

# **SOCIETA' MISTE: NATURA GIURIDICA ALLA LUCE DEI RECENTI INTERVENTI NORMATIVI E DEL REGOLAMENTO PER LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI A RILEVANZA ECONOMICA.**

**di FERRUCCIO CAPALBO,**

**Magistrato della Corte dei Conti**

## **§.1**

### **PREMESSA**

La definizione della natura giuridica delle società partecipate dagli enti pubblici rappresenta questione di preminente importanza al fine del determinarsi, poi, in ordine a tematiche di non poco momento, quali, ad esempio, il radicarsi o meno della giurisdizione della corte dei conti, la effettiva applicabilità o meno della disciplina di cui al D.LGS. 163/06, in tema di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, o del D.LGS. 165/01 recante norme disciplinanti il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Sotto un profilo più ampio di teoria generale del diritto, il fenomeno delle società partecipate ed i recenti interventi normativi, negli ultimi anni divenuti sempre più frequenti, incidenti sul regime funzionale delle stesse, pongono ulteriori questioni di grande interesse, quale la penetrazione del diritto pubblico nell'ambito degli ordinamenti privatistici ed i relativi effetti.

L'avvento del diritto comunitario e la visione sostanzialista dallo stesso imposta rispetto alla tradizionale rappresentazione classico formale delle categorie giuridiche, ha indubbiamente accelerato un processo di avvicinamento tra il diritto pubblico e privato, con un fenomeno di reciproca osmosi.

Se da un lato, infatti, il contratto, a fronte delle esigenze tipiche del mercato e delle sue regole, non rappresenta più la sublimazione dell'autodeterminazione, dall'altro la PA tende sempre di più a ricorrere proprio allo strumento contrattuale per perseguire le proprie finalità istituzionali.

Ed invero, sotto il primo profilo, la regola negoziale ha perso quella dimensione ottocentesca che la interpretava come dipendente esclusivamente dalla libera autodeterminazione dei contraenti.

Le esigenze tipiche del mercato hanno condotto sempre più verso una regola negoziale da definirsi soprattutto come **etero determinata**, frutto delle imposizioni provenienti dai poteri economici più forti, adattando, così, lo strumento contrattuale alla definizione di interessi non più o non solo individuali ma di carattere generale e propri di una determinata categoria di contraenti.

Nel contempo, come si diceva, il contratto è divenuto strumento sempre più utilizzato dalla PA per il perseguimento delle finalità di pubblico interesse alla stessa affidate.

In tale ambito il problema di adattabilità deriva dal fatto che lo strumento contrattuale si pone, tradizionalmente, come preordinato al perseguimento di interessi autonomamente prescelti da coloro che vi ricorrono, mentre nel caso specifico dell'ente pubblico, questi è vincolato nella individuazione dei fini da perseguire.

Ed è proprio quest'ultimo profilo della evoluzione che ha negli ultimi tempi interessato la nozione di teoria generale del contratto che rileva ai fini del presente lavoro.

Il ricorso al **contratto societario di diritto privato** rappresenta, infatti, uno degli esempi più attuali e paradigmatici di ricorso, da parte delle PPAA, agli strumenti tipici del diritto privato per il perseguimento delle finalità pubblicistiche, ponendo nell'immediato la difficoltà di conciliare lo statuto codicistico proprio delle società stesse con la caratteristica dell'agire tipico della PA rappresentata dalla **autorità**.<sup>1 [1]</sup>

A tal specifico proposito, SSUU 26806/09 afferma: "*...E' innegabile, nondimeno, che si possano determinare dei problemi quando il modello giuridico formale entra in tensione con il fenomeno economico sottostante, come non di rado accade proprio nel caso in cui lo Stato o altro ente pubblico assume una partecipazione in una società per perseguire in tal modo finalità di rilevanza pubblica*".

La questione, in definitiva, verte essenzialmente intorno al *fil rouge* rappresentato dalla esatta delimitazione dei confini esterni della attuale nozione di **Pubblica Amministrazione**.

L'imbarazzo in cui si versa a tal specifico riguardo e la conseguente difficoltà nella enucleazione di criteri interpretativi univoci è ben testimoniata anche a livello legislativo.

Varie sono le norme che si producono nel tentativo di una elencazione degli enti da ritenersi pubbliche amministrazioni e pertanto destinatari delle stesse:

---

1[1] Cfr "Il contratto della pubblica amministrazione" di RICCIUTO Vincenzo e NERVI Andrea, pagg. 127 e ss. e "Autonomia negoziale e autonomia contrattuale" di CRISCUOLO Fabrizio, pagg. 28 e ss, Da Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato. Edizioni Scientifiche Italiane.

**Art. 1 del D.lgs. 165/01** recante norme disciplinanti il rapporto alle dipendenze di una pubblica amministrazione;

**Art. 1, comma 2, L. 196/09**, legge di contabilità e finanza, che al fine di individuare le amministrazioni pubbliche cui la medesima si applica, rimanda alla ricognizione effettuata dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti **comunitari (rif.to precedente art 1 co 5 L. 311/04)**;

**Art. 3 DLGS 163/06**, recante norme in tema di appalti pubblici di opere servizi e forniture, che, da un lato, al comma 26, annovera, recependone la definizione europea, la figura dell'organismo di diritto pubblico mentre, dall'altro, all'art. 32, nel prendere in considerazione le società partecipate che non siano classificabili come organismi di diritto pubblico, prevede l'estensione anche nei confronti delle stesse della normativa in tema di evidenza pubblica;

**Sistema SEC 95** (Reg. CE 2223/96) che, relativo al sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella comunità e quindi della finanza pubblica, fornisce a tal specifico proposito una nozione di Pubblica Amministrazione.

**L. 241/90**, recante norme in tema di procedimento amministrativo, che **sebbene non contenga una definizione di pubblica amministrazione ai fini della individuazione del proprio ambito applicativo**, ne prevede comunque la estensione **anche** nei confronti dei soggetti privati che espletano funzioni di carattere pubblico. Una definizione di pubblica amministrazione viene fornita, invece, dal solo art. 22 delle legge in parola, ma esclusivamente al fine di delineare l'ambito applicativo del diritto di accesso: "*per «pubblica amministrazione», tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*"

Dai riferimenti normativi appena richiamati possono desumersi due indicazioni di rilievo:

In primo luogo, il rinvio ricorrente al diritto comunitario ai fini della connotazione del nuovo concetto di pubblica amministrazione;

In secondo luogo la rilevanza del chiaro ed espresso inserimento operato dal citato art 22 L. 241/90, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, dei **soggetti privati** che svolgono attività di pubblico interesse, pur se limitando una tale veste alla sola predetta attività;

A ben vedere si tratta, però, di definizioni di carattere settoriale, enucleate, cioè, ai soli fini di interesse della normativa di volta in volta in questione.

Tra l'altro, sebbene gli elenchi cui in taluni casi si fa' rinvio hanno una valenza meramente esemplificativa e non tassativa, occorre precisare, ai fini della presente disamina, che in quello redatto nel 2010 dall'Istat (art 1, co. 2, L. 196/09) e di cui al

comunicato 24.07.2010, **non risultano inserite, ad esempio, società partecipate dagli enti locali.**

In definitiva, non ricevendo indicazioni univoche a livello normativo, è a livello interpretativo che occorre enucleare i criteri elaborati dalla giurisprudenza al fine di definire, nel concreto, un ente come di natura privata o pubblica.

## § 2

### **RAPPORTI TRA SOCIETÀ PARTECIPATE E GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA.**

La ascrivibilità di un ente nell'orbita pubblicistica, oltre che sotto il profilo della regime giuridico applicabile, rileva anche ai fini del radicarsi della giurisdizione sia amministrativa sia contabile in tema di responsabilità amministrativa.

Ed invero, a tal ultimo proposito, i recenti arresti delle Sezioni Unite della cassazione tesi a delimitare l'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti in tema di responsabilità amministrativa rispetto alle società partecipate, impongono di ben precisare i termini della questione.

Nessun dubbio si pone in ordine alla sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti in caso di **danno arrecato ad un ente pubblico da parte di una società partecipata** che risulti affidataria della gestione di un servizio e/o di una funzione tipica dell'ente stesso.

In tal caso si realizza, infatti, quel tipico inserimento, della società stessa, nell'agire amministrativo idoneo a fondare la relazione funzionale necessaria a radicare la giurisdizione in parola.

Il problema della natura giuridica della società non avrà alcun rilievo, in quanto, pur se di diritto privato, ciò che conta è: l'esistenza di un **danno** arrecato ad una PA, la riferibilità della **condotta antiggiuridica e lesiva** alla società agente, la configurabilità di una **relazione di servizio** tra la società stessa e l'ente pubblico danneggiato, oltre che, infine, sotto lo stretto profilo psicologico, il ricorrere della **colpa grave**.<sup>2</sup> [2]

---

<sup>2</sup>[2] Cfr ormai ex multis SSUU 26806/09 " *nell'attuale assetto normativo il dato essenziale che radica la giurisdizione della corte contabile è rappresentato dall'evento dannoso a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento, pubblico o privato, nel quale si colloca la condotta produttiva del danno*".

Si è, altresì, risolta in modo espresso e definitivo, anche l'ulteriore problematica interpretativa concernente, in tale specifica fattispecie di danno, la estensibilità della giurisdizione della corte dei conti in tema di responsabilità amministrativa **anche nei confronti degli amministratori e dei dipendenti** della società agente.

Secondo SSUU 23332/09 “ *per incardinare la giurisdizione della Corte dei Conti è dunque necessaria e sufficiente l'allegazione di una fattispecie oggettivamente riconducibile allo schema sopra indicato, afferendo, invece, al merito ogni problema relativo alla effettiva esistenza del danno e del rapporto di impiego e di servizio del suo preteso autore.*”

Nel caso di specie le SSUU in parola hanno ritenuto configurarsi il rapporto di servizio anche in capo ai dipendenti della società danneggiante in quanto autori materiali della condotta che ha “...*provocato un danno ingiusto all'ente pubblico con il quale avevano instaurato una relazione funzionale capace comunque di calarli all'interno dei suoi meccanismi gestionali*”.

Si è, altresì, fornita, a tal proposito, una regola ermeneutica di carattere generale affermandosi che laddove rilevi un danno pubblico, questi deve necessariamente trovare ristoro e pertanto **tra due interpretazioni deve ritenersi più aderente al sistema quella che aumenta il numero degli obbligati e non quella che li diminuisce.**

Orientamento ribadito e confermato anche da SSUU 5019/2010 secondo cui “ *la instaurazione del rapporto di servizio è correlata non solo alla riferibilità alla società beneficiaria del contributo degli effetti degli atti dei suoi organi ma anche alla attività stessa di chi, disponendo della somma erogata per fini diversi da quelli preventivati, abbia provocato la frustrazione dello scopo direttamente perseguito dalla amministrazione...Posto infatti che il dato fondante della responsabilità è la distrazione dei fondi pubblici è consequenziale che ne rispondano sia il soggetto cui il finanziamento sia stato erogato sia i soggetti che li hanno distratti per averne avuto la disponibilità*”. 3[3]

---

3[3] Cfr da ultimo ordinanze delle SSUU della Cassazione nn: 23599, 23600, 23601/2010 con le quali si è confermata, ai fini del radicarsi della giurisdizione della corte dei conti anche nei riguardi di soggetti diritto privato per danno arrecato all'ente pubblico, la necessità dell'effettiva esistenza di un rapporto di servizio tra questi ultimi e la PA, mediante la gestione di pubblico denaro. In tal ultimo caso, la responsabilità potrà comunque estendersi solo nei confronti dell'ente e/o società e dei propri amministratori di diritto e di fatto cui siano erogati fondi pubblici distratti dalle finalità perseguite dalla legge mediante la concessione del contributo. Nei casi concreti, oggetto delle riportate ordinanze, viene escluso il configurarsi della giurisdizione di responsabilità nei confronti del professionista consulente delle società percettrici dei fondi pubblici in quanto si afferma che la Procura regionale presso la Corte dei Conti non aveva ascritto in capo agli stessi un rapporto organico con le società in discussione né prospettato nemmeno astrattamente un legame con le società tale da fare pensare che lo stesso agisse come amministratore di fatto delle stesse. **Sembra, pertanto, evidente come in tali ipotesi la mancata affermazione della giurisdizione della corte dei conti derivi da una errata prospettazione della procura regionale, non avendo la stessa inteso dimostrare l'eventuale esistenza di un rapporto organico di fatto.** D'altronde, SSUU 23332/09, come rammentato *supra*, ha espresso una regola ermeneutica di carattere

**Diversa, invece, è la situazione nel caso di danno arrecato dalla società partecipata a sé medesima.**

E' a tal specifico proposito che si è avuto il rilevante snodo interpretativo confermato dalle SSUU 26806/09.

*Il quesito specifico cui si è inteso dare risposta è " sulla base di quale statuto gli amministratori o i dipendenti di una spa "pubblica" rispondano dei danni ad essa direttamente arrecati e indirettamente riflessi sulla Pa, in quanto titolare di una partecipazione azionaria"*

In pratica ci si domanda se in caso di danno arrecato direttamente alla società partecipata e non all'ente pubblico partecipante possa ugualmente configurarsi la giurisdizione della corte dei conti.

**Ed è in tale specifica ipotesi che si ripropone la problematica interpretativa in ordine alla necessità di definire la natura giuridica della società partecipata se di diritto privato o pubblica.**

Solo in quest'ultimo caso, infatti, rilevando un danno arrecato ad un ente da classificarsi come pubblico, potrà affermarsi la sussistenza della giurisdizione contabile in tema di responsabilità amministrativa.

Per la verità tale specifica questione, con particolare riguardo agli interventi in merito delle SSUU della Cassazione, era stata affrontata sempre in modo non chiaro e solo di riflesso.

Ci si riferisce alla sentenza delle SSSUU 26 febbraio 2004, n. 3899, con la quale, nel precisare che elemento determinante la decisione in quel caso era costituito dal rapporto di servizio intercorrente tra la spa partecipata con capitale pubblico maggioritario ed il Comune( piuttosto che dal rapporto partecipativo e dal conseguente investimento delle risorse finanziarie pubbliche nel patrimonio della società stessa), evidenziava, altresì, che la questione relativa al se il danno subito dal comune partecipante fosse diretto o meramente riflesso costituiva un profilo estraneo al giudizio sui limiti della giurisdizione.

Ebbene, si era tralasciato completamente di verificare se il danno risultasse arrecato all'ente pubblico partecipante ovvero direttamente alla società partecipata e, in tal ultimo caso, se si trattasse effettivamente di ente pubblico e conseguente configurabilità di un danno erariale.

---

generale affermandosi che laddove rilevi un danno pubblico, questi deve necessariamente trovare ristoro e pertanto tra due interpretazioni deve ritenersi più aderente al sistema quella che *(in presenza dei requisiti normativamente previsti)* aumenta il numero degli obbligati e non quella che li diminuisce.

Questa è l'affermazione di principio precisata con la predetta sentenza 26806/09, la necessità, cioè, di verificare se, in caso di danno che appaia arrecato **direttamente** alla società partecipata e non all'ente pubblico partecipante, possa parlarsi di danno subito da un **ente di diritto pubblico**, premettendo, dunque, una necessaria indagine ermeneutica in tal senso, prima ancora di determinarsi in ordine alla sussistenza o meno della giurisdizione contabile.

Nel caso specifico di cui alla citata sentenza 26806/09, le premesse logico/giuridiche non sono poi concretamente applicate .

L'intero argomentare, infatti, respingendo, tra l'altro, ogni valenza interpretativa in tal senso alla norma di cui all'art 16 Bis della L. 31/08, dà per scontata la natura di diritto privato della società partecipata protagonista della controversia in decisione, tralasciando ogni indagine ermeneutica al riguardo.<sup>4</sup> [4]

Pare, pertanto, ovvio, che, data per scontata la predetta natura privata della società partecipata in parola, in assenza di ogni indagine ermeneutica da condurre in tal senso, si siano, poi, relegate le finalità di diritto pubblico a meri motivi giustificanti la partecipazione societaria, ma non influenti in alcun modo sull'agire della società stessa, che rimane, dunque, soggetto di diritto privato, con personalità autonoma e nettamente differenziata rispetto a quella dei singoli soci, disciplinato dal tipico statuto civilistico.<sup>5</sup> [5]

Il danno cagionato direttamente al patrimonio della società è, in definitiva, un danno arrecato ad un soggetto privato e pertanto non configurante il radicarsi della

---

4[4] Cfr sentenza 1399/2010 della Corte dei Conti Sez. Reg. Lazio, nel richiamare SSUU 26806/09, afferma che la configurabilità della giurisdizione della corte dei conti deriva dalla considerazione che " *ENEL non svolge alcun servizio di stretta rilevanza pubblica; il patrimonio sociale è di proprietà sia dello stato che di privati l'attività dell'ENEL viene svolta in regime di equilibrio di bilancio in assenza di apporti finanziari a ripiano dell'azionista pubblico*".

5[5] Cfr SSUU 5019/2010 cit. nell'affrontare il caso di un privato percettore di finanziamenti pubblici distratti dalla loro destinazione specifica, nel confermare la giurisdizione della corte dei conti al riguardo, precisa " *la situazione che si determina non è quella (cui ha avuto riguardo la sentenza di queste sezioni unite n. 26806/09, relativa al ricorso deciso nella medesima camera di consiglio) propria della allocazione della pubblica provvista in forma di partecipazione al capitale sociale nella quale gli scopi perseguiti dalla PA degradano a motivi dell'atto di partecipazione alla costituzione della società o di acquisto delle sue azioni ambedue estranei all'agire successivo della società stessa*". *La pubblica provvista confluisce, in tal caso, nel capitale sociale presidiato da regole che non si collocano sul piano di un rapporto intersoggettivo tra PA che conferisce il capitale e la società ma su quello dell'ordinamento interno dell'ente di diritto privato e dunque della responsabilità degli organi che la governano verso la società stessa. La responsabilità degli amministratori è allora regolata dal diritto civile perché gli atti di costituzione e di investimento stanno prima e sono esterni all'ordinamento sociale*".

giurisdizione della corte dei conti in tema di responsabilità amministrativo/contabile, bensì del giudice ordinario.

Nonostante la mancata indagine ermeneutica nel caso specifico, le SSUU in parola hanno comunque confermato la necessità della stessa allorché hanno precisato “ *In difetto di norme esplicite in tal senso e fatta salva la specificità di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali sui generis, come nel caso della RAI, è ai principi generali ed alle linee portanti del sistema che occorre aver riguardo*”.

Ed invero, proprio nel caso richiamato della RAI, con **ordinanza 27092/2009**, le SSUU della Cassazione, hanno ascritto nel **novero degli enti pubblici** la RAI in virtù di una attenta analisi ermeneutica del **peculiare regime normativo** connotante l’agire della stessa, da includersi, tra l’altro, **anche** tra gli organismi di diritto pubblico.

In definitiva, a fronte di un danno arrecato direttamente ad una società partecipata da un ente pubblico, occorre in via preliminare affrontare e risolvere la questione interpretativa relativa alla natura giuridica della stessa.

### §. 3

## DISAMINA GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI CRITERI INTERPRETATIVI PER LA CLASSIFICAZIONE DI UN ENTE COME DI DIRITTO PUBBLICO O PRIVATO

Si apre, pertanto, un ulteriore filone problematico relativo ai **criteri ermeneutici** cui ricorrere al fine di classificare o meno un ente come di diritto pubblico.

Questione che, per la verità, si agita ormai da tempo, tanto da avere condotto alla adozione di una legge, n. 70/1975 recante **Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente**.

La norma di cui all’art. 4 della predetta legge, onde mettere ordine al proliferare indisciplinato di enti pubblici, ha disposto che **gli stessi possono essere costituiti solo per legge**.

Se ciò ha contribuito a fornire un elemento di maggiore certezza nella *querelle* relativa alla selezione dei criteri idonei ad individuare la natura di diritto pubblico degli enti, non ha però definitivamente risolto il problema, in quanto spesso le leggi, nel prevedere la costituzione di enti, non ne definivano in modo espresso la natura giuridica.

La questione, poi, si è ulteriormente intricata a fronte del sempre maggiore ricorso da parte della PA allo strumento societario al fine della gestione dei servizi pubblici, ed in particolare dei servizi pubblici locali.

In tali casi, infatti, se da un lato rileva la **previsione di legge** che consente a tale fine la costituzione di un ente societario ( per i servizi pubblici locali a rilevanza economica l'art 23 bis del D.L. 112/08 conv. L. 133/08 e s.m.i.), dall'altro, però, permane il problema connesso al se tali società, a capitale pubblico totalitario e/o maggioritario e/o minoritario, siano da considerarsi effettivamente di natura privata, in quanto rivestenti la forma della società di capitali, oppure comunque di natura pubblica.

Come si diceva, è tutta una questione di criteri ermeneutici da impiegare al fine di risolvere il predetto quesito.

La vicenda ha avuto una evoluzione lunga e complessa, arricchita, tra l'altro, dall'avvento del diritto comunitario e dall'affermarsi di un mercato comune europeo improntato alla libera concorrenza.

Prendendo le mosse, infatti, dalla vicenda connessa alla privatizzazione di enti in origine di dichiarata natura pubblica, rispetto ai quali ci si è chiesti se potesse parlarsi di una privatizzazione sostanziale oppure solo formale con permanenza degli stessi nell'orbita pubblicistica, si è poi esteso il discorso ai già citati enti societari costituiti direttamente come tali, nel rispetto dei tipi previsti dal codice civile, da parte della PA al fine della gestione di servizi pubblici di competenza.

La problematica interpretativa è stata, invero, la medesima in tutti i casi evidenziati: ferma restando la previsione legislativa a monte e la mancanza di una espressa qualificazione come pubblici degli enti così costituiti, si è reso necessario individuare da parte della giurisprudenza interessata i criteri ermeneutici cui fare ricorso al fine di stabilire se quella societaria fosse da considerarsi quale mera veste formale di un ente da classificarsi comunque come di natura pubblicistica o se viceversa si trattasse di veri e propri enti di diritto privato.

E' opportuno prendere le mosse dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.

### § 3.1

## ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Un primo criterio ermeneutico viene fornito con la sentenza 466/1993 relativamente agli enti pubblici economici ( IRI, ENI, INA ed ENEL) destinatari del processo di privatizzazione di cui al D.L. 333/1992 ( conv. L 359/1992).

La questione, in tal caso, concerneva la permanenza o meno nei confronti dei predetti enti ormai privatizzati del controllo della Corte dei Conti ai sensi della L. 259/1958.

Il problema si poneva, più in particolare, in ordine al fatto che l'art. 12 della predetta legge riferiva il controllo in questione agli **enti pubblici**.

A tal proposito, al fine di confermare la natura pubblica degli enti in parola e la permanenza del controllo della Corte dei Conti, la Consulta ha passato in rassegna la evoluzione subita, rispetto al tempo della enunciazione della norma, dalla stessa nozione di ente pubblico.

D'altronde, a dire della stessa Consulta *"la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando: e questo in relazione, da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico, dall'altro, agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una **nozione sostanziale** di impresa pubblica (art.2 direttiva CEE n. 80/723, in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche; art. 1 direttiva CEE n. 90/531, in tema di procedure di appalto degli enti erogatori di servizi).*

Del resto, la stessa normazione sulle "privatizzazioni" che ha dato luogo al conflitto costituisce un esempio di quanto si presenti oggi sfumata la linea di confine che, **nell'ambito di discipline speciali** quali quelle in esame, viene a distinguere gli enti pubblici dalle società di diritto privato.

Basti solo considerare il fatto che le società per azioni derivate dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica, quali quelle, ad esempio, che si collegano alla assunzione della veste di concessionarie necessarie di tutte le attività in precedenza attribuite o riservate agli enti originari o che mantengono alle nuove società le attribuzioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di necessità ed urgenza già spettanti agli stessi enti (v. art. 14, primo ed ultimo comma, legge n. 359 del 1992)."

Si prende atto, condividendone la impostazione, della esistenza di una nozione di PA di carattere sostanziale, di matrice europea, configurabile anche in presenza di una veste di diritto privato, da ritenersi solo formale **in presenza di una disciplina speciale in grado di attrarre gli enti in parola nell'orbita pubblicistica**.

I medesimi criteri interpretativi vengono, poi, ribaditi dalla medesima Corte Costituzionale ed ancor meglio esplicitati con la successiva **sentenza 363/03**, relativamente ad Italia Lavoro s.p.a.

Effettuata una disamina della disciplina statutaria propria della società in parola, la Consulta afferma espressamente trattarsi di una *"speciale società per azioni a capitale interamente pubblico"*.

Più in particolare, al fine di motivare la legittimità costituzionale dell'art. 30 della L.488/01, recante disposizioni in ordine alla attività funzionale di Italia Lavoro, rispetto all'art. 117 Cost, comma 1, lett. G) relativo alla materia "ordinamento ed organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali" si precisa che: *"La natura di società per azioni di Italia Lavoro, infatti, non può valere da sola ad escluderla dall'ambito di applicazione della citata norma costituzionale; d'altra parte, in tal senso milita la considerazione 1)*

*della totale partecipazione azionaria del Ministro del tesoro,2) dei poteri di indirizzo spettanti agli organi del Governo, ed in particolare al Ministro del lavoro e delle politiche sociali, nonché della 3) predeterminazione eteronoma dei compiti e delle funzioni pubbliche che la stessa società è chiamata a perseguire. In altri termini, una società di questo tipo,4) costituita in base alla legge, affidataria di compiti legislativamente previste e per essa obbligatorie, operante direttamente nell'ambito delle politiche di un Ministero come strumento organizzativo per il perseguimento di specifiche finalità, presenta tutti i caratteri propri dell'ente strumentale, salvo quello di rivestire – per espressa disposizione legislativa – la forma della società per azioni”.*

Viene, pertanto, chiaramente ammessa la possibilità di configurare società **speciali** di diritto pubblico, indirettamente fornendo anche una indicazione dei criteri ermeneutici (evidenziati da chi scrive con l'inserimento di numeri progressivi nella sopra riportata motivazione della sentenza in parola) da utilizzare al fine di individuarne la sussistenza.

Quanto sopra è stato ulteriormente confermato anche, più di recente, con la sentenza della **Corte Costituzionale n. 29/06**.

Trattavasi di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nei confronti di vari articoli della L. regionale Abruzzo **5 agosto 2004, n. 23**.

Tra l'altro, si contestava dell'art. 7, comma 4, lettera f), della legge regionale in esame, in quanto si poneva in evidenza che la stessa, nel prevedere che le società a **capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, sono obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, poneva a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato così invadendo la competenza esclusiva statale nella materia “ordinamento civile”** (art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione).

La Consulta ha dichiarato non fondata la questione argomentando, appunto, che la disposizione in esame non era volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, era da assimilare, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici.

In definitiva la Corte Costituzionale sembra ammettere, in linea teorica, la configurabilità di società speciali di diritto pubblico in presenza di consistenti alterazioni del regime giuridico tipico delle società di diritto privato.

## ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DELLE SSUU DELLA CASSAZIONE.

Un percorso maggiormente tortuoso e sofferto è seguito invece dalla giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione.

Punto di partenza può essere individuato nella sentenza della SSUU n. 4989/1995 meglio noto come "Siena parcheggi" e relativo ad una spa con capitale pubblico maggioritario costituita dal Comune di Siena, ai sensi dell'art 22 della L. 142/90, per la gestione del servizio parcheggi e sosta degli autoveicoli.

A tal riguardo, si è, infatti, affermato che *"una volta costituita la società, allo scopo specifico di affidarle il servizio, e stipulata la relativa convenzione - non vi è più alcuna possibilità di interferenza tra il soggetto pubblico e quello privato, i quali operano in sfere diverse, per fini diversi (anche se tra loro non incompatibili) e con diversi strumenti giuridici. Il rapporto tra ente pubblico locale e persona giuridica privata è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali, dei quali - non a caso - non vi è traccia nella legge n. 142-90 né nella delibera istitutiva della s.p.a. Siena Parcheggi e nei patti parasociali stipulati tra i due soggetti"*.

Anche le sezioni unite della Cassazione improntano, dunque, la propria analisi ermeneutica sulla **disciplina specifica** eventualmente caratterizzante la società partecipata di volta in volta esaminata.

Ed infatti, nel caso specifico della Siena parcheggi spa, seppure in modo "sfumato", si pone in evidenza la assenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella tipica e propria delle società di capitali, non rinvenendo nulla al riguardo, né nella delibera istitutiva né nei patti parasociali, e sottolineando, altresì, la non ravvisabilità di un atto concessorio in grado di trasferire alla società stessa la funzioni amministrative.

L'analisi ermeneutica condotta si estende anche a valutare l'eventuale ricorrere dei requisiti necessari a classificare l'ente societario in esame quale **organismo di diritto pubblico**, alla luce del diritto europeo richiamato anche dalla sopra citata sentenza della Corte costituzionale 466/93.

Pur concludendo per la non ravvisabilità, nel caso di specie, del ricorrere di tutti gli elementi necessari alla configurabilità di un organismo di diritto pubblico, si afferma che *"ove pur sussistesse l'obbligo di uniformarsi alla disciplina legale di attuazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, l'adempimento di siffatto obbligo da parte di una società privata non potrebbe giammai conferire natura pubblica agli atti negoziali applicativi dei procedimenti prescritti.....e tanto meno trasformare in atti "sostanzialmente" amministrativi - sotto il profilo soggettivo ed oggettivo - le deliberazioni assunte nei confronti dei terzi degli organi*

*della società, le quali restano manifestazioni dell'autonomia contrattuale o privata volte al perseguimento dello scopo sociale."*

La classificabilità come organismo di diritto pubblico, in definitiva, non avrebbe alcun rilievo ai fini della attrazione nell'orbita pubblicistica dell'ente societario, rilevando solo ed esclusivamente ai fini della applicazione della evidenza pubblica, quale mero modulo gestorio da applicare nel **solo caso degli appalti di opere, beni e servizi**.

Con sentenza **SSUU 2738/1997** si confermano i criteri ermeneutici di cui alla predetta sentenza "Siena parcheggi", estendendone l'applicazione anche al caso di società partecipate in misura totalitaria da enti pubblici e ulteriormente precisando la impossibilità di ravvisare la natura di diritto pubblico in assenza di qualsivoglia interferenza degli enti pubblici nella predisposizione ed attuazione delle attività sociali e quindi nell'esercizio dei poteri decisionali e di gestione fissati dalle norme statutarie.

Ferma restando, dunque, la necessità di una indagine ermeneutica da condurre di volta in volta rispetto alla disciplina specifica eventualmente connotante l'ente societario preso in esame, occorre evidenziare come le SSUU della Cassazione, **in un secondo momento, hanno, poi, mutato orientamento in ordine alla incidenza della qualificabilità di un ente come organismo di diritto pubblico ai fini della conseguente ascrivibilità dello stesso nel mondo degli enti pubblici**.

Esempio paradigmatico ne è la richiamata sentenza SSUU n. 27092/09 resa in ordine alla natura giuridica dell'ente RAI.

In tal caso, come si diceva, si è condotta una articolata indagine ermeneutica tesa a verificare la effettiva esistenza del più volte richiamato **regime giuridico speciale**, idoneo a evidenziare una grave alterazione rispetto alla disciplina tipica delle società di diritto civile e conseguente attrazione dell'ente in esame nell'orbita pubblicistica.

Tra i vari elementi rintracciati in tal senso si è, infatti, espressamente ricompreso anche il fatto che la RAI sia da considerare **organismo di diritto pubblico**.

Nel caso **COTRAL spa**, invece, di cui alla **sentenza SSUU 24672/09**, rilevata una **partecipazione totalitaria** degli enti pubblici nella società in esame, si è concluso direttamente, **senza alcuna ulteriore indagine ermeneutica**, per la natura pubblica della stessa ed immediata classificabilità come erariale del danno dalla medesima subito e conseguente radicarsi della giurisdizione della Corte dei conti.

Non si è condotta alcuna indagine né in ordine alla classificabilità della stessa come organismo di diritto pubblico né in ordine alla sussistenza di un regime giuridico speciale.

Ancora, nel caso di cui alla sentenza **SSUU 8429/2010** relativo alla **spa C.M di Campione di Italia** in tema di danno arrecato alla società medesima dalla condotta tenuta dal proprio direttore generale, prescindendo da ogni riferimento in ordine alla classificabilità o meno della società in parola come organismo di diritto pubblico, si è, invece, approfondito l'aspetto relativo alla sussistenza di un regime giuridico di carattere

speciale, ravvisato, tra l'altro, nella attribuzione dei proventi della casa da giuoco allo Stato ed alle province di Como, Lecco e Varese per la realizzazione di opere pubbliche.

Pertanto, il danno arrecato alla società stessa è stato classificato come pubblico con conseguente radicarsi della giurisdizione della corte dei conti.

Ragionamento analogo è stato condotto dalla sentenza delle SSUU n. 5593/2007 in tema di natura giuridica delle SCIP, società costituite dallo Stato per la cartolarizzazione dei beni immobili di proprietà dello stesso.

La medesima questione, come vedremo, è stata affrontata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti.

Proseguendo nella disamina della sentenza in parola, al fine di individuare la giurisdizione per ciascuno dei segmenti in cui si articola la attività di cartolarizzazione, la stessa ha dovuto esaminare, in pratica, se si fosse in presenza di atti amministrativi, autoritativi, o, viceversa, in presenza di atti di diritto privato.

Ebbene, anche in tale ipotesi non ha preso assolutamente in considerazione la nozione di organismo di diritto pubblico, ed ha approfondito, invece, il profilo relativo alle finalità di diritto pubblico perseguite con l'azione delle predette SCIP e la peculiarità del regime giuridico connotante il procedimento di rivendita dei beni stessi.

Quanto al primo si pone in evidenza come la procedura in parola sia finalizzata essenzialmente al risanamento del debito pubblico.

Con riferimento, invece, al procedimento per la rivendita dei beni, nel porre l'accento sulla peculiarità dello stesso, si evidenzia il relativo delinearli come un procedimento sostanzialmente di evidenza pubblica per la scelta dell'acquirente degli immobili, **pur non rilevando un richiamo espresso alle norme della contabilità di Stato.**

Si conclude, pertanto, affermando che *“ la rivendita in questa fase precedente alla conclusione del contratto è dunque sottoposta a norma di carattere pubblicistico avente di mira le finalità di interesse generale complessivamente perseguite con la cartolarizzazione che attribuiscono alla SCIP particolari poteri e facoltà a fronte dei quali la situazione giuridica dei partecipanti all'asta ha consistenza di interesse legittimo”*

Sebbene, come appare evidente da quanto riportato, non rilevi un orientamento costante ed univoco della cassazione al riguardo, si può, però, evidenziare come, a prescindere dalle peculiarità di ogni singola fattispecie concreta, i criteri di indagine ermeneutica si fondano essenzialmente sulla verifica:

- di un **interesse pubblico** cui è preordinata l'attività della società partecipata;
- la esistenza di un **regime giuridico tale da incidere in senso deviante** rispetto alla disciplina codicistica tipica delle società di capitali.

- ovvero, pur assenza dei predetti due requisiti, sembra avere valore assorbente ai fini della ascrivibilità nel novero degli enti di diritto pubblica la partecipazione totalitaria della pubblica amministrazione alla compagine societaria

Rispetto, poi, all'orientamento di cui alla citata sentenza "Siena Parcheggio", **l'evoluzione interpretativa** che emerge può essere individuata nell'aver incluso tra gli indici comprovanti la natura pubblica di un ente societario anche la qualificabilità dello stesso come organismo di diritto pubblico, così **allineandosi agli orientamenti propri del diritto comunitario**.

### § 3.3

#### **NOZIONE DI ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO ED INCIDENZA AI FINI DELLA ATTRAZIONE NELL'ORBITA DEL DIRITTO PUBBLICO**

Il ricorrere dei soli requisiti strutturali in grado di ascrivere un ente societario nell'ambito degli organismi di diritto pubblico, in assenza di ulteriori elementi incidenti sul regime giuridico dello stesso, **non** induce le SSUU ad affermarne la natura pubblica.

Ne deriva, pertanto, quale conseguenza, la sola applicabilità della normativa di cui al DLGS 163/06 ( codice dei contratti) in tema di applicazione della **disciplina della evidenza pubblica**.

L'art 3 del predetto DLGS, al comma 25, ricomprende, infatti, espressamente tra le amministrazioni aggiudicatrici nei cui confronti il medesimo trova applicazione anche **gli organismi di diritto pubblico**, fornendone una definizione al successivo comma 26.

Per la verità, l'art. 32 del citato D.LGS 163/06 si interessa propriamente delle società partecipate, prevedendo una disciplina maggiormente rigorosa.

Ed invero, anche nel caso in cui le società partecipate da enti pubblici, pur in misura non maggioritaria, non dovessero risultare classificabili come organismi di diritto pubblico, le norme di cui al DLGS 163/06, richiamate nel citato art 32 comma 1, troveranno ugualmente applicazione nei confronti delle stesse, ivi comprese quelle di cui agli artt. 113, 113 bis, 115 e 116 del Dlgs 267/00, laddove abbiano **ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza**.

Una tale estensione non avrà, però, luogo, nel caso in cui le predette società partecipate, non classificabili come organismi di diritto pubblico, versino nelle seguenti condizioni:

1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;

2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;

3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

**Si assiste, in pratica, ad una estensione dell'ambito applicativo del codice dei contratti anche a soggetti di natura privata non classificabili come organismi di diritto pubblico.**

Classificazione che, però, come si diceva, **in assenza del ricorrere degli ulteriori elementi di cui sopra**, non vale, per le SSUU della cassazione, ad attrarre nell'orbita pubblicistica l'ente interessato.

### § 3.4

#### ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

Posizione sostanzialmente analoga è quella sottesa agli orientamenti al riguardo della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Per la verità, con molto anticipo rispetto alle SSUU della Cassazione, ha preso atto e pienamente condiviso l'orientamento comunitario in tema di organismo di diritto pubblico.

Rileva a tal proposito, quale *leading case*, la sentenza **1478/1998** che, in merito alla spa interporto Toscano, riconoscendone la natura di organismo di diritto pubblico ha evidenziato che ".....l'ordinamento comunitario ha inteso "**snidare la pubblicità reale**" che si nasconde sotto diverse forme prescindendo dal criterio della pubblicità formale ed optando per la pubblicità sostanziale del soggetto aggiudicatore. In altre parole la sottoposizione alle regole procedurali, mercé la qualificazione di un soggetto come pubblico ai fini degli appalti, finisce per prescindere dall'attribuzione della personalità giuridica pubblicistica da parte dello Stato nazionale e va a reggersi sul dato sostanziale relativo all'esercizio da parte dei poteri pubblici di un'influenza dominante sulla proprietà, sulla partecipazione finanziaria e sull'ordinamento dell'impresa.....".

La classificabilità come organismo di diritto pubblico, ove non ricorrano ulteriori elementi tesi a comprovare una effettiva attrazione nell'orbita pubblicistica, anche per il C.d.S. comporta solo l'applicazione della normativa in tema di evidenza pubblica (attuale DLGS 163/06) in tema di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Perché possa sostenersi la natura pubblica dell'ente societario occorre, infatti, che rilevi:

1) il perseguimento di una finalità pubblica;

2) l'impiego, quindi, di risorse di diritto pubblico;

3) la presenza di un regime giuridico in deroga rispetto a quello proprio della società di diritto commerciale.

La classificabilità, poi, tra gli organismi di diritto pubblico vale, in presenza dei sopra richiamati elementi, quale **conferma** di una tale natura di diritto pubblico

Ciò è quanto viene espressamente affermato con la sentenza del **CDS 4711/2002**, resa in ordine alla natura giuridica di **ENEL spa**.

In tal caso, pur seguendo un percorso ermeneutico sostanzialmente analogo a quello seguito dalle SSUU della Cassazione nei molteplici casi sopra riportati, diversamente dalle conclusioni di cui alla richiamata SSUU 26806/09, opta per la natura pubblica dell'ente ENEL spa.

A tale conclusione si perviene evidenziando come la giurisprudenza sia fosse ormai orientata nel senso di escludere che la semplice veste formale di spa fosse idonea a trasformare la natura pubblica di soggetti che, in mano al controllo maggioritario dell'azionista pubblico, continuassero ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici.

Si è, poi, sottolineato che *“ENEL spa, pura avendo assunto una forma societaria, ha continuato ad essere sottoposta ad una disciplina derogatoria rispetto a quella civilistica, sintomatica della strumentalità rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche.”*

Passa, pertanto, ad enumerare i criteri in base ai quali emerge la predetta deviazione e conseguente natura pubblica della società in parola:

*“ .....La costituzione in s.p.a. è, quindi, avvenuta non per un atto di autonomia o per effetto*

*di un contratto, ma ad opera di un intervento legislativo ed in assenza di una pluralità di soci.....;*

*....Anche a seguito della parziale cessione del capitale a privati tramite collocamento in borsa di parte del capitale sociale di Enel s.p.a. (legge n. 474/1994) e dell'attuazione del processo di liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica (D. Lgs. n. 79/1999), si rileva che permangono per Enel s.p.a. le difformità di regime giuridico che consentono di riconoscere alla società per azioni la qualificazione pubblicistica.....;*

*.....L'azionista pubblico (Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, oggi Ministro dell'economia e delle finanze) non esercita i propri diritti autonomamente, ma, in alcuni casi, secondo le direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri o d'intesa con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, oggi Ministro delle attività produttive.....;*

*.....Il titolare della maggioranza delle azioni di Enel s.p.a. è, quindi, tuttora in parte condizionato nell'esercizio dei propri diritti di azionista da regole di funzionamento, che*

costituiscono un'alterazione del modello societario tipico e rivelano la completa attrazione nell'orbita pubblicistica della s.p.a.....;

..... è senza alcun dubbio in presenza di **importanti deroghe** rispetto al regime societario tipico che, nel comportare una consistente **alterazione dei normali meccanismi di funzionamento degli organismi societari de quibus** e una compressione di non poco conto dell'autonomia funzionale degli organi societari con potestà deliberante....."

Si sottolinea, poi, come la natura pubblica di ENEL spa, così argomentata, risulti semplicemente **confermata** ( e non fondata) dalla circostanza che la società medesima sia, tra l'altro, qualificabile come **organismo di diritto pubblico** ( cfr in tal senso **CDS 1206/2001** in ordine a SPA POSTE).

Anche con riferimento alla natura giuridica delle SCIP, in tema di cartolarizzazione dei beni immobili dello Stato, il C.d.S prende una posizione più netta e decisa rispetto a quanto sostenuto dalle citate SSUU 5593/07.

Al riguardo, infatti, come riportato, la citata sentenza delle SSUU, pur affermando il radicarsi della giurisdizione del GA nella fase della "rivendita", emergendo, nel relativo ambito, poteri di natura pubblica a fronte dei quali rilevano solo interessi legittimi, non ha classificato in modo espresso le predette SCIP come enti di natura pubblica.

Il C.d.S, invece, con sentenza n. **308/06**, accertato il ricorrere, oltre che della qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico, anche degli ulteriori criteri interpretativi rappresentati dal perseguimento di finalità pubblicistiche e dalla sussistenza di un regime legale derogatorio rispetto a quello proprio delle società di diritto civile, ha **sostenuto espressamente la natura pubblica delle citate SCIP.**

Si evidenzia infatti che:"...omissis... *sebbene tale società abbia natura formalmente privatistica ( essendo costituita secondo il modello comune delle società di capitali ), evidenti sono il suo carattere strumentale rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche e l'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario....omissis* .....se è vero, allora, che, come è stato già più volte sottolineato dalla stessa Corte di Cassazione la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni in tutto o in parte (non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico"), **dall'analisi degli elementi di cui sopra** ( necessariamente, peraltro, sintetica anche se adeguata ai fini che nella specie rilevano ) emerge chiaro, a parere del Collegio, come sia proprio tale assoluta autonomia ad essere del tutto assente nella posizione funzionale della SCIP e nell'esercizio delle attività demandate dal legislatore, apparendo, al contrario, la stessa soggetta, in tale ambito, all'esercizio del potere gestionale discrezionale e totalizzante dell'Amministrazione di riferimento ( il Ministero dell'Economia e delle Finanze ) di incidere in maniera del tutto pervasiva sulla sua solo astratta e

*presunta autonomia, così divenendo di fatto essa stessa strumento per l'esercizio di poteri pubblicistici."*6 [6]

In definitiva, la ascrivibilità di un ente societario nell'ambito degli **organismi di diritto pubblico**, per la giurisprudenza del C.d.S come anche per quella delle SSUU della Cassazione, **in assenza degli ulteriori elementi interpretativi sopra identificati**, comporta quale unica conseguenza la applicabilità della normativa della evidenza pubblica, ai sensi del DLGS 163/06.

### § 3.5

#### ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI

Sostanzialmente analoga agli orientamenti appena sintetizzati è la posizione espressa al riguardo dalla giurisprudenza della Corte dei Conti, pur se con un ulteriore slancio interpretativo in avanti con riferimento alla possibilità di attrarre nell'orbita pubblicistica un ente societario anche in presenza dei soli requisiti per ascriverlo tra gli organismi di diritto pubblico.<sup>7</sup> [7]

---

<sup>6</sup>[6] Cfr in tal senso Corte dei Conti Sezione giurisdizionale Campania n. 1494/2010 che, in ordine alla natura giuridica delle SCIP, argomentando dalla esistenza di ampie deroghe normative al modello societario di diritto comune finalizzate al perseguimento di finalità di pubblico interesse ne afferma la classificabilità come enti pubblici in forma societaria.

<sup>7</sup>[7] Cfr Corte dei Conti Sezione giurisdizionale della Lombardia, n. 114/06: “ Trova, infatti, sostenitori in dottrina la tesi secondo la quale l'appartenenza di una persona giuridica alla categoria dell'organismo di diritto pubblico ovvero dell'impresa pubblica non costituisce affatto un indice di pubblicità dello stesso ma comporta esclusivamente l'applicazione alla medesima della normativa comunitaria in tema di appalti.

*Principio fondante di tale tesi è l'estraneità, rispetto ai fini perseguiti dalla normativa comunitaria in tema di appalti (e, di conseguenza, da quella nazionale che ne costituisce il recepimento), di qualsiasi preoccupazione in ordine alla legalità, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (al cui perseguimento è, invece, finalizzata qualsiasi normativa pubblicistica), e, per converso, l'esclusività del diverso scopo costituito dallo sviluppo della concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici; in tal senso, viene citata la recente sentenza 7 ottobre 2004, n. 247/02 della Corte di giustizia europea.*

*Tali orientamento non appare condivisibile.*

*È inequivoco che la principale - se non addirittura l'unica - preoccupazione del legislatore comunitario in subjecta materia sia quella di definire le regole per mantenere ed ampliare la concorrenza all'interno della comunità europea.*

*È, altresì, evidente che non rientra né tra i suoi fini né tra i suoi compiti quello di emanare norme definitorie in ordine all'appartenenza di soggetti nazionali all'ambito della pubblica amministrazione; ciò non di meno, la normativa*

## § 3.6

### CONCLUSIONI

In definitiva, gli orientamenti passati in rassegna evidenziano che ove l'ente pubblico costituisca una società di capitali o vi partecipi, la sola presenza dello stesso non vale certo ad attrarre nell'orbita pubblicistica l'ente societario in parola, **salva l'ipotesi in cui rilevi una partecipazione pubblica totalitaria (cfr supra SSUU 24672/09 COTRAL spa)**.

---

*comunitaria, soprattutto dopo il suo recepimento, può e deve costituire un elemento di cui l'interprete si serve ai fini dell'applicazione della normativa nazionale.*

*A tal fine, non può non rilevarsi come tutta la normativa comunitaria in materia nasca dall'esigenza di evitare (o, quanto meno limitare) gli effetti distorsivi sul mercato conseguenti all'azione della P.A. e che, dunque, al fine di garantire la concorrenza nel mercato europeo ed impedire alle diverse amministrazioni nazionali di limitarla, la normativa europea si trovi nella necessità di individuare gli indici di pubblicità dei soggetti che operano in tale mercato.*

*Asserire che tale operazione sia finalizzata unicamente all'applicazione della normativa europea significa attribuire a tale opera di definizione una valenza parziale, idonea a realizzare una qualificazione in parte qua e, dunque, confondere il profilo attinente all'essenza dell'ente con quello relativo alle modalità della sua azione.*

*Nella normativa comunitaria, l'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica sono definiti facendo riferimento ad indici di indiscussa pubblicità, tali da connotarne in maniera sostanziale la loro essenza come soggetti appartenenti all'area pubblicistica.*

**L'inquadrabilità del soggetto in tale ambito non può non avere conseguenze anche al di fuori della materia degli appalti, svolgendo tale normativa la funzione di elemento utile alla definizione della natura del soggetto in toto e non in parte qua (e, dunque, anche al di là ed al di fuori di tale materia).**

**D'altro canto, è notorio che, nel nostro ordinamento nazionale, la normativa in tema di evidenza pubblica, nata al fine di favorire l'economicità dell'azione amministrativa ed evitare sprechi e danni all'erario pubblico, ha finito con il divenire modus agendi tipico della pubblica amministrazione, in quando modalità procedimentale idonea a garantire il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, ma altresì di quelli di legalità, trasparenza e responsabilità.**

*Conseguentemente, la circostanza che un ente sia soggetto alla normativa europea in tema di appalti trova il suo fondamento nella sua natura pubblica, la quale, a sua volta, lo rende sottoposto ad una serie di disposizioni nazionali (compreso il controllo di questa Corte) che, favorendo la trasparenza e legalità della relativa azione, garantiscono al contempo e necessariamente il miglioramento del mercato.*

*Pertanto, la classificabilità di un ente come organismo di diritto pubblico ovvero impresa pubblica ne implica la sottoponibilità non solo alle regole comunitarie in tema di appalti ma, al tempo stesso e per i medesimi motivi, anche a quelle interne in tema di controllo e sindacato giurisdizionale della magistratura contabile e ciò non solo per motivi logici, ontologici e sistematici, ma altresì per motivi funzionali e di coerenza del sistema.*

In tal caso, pertanto, non occorre procedere ad alcun ulteriore approfondimento, trattandosi di un patrimonio interamente pubblico, il cui eventuale danno potrà classificarsi come erariale ed ascrivibile alla giurisdizione della Corte dei Conti. 8[8]

In tutti gli altri casi occorre, invece, procedere ad una indagine ermeneutica tesa, sostanzialmente, ad accertare:

- la strumentalità dell'ente al perseguimento di finalità pubblicistiche;
- il ricorso a risorse di diritto pubblico;
- una sostanziale deviazione, normativamente imposta, dal regime giuridico tipico delle società di capitali.

La classificabilità, poi, dell'ente societario anche come organismo di diritto pubblico vale solo a **confermare** una natura pubblica che sia già acclarata in virtù del ricorrere dei predetti ulteriori requisiti.

Ricollegandoci a quanto si diceva in ordine ai limiti di estensione della giurisdizione della corte dei conti, ove una società partecipata sia classificabile, alla luce dei criteri ermeneutici illustrati come di diritto pubblico, la stessa potrà essere confermata anche in caso di danno arrecato direttamente alla società medesima.

Si tratterà, infatti, di un danno inferto ad un ente pubblico e come tale in grado di fondare, al ricorrere anche degli ulteriori elementi fondanti la responsabilità amministrativa, la giurisdizione della Corte dei conti.

#### §. 4

### **ATTUALE REGIME LEGALE DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE: INCIDENZA SULLA RELATIVA NATURA GIURIDICA**

In esito a tale articolata disamina occorre, allora, domandarsi se, alla luce **dell'attuale regime giuridico** proprio delle società partecipate da enti pubblici e, più in particolare, di quelle partecipate da enti locali, ferma restando la sicura ravvisabilità di finalità pubblicistiche inerenti la gestione stessa di un servizio pubblico e l'impiego di risorse di diritto pubblico derivanti dalla quota di partecipazione, possa affermarsi anche la esistenza, per le stesse, di un **regime legale in deroga** rispetto a quello codicistico e tale da poterne **affermare la specialità e conseguente natura di diritto pubblico.**

---

8[8] Cfr Corte dei Conti Sez. Giurisdizionale Campania sentenza n. 1355/2010.

In effetti, rilevano previsioni di legge, stratificatesi solo negli ultimi anni, in grado di **incidere fortemente, imbrigliandola, sulla autonomia imprenditoriale delle società partecipate**, conformandola al perseguimento di finalità pubblicistiche difficilmente conciliabili con l'essenza della predetta autonomia costituita dal perseguimento del fine di lucro.

La imposizione del rispetto degli obblighi in tema di evidenza pubblica di cui al D.lgs 163/06, di quelli di cui all'art 35 del D.lgs 165/01 in tema di selezione del personale dipendente, come anche la estensione dei vincoli, previsti per le pubbliche amministrazioni, alla spesa per il personale, per studi, consulenze, relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità, sponsorizzazioni, ed addirittura il divieto, in taluni casi specifici, di procedere agli aumenti di capitali a favore delle società partecipate in perdita, non possono non conformare in modo talmente speciale da snaturarlo, il regime tipico delle società di diritto privato.

La logica che sottende le previsioni in parola, diversamente da quanto accade nel diritto civile, non è quella proprio del lucro e della ripartizione degli utili, ma quella del perseguimento di finalità di diritto pubblico, quali, nel caso di specie, il necessario contenimento della spesa, **anche a detrimento del predetto lucro**.

In tale variegato *puzzle* di norme acquisisce grande rilievo, ai fini della risoluzione della problematica in esame, anche la citata norma di cui all'art. 22 della L. 241/90, dove si è adottata in modo chiaro ed espresso una definizione di "pubblica amministrazione" nella quale si sono ricompresi anche i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse .

A tal specifico proposito è opportuno sottolineare la differenza rispetto al criterio adottato dal legislatore in tutti gli altri casi in cui si è cimentato nella individuazione dell'ambito applicativo dei provvedimenti di legge, quali, ad esempio, i richiamati D.lgs 165/01, D.lgs 163/06.

Anziché provvedere alla definizione generale della nozione di pubblica amministrazione si è preferito fornire un elenco degli enti ritenuti come tali.

Nel caso di cui al predetto art. 22 L . 241/90, invece, si è espressamente definita, come si diceva, la nozione di pubblica amministrazione ricomprendendovi espressamente anche i soggetti di diritto privato **limitatamente alla loro attività di pubblico interesse**.

Rispetto alla predetta definizione può osservarsi quanto segue:

- Nel riferirsi genericamente ai "soggetti di diritto pubblico" lascia comunque irrisolta la questione connessa al quando ed in presenza di quali specifici requisiti può parlarsi effettivamente di soggetto di diritto pubblico;
- Afferma, comunque, che i soggetti di diritto privato sono da considerarsi pubblica amministrazione ogniqualvolta gestiscono pubblici interessi anche se **limitatamente alla predetta gestione**.

Rapportando tali conclusioni alla tematica della società partecipate ne deriva che, seppure non dovessero essere definibili quali soggetti di diritto pubblico in base ai criteri ermeneutici *supra* analizzati, comunque, laddove si trovino a gestire pubblici interessi, limitatamente alla attività inerente alla predetta gestione devono considerarsi quali pubbliche amministrazioni.

In pratica si è accolta, andando di diverso avviso rispetto alla giurisprudenza comunitaria, la teoria dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* limitando lo statuto di diritto pubblico, nel caso di soggetti di diritto privato, alla sola quota parte di attività destinata alla gestione di fini di pubblico interesse.

Dalla disamina appena compiuta, dunque, sotto lo specifico profilo dei criteri interpretativi cui fare riferimento, emerge un dato significativo: rispetto alla impostazione originaria del vigente codice civile, che ha dedicato la sola norma di cui all'art. 2449 ( in quanto ormai abrogato l'art. 2450) alla disciplina delle società partecipate da enti pubblici, **il quadro normativo è radicalmente mutato.**

La stessa *ratio* posta alla base di una tale iniziale scarna provvista normativa, motivata dal guardasigilli Grandi, nella relazione di accompagnamento al codice civile del '42, con la considerazione che la PA, laddove intenda ricorrere allo strumento societario si assoggetta pienamente al relativo statuto, **deve ritenersi ormai non più attuale.**

Lo stratificato quadro normativo, di carattere speciale, che è venuto così a comporsi evidenzia l'impossibilità di ritenere una tale totale assimilazione.

#### § 4.1

### DISAMINA DEL REGIME LEGALE CONNOTANTE LE SOCIETÀ PARTECIPATE ALLA LUCE DEI RECENTI INTERVENTI NORMATIVI

Si provvede, di seguito, a riportare, in via esemplificativa, alcune delle norme, tra cui le disposizioni cui si è fatto riferimento appena sopra, che recentemente hanno inciso sul regime giuridico proprio delle società partecipate, così da porre in evidenza come non si possa più negare la **natura speciale delle stesse.**

Al riguardo, in considerazione del livello di complessità della normativa in parola, è opportuno differenziare tra: - le norme che incidono sul **profilo genetico** delle società stesse e, quindi, sulla legittimazione negoziale degli enti pubblici; - le norme che incidono sul **profilo funzionale** proprio delle società stesse e, dunque, sulla relativa legittimazione negoziale.

Per la verità ai fini della indagine *de qua*, il profilo di interesse è quello di carattere funzionale, ma per esigenze di completezza si ritiene opportuno fornire, comunque, un quadro che risulti il più completo possibile.

### **- Profilo GENETICO**

A tal proposito rileva una limitazione della legittimazione negoziale delle stesse pubbliche amministrazioni sotto lo stretto profilo della possibilità di costituire o partecipare a società di capitali, quali strumenti per l'espletamento di funzioni e servizi pubblici.

E' interessante osservare la lenta progressione in aumento dei limiti normativi in parola.

Un primo limite è stato imposto con l'art 13 del D.L. 223 del 4 luglio 2006 ( cd D.L. BERSANI), ma che, in quanto incidente direttamente sulla autonomia negoziale delle società stesse, verrà affrontato, *ex professo, infra*.

Interventi realmente incidenti, invece, sul profilo in esame riguardano l'art. 3, comma 27 e ss. della L. 244/07, cui ha fatto, poi, seguito l'art. 14, comma 32, del D.L. 78/10 (conv. L 122/10).

Il citato art. 3, si riferisce a tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del DLGS 165/01 e dispone il divieto per le stesse di costituire società *aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*.

Tale **vincolo operativo** non trova applicazione per la costituzione di società che *producono servizi di interesse generale* e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al DLGS 163/06.

La normativa in parola, come messo in luce nei lavori preparatori della stessa, **incidendo sull'oggetto sociale delle società**, ha come scopo precipuo quello di evitare forme di abuso e tutelare la concorrenza e il mercato.

Si vuole evitare, in pratica, che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali ovvero per la produzione di servizi di interesse generale.

Al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza si è, così, rafforzata, secondo quanto sostenuto dalla Corte costituzionale con sentenza n. 148/09, **la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici.**

Come si diceva, non rileva alcun limite in ordine alla costituzione di società che producono **servizi di interesse generale.**

Il comma 28 dell'art 3 in esame, demanda all'ente interessato l'accertamento della predetta finalità.

*Secondo gli orientamenti maggioritari della giurisprudenza della Corte dei Conti, " il ruolo centrale della amministrazione locale quale interprete primario dei bisogni della collettività locale, riconosciuto anche a livello costituzionale, non può essere messo in discussione dalla mancanza di un organico quadro legislativo che individui le funzioni comunali.....Spetta quindi al singolo ente valutare quali siano le necessità della comunità locale e avviare le politiche necessarie a soddisfarle".( Sez. Reg. Controllo Lombardia 861/2010).*

Onde evitare una disapplicazione in concreto del limite in esame, pur ascrivendosi in capo all'ente interessato la valutazione di un tale interesse, si è, comunque, previsto anche il controllo esterno della Corte dei Conti, disponendo l'obbligo dell'invio alla stessa della delibera con la quale si procede alla valutazione in parola.

Con l'art 14, comma 32, del DL 78/10, incentrando l'attenzione solo una categoria di pubbliche amministrazione e segnatamente i COMUNI, si è radicalizzata la limitazione della relativa capacità negoziale.

Si è, infatti, definitivamente negata la possibilità di procedere in assoluto alla costituzione di società per i COMUNI con popolazione inferiore ai 30.000 ab.

Questi, entro il prossimo **31.12.2011** sono obbligati a **liquidare** le società eventualmente già costituite alla data di entrata in vigore di tale norma o a cederne le partecipazioni.

Tale divieto NON si applica, invece, alle società costituite da più comuni la cui popolazione complessiva supera i 30.000 ab.

Riguardo, invece, i COMUNI con popolazione **tra i 30.000 ed i 50.000 ab** possono detenere la partecipazione di una sola società ed entro il **31.12.2011** dovranno mettere in liquidazione le società già possedute.

Il comma in esame, nel proprio *incipit* fa salvo quanto disposto dal sopra citato art **3, comma 27, 28 e 29 della L. 244/07**, rendendo, così, necessario un raccordo tra le stesse.

A tal specifico proposito rileva il citato parere dalla **Corte dei Conti, sezione controllo della Lombardia, 861/2010**, a tenore del quale i comuni che possono procedere alla costituzione di società per la gestione di servizi pubblici ai sensi del predetto art 14, dovranno rispettare i limiti dell'art. 3, comma 27 della L. 244/07.

Sempre sotto il profilo dei limiti posti all'ambito applicativo delle società partecipate rileva l'art. 2 del recente DPR 168/2010, recante il regolamento adottato in attuazione di quanto disposto dall'art 23bis del DL 112/08 ( conv. L. 133/08) e **concernente solo l'affidamento dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica.**

L'art 2 in commento afferma, infatti, che gli enti locali dovranno adottare una **delibera quadro** entro un anno dalla entrata in vigore del medesimo DPR ( **27.10.10**) con la quale individuare i servizi che intendono gestire in esclusiva e quelli invece rimessi alla libera contrattazione di mercato.

Valutazione, quest'ultima, da condurre verificando la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali e limitando, quindi, l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla 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.

Dal raccordo sistematico della normativa riportata e con specifico riferimento al settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica ne deriva che, fermi restando i divieti assoluti per i comuni di cui all'art. 14 co 32 DL 78/10, gli enti locali cui è normativamente consentita la costituzione delle società partecipate dovranno individuare i servizi da considerarsi come di interesse generale ( art 3 co 27 L 244/07) e che, sulla base di una valutazione di mercato, risulti maggiormente più efficiente riservare in esclusiva.

Le società così costituite, ove tese al perseguimento di interessi di carattere generale e non astrette dal vincolo operativo di cui sopra, ai sensi **dell'art 3 comma 2 del DPR in parola**, potranno partecipare liberamente alle procedure competitive di cui all'art 23 bis comma lett a).

## **- Profilo FUNZIONALE**

Di maggiore interesse ai fini della indagine in parola sono i limiti sempre più numerosi imposti dalla normativa stratificatasi nel tempo all'agire proprio delle società

partecipate, realizzandosi una **deroga significativa** rispetto allo statuto civilistico previsto per il "tipo" di società scelto.

Le deroghe in parola hanno fonte normativa e tale notazione rende ancora più significativa la predetta deroga.

Interventi, infatti, sullo statuto e/o sull'atto costitutivo delle società partecipate, rimessi alla volontà negoziale dei soggetti costitutori, non potrebbero intervenire oltre i limiti codicisticamente consentiti dalla elasticità del tipo societario scelto.

A tal ultimo proposito, poi, acquisisce rilievo deterrente di ogni eccessivo stravolgimento dei principi di cui alla predetta normativa codicistica, la disposizione di cui **all'art. 2497 cc.**

La stessa prevede, infatti, la responsabilità diretta nei confronti dei soci, delle società o **enti** che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscano nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società medesime.

**Alla luce della normativa sopra richiamata, appare evidente come, in assenza di deroghe che, dotate anch'esse della forza di legge, siano in grado di derogare in modo significativo alla disciplina propria delle società, l'interesse pubblico non potrà incidere influenzando in modo determinante l'agire delle stesse e gli scopi perseguiti e così attrarre nell'orbita pubblicistica l'ente societario interessato.**

L'analisi in parola può prendere le mosse dal citato art. 13 del DL 223 del 4 luglio 2006 ( cd DL BERSANI).

La predetta norma dispone che 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 in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti.

Le stesse non possono, quindi, svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.

**Sono, in definitiva, ad oggetto sociale esclusivo.**

In tal caso rileva, quindi, un limite all'autonomia negoziale delle società stesse ( **divieto di attività extraterritoriale**) che, però, a differenza di quanto disposto dall'art. 3 comma 27 L. n. 244/07, concerne solo le partecipate per la produzione di beni e servizi

**strumentali** alla attività di tali enti, con espressa esclusione, dal proprio ambito applicativo, delle partecipate costituite per la gestione di servizi pubblici locali.

Come evidenziato dalla Corte Costituzionale con sentenza 326/08, la *ratio* alla base del limite operativo in parola è il medesimo di quello osservato in occasione dell'approfondimento dedicato al citato art. 3 L. 244/07.

Si è sottolineato come, anche in tal caso, si è inteso separare nettamente la attività amministrativa in forma privata rispetto alla attività di impresa di enti pubblici.

*“.....L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza.*

*Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distortiva della concorrenza.”( Corte Cost. 326/08)*

A tal proposito occorre operare un immediato raffronto con la norma di cui **all'art. 23bis, comma 9, del DL 112/08.**

Tale norma, infatti, prevede il divieto di **acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi o di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati**, per le società 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 ovvero ai sensi del comma 2, lettera b).**

L'ambito applicativo di un tale divieto di attività extraterritoriale, a differenza di quanto disposto dal citato art. 13, **concerne i servizi pubblici locali**, ma è **limitato alle sole società che risultino affidatarie di un servizio in via diretta**, con procedura NON ad evidenza pubblica.

Dal tenore letterale della norma in esame, il limite si estenderebbe anche alle società partecipate la cui selezione del socio privato sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ( art. 23 bis comma 2 lett. b).

Un primo orientamento interpretativo a tal specifico proposito è stato fornito dalla sentenza del TAR Calabria, n. 561/2010, secondo cui una tale estensione, sebbene conforme al tenore letterale della norma, non risulterebbe condivisibile, dovendosi ritenere, ai fini della concorrenza e del mercato, le modalità di cui al citato comma 2 lett. b del tutto equivalenti a quelle di cui alla lett. a della medesima norma.

Si è pertanto concluso per la non estensibilità.

**Di notevole incidenza ai fini ivi in esame sono le disposizioni di cui agli artt. 6 e 7 del DPR 168/2010**

Più in particolare con l'art. 6 viene espressamente previsto l'obbligo per le società in house e per le società miste, a **prescindere dalla quota di partecipazione pubblica**, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, di applicare per l'acquisto di beni e servizi le disposizioni di cui al DLGS 163/06.

Come si diceva un tale obbligo era già imposto dall'art 32 del predetto D.lgs, pur se limitatamente alle società partecipate che avessero ad oggetto **della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza.**

Per la verità la disposizione di cui al sopravvenuto DPR in parola, fatto salvo il riferimento espresso anche alle società in house, non aggiunge nulla di nuovo al riguardo.

Ed infatti, come già visto, ai sensi di quanto disposto dal richiamato art 2 del regolamento le società partecipate potranno gestire solo i servizi pubblici locali a rilevanza economica che ciascun ente avrà ritenuto, con apposita delibera quadro, non collocabile sul libero mercato e pertanto di gestire in esclusiva.

Con la norma di cui all'art 7, invece, si è imposto alle società miste e a quelle in house di adottare con propri provvedimenti criteri e modalità per il **reclutamento di personale** e per il **conferimento degli incarichi** nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art 35 del D.lgs 165/01.

In questo caso, a differenza del precedente art. 6, vengono espressamente escluse le società quotate in mercati regolamentati.

Si ritiene, poi, che il mancato riferimento espresso nel corpo dell'articolo in esame alle società in house, sebbene espressamente menzionate nella relativa rubrica, non incida affatto nel senso della esclusione delle stesse.

A prescindere, infatti, dalla espressa menzione o meno, in ordine alle società in house, in quanto *longa manus* della pubblica amministrazione costituente e totalmente partecipate dalle stesse, non si ritiene vi siano dubbi sulla natura di diritto pubblico delle medesime e conseguente applicazione del relativo statuto.

Disposizioni in tale senso erano, però, già vigenti, rilevando la norma di cui all'art. 18 del DL 112/08 conv. L 133/08.

Ai sensi del comma primo della predetta: “le società che gestiscono *servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica 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.*”.

La norma in parola limita, però, il proprio ambito applicativo alle sole società a totale partecipazione pubblica, mentre il citato art. 7 del DPR 168/2010 lo **estende a tutte** le società partecipate, a **prescindere dalla quota di partecipazione pubblica**.

Per le altre società, differenti da quelle di cui all'art 23 bis del DL 112/08 conv. L 133/08 e ss.mm.ii. e non incluse quindi nell'ambito applicativo del regolamento in esame, rileva la disposizione di cui al comma 2 del citato art. 18 del DL 112/08, secondo cui le stesse dovranno applicare con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel **rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità**.

In tal ultimo caso non rileva, in pratica, un espresso richiamo all'art 35 del D.lgs. 165/01 ma solo ai principi enunciati.

Proseguendo nella disamina dell'art 18, il comma 2bis dispone che le società a **partecipazione pubblica locale totale** o di controllo che siano **titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara**<sup>9</sup> [9] ovvero che svolgano **funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale** aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ( cfr oggi art 1 co 3 L . 196/09), sono destinatarie di tutte le disposizioni che impongono a carico delle pubbliche amministrazioni di cui al D.lgs. 165/01 **divieti o limitazioni alle assunzioni di personale**.

Le stesse, sempre ai sensi della medesima norma in parola, sono tenute, altresì, ad **adequare le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le**

---

9[9] La medesima tipologia di società partecipata titolare di affidamenti diretti è destinataria anche dei limiti di cui all'art 23 bis comma 9 D.L. 112/08 commentati *supra*

**amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze.**

Disposizione di analogo tenore, sebbene differente sia sotto il profilo dell'ambito applicativo sia sotto quello della tipologia dei limiti imposti è quella di cui **all'art. 6 comma 11 del DL 78/2010.**

Tale norma, impone, infatti alle sole società di cui all'elenco ISTAT ( **tra le quali, come si diceva, NON appaiono ricomprese società partecipate da EELL**), di conformarsi *al principio di riduzione di spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, desumibile dai precedenti commi 7, 8 e 9 del medesimo articolo.*

Sempre i tema di personale e dei limiti di carattere speciale posti alla libera scelta dello stesso rileva anche la norma di cui **all'art. 3, comma 30 della L. 244/07.**

La stessa dispone, infatti, che le amministrazioni pubbliche costituenti società o enti, comunque denominati, o che assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, sono tenute ad adottare **provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali** in misura adeguata alle funzioni esercitate mediante i soggetti così costituiti ed a provvedere alla corrispondente **rideterminazione della propria dotazione organica.**

Appare evidente l'intento preciso del legislatore di scongiurare inutili incrementi della spesa pubblica mediante una dannosa duplicazione delle strutture.

A tal fine si rende, in pratica, necessario ed indispensabile un preventivo studio approfondito ( **business planning**) nella fase della scelta in ordine al se procedere alla costituzione di una società partecipata teso a verificare, tra l'altro, la necessità del trasferimento in misura adeguata di risorse **umane, finanziarie e strumentali**, onde scongiurare eventuali future inefficienze e/o perdite con conseguente configurarsi di fattispecie di danno pubblico e responsabilità amministrativa.

Il collegio dei revisori dei conti e gli organi di controllo interno sono tenuti ad asseverare l'avvenuto trasferimento delle risorse umane e finanziarie ed a trasmettere una relazione alla Presidenza del Consiglio dei ministri, oltre che a relazionare alla Corte dei Conti in caso di inadempimento.

Con particolare riferimento al personale, la disposizione in parola è stata ulteriormente rafforzata dalla previsione di cui **all'art 13 del collegato al lavoro, L. 183/2010** a tenore del quale:

*1. In caso di conferimento di funzioni statali alle regioni e alle autonomie locali ovvero di trasferimento o di conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni ad altri soggetti pubblici ovvero di esternalizzazione di attività e di servizi, si applicano al personale ivi adibito, in caso di esubero, le disposizioni dell'articolo 33 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.*

*2. All'articolo 30 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente comma:*

*«2-sexies. Le pubbliche amministrazioni, per motivate esigenze organizzative, risultanti dai documenti di programmazione previsti all'articolo 6, possono utilizzare in assegnazione temporanea, con le modalità previste dai rispettivi ordinamenti, personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a tre anni, fermo restando quanto già previsto da norme speciali sulla materia, nonché il regime di spesa eventualmente previsto da tali norme e dal presente decreto».*

*3. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le pubbliche amministrazioni possono rideterminare le assegnazioni temporanee in corso in base a quanto previsto dal comma 2-sexies dell'articolo 30 del citato decreto legislativo n. 165 del 2001, introdotto dal comma 2 del presente articolo. In caso di mancata rideterminazione, i rapporti in corso continuano ad essere disciplinati dalle originarie fonti.*

Ne deriva che in caso di esternalizzazione di un servizio con costituzione di società miste, il personale alle stesse assegnato **in caso di esubero** dovrà esser avviato alla procedura di mobilità e eventuale collocamento in disponibilità ai sensi dell'art 33 del DLGS 165/01.

Altro esempio di pesante ingerenza nella attività funzionale delle società partecipate è rappresentata dalle disposizioni tese a porre un divieto in determinate circostanze agli  **aumenti di capitale** e da quelle in tema **riduzione del numero degli amministratori**, del relativo **compenso** e **revoca** degli stessi.

Come noto, a tal ultimo riguardo, sotto il profilo dei compensi la disciplina codicistica ( art 2389 cc) non prevede alcun limite in capo alle società stesse.

Riguardo, invece, il potere di revoca degli amministratori, l'art. 2383 cc ne prevede la possibilità in ogni tempo, salvo il diritto al risarcimento se la medesima avviene senza giusta causa.

Con riferimento, infine, alla possibilità di procedere agli aumenti di capitale, salvo i limiti imposti dalle norme di cui agli artt. 2438 e 2447 cc, non rileva, ovviamente, alcun vincolo alla libera autodeterminazione imprenditoriale delle società.

Ebbene, il legislatore, nel caso delle società partecipate da enti pubblici, ha inteso, invece, derogare profondamente rispetto a tale disciplina onde consentire il perseguimento di finalità di contenimento della spesa pubblica.

Già tale notazione pone ancora di più in evidenza la **natura speciale delle società** di cui si discute rispetto alle quali, proprio in quanto fruitori di risorse di natura pubblica, divengono destinatarie di **disposizioni tese a ridurre la spesa**.

Passando all'esame delle disposizioni di cui si discute rileva:

Con particolare riguardo alla necessaria riduzione del numero massimo dei componenti dei consigli di amministrazione ed alla REVOCA degli stessi:

#### **Art. 6 co. 5 dl 78/10**

*5. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 7, **tutti gli enti pubblici, anche economici, e gli organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato**, provvedono all'adeguamento dei rispettivi statuti al fine di assicurare che, a decorrere dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, gli **organi di amministrazione e quelli di controllo**, ove non già costituiti in forma monocratica, nonché il collegio dei revisori, **siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti**. In ogni caso, le Amministrazioni vigilanti provvedono all'adeguamento della relativa disciplina di organizzazione, mediante i regolamenti di cui all'articolo 2, comma 634, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, con riferimento a tutti gli enti ed organismi pubblici rispettivamente vigilati, al fine di apportare gli adeguamenti previsti ai sensi del presente comma. La mancata adozione dei provvedimenti di adeguamento statutario o di organizzazione previsti dal presente comma nei termini indicati determina responsabilità erariale e tutti gli atti adottati dagli organi degli enti e degli organismi pubblici interessati sono nulli. Agli enti previdenziali nazionali si applica comunque quanto previsto dall'art. 7, comma 6.*

Tale norma si applica a **tutti gli enti pubblici, anche economici, e gli organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato**, con estensione anche alle società partecipate.

Tale norma deve però essere coordinata con l'art. 1 comma 729 L. 296/06:

*729. Il numero complessivo di componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate totalmente anche in via indiretta da enti locali, non può essere superiore a tre, ovvero a cinque per le società con capitale, interamente versato, pari o superiore all'importo che sarà determinato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ( DPCM 2007 2 MILIONI EURO) su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato - città e autonomie locali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. **Nelle società miste** il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni non può essere superiore a cinque. Le società adeguano i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall'entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.*

In tal caso, a differenza del predetto art 6 del DL 78/10, rilevano le **sole** società totalmente partecipate dagli enti locali o miste.

E' norma quindi di carattere speciale.

Nelle società totalmente partecipate dagli enti locali, quindi, i componenti del cda non possono essere superiori a TRE oppure a CINQUE per le società con capitale interamente versato **pari o superiore ai due milioni di euro**

Nelle società miste, invece, numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni non può essere superiore a CINQUE.

#### **ART 17 COMMA 22 BIS E TER DL 78/09:**

*22-bis. Ai fini della riduzione del costo di funzionamento degli organi sociali delle società controllate, direttamente o indirettamente, da un singolo ente locale, affidatarie di servizi pubblici o di attività strumentali, può essere disposta, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, **la revoca anticipata degli organi amministrativi e di controllo e degli organismi di vigilanza in carica**, a seguito dell'adozione di delibere assembleari finalizzate alla riduzione del numero dei componenti o dei loro emolumenti*

*22-ter. La revoca disposta ai sensi del comma 22-bis **integra gli estremi della giusta causa** di cui all'articolo 2383, terzo comma, del codice civile e **non comporta, pertanto, il diritto dei componenti revocati al risarcimento di cui alla medesima disposizione***

Appare evidente, in tal ultimo caso, la penetrante invasione del diritto pubblico nell'ambito di quello tipico privatistico teso a conformare quest'ultimo nell'ottica della riduzione della incidenza della spesa pubblica.<sup>10</sup> [10]

## **Riguardo la obbligatoria riduzione dei compensi degli amministratori**

### **Art. 6, comma 6 DL 78/10**

*6. Nelle società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché nelle **società possedute in misura totalitaria**, alla data di entrata in vigore del presente provvedimento dalle predette amministrazioni pubbliche, il compenso dei componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale è **ridotto del 10 per cento**. La disposizione di cui al primo periodo si applica a decorrere dalla prima scadenza del consiglio o del collegio successiva alla data di entrata in vigore del presente provvedimento. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società quotate.*

Tale disposizione si riferisce solo alle società inserite nel conto economico consolidato (**dove non rilevano società partecipate da enti locali**) e nei confronti delle **società possedute in misura totalitaria** (comprese quelle degli enti locali): **IL COMPENSO DEI COMPONENTI CDA e DEL COLLEGIO SINDACALE è ridotto del 10%**.

### **ART 5 CO 5 DL 78/10**

*5. Ferme le incompatibilità previste dalla normativa vigente, nei confronti dei titolari di cariche elettive, lo svolgimento di qualsiasi incarico conferito dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009 n. 196, inclusa la partecipazione ad organi collegiali di qualsiasi tipo, può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute; eventuali gettoni di presenza non possono superare l'importo di 30 euro a seduta.*

---

<sup>10</sup>[10] Cfr a tal specifico proposito delibere della Corte dei Conti Sez. Controllo Lombardia NN. 46 e 49/07; 40/08

Si dispone che i titolari di cariche elettive, laddove svolgano incarichi conferiti dalle amministrazioni pubbliche di cui all'art 1 co 3 L 196/09, concernente l'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto consolidato da parte dell'ISTAT, o partecipino a organismi collegiali di qualsiasi tipo, devono farlo **percepando solo il rimborso spese e eventuali gettoni di presenza non superiori a 30 euro.**

**NON** è ancora chiaro se tale disposizione possa ricomprendere anche la partecipazione ai CdA delle partecipate.

Il riferimento agli organismi collegiali di qualsiasi tipo farebbe propendere per la soluzione positiva.

Occorre comunque precisare che nell'elenco delle amministrazioni pubbliche predisposto dall'ISTAT ai sensi della normativa indicata ( ultimo quello di cui al DPCM 26.06.07) non ricomprende le società in house o partecipate dagli enti locali ma solo società partecipate da amministrazioni dello Stato

Il comma 5 in esame deve coordinarsi con altra norma previgente:

**art. 1 comma 718 L . 296/06:**

**L. 296/06 ( FINANZIARIA PER IL 2007):**

**ART. 1 comma:**

**718.** *Fermo restando quanto disposto dagli articoli 60 e 63 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, l'assunzione, da parte dell'amministratore di un ente locale, della carica di componente degli organi di amministrazione di società di capitali partecipate dallo stesso ente non dà titolo alla corresponsione di alcun emolumento a carico della società.*

**721.** *Ai fini del contenimento della spesa pubblica, **le regioni**, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, **adottano disposizioni**, normative o amministrative, finalizzate ad assicurare la riduzione degli oneri degli organismi politici e degli apparati amministrativi, con particolare riferimento alla diminuzione dell'ammontare dei compensi e delle indennità dei componenti degli organi rappresentativi e del numero di questi ultimi, alla soppressione degli enti inutili, alla fusione delle società partecipate e al ridimensionamento delle strutture organizzative.*

725. Nelle società a **totale partecipazione di comuni o province**, il **compenso lordo annuale**, onnicomprensivo, attribuito al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione, **non può essere superiore** per il presidente all'80 per cento e per i componenti al 70 per cento delle indennità spettanti, rispettivamente, al sindaco e al presidente della provincia ai sensi dell'articolo 82 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Resta ferma la possibilità di prevedere indennità di risultato solo nel caso di produzione di utili e in misura ragionevole e proporzionata.

726. Nelle società a **totale partecipazione pubblica** di una pluralità di enti locali, il compenso di cui al comma 725, nella misura ivi prevista, va calcolato in percentuale della indennità spettante al rappresentante del socio pubblico con la maggiore quota di partecipazione e, in caso di parità di quote, a quella di maggiore importo tra le indennità spettanti ai rappresentanti dei soci pubblici.

728. Nelle società a **partecipazione mista** di enti locali e altri soggetti pubblici o privati, i compensi di cui ai commi 725 e 726 possono essere elevati in proporzione alla partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali, nella misura di un punto percentuale ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è pari o superiore al 50 per cento del capitale, e di due punti percentuali ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è inferiore al 50 per cento del capitale.

## **Riguardo gli speciali divieti di aumento del capitale**

### **ART 6 CO 19 DL 78/10**

**Divieto di effettuare aumenti di capitale a favore delle società partecipate che abbiano registrato perdite di esercizio negli ultimi tre esercizi consecutivi**

19. Al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza, **le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.** Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società di cui al primo periodo a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei Conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma

Tale divieto non rileva nel caso di cui all'art 2447 cc

Norma analoga è quella di cui **all'art. 1 co 734 L. 296/06 come interpretato dall'art. 71, comma 32bis L. 69/09 che dalle perdite realizzate in tre esercizi consecutivi fa derivare però la impossibilità ad essere nominato amministratore di una società a totale o parziale capitale pubblico.**

*734. **Non può essere nominato amministratore di ente**, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi.*

*«32-bis. Il comma 734 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, si interpreta nel senso che non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato, **per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali.***

La norma di cui all'art. 5 del DPR 168/2010, per **le sole società in house**, prevedeva la estensione alle stesse degli obblighi di cui al patto di stabilità interno.

La corte costituzionale con sentenza 325/2010 ha, però, dichiarato la incostituzionalità dell'art. 23 bis comma 10 lett a) che aveva delegato il governo alla adozione del predetto regolamento, per violazione dell'art 117, comma 6, Cost.

Si è evidenziato, infatti, come la materia relativa al patto di stabilità sia da ascrivere alla materia del coordinamento della finanza pubblica di competenza legislativa concorrente, nell'ambito delle quali lo Stato non ha alcun potere regolamentare.

Ai sensi dell'art 117, co. 6, Cost, il potere regolamentare dello Stato concerne le sole materie nelle quali lo stesso ha competenza legislativa esclusiva.

Un ultimo riferimento concerne il profilo relativo alle **cause speciali di incompatibilità** con la carica di componente dei consigli di amministrazione delle società partecipate

## **ART 8 DPR 168/10**

Tale norma dispone una serie di divieti allo svolgimento di incarichi nell'ambito delle società partecipate dagli enti locali onde evitare pericolose commistioni di interessi, con estensione anche a coniuge parenti ed affini fino al 4 grado. Si prevede inoltre la impossibilità di *essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore*, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e

successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

