche sono “...enti naturali, corporali, dotati di intelletto...mentre le persone giuridiche sono enti creati dall'ordinamento giuridico...” a dimostrazione di come la tradizione civilistica attuerebbe una parificazione del concetto “ente” in termini di applicabilità identificativa, tanto alle persone fisiche che a quelle giuridiche (ESPOSITO, *La “categoria” dell'abuso “nella” personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 29 s.; nello stesso senso SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661). Invero, a nostro avviso, il sistema normativo di cui agli artt. 2497 ss., c.c., non esclude la persona fisica anche perché l'agente o gli agenti che attuano la condotta sono alla fine comunque persone fisiche, tant'è che il secondo comma dell'art. 2497, c.c., seppure a titolo ed in una logica diversa, sancisce che comunque “risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio”. La norma anche se non può semplicisticamente essere letta nella espressa applicazione alla persona fisica *holder*, anche perché parla di solidarietà, conferma che le persone giuridiche evidentemente non possono che agire attraverso le persone fisiche che diventano solidalmente responsabili. Tutto ciò non perché nell'espressione *ente* di cui agli artt. 2497 ss., c.c., debba necessariamente ricomprendersi anche l'entità persona fisica, ma perché il principio della responsabilità da dominio abusivo contenuto nel microsistema di cui agli artt. 2497 ss., riguarda innanzitutto la persona fisica. In buona sostanza mentre la responsabilità di una persona giuridica o di un soggetto di diritto, può essere anche (e spesso è) *oggettiva* (e non *indiretta* come taluno la qualifica), quella della persona fisica non può essere mai tale. Quindi il sistema di cui agli artt. 2497 ss., c.c., oltre a sancire un principio dell'ordinamento di responsabilità da abusivo dominio ha fatto in modo che la relativa condotta fosse ascrivibile, non solo come in passato all'agente persona fisica della controllante, ma anche all'ente giuridico. Consente in buona sostanza non l'imputazione degli atti, ma l'imputazione dell'attività di abusivo dominio, se del caso organizzata professionalmente, con tutte le conseguenze della fattispecie.

a ciò dirette».

Una parte della dottrina ha affermato che il riferimento alla *natura imprenditoriale* dell'interesse escluderebbe dall'applicazione della normativa i casi in cui l'ente agisca per finalità sociali o comunque pubbliche¹⁵⁹. L'impostazione non può essere condivisa in quanto la disciplina dettata dal legislatore è diretta a tutelare i creditori e i soci dai danni derivanti alla società controllata da direttive impartite nell'interesse *extrasociale* anche di terzi diversi dall'ente pubblico, ed è irrilevante la natura di tali interessi¹⁶⁰.

L'aggettivo *imprenditoriale* d'altra parte non è usato dalla legge nel senso di lucrativo, ma in quanto riferito ad attività d'impresa e non v'è dubbio che i servizi pubblici, a prescindere dall'*economicità o meno* del modello di gestione, costituiscono anche per l'ente un'attività d'impresa.

C'è da rilevare tuttavia che il decreto legge n. 78 del 1 luglio 2009,¹⁶¹ prevede all'art. 19 (rubricato «Società pubbliche»), commi da 6 a 13 (concernenti «Partecipazioni in società delle amministrazioni pubbliche»), talune modifiche alla disciplina delle società pubbliche e degli organi di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato.

In particolare, a fronte dei dubbi interpretativi sorti in relazione a quegli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento di società in ordine al perseguimento di un interesse imprenditoriale di gruppo (quale risultato complessivo dell'attività di dominio), il comma 6 dell'articolo citato fornisce un'interpretazione autentica dell'art. 2497, comma 1, c.c.

Al riguardo, la norma sancisce che «*per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*».

Il legislatore è intervenuto con una norma assai discutibile¹⁶²,

¹⁵⁹ CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1242; GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 849 s.

¹⁶⁰ In tal senso IBBA, *Società pubbliche cit.*, , 9 s.

¹⁶¹ Pubblicato in G.U. n. 150 del 1° luglio 2009, convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102 (pubb. in G.U. n. 179 del 4 agosto 2009), recante «Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali». Al riguardo ed in particolare sulla interpretazione autentica cfr. EBALLI, *Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica alla luce dell'intervento interpretativo fornito dal "Decreto Anticrisi"*, in *Nuovo dir. soc.*, n. 10, 2010, 44 s.

¹⁶² Giustamente critico CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. (art. 19, comma 6, D.L. n. 78/2009)*, in *Riv. dir.*

apparentemente generale, diretta invece ad un caso specifico e cioè alla vicenda della crisi Alitalia, svoltasi in modo tale da configurare una evidente responsabilità da abuso del dominio da parte del Ministero dell'Economia, esercitato in violazione dei criteri di corretta gestione societaria e imprenditoriale e nell'interesse proprio od altrui.

La norma, pur se volesse essere letta nel senso che l'«interesse imprenditoriale», quale criterio per individuare i soggetti attivi dell'attività di direzione e coordinamento di società, è riscontrabile in capo agli enti pubblici che esercitano, per il tramite di una o più società, l'attività di produzione di beni o servizi secondo un «criterio di obiettiva economicità», lascerebbe nell'area della responsabilità la maggior parte degli enti.

Difatti anche così inteso, l'interesse imprenditoriale si riscontra (oltre che negli enti pubblici economici) anche negli enti pubblici locali, le cui attività definibili «economiche» sono dirette a realizzare pubbliche finalità. Un simile interesse non è invece ravvisabile nei confronti dello Stato, in quanto portatore di un interesse «politico» attinente al governo dell'economia, nonché degli altri enti pubblici che agiscono secondo criteri di pura erogazione (c.d. enti pubblici di protezione sociale).

In particolare, tale interesse sicuramente è ravvisabile laddove l'ente locale partecipi in società che erogano servizi pubblici di rilevanza economica (ex art. 113, comma 5, Tuel), quali i servizi di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, il servizio idrico integrato, lo spazzamento delle strade comunali, la gestione della raccolta di rifiuti solidi urbani, il trasporto pubblico effettuato in favore dei cittadini e la gestione dei parcheggi comunali.

Al contrario, tale interesse potrebbe non ravvisarsi qualora l'ente partecipi in società che erogano servizi pubblici privi di rilevanza economica, quali i servizi assistenziali, sociali e culturali. In maniera sostanzialmente analoga, si è affermato che nell'ambito di applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. dovrebbero rientrare, tenuto conto dell'interpretazione autentica fornita dal Decreto anti-crisi, gli enti pubblici territoriali detentori di partecipazioni in società che erogano servizi rivolti al pubblico in regime di concorrenza (c.d. *società mercato ex art. 23 bis*, legge n. 133/2008), mentre resterebbero esclusi gli enti pubblici territoriali che detengono partecipazioni in società esercenti attività amministrativa strumentale a favore degli enti medesimi (c.d. *società semi-amministrazioni ex art. 13*, legge n. 248/2006)

civ., 2010, 343 ss. (che, seppure da premesse diverse, evidenzia in modo articolato e convincente l'erroneità dell'approccio del legislatore)

163

Dunque all'ente *pubblico-dominus*, o comunque in un'applicazione restrittiva agli enti pubblici-*holding* che esercitano, per il tramite di una o più società, l'attività di produzione di beni o servizi secondo un «criterio di obiettiva economicità», si applicano tutte le regole previste dal codice in caso di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, a cominciare da quella sulla responsabilità diretta e sussidiaria.

Innanzitutto l'ente deve essere indicato negli atti e nella corrispondenza della società controllata e l'esercizio del dominio deve essere iscritto nel registro delle imprese ove è istituita una apposita sezione in cui sono indicati gli enti o le società che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette¹⁶⁴. La dominata deve inoltre esporre in una specifica sezione della nota integrativa un prospetto riepilogativo dei dati essenziali di bilancio dell'ente pubblico controllante e gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con l'ente stesso e gli effetti del dominio sull'esercizio dell'impresa e suoi risultati (art. 2497 *bis* c.c.).

Nelle società soggette all'attività di direzione e coordinamento dell'ente, inoltre, le decisioni “influenzate” devono essere analiticamente

¹⁶³ L'Assonime, in considerazione del proliferare delle società pubbliche, ha operato una distinzione tra società di mercato e le c.d. “semi amministrazioni”, ritenute una soluzione ibrida da abbandonare del tutto, in quanto contraddice la natura stessa dello strumento societario” (Documento Assonime 2008, Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche). Nel trattare delle “semi-amministrazioni”, il rapporto delinea tre categorie principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell'attività di impresa con scopo lucrativo: il modello delle società *in house* diffuso soprattutto a livello di enti locali e che consente l'affidamento diretto di servizi pubblici, in deroga alle procedure ad evidenza pubblica; le società cui vengono attribuite funzioni pubbliche (per esempio l'Anas o l'Enav); le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative e in particolare le società costituite da amministrazioni regionali e locali, oggetto della disciplina restrittiva ad opera del citato decreto Bersani. Si è osservato che la linea di confine tra società pubbliche assoggettate al diritto comune e le “semi-amministrazioni” non si presta a essere stabilita in modo netto: “La specialità delle società pubbliche è probabilmente una questione di grado che varia, alla luce del diritto positivo, senza soluzione di continuità, da un minimo a un massimo: da un minimo di specialità o addirittura dall'assenza, nel caso in cui la società sia interamente disciplinata dal diritto comune e soltanto la titolarità delle azioni è riferibile allo Stato o ad altro ente pubblico; a un massimo, nel caso in cui le deroghe al diritto comune siano così estese da rendere predominante lo statuto pubblicistico. Nel mezzo sono rilevabili varie graduazioni, a seconda del tipo di società o della particolare società di diritto singolare (cioè regolata da una legge *ad hoc*)” (CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it. Si veda anche Cons. Stato, 26 agosto 2009, n. 5082).

¹⁶⁴ Gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengono quando la soggezione è cessata sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi (2497 *bis*, comma 3, c.c.).

motivate, recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso e di ciò deve darsi adeguato conto nella relazione sulla gestione (art. 2497 *ter*); operano cause di recesso aggiuntive rispetto a quelle ordinarie (art. 2497 *quater*)¹⁶⁵; il rimborso dei finanziamenti effettuati dall'ente pubblico a favore della società diretta e coordinata sottocapitalizzata, è postergato e soggetto a restituzione se avvenuto nell'anno anteriore al fallimento (art. 2497 *quinquies*).

L'attività di dominio sulle società controllate, attraverso il controllo interno o quello esterno (ad es. il *contratto di servizio* di cui abbiamo parlato)¹⁶⁶, diviene fonte di responsabilità diretta verso soci e creditori se *abusiva*, ovvero se il *dominus-ente pubblico* la esercita *nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui* (e comunque non nell'interesse del dominato) e se è contraria ai criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria.

La clausola generale di correttezza funziona da regola di comportamento e indirizza proprio l'esercizio della direzione unitaria. Mentre nella disciplina di cui agli artt. 2373 e 2391, c.c., l'interesse altrui è un interesse extrasociale individuale od occasionale del socio o dell'amministratore, di fatto o di diritto, nel sistema di cui all'art. 2497, c.c., è proprio l'interesse che costituisce la ragione determinante del controllo ed è un interesse alla direzione dell'impresa dominata. La responsabilità dell'ente pubblico-*dominus* sorge per effetto della violazione di un dovere specifico derivante da un preesistente rapporto obbligatorio verso soggetti determinati e non dal generico dovere del *neminem laedere* verso qualsiasi soggetto

¹⁶⁵ A norma dell'art. 2497 *quater* c.c. «Il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere: a) quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento; b) quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497; in tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio; c) all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto. Si applicano, a seconda dei casi ed in quanto compatibili, le disposizioni previste per il diritto di recesso del socio nella società per azioni o in quella a responsabilità limitata».

¹⁶⁶ Si pensi al caso dell'impresa economicamente dipendente che produce in esclusiva o distribuisce in esclusiva prodotti della dominante e che se impone condizioni e prezzi contrari all'interesse della dominata ed alla corretta gestione imprenditoriale, esercita un dominio abusivo. Più in generale si tratta dei contratti in cui le prestazioni previste siano essenziali per una delle imprese che li ha stipulati.

dell'ordinamento ¹⁶⁷. Ma c'è di più nel sistema di cui agli artt. 2497 ss., c.c., la responsabilità contrattuale del *dominus* che esercita l'attività di direzione e coordinamento nell'interesse proprio od altrui e violando gli obblighi di corretto perseguimento degli interessi di gruppo quale risultante dall'equo temperamento degli interessi delle società eterogestite ¹⁶⁸, convive con la responsabilità risarcitoria di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio” (art. 2497 comma 2, c.c.).

E' abbastanza evidente che il controllo “analogo” che legittima l'affidamento diretto del servizio pubblico viene di regola esercitato in funzione degli *interessi istituzionali dell'ente* e della collettività cui viene erogato il pubblico servizio e non dell'interesse (lucrativo) della controllata, e come tale genera la responsabilità *sussidiaria* dello stesso ente. Addirittura si badi che per i c.d. servizi senza rilevanza economica la gestione *secondo criteri di economicità*, quindi di corretta gestione imprenditoriale, è esclusa addirittura dalla legge. Quindi in una situazione in cui l'interesse della controllata diverge da quello del soggetto controllante e sussistono i presupposti previsti dalla legge, scatterebbe la responsabilità della capogruppo a prescindere dalla sua natura e dall'interesse in concreto perseguito.

In ogni caso, laddove si verifichi l'ipotesi contemplata dal legislatore e dalla giurisprudenza di controllo “analogo” (o nella società per azioni attraverso il contratto di servizio o nella società a responsabilità limitata attraverso regole statutarie) ci troviamo di fronte ad un caso di violazione, *in re ipsa*, delle regole dettate dal codice civile in tema di eterodirezione e coordinamento (artt. 2497 ss.). Anche nel caso di controllo esterno, l'abuso della *dipendenza economica* può tradursi di per sé in abuso dell'attività di direzione e coordinamento con la conseguente responsabilità riconosciuta

¹⁶⁷ Come noto la Relazione illustrativa della riforma (par. 13) si esprime nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, anche se ciò non ha alcun carattere vincolante per l'interprete (in tal senso GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm.*, XXIX, Padova, 2003, 186; ID., *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario SCIALOJA – BRANCA*, Bologna 2005, 92 s.; MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 191). SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di ABBADESSA e PORTALE, 3, Milano, 2007 n. 10, richiama, per la responsabilità da influenza determinante e pregiudizievole, lo schema della induzione all'inadempimento.

¹⁶⁸ Al riguardo cfr. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma delle società di capitali tra aperture e incertezze: una prima riflessione*, *Intervento* al Convegno di Alba del 23 novembre 2002, in *Società*, 2003, 335.

dalla giurisprudenza anche prima delle riforme ¹⁶⁹.

Orbene se il modello della società *in house* richiede un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (e la sua attività deve prevalentemente riguardare il territorio dell'ente-socio) e se alla fine della società non rimane neppure *il regime della responsabilità limitata*, non si vede perché non ricorrere all'azienda speciale che è il modello organizzativo rispondente alle finalità di gestione *in house* dell'ente.

Peraltro la più attenta dottrina commercialistica già sottolineava questa criticità in relazione agli effetti del vecchio art. 2362, c.c., in caso di pubblica amministrazione-azionista unica ¹⁷⁰, rispetto all'impossibilità di ammettere, per le regole di contabilità pubblica, una spesa di ammontare indeterminato come quella derivante dalla responsabilità delle obbligazioni societarie sorte nel periodo di controllo totalitario ¹⁷¹. Problema che in verità si pone tuttora,

¹⁶⁹ L'abuso di dipendenza economica, ad es. dell'impresa che impone al subfornitore od al concessionario in esclusiva condizioni e prezzi contrari al suo interesse ed alla corretta gestione imprenditoriale, è stato riconosciuto in astratto come ipotesi di controllo abusivo, anche se nella fattispecie concreta esaminata (c.d. *caso Armani*) non è stato provato il nesso eziologico (Cass. 27 settembre 2001 n. 12094, in *Giur. comm.*, 2002, II, 675; Trib. Milano, 28 aprile 1994, in *Società*, 1995, 74; App. Milano, 5 giugno 1998, inedita ma commentata da MUSSO, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo contrattuale*, in *Contr. imp.*, 1999, 355; in tema cfr pure SCHIANO DI PEPE, *Subfornitura e controllo societario*, in AA.VV., *Contratti di subfornitura. Qualità e responsabilità*, Milano, 1993, 87 s.).

¹⁷⁰ Ancora BUONOCORE, *op. cit.*, 14 il quale evidenziava che «a nulla varrebbe obiettare che per le aziende municipalizzate è tenuto a pagare le perdite di gestione, perché le aziende sono bracci operativi del comune, mentre le società a partecipazione comunale sono soggetti assolutamente autonomi e organicamente distinti dal comune...».

¹⁷¹ La Corte dei Conti con riferimento al vecchio regime dell'art. 2362, c.c., ha infatti affermato, seppure in modo discutibile sul piano tecnico, che «Quando il capitale azionario è interamente posseduto dal comune, e conseguentemente è posta a carico di quest'ultimo un'illimitata responsabilità patrimoniale e quando la gestione della società da parte del comune è stata effettuata in modo esclusivo come se si trattasse di un *organismo* legato all'ente da un rapporto di ausiliarità che si concretizza in un rapporto di sovraordinazione, indipendentemente dal *nomen juris*, ossia dalla qualificazione giuridica, non ci si trova di fronte ad una società per azioni ma ad un organismo ausiliario dell'ente. Deve escludersi che lo Stato oppure gli enti locali - salvo che non sia espressamente previsto da una specifica norma - possano acquistare la titolarità dell'intero pacchetto originario e ciò non solo per il danno che possa essere arrecato in conseguenza delle perdite subite ma anche in considerazione che l'illimitata responsabilità patrimoniale, la quale è correlata all'azionariato unico si pone in contrasto con l'art. 81 cost., per l'indeterminatezza dell'incidenza della spesa e della relativa copertura a carico del bilancio dello Stato, dell'ente locale e quindi a carico della collettività. La partecipazione totalitaria da parte di un solo ente locale non solo è inammissibile ma va considerata anche come stipulata in frode alla legge perché costituisce un mezzo per eludere l'applicazione della normativa vigente prima e dopo l'entrata in vigore della l. 8 giugno 1990 n. 142. È responsabile per *culpa in vigilando* il sindaco che non abbia controllato il generale andamento della gestione di una s.p.a. e che, quale rappresentante del comune, non abbia adottato alcuna valida ed efficace difesa dei propri interessi e diritti» (C. Conti reg. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 235 con nota di DUGATO).

in aggiunta alle responsabilità da eterodirezione abusiva, nei casi in cui a norma e per gli effetti degli artt. 2325, comma 2, c.c. e 2462, comma 2, c.c., non siano state rispettate le cautele in tema di conferimenti e pubblicità¹⁷².

Quindi l'abuso del dominio finisce con il generare anche la violazione delle regole di contabilità pubblica, in ordine all'assunzione indiretta di spese di ammontare indeterminato come quella derivante dalla responsabilità *ex art.* 2497 c.c.

11. Il regime delle responsabilità in caso di insolvenza delle società controllate

La responsabilità derivante da abuso nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento è *sussidiaria* nel sistema concepito dal legislatore: «*Il socio ed il creditore sociale possono agire ...solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento*» (art. 2497 comma 3. c.c.)¹⁷³. La disposizione individua un patrimonio, quello della società abusata, che in *prima battuta* deve far fronte alle pretese risarcitorie dei creditori e soci di quella stessa società.

In ogni caso l'*escussione* della società dominata¹⁷⁴ e la relativa

¹⁷² Adempimenti e cautele previste dagli artt. 2342 e 2362 c.c. per le società per azioni (anche per i contratti con l'unico socio e le operazioni a suo favore), e dagli artt. 2464 e 2470 per le società a responsabilità limitata.

¹⁷³ Invero, l'onere previsto dalla norma non pare esigere una vera e propria preventiva escussione del patrimonio, come ad esempio succede per effetto del disposto di cui all'art. 2268 c.c., essendo sufficiente provare di aver chiesto senza successo l'adempimento del debito scaduto. In questo senso RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 543; CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 336; *Contra*: SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di ABBADESSA - PORTALE, 3, Milano, 2007, 961; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 2005, secondo cui invece la situazione che ne deriva è simile a quella regolata per la società in nome collettivo dall'art. 2304, c.c., giacché il soddisfacimento *ex comma 3* corrisponde al pagamento di cui al 2304, c.c. A proposito della sussidiarietà è stato rilevato che essa è in linea di principio categoria non normativa, ma dogmatica, posto che nel concetto di obbligazione o responsabilità sussidiaria vengono riunite fattispecie diverse, e posto che tali fattispecie sono a loro volta assoggettate a regole molto diverse. Si tratta di regole che di volta in volta prevedono un onere di preventiva escussione od un beneficio di escussione, od un *beneficium ordinis* sino a una non meglio precisata subordinazione della responsabilità «o giungere addirittura all'idea secondo la quale la sussidiarietà sarebbe coincidente con l'eventualità di un debito la cui stessa esistenza sia condizionata dalla infruttuosa escussione del debitore principale» (MAGGIOLLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 191).

¹⁷⁴ Si tratta di una responsabilità sussidiaria rispetto a quella della società eterodiretta il cui patrimonio sia stato leso. Tale beneficio di preventiva escussione non sussisterebbe certamente

incapienza si realizza in modo pieno *in caso di dichiarazione di insolvenza della stessa*¹⁷⁵, anche nel senso che tale evento renda automaticamente possibile l'azione nei confronti dell'ente che esercita la direzione ed il coordinamento¹⁷⁶, in quanto è automaticamente soddisfatto il requisito della sussidiarietà. Anzi l'impressione è quella che il legislatore abbia pensato nell'elaborare la norma, favorevole allo sviluppo della direzione unitaria, proprio alla responsabilità in caso di insolvenza dichiarata della società abusata¹⁷⁷.

Il curatore (od il commissario, straordinario o liquidatore) della società eterodiretta, acquista, a seguito dell'assoggettamento a procedura concorsuale, la legittimazione ad esercitare la *sola* azione spettante ai creditori, *e non anche quella spettante ai soci*, nei confronti della *holding*, sulla base di un riferimento normativo espresso: l'art. 2497, ultimo comma, c.c.,¹⁷⁸.

Il sistema non esige *alcuna spendita del nome*, al fine della emersione della responsabilità da abuso di eterodirezione, e quindi alcun rapporto negoziale tra i creditori e chi esercita l'attività di dominio ed alcuna autonoma economicità dell'attività stessa¹⁷⁹. Ciò comporta che la responsabilità per i debiti ammessi al passivo della società eterodiretta in

qualora la responsabilità si fondasse sulla generica norma di cui all'art. 2043 c.c. (così correttamente GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano 2008, 32).

¹⁷⁵ Il presupposto sostanziale dell'azione avverso la capogruppo risiede nell'impossibilità di ottenere la prestazione dalla società eterodiretta, ovvero nella sua accertata insolvenza (SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale* cit., 939).

¹⁷⁶ GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento*, in *Dir. fall.*, 1, 45 dopo aver affermato il carattere sussidiario dell'azione rileva che in presenza di un'insufficienza patrimoniale, che costituisce il presupposto della responsabilità verso i creditori sociali, il soddisfacimento di un creditore sociale comporta un aggravamento della posizione degli altri e che "in caso di esercizio dell'azione nel fallimento ad opera del curatore (art. 2497, comma 4 c.c.) nell'interesse della collettività dei creditori, il soddisfacimento di tutti i creditori è impossibile: a meno che non sia venuta meno l'insufficienza patrimoniale e quindi lo stesso presupposto dell'azione dei creditori sociali. Il soddisfacimento del socio di minoranza, invece, è ipotizzabile anche con il solo sacrificio del socio di maggioranza".

¹⁷⁷ Come è stato correttamente evidenziato la norma è diretta a garantire alla capogruppo «una ulteriore "via di fuga" allo scopo di scansare gli inevitabili riflessi negativi di una iniziativa diretta da parte degli azionisti e dei creditori (pregiudizio reputazionale, diritto di recesso del socio *ex art.* 2497-*quater*, comma 1, lett. b)», contenendo i costi degli eventuali abusi (ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit.*, 2008, I cit., 288).

¹⁷⁸ E non in virtù di un'*actio mandati contraria*, basata su un ipotetico rapporto di mandato al quale l'*ente-dominus* non abbia correttamente adempiuto fornendo i mezzi necessari all'esecuzione del rapporto all'imprenditore mandatario.

¹⁷⁹ Al riguardo già FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007, 420 s.

violazione ai principi di corretta gestione, sarà riconducibile all'ente-*dominus* (che ha abusato dell'attività di eterodirezione) a prescindere da qualsivoglia rapporto abbia avuto lo stesso con i creditori ¹⁸⁰.

L'azione del curatore (o del commissario straordinario o liquidatore) della società abusata costituisce un'*azione di pertinenza della massa* nel senso che non è di esclusiva spettanza della procedura visto che poteva essere promossa dai creditori anche prima del fallimento, in quanto diretta al ristoro del pregiudizio patrimoniale che ha colpito i creditori della dominata rimasti insoddisfatti. Azione peraltro non subordinata, a differenza di quella disciplinata dall'art. 2394 c.c., all'insufficienza del patrimonio della controllata ma alla mera lesione dell'integrità dello stesso. Questo significa che il curatore (od il commissario) agirà per tutti i crediti accertati rimasti insoddisfatti, indipendentemente dal valore dell'attivo esistente ¹⁸¹.

E' opportuno infine rilevare che la norma di cui al terzo comma dell'art. 2497 c.c. pone soltanto un onere di preventiva escussione del patrimonio della società sottoposta all'altrui dominio (se tale è e non mero *beneficium ordinis*) e non riguarda l'azione di cognizione ¹⁸². D'altra parte la società abusata non ha *legittimazione propria* nella specifica azione essendo, almeno in linea di principio ¹⁸³, una esecutrice della direttiva ricevuta ¹⁸⁴ a differenza dei suoi amministratori, o di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo, responsabili invece *in solido* a norma del secondo comma dell'art. 2497 c.c. ¹⁸⁵. Si pensi ad esempio agli amministratori pubblici o ai dirigenti dell'ente

¹⁸⁰ La fonte della responsabilità non è dunque nell'essere stato l'autore dell'atto, ma direttore e coordinatore dell'attività in violazione del principio di correttezza.

¹⁸¹ La Suprema Corte ha affermato che nell'azione di massa emerge il carattere indistinto dei possibili beneficiari del suo esito positivo, mirando direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica, e producendo l'effetto di aumentare la massa attiva, indipendentemente dai limiti quantitativi entro cui i creditori se ne avvantaggeranno (Cass. 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.*, 2006, I, 3417).

¹⁸² Il problema è stato risolto in tal senso anche in giurisprudenza, con riferimento ad una ipotesi di direzione e coordinamento di origine contrattuale nell'ambito di rapporti di *franchising* (Trib. Pescara, 3 febbraio 2009, in *www.dejure.giuffre.it*).

¹⁸³ Si è rilevato che non necessariamente il danno ai soci o ai creditori della dominata è cagionato dalla *holding* con la complicità della stessa, come ad esempio nel caso in cui questo derivi dall'interruzione improvvisa delle commesse da parte di un'altra controllata ai danni dell'abusata in virtù delle direttive della medesima capogruppo (F. Galgano Direzione e coordinamento cit., 120).

¹⁸⁴ Trib. Roma, 13/17 luglio 2007, in *Riv.dir.comm.* 2008, II, 217.

¹⁸⁵ Da questo punto di vista errata è l'impostazione dello stesso Tribunale di Roma (in sede di reclamo contro il provvedimento del giudice designato di cui alla nota precedente) che ha ritenuto sussistente la legittimazione passiva della società coordinata e diretta, sulla base dell'orientamento interpretativo secondo il quale l'assoggettamento di una società alla direzione e coordinamento di un'altra società, ovvero di un ente, non modifica e non attenua il dovere generale degli amministratori della società controllata di agire nell'interesse preminente della società

pubblico che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Il beneficio della preventiva escussione opera, comunque, in sede di esecuzione e non di processo di cognizione¹⁸⁶: sarà quindi possibile convenire in giudizio l'ente-*holding* per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento, ma la conseguente azione esecutiva potrà essere promossa solo laddove la pretesa risarcitoria non possa trovare soddisfacimento nel patrimonio della dominata (e quindi a seguito dell'infruttuosa richiesta od escussione) ovvero sulla base della sua conclamata insolvenza. Per l'effetto l'ente pubblico che esercita l'attività di eterodirezione che voglia evitare l'azione esecutiva nei propri confronti dovrà "dotare" la dominata dei mezzi necessari per far fronte alle pretese dei soci o dei creditori. E tale incentivo, diretto ad evitare una preordinata ed indotta sottocapitalizzazione dell'abusata, spiega l'apparente incongruità della norma di cui al terzo comma, dell'art. 2497 c.c., laddove il danno ai soci ed ai creditori della dominata è in fin dei conti un *danno riflesso* del danno al patrimonio sociale¹⁸⁷.

Come si è visto l'esercizio dell'attività di eterodirezione costituisce un vero e proprio *diritto dell'ente pubblico* e dei suoi amministratori e talora persino un obbligo, al fine ad esempio dell'affidamento diretto del servizio. La responsabilità nasce dall'abuso ed invero si può abusare solo di una situazione soggettiva attiva di cui si può fare legittimamente uso, "ossia di una situazione di cui si è titolari (per effetto del controllo, nelle sue varie accezioni) e che si estrinseca in diritti o poteri o facoltà. Se non c'è questa

amministrata e quindi anche dei soci, secondo i principi di trasparenza e corretta gestione societaria, non potendo essi addurre a propria discolta il fatto di essersi limitati a prestare obbedienza alle direttive della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e controllo (Tribunale di Roma 27 agosto/13 settembre 2007 in *Riv.dir.comm.*, 2008, II, 222 s.). Ma evidentemente la legittimazione passiva riguarda gli amministratori della eterodiretta o chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e non la società abusata.

¹⁸⁶ Cfr. tra le altre Cass., 12 aprile 1994, n. 3393; Cass., 8 settembre 1986 n. 5479, in *Società*, 1987, 15 s.; Cass., 16 aprile 2003, n. 6048.

¹⁸⁷ L'eventuale risarcimento determina, infatti, una passività nel patrimonio della controllata stessa, che finisce per tradursi in un danno per i soci, proprio alla redditività e al valore della partecipazione degli stessi (al riguardo cfr. SMARGIASSI, *Il conflitto d'interessi nei gruppi di società: la nuova disciplina dell'attività di direzione e coordinamento e la "trappola perfetta" dell'art. 2497 c.c. per i soci esterni ed i creditori delle società controllate*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2005, 109; GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, (a cura di) SCOGNAMIGLIO, Milano, 2003, 215; DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Società*, 2003, 950). Invero, le perplessità riguardano il fatto che il legislatore abbia imposto questo *iter* anche al socio della controllata. Mentre è plausibile che il creditore cerchi di ottenere l'adempimento della prestazione *in primis* nei confronti della società nei cui confronti vanti una ragione di credito, che non direttamente nei confronti della *holding*.

posizione attiva non c'è abuso, c'è *fatto illecito*”¹⁸⁸.

Ecco che la responsabilità dell'ente-*dominus* nei confronti dei creditori che dà origine all'azione *ex art.* 2497 ultimo comma, non è una responsabilità da illecito, sorge viceversa per effetto della violazione di *un dovere specifico* derivante da un preesistente rapporto obbligatorio verso soggetti determinati¹⁸⁹ e non dal generico dovere del *neminem laedere* verso qualsiasi soggetto dell'ordinamento¹⁹⁰. Né tale responsabilità può ridursi ad una sorta di responsabilità da illecito dell'amministratore di fatto «o, comunque ad una responsabilità per poteri di gestione alla prima sostanzialmente parificabile...ove si consideri che la direzione unitaria presenta contenuti ed articolazioni che non sono in alcun modo coincidenti con quelli che caratterizzano l'amministrazione delle società controllate»¹⁹¹. Ed anche per la giurisprudenza di merito *ante riforma* la responsabilità della controllante scaturisce dalla violazione di una obbligazione *specifica*, ossia quella di realizzare l'interesse del gruppo tramite la realizzazione degli interessi delle società controllate, obbligazione, quest'ultima, che trae la propria fonte dalla rilevanza del gruppo e dall'esercizio della direzione unitaria¹⁹².

Nel nostro caso, l'obbligazione sorge nei confronti di soggetti determinati: i creditori sociali (e per essi di curatore, commissario

¹⁸⁸ Così ROVELLI, *Clausole generali e diritto societario: applicazione in tema di gruppi, leveraged buy out, motivazione delle delibere*, in *Tratt. Contratto*, a cura di ROPPO, VI, Milano, 2006, 755.

¹⁸⁹ In questo senso già prima della riforma, e anche sulla base della nuova disciplina dei gruppi bancari: V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano 1979, 188; P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, a cura di A. Pavone La Rosa, Il Mulino, Bologna 1982, 144; SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv.dir.civ.*; 1988, 365; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, IV, Utet, Torino 1999, 409 s.; LIBONATI, *La responsabilità nel gruppo*, in *Riv. dir. comm.* 1995, I, 592.

¹⁹⁰ La stessa dottrina che teorizza la natura extracontrattuale, consapevole dei relativi limiti, ha affermato che quando l'abuso assume forme tali da impedire l'individuazione di singoli comportamenti pregiudizievoli, a cui corrispondono specifici danni per le controllate - essendo impossibile in questo caso ricorrere alla fattispecie della responsabilità extracontrattuale - dovrà immaginarsi l'esistenza di un gruppo solo apparente, rendendo direttamente responsabile la controllante per le obbligazioni delle apparenti controllate (GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., 108). La Suprema Corte in materia di diritto del lavoro, ha, invece, riconosciuto la c.d. «finzione di gruppo», quando le società dello stesso gruppo d'impresie appartengono ai medesimi soggetti e vengono costituite allo scopo di aggirare la normativa in tema di licenziamento individuale laddove sussistano elementi per ravvisare l'esistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro (Cass., sez. lav., 23 marzo 2004, n. 5808, in *Giust. civ., mass.* 2004, f. 3 e Cass., sez. lav., 1 aprile 1999 n. 3136, ivi, 1999, 734).

¹⁹¹ Così già MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de iure condendo; i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 409; JAEGER, *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, 817 s.

¹⁹² Trib. Milano, 22 gennaio 2001, cit., 2001, 1143.

straordinario o liquidatore) e non certo nei confronti di chiunque indistintamente. Si tratta, invero, di soggetti identificabili *ex ante* sulla base di una loro relazione giuridica con la società controllata (il rapporto obbligatorio). Inoltre va rilevato che la funzione della responsabilità contrattuale è la tutela di fronte ad un rischio specifico di danno, ovvero quello creato dalla particolare relazione che si è in precedenza instaurata fra due soggetti, mentre nella responsabilità extracontrattuale il sorgere della relazione intersoggettiva è successivo al giudizio sulla ingiustizia del danno¹⁹³. Si tratta, a ben vedere, di una tutela nei confronti di un rischio specifico di danno, creato dalla particolare relazione già instaurata tra controllante e controllata per effetto di vincoli contrattuali, che attribuiscono il controllo di un soggetto sull'altro. Il danno che l'ente-capogruppo è chiamato a risarcire consiste *nella lesione all'integrità del patrimonio della dominata dichiarata insolvente* (o comunque assoggettata a procedura concorsuale), che costituisce la garanzia dei creditori che intrattengono rapporti contrattuali con la società.

L'ente-controllante incide su tali diritti in virtù della relazione instaurata con la società dominata ed i suoi creditori, che le consente di esercitare l'attività di direzione e coordinamento, da cui può scaturire una specifica lesione. E non a caso l'art.2497 comma primo c.c. qualifica e configura il danno sofferto dai soci e dai creditori della controllata come *diretto* e l'ultimo comma attribuisce una legittimazione ad un'azione di pertinenza e non di massa¹⁹⁴.

L'esercizio abusivo di un diritto si colloca fuori dalla sfera individuata da quel diritto, ma non per questo la conseguente responsabilità può essere semplicisticamente ricostruita in termini di responsabilità da fatto illecito *ex art. 2043 c.c.* E' condivisibile l'impostazione di chi, pur escludendo che nella fattispecie si configuri una responsabilità *ex contractu* in senso proprio, individua nell'abuso della direzione e del coordinamento una violazione di obbligazioni specifiche (art. 1173) e che nel sistema dell'art. 1218 c.c.¹⁹⁵ è

¹⁹³ Cfr. in tal senso SALVI, voce "*Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*", in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1190.

¹⁹⁴ Così GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione cit.*, 116 s.

¹⁹⁵ Il sistema della responsabilità per inadempimento è governato da una norma di carattere generale, contenuta nell'art. 1218 c.c. (dettato sotto il titolo obbligazioni in generale), e da un consistente numero di regole particolari dettate dal codice e da leggi di settore per la disciplina di singoli tipi di rapporti contrattuali. Per una lettura evolutiva DI GIANDOMENICO, *La lesione del rapporto giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 645 s.

da qualificare comunque come *contrattuale*¹⁹⁶.

La responsabilità da abuso del dominio è una responsabilità *da attività* e non *da atti*, una sorta di responsabilità *oggettiva* assimilabile a quella prevista dall'art. 2050 c.c. per l'esercizio di attività pericolosa e più rigorosa di quella derivante dalla violazione per colpa di un dovere di condotta¹⁹⁷. Il *dominus*, che ha il potere-dovere della direzione e del coordinamento, deve adottare tutte le misure e le cautele previste dalla legge in caso di dominio per evitare il danno.

D'altra parte, il legislatore con l'art. 2050 c.c. non intese solo riaffermare il principio dell'art. 2043 c.c. aggiungendo l'inversione dell'onere della prova, ma volle dettare un tipo di responsabilità più rigorosa della mera responsabilità per colpa, per rischio tipico di attività per le quali è necessaria l'adozione di specifiche misure di salvaguardia.

Peraltro secondo la Suprema Corte il discrimine tra i diversi tipi di responsabilità "va ricercato (non già nella fonte, ma), nella natura della situazione giuridica violata: se si tratta di obbligazioni, anche se non derivanti da contratto, la violazione dà luogo a responsabilità contrattuale"¹⁹⁸. Applicando il principio ai rapporti infragruppo ne consegue che lo svolgimento, da parte dell'ente-*holding*, di funzioni amministrative - sia pure attinenti non alla gestione ordinaria, ma alla direzione e al coordinamento della società controllata, per la realizzazione dell'interesse di gruppo - impone il rispetto della regola di correttezza e delle speciali misure di salvaguardia previste dagli artt. 2497 *bis* e *ter* c.c. e quindi di obblighi di fonte contrattuale e legale la cui violazione determina un inadempimento sanzionato con la responsabilità di matrice contrattuale¹⁹⁹ e non

¹⁹⁶ ROVELLI, *op.cit.*, 755, il quale ricorda che si tratta di responsabilità che «nella definizione di Gaio (II delle *Institutiones*), discende da *variae causarum figurae*, che i bizantini avrebbero volentieri definito quasi contrattuale».

¹⁹⁷ Si è tuttavia affermato che la prova liberatoria prevista nella disposizione, comportando una valutazione della condotta del soggetto agente, ricondurrebbe la fattispecie entro uno schema di imputazione soggettiva (per *culpa lievissima*) e non oggettiva (CASTRONOVO, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991,4; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.*, II ed., a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2005, 149).

¹⁹⁸ Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. Comm.*, 2000, 11, 167, con nota di N. ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*; in *Giur. it.*, 2000, 1, 770 ss. con nota di GUIDOTTI, *Amministratore di fatto e "negotiorum gestio"*, in *Resp. civ.*, 1999, 1319, con nota di BALZARINI, *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*.

¹⁹⁹ Cfr. al riguardo RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 331; ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit.*, 2008, I, 291; CARIELLO, *op.cit.*, 1245; SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *AA.VV.*, *Profili e problemi dell'amministrazione nella*

extracontrattuale²⁰⁰.

Questa impostazione è confermata dalla disciplina del *recesso* «quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento» (di cui all'art. 2497 quater, *punto b*, c.c.). *Recesso* che si spiega proprio per la sua funzione di impugnazione del contratto, ossia di reazione di fronte all'inadempimento contrattuale della *holding* e che perciò è accompagnato dall'ulteriore sanzione del risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento stesso. Per la medesima ragione, inoltre, il *recesso* potrà essere esercitato solo per l'intera partecipazione del socio.

La ricostruzione del fenomeno come responsabilità da attività (*e non da atti*) per la quale il legislatore richiede l'adozione di misure *supplementari* rispetto al solo dovere di condotta, produce una serie di corollari sul piano

riforma delle società, a cura di SCOGNAMIGLIO, Milano, 2003, 195 s.; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 670; TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 69; GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in AA.VV. *Scritti in onore di BUONOCORE*, Milano, 2005, 2753; ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 625; WEIGMANN, *Gruppi di società*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Atti del Convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002, Milano, 2003, 201; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 767 s.; RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 538; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2005, 342; GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 319; MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. imp.*, 2006, 1078; DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 545.

²⁰⁰ Nel senso della natura extracontrattuale, invece, SBISÀ, Sub ART. 2497 C.C., nella prima parte di questo volume (cui si rinvia); ID., *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. impr.*, 2009 807 s.; ID., *Responsabilità della capogruppo cit.*, 605 s.; PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *N. giur. civ. comm.*, 2003, II, 357; GALGANO, *Direzione e Coordinamento di società*, in Commentario SCIALOJA-BRANCA, Bologna- Roma, 2005, 95 s.; ID., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXIX, 1, terza ed., Padova 2006, 320 s.; ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 661; PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, 1477 s.; BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Buonocore, Torino 2003, 201; CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, Milano 2003, 193 s.; SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 390 s. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova 2006, 536; MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, cit, 225 s. Nel senso infine della natura contrattuale della responsabilità verso i soci ed extracontrattuale di quella verso i creditori CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 160.

dei termini di *prescrizione*, delle *eccezioni* proponibili, *dell'entità dei danni risarcibili* e soprattutto del *regime probatorio*, permettendo la concreta tutela dei creditori sociali della controllata insolvente (specie se dominata di fatto o addirittura in modo occulto)²⁰¹.

Una tutela *efficiente* ex art. 2497 ultimo comma che sarebbe altrimenti svuotata in virtù di un onere probatorio pressoché impossibile da soddisfare²⁰², in considerazione del fatto che le direttive dell'ente *dominus*, e dei suoi amministratori pubblici, possono essere informali e confidenziali, e quindi inaccessibili ai creditori estranei alla società, impossibilitati ad assumere precise informazioni. Anzi le informazioni sono affidate a soggetti, gli amministratori delle controllate (poi assoggettate a procedura concorsuale), che, in ipotesi di violazioni dell'interesse della società amministrata, sono più di tutti interessati a *secretare i dati relativi alle operazioni gestionali abusive*.

Se si trattasse di mera responsabilità da fatto illecito incomberebbe sui danneggiati (e per essi sul curatore o sul commissario) l'onere di dimostrare, oltre al danno, la colpa dell'ente-*dominus* e il nesso di causalità tra colpa e danno. Tenendo poi conto che il pregiudizio consegue ad operazioni della società eterodiretta, realizzate su indicazione del *dominus*, occorrerebbe provare che le singole direttive sono state effettivamente impartite e che la relativa esecuzione ha generato gli specifici singoli danni ed eventualmente l'insolvenza.

Nella fattispecie il curatore (od il commissario) è esonerato dal provare che *l'inadempimento è imputabile* alla controparte, restando a carico di chi ha eterodiretto l'onere di dimostrare di averlo fatto nell'interesse della dominata insolvente, senza violare i principi di corretta gestione ed avendo adottato (come nel modello previsto dall'art. 2050 c.c.) tutte le misure supplementari previste dalla legge per evitare il danno²⁰³.

²⁰¹ Si è notato che il danno che derivi da un'attività economica può legittimare, in base a principi costituzionali (in particolare articoli 2 e 41 Cost.), interpretazioni ed applicazioni delle norme aquiliane adeguate ai caratteri dell'attività economica fonte dei danni, e tendenzialmente dirette ad estendere l'area della responsabilità (SALVI, *op. cit.*, 205 s.).

²⁰² D'altra parte così è stata ricostruita da autorevole dottrina la responsabilità per rischio di impresa (TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 37, il quale evidenzia che la responsabilità oggettiva ha la funzione di premere per una riduzione del rischio. E questa pressione, esercitata su chi ha il controllo delle condizioni generali del rischio, può essere in certi casi più efficace che non quella costruita dalla stessa responsabilità per colpa esercitata su chi compie direttamente i singoli atti dell'attività rischiosa).

²⁰³ Si è rilevato che la responsabilità dell'imprenditore, anche nell'ambito contrattuale, a seconda delle ipotesi, trascorre dal criterio soggettivo della colpa (variamente commisurata, nei vari casi, a differenti gradi di diligenza), al criterio oggettivo del rischio tipico, come tale calcolabile

In particolare l'obbligo di *motivare analiticamente le decisioni* delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento quando influenzate, con puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione (previsto dall'art. 2497-ter, c.c.), agevola ulteriormente l'*onus probandi* del creditore danneggiato e rende la prova liberatoria del *dominus* particolarmente rigorosa²⁰⁴.

Si verifica nella fattispecie una situazione simile a quella “che viene prevista in caso di esclusione o limitazione del diritto d'opzione ai sensi dell'art. 2441, 6° comma c.c.: qualora la *holding* intenda imporre alle controllate decisioni attinenti la gestione idonee ad incidere sul loro interesse sociale (eventualmente pregiudicandolo), è compito della società (e in particolare degli amministratori nella relazione prevista dall'art. 2428 c.c.) dimostrare le ragioni che hanno suggerito il compimento dell'atto pregiudizievole”²⁰⁵. Per provare la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, *basterà dimostrare la incongruità o la carenza della motivazione*.

Quando il dominio dell'impresa eterodiretta avviene mediante direttive impartite di fatto o addirittura in modo segreto, evidentemente non sarà possibile rinvenire alcuna relazione sulle ragioni delle operazioni contrarie all'interesse della dominata, con le relative conseguenze sul piano probatorio.

preventivamente (LUMINOSO, *Sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dell'impresa*, in *Contr. impr.*, 2007, 929).

²⁰⁴ La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose *ex art.* 2050, c.c., configura, non a caso, per la dottrina prevalente una fattispecie di responsabilità oggettiva per rischio oggettivamente evitabile (ALPA – BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 2001, 356) con conseguente irrilevanza della valutazione del comportamento tenuto, in concreto, dal soggetto esercente l'attività pericolosa (MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da SACCO, III, Torino, 1998, 1011).

²⁰⁵ Così GIOVANNINI, *op. cit.*, 33 n. 54 che ricorda che lo stesso GALGANO (*I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1033) nel commentare l'art. 2497 *ter*, c.c., riconosce che la tecnica della motivazione utilizzata nei gruppi è simile a quella già adottata per ciò che attiene alla esclusione o limitazione del diritto d'opzione.