

FABIO CINTIOLI

Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici ()*

Sommario: 1. *Corporate governance* e società pubblica; 2. La contaminazione pubblicistica delle società e gli interessi tutelati; 3. Società pubbliche, responsabilità e giurisdizione della Corte dei conti; 4. Segue. *Business judgment rule* e limiti al sindacato sul merito amministrativo; 5. Segue. L'orientamento delle Sezioni unite della Cassazione del dicembre 2009; 6. Segue. La giurisdizione della Corte dei conti sul socio pubblico e le influenze sulla *governance* della società pubblica; 7. Il rapporto interno tra ente pubblico e società per la gestione del servizio pubblico: i riflessi sulla *corporate governance*; 8. L'affidamento diretto del servizio pubblico alle società *in house* ed alle società miste ed i suoi riflessi sul regime e sulla qualificazione della società; 9. Considerazioni conclusive.

1. Gli accadimenti di questi ultimi anni hanno fatto della società pubblica un soggetto sempre più originale nel panorama osservato dal giurista.

Non solo perché, attirando su di sé una buona fetta del regime tipico degli enti pubblici, essa ha manifestato una visibile sua peculiarità sul piano del diritto positivo; ma anche perché ha impersonato una serie di interessi tutelati dal legislatore che tendono (irresistibilmente direi) ad assumere una connotazione funzionale, tale da mettere persino in crisi le classificazioni tradizionali sui tipi societari.

E' proprio a quest'ultimo proposito che può essere utile esaminare la società pubblica oggi, nell'ordinamento italiano, mediante una nozione che proviene dalle scienze economiche. Ci si riferisce alla nozione di *corporate governance*, con la quale si intende riassumere l'*insieme dei vincoli che definisce e limita le modalità con cui le rendite che si generano in un'impresa possano essere poi distribuite tra i vari soggetti interessati*.

Questa chiave di lettura del fenomeno delle società a partecipazione pubblica sembra utile perché ci ricorda che la gestione dell'impresa è una variabile essenzialmente economica, la quale però dipende da una serie di fattori esterni, e che tali fattori ben possono corrispondere anche a norme e principi giuridici, ossia, in una parola, al diritto positivo. Così, pensando alla *corporate governance* e, in essa, a questo "migrante" regime di stampo pubblicistico, potremmo riuscire ad

(*) Questo scritto ripropone, con ampliamenti e integrazioni, la relazione tenuta il 23 gennaio 2010, al convegno dal titolo *Le società a partecipazione pubblica*, organizzato dalla Fondazione italiana per il notariato e dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, ed è destinato agli Atti del convegno, in corso di pubblicazione.

allargare l'analisi: oltre la constatazione (corretta, ma in sé ancora insufficiente all'interprete) che la società pubblica è sottoposta, istituto per istituto, talora al diritto pubblico e talora al diritto privato; ed oltre lo stupore (pur legittimo) per il fatto che la disciplina sulle società di capitali possa soffrire alterazioni sì penetranti.

La *corporate governance* può diventare insomma il filo di collegamento tra questi segmenti della disciplina degli enti pubblici ed il terreno della gestione e soprattutto dell'*interesse sociale*, tormentato punto d'incontro degli studi privatistici sulle società ¹, contribuendo a svelare come il problema di fondo stia, appunto, nella identificazione degli interessi tutelati e tutelabili. Se, infatti, questo regime tocca la *governance* e, per essa, l'interesse sociale, allora ne dovrà seguire una considerazione (che, va detto da principio, si riserva decisamente agli studiosi di diritto privato e commerciale) sul *tipo* sociale e sulla sua eventuale autonomia sistematica. Ed ancora potrà seguirne una valutazione del rilievo che può assumere il socio pubblico in quanto tale e del se la sua partecipazione sociale possa essere, effettivamente, di peso (giuridico) diverso da quello delle altre partecipazioni.

Negli istituti che ci si appresta a ricordare l'interesse sociale sembra mescolarsi a tal punto con l'interesse del socio pubblico, da rendere legittimo anche l'interrogativo più forte: se questa società sia, in senso civilistico, diversa dalle altre e se il socio pubblico sia anch'egli diverso dagli altri soci; ed ancora se nella società pubblica l'interesse sociale non finisca per essere assorbito nell'interesse del socio pubblico, quand'anche non unico socio e persino con prevalenza, sul piano gerarchico della considerazione che ne ha l'ordinamento, sull'interesse dei terzi e creditori sociali.

2. E' bene anzitutto ricordare in termini più generali quel che si è verificato, specie nel corso degli ultimi anni.

Sino agli inizi degli anni '90, beninteso, la figura della società a partecipazione pubblica totale o prevalente era tutt'altro che estranea all'ordinamento ed alla vita concreta dei consociati. Da una parte, esisteva

¹ E', quello sull'interesse sociale e sulle contrapposte visioni istituzionalistiche e contrattualistiche, un dibattito molto noto e dal quale, in verità, non si può del tutto prescindere, neppure per chi predilige un approccio a questo tema dal profilo del diritto pubblico. Qui, ci si limita a citare il notissimo contributo di P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano 1964, in part. 60 e ss., nonché A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, *Riv. soc.*, 1958, 741 e, più recentemente, per una revisione dell'approccio contrattuale in linea con una attenzione al profilo di "ordinamento autonomo" che in qualche misura caratterizza le società di capitali, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, in part. 132 e ss.

una disciplina civilistica che ne riconosceva l'esistenza, pur senza abbondare nelle deroghe al regime ordinario, dall'altra, nei rapporti socio-economici, l'interventismo di stato aveva più volte utilizzato lo schermo societario per raggiungere i suoi obiettivi. Ma soprattutto era maturata negli studi la concezione della tendenziale e possibile neutralità dello scopo di lucro della società, riassunta nella suggestiva formula del c.d. tramonto dello scopo lucrativo.

In quest'ambito, allora, sembrava risolversi la problematica delle società pubbliche².

Prova ne sia che, fatta questa concessione in merito al requisito fondante previsto dall'art. 2247 c.c., per il resto il regime del soggetto-società a partecipazione pubblica sembrava pressoché interamente quello civilistico, con le sole deroghe previste nelle leggi speciali relative a date società, appunto perché connotate da una legge speciale come società pubbliche. Non vi era però confusione tra amministrazione e società, tra ente pubblico e persona giuridica privata; così come non vi era frequente comunicazione del regime del primo in capo alla seconda.

Oggi non è più così.

Anzi potremmo dire, sempre restando ancora sulle linee generali, che in questi ultimi vent'anni (o poco meno) il dato rilevante consiste nella evidente *contaminazione pubblicistica* del regime giuridico delle società pubbliche. La dottrina, non a caso, ha utilizzato espressioni in sé molto significative, come quelle di impresa dimezzata o di società-quasi amministrazione, alludendo così, già sul piano terminologico, ad una alterazione dello statuto classico dell'impresa³.

Basti ricordare i seguenti capitoli: selezione del contraente mediante procedimenti identici a quelli applicati dall'amministrazione, mediante il riferimento, e comunitario e nazionale, alle figure soggettive

² Tra i vari studi sul tema si segnala, in particolare, per ampiezza e profondità di analisi C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992. A dimostrazione di quel che si scrive nel testo, circa la distinzione tra due fasi storiche piuttosto diverse e che hanno contraddistinto il differente rilievo in chiave pubblicistica delle società pubbliche, cfr. G. F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, *Riv. soc.*, 1998, 390 e ss., il quale, in conclusione afferma in modo perentorio che la l. n. 142 del 1990 non avrebbe potuto determinare alcuna limitazione allo scopo di lucro oggettivo o soggettivo della società. Una conclusione oggi non più valida, come si potrà constatare.

³ Il che ha stimolato gli studiosi di diritto amministrativo ad affrontare la "novità" del tema. Nell'ambito di un ampio dibattito, si segnalano, in particolare, R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, *Dir. amm.*, 2004, 747 e ss.; R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, *Dir. amm.*, 2006, 51 e ss.; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, *Dir. soc.*, 2006, 999 e ss.; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, *Dir. amm.*, 2009, 253 e ss. Tra le opere di impostazione più generale, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008, in part. 77 e ss.

dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica ⁴; applicazione dei principi del procedimento amministrativo *ex art.* 1, comma 1 *ter* della l. 7 agosto 1990, n. 241; applicazione del diritto di accesso *ex artt.* 22 e ss. della l. n. 241 del 1990; selezione del personale mediante moduli di tipo procedimentale e concorsuale (o para-concorsuale) ⁵; previsione di severi limiti ai compensi ed alla composizione numerica degli organi sociali ⁶; ingresso della giurisdizione amministrativa nelle controversie sulle gare per l'affidamento di contratti pubblici e sul diritto di accesso; sottoposizione della società e persino dei suoi amministratori alla giurisdizione della Corte dei conti per la responsabilità amministrativa (su cui v. *infra*), nonché al controllo della stessa Corte sulla gestione finanziaria; applicazione di gravose limitazioni all'attività ed alla proiezione dell'oggetto sociale e quindi (secondo le interpretazioni), alla capacità di agire o forse addirittura alla stessa capacità giuridica ⁷; da ultimo, *last but not least*, sottoposizione al patto di stabilità e crescita interno ⁸.

Certamente, non basta essere società pubblica *tout court* perché ne segua l'obbligatoria applicazione di tutte queste discipline, sicché il loro intervento avviene "a macchia di leopardo", secondo che ricorrano o meno determinati presupposti o "indici pubblicistici" cui si connette questo o quell'istituto tipico del diritto pubblico.

Tuttavia, nel complesso, molte società pubbliche, anzi le principali per importanza e comunque la gran parte di esse sono interessate dalla suddetta contaminazione.

Esistono, molto probabilmente, alcune ragioni di carattere storico che spiegano quanto accaduto. Dietro il velo della volontà di privatizzare, sovente apparsa legata alle mode più che ad una ragionata e mirata politica economico-industriale, la mano pubblica ha mantenuto spazi cospicui di presenza nel capitale sociale delle società operanti nell'ampissimo campo dei servizi pubblici. E questo anche perché la spina dorsale amministrativa del Paese, dall'età napoleonica in avanti, era

⁴ Su cui oggi dispone l'art. 3, comma 26 e 28, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice dei contratti pubblici.

⁵ Cfr. l'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con l. 6 agosto 2008, n. 133; nonché l'art. 23 *bis*, comma 10, lettera a) del medesimo decreto legge.

⁶ Cfr. commi dal 725 al 735 dell'art. 1, legge 27 dicembre 2006, n. 296 (l. finanziaria per il 2007); nonché i commi 12 e 44 e ss. dell'art. 3 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (l. finanziaria per il 2008).

⁷ Su cui v. *infra*, nonché gli artt. 13, commi 2 e 4, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. con l. 4 agosto 2006, n. 248.; 23 *bis*, comma 9, del citato d.l. n. 112 del 2008.

⁸ A proposito delle società *in house*, cfr. ancora l'art. 23 *bis*, comma 10, lettera a) del decreto legge n. 112 del 2008.

sempre rimasta saldamente legata alla centralità dell'intermediazione amministrativa nella soddisfazione degli interessi dei cittadini. Inoltre, la crisi economico-finanziaria di questi anni e la necessità di fornire ausili ai soggetti economici in difficoltà ha reso inevitabile nel periodo recente una qualche forma di ritorno della sfera pubblica nei rapporti economico-sociali.

Tornando comunque alla detta contaminazione, di volta in volta la migrazione dell'uno o dell'altro istituto pubblicistico risponde ai predetti indici ed, ancor prima, alla cura di un interesse sostanziale, che l'ordinamento nazionale (od anche comunitario) considera imperativo. Tentando di sintetizzare al massimo, potremmo dire che vi sono almeno quattro interessi di ordine generale assunti dall'ordinamento e tutelati nei confronti della società pubblica mediante l'applicazione di altrettante norme che, contemporaneamente, sono anche dettate per l'amministrazione.

Il primo è quell'interesse che solitamente è riferito alla tutela della concorrenza *per* il mercato e che concerne la selezione dei contraenti compiuta dai soggetti che gravitano nella sfera pubblica. Vi è un interesse pubblico (assunto sul piano nazionale come comunitario) a che la distribuzione di utilità economiche da parte del soggetto pubblico abbia luogo in maniera non discriminatoria, paritaria e trasparente; ciò sia al fine di attuare i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento *ex art. 97 Cost.*, sia al fine di evitare il rischio di discriminazioni e disparità di trattamento nel mercato interno dell'Unione e, per tale ultimo aspetto, anche per salvaguardare la corretta competizione concorrenziale. Questo interesse è quello che sottopone le società pubbliche, che corrispondano alla figura dell'organismo di diritto pubblico o dell'impresa pubblica, all'applicazione dei procedimenti di gara per la scelta del contraente.

Il secondo è l'interesse alla gestione imparziale e soprattutto parsimoniosa delle risorse pubbliche ed al contenimento degli oneri gravanti sulla spesa pubblica. Se, per un verso, esso concorre ad alimentare la c.d. evidenza pubblica come modello procedimentale per la selezione dei contraenti, per altro verso spiega, ad esempio, l'aggrovigliarsi nelle leggi finanziarie di questi anni di disposizioni di taglio dei costi delle società pubbliche, le quali hanno colpito le retribuzioni dei manager come le composizioni numeriche degli organi sociali, talora prospettando persino l'allargamento ad esse dei vincoli contabili del patto di stabilità interno. Inoltre, esso è stato additato a motivazione sostanziale dell'espansione della giurisdizione contabile in

materia di responsabilità.

Il terzo è l'interesse all'efficienza del servizio pubblico che costituisce spesso proprio il tipo principale di prestazione posta in essere dalle società pubbliche. Soprattutto, da esso deriva l'allargamento del diritto di accesso, insieme con l'applicazione di una serie di regole peculiari nel rapporto con l'ente pubblico socio, le quali traggono origine dal tipo tradizionale della concessione di servizi pubblici.

Il quarto è l'interesse pubblico alla liberalizzazione dei rapporti economici, che però si è manifestato soprattutto nelle forme di un *favor* per la privatizzazione. Avendo di mira la ritirata della sfera pubblica dall'economia e volendo spingere (pur se con qualche incoerenza e ripensamento) le società pubbliche fuori dal mercato, il legislatore ha spesso voluto penalizzarle, imponendo ad esse una riduzione perentoria della sfera d'azione, contenendo le loro possibilità di espansione sul mercato, sanzionando persino con la nullità quei contratti che non fossero strettamente connessi all'unica attività legittima ed "istituzionale" consentita dal legislatore. Emblematica, in proposito, è la disciplina dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 che impone severissime limitazioni alle società che erogano servizi strumentali agli enti pubblici locali ⁹. Contemporaneamente (nell'art. 3, comma 27, della l. 24 dicembre 2007, n. 244), si è impedita alle amministrazioni la costituzione di nuove società pubbliche, fatta eccezione per quelle aventi per oggetto una attività di produzione di beni e servizi strettamente necessaria per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Il che, per altro verso, ha reso possibile l'ingresso nel mercato di nuove società a spettro d'azione circoscritto per volontà di legge. Anche le norme dettate in quest'ultimo periodo in materia di servizi pubblici locali prescrivono alle società che abbiano beneficiato di un affidamento diretto della gestione di un servizio pubblico una misura asimmetrica che comporta l'inibizione ad esercitare una serie di attività giuridicamente rilevanti in settori contermini. Basti ricordare l'art. 113 del t.u. enti locali (d. lgs. n. 267 del 2000) e, da ultimo, l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, a sua volta novellato nel 2009.

Nel dibattito che si svolge tra gli studiosi e gli operatori del diritto pubblico è frequente l'enfasi riposta sulla natura *pubblica* o *generale* di queste categorie di interessi; dal che, effettuato il collegamento tra l'interesse in gioco e l'esigenza di una interpretazione sostanziale delle norme che lo tutelano, scaturisce la giustificazione per l'applicazione di

⁹ Su cui cfr. G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it, 11 ottobre 2007.

questi istituti alle società pubbliche e la ragionevolezza della deroga al regime civilistico.

Questo tipo di ragionamento ha le sue valide basi.

Sennonché, sarebbe quantomeno opportuno accostarvi una considerazione. Si tratta di ricordare che, così come le norme testé citate mirano a tutelare interessi *pubblici* e perciò *cogenti*, buona parte delle disposizioni che compongono il diritto societario e che riguardano la struttura delle società consistono in altrettante norme di ordine pubblico, rivolte a tutelare interessi assunti come pubblici, generali e parimenti *cogenti*.

La società di capitali opera sul mercato e coinvolge le posizioni soggettive di imprenditori, risparmiatori, investitori e consumatori. Questa circostanza fa sì che il modello organizzativo, i tipi sociali e buona parte della disciplina sulle società siano inderogabili per l'esigenza di tutela degli interessi generali dei terzi e del mercato. Il punto naturale di riferimento dell'interprete allora deve (e non può che) essere la disciplina del codice civile. Ed è bene ricordare che ciò non è certo il frutto di un omaggio all'autonomia privata, bensì una conseguenza di norme imperative. Se la definizione può giovare (e senza voler legittimare confusioni definitorie) diremo anzi una conseguenza "di norme pubblicistiche".

3. Torniamo, però, ad alcuni vincoli che, in particolare, incidono sulla *corporate governance* e che sembrano connotare in modo peculiare il rapporto tra socio pubblico e società, sì da assegnare al primo una sorta di speciale potere di indirizzo sulla società. Il tentativo di questa analisi, come anticipato, è infatti quello di appurare se nella società pubblica non si stia verificando una sorta di incidenza finalistica e teleologica del regime pubblicistico sul modello di gestione imprenditoriale.

Soffermiamoci allora su tre profili.

Il primo è quello del "controllo" giurisdizionale della Corte dei Conti nelle forme dell'azione di responsabilità amministrativa, che merita attenzione anche alla luce della novità più recenti per la sua attitudine ad orientare, se non addirittura a piegare a determinati scopi, la *governance* societaria.

Il secondo concerne un aspetto spesso trascurato nel dibattito, ma molto importante per cogliere il modo in cui il socio pubblico possa influenzare l'andamento della vita societaria, che attiene al rapporto interno tra amministrazione e società per la gestione di un servizio

pubblico.

Il terzo riguarda il regime peculiare che si accompagna alla “circostanza” dell’affidamento in via diretta e senza gara di un servizio pubblico ad una società e che rende quest’ultima obiettivamente diversa dalle altre sul mercato, in quanto ne comprime l’oggetto sociale e ne presuppone una speciale conformazione giuridica.

Iniziamo dal primo ¹⁰.

E’ ben noto il percorso mediante il quale la Corte dei conti è giunta ad occuparsi della responsabilità “amministrativa” degli amministratori delle società a partecipazione pubblica.

Anzitutto il giudice contabile ha esteso il rapporto di servizio che lega il funzionario alla P.A. (e che fonda la sua giurisdizione volta a sanzionare il danno erariale) al collegamento che si instaura tra una società ed una amministrazione-socio. Questo primo passaggio, che ha accostato al rapporto sociale una parallela relazione di tipo amministrativo-organizzatorio, ha reso possibile, sulla base di questo rapporto, la configurazione di una responsabilità a carico della società, quale soggetto giuridico, per aver causato un danno erariale all’amministrazione socio.

Successivamente, la Corte ha ritenuto di poter agire direttamente nei confronti degli amministratori della società a partecipazione pubblica: in una prima serie di casi ha assunto e perseguito l’esistenza di un danno cagionato direttamente alla P.A.-socio; in una seconda fase ha ampliato la giurisdizione ai danni cagionati direttamente alla società, nel presupposto che anche questo potesse essere un danno erariale, talvolta riscontrato solo nei casi di partecipazione pubblica totale e talvolta persino nei casi di partecipazione parziale ¹¹.

L’azione officiosa della Procura della Corte dei conti veniva così a sovrapporsi e sostanzialmente a sostituire l’azione di responsabilità degli amministratori prevista dal codice civile, conferendo alla Corte una sorta di vero e proprio controllo sulla gestione amministrativa delle società

¹⁰ Tra le moltissime pubblicazioni in argomento, si segnala il già citato ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, nonché gli scritti ospitati ne gli *Atti del LI Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006; in particolare, sul tema che qui interessa, C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, ivi, 301 e ss., ed anche in *Riv. dir. civ.*, 2006, 145 e ss., nonché V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica*, in *Atti cit.*, 323 e ss.; R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, *Foro amm.* CDS 2004, 693 e ss.

¹¹ Cfr. Corte dei conti, Lombardia, sez. giur., 29 dicembre 2008, n. 980, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3500.

pubbliche.

Questo punto d'approdo era tutt'altro che trascurabile sul piano dell'impatto concreto. A parte, infatti, l'ovvia "pericolosità" per gli amministratori di un'azione esercitabile d'ufficio da un organo giudiziario esterno alle dinamiche societarie ed ai rapporti tra gli organi sociali (i quali fisiologicamente influenzano l'avvio e la sorte dell'azione di responsabilità), il metro di giudizio della Corte dei conti è inevitabilmente condizionato dall'esperienza e dalla cultura istituzionale di tale giudice speciale.

La Corte dei conti guarda al pregiudizio all'erario e mira a reprimere le condotte che lo hanno prodotto. Già in questo passaggio abbiamo un concetto molto importante: ciò che preoccupa il giudice contabile, di norma, non è il pregiudizio alla società *tout court*, bensì quello che colpisce le risorse pubbliche e quindi il socio P.A. Siamo insomma di fronte ad una sorta di concezione opposta a quella istituzionale dell'interesse sociale. Il problema è salvaguardare le casse pubbliche e preservare in questo senso il socio pubblico. Ciò che di istituzionale è presente, è soprattutto la considerazione di tale socio. Al di fuori di questo profilo, gli altri interessi, quello degli altri soci, dei creditori sociali, dei terzi, delle società controllate e dei loro azionisti e creditori, in qualche modo sembrano restare inevitabilmente postergati.

Il giudice contabile non si è formato e non è istituzionalmente deputato a vagliare una simile complessità di interessi, perché è diversa la sua missione istituzionale.

La tutela del patrimonio del socio pubblico e del patrimonio sociale in quanto bene della P.A. è quindi, sul piano sistematico, un obiettivo che sembra difficilmente conciliabile, ad esempio, con la disciplina sulla direzione e coordinamento dell'art. 2497 c.c., che pone una responsabilità dell'ente socio a tutela dei soci e creditori della società dal primo controllata.

L'avvento delle discipline a favore della privatizzazione ha anche accentuato questo atteggiamento. Il fatto che il legislatore iniziasse a considerare la società pubblica come un fenomeno residuale, da ridurre o persino da eliminare, se possibile, in qualche modo convinceva la Corte che l'ente pubblico non avrebbe proprio dovuto assumere la qualità di socio e che quindi, quando lo avesse fatto, la soglia di tutela delle risorse pubbliche investite nella società dovesse essere comunque innalzata.

4. Per avvalorare questo ragionamento può essere utile pensare ai

limiti al sindacato giurisdizionale sulle scelte di gestione.

La giurisprudenza civile salvaguarda la cosiddetta *business judgment rule*¹² e stabilisce che la responsabilità e l'illecito non possono fondarsi sulla contestazione di scelte degli amministratori che, pur rivelatesi *ex post* dannose, rientrino in quelle valutazioni di opportunità che devono riservarsi a chi si assume il rischio imprenditoriale della gestione. Per usare le parole della Relazione alla legge di riforma del diritto societario, la *Business Judgment Rule* può essere invocata dagli amministratori nella misura in cui le loro scelte siano state “*informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione*”¹³.

La Corte dei conti, nel circoscrivere il proprio spazio di sindacato del comportamento del funzionario, fa salva invece la sfera del *merito* amministrativo, ossia quelle ponderazioni che attengono alla opportunità e convenienza amministrativa¹⁴.

Ebbene, pur se il contatto tra i due approcci sul piano logico è piuttosto evidente, molto diverse possono esserne le concrete manifestazioni.

Mentre infatti la riserva della *business judgment rule* si connette a valutazioni mirate alla migliore realizzazione possibile dell'interesse

¹² La giurisprudenza si è infatti attestata su questo tipo di massima: "il giudice investito dell'esame di un'azione sociale di responsabilità non può sindacare il merito degli atti o dei fatti compiuti dagli amministratori e dai sindaci nell'esercizio del loro ufficio; non può, cioè, giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe 'ex post' il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato; deve, invece, accertare e valutare se gli amministratori abbiano violato l'obbligo di adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario"; in questo senso, tra le più recenti, Cass., 16 gennaio 1982, n. 280, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 603, Id., 22 giugno 1990, n. 6278, nonché 28 aprile 1997, n. 3652, entrambe in *De Jure*. Nell'ambito di una dottrina anch'essa consolidata in questo senso, cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli Amministratori*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 639.

¹³ Così, la Relazione III.4. alla legge di riforma del 2003.

¹⁴ Cfr. Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6851, *Foro it.*, 2003, I, 3404; Id., 12 novembre 2003, n. 17014, *Riv. Corte conti*, 2003, 6, 217; Id., 3 novembre 2005, n. 21291, *Riv. Corte conti*, 2005, 6, 318, le quali, nel quadro di principi consolidati, si ispirano al fine di evitare che il sindacato della Corte dei conti finisca per incidere nella articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore. Va peraltro rimarcato che, nel contempo, non si considerano come invasive del merito quelle forme di sindacato impiegate sulla violazione dei principi generali del procedimento di efficacia ed economicità richiamati dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990: Cass., sez. un., 29 settembre 2003, n. 14488; Id., 6 novembre 2003, n. 19356, in *Guida al diritto*, 2004, n. 12, p. 34. Qualora comunque la Corte dei conti si spingesse oltre il confine del merito avremmo non soltanto un'azione infondata ma addirittura una iniziativa che va oltre i confini della giurisdizione ad essa riconosciuta dalla Costituzione ed il relativo "eccesso di giurisdizione" potrebbe esser fatto valere dall'interessato davanti alla Cassazione. In dottrina, cfr. C. PINOTTI, *Scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche: limiti di valutabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti cit., 481 ss; ID., *Accertamento della violazione dei principi di economicità, efficacia, pubblicità e controllo sul potere discrezionale. Sezioni Unite della cassazione, atto terzo*, in *www.rivistacorteconti.it*, p. 3.

sociale, la riserva del merito tende a focalizzarsi sulla tradizionale considerazione dell'interesse pubblico come interesse dell'amministrazione. Sicché la sfera del merito nasce e si giustifica per la miglior cura dell'interesse pubblico (nel nostro caso, soprattutto dell'interesse di un socio, del socio pubblico) ed è come tale piuttosto permeabile agli interessi pubblici dell'amministrazione. Esistono, in breve le premesse perché ne derivi un condizionamento della gestione sociale a tutto vantaggio dell'interesse erariale, che si sovrappone agli altri interessi che gravitano intorno al fenomeno societario.

5. Nel volgere di qualche anno, l'espansione della giurisdizione contabile alle società pubbliche è diventato uno dei temi più controversi e dibattuti di questo punto d'incrocio tra discipline pubblicistiche e privatistiche che è la società pubblica. E le perplessità rispetto all'allargamento di questo tipo di sindacato ad ogni caso di società pubblica e per ogni danno al patrimonio sociale erano in buona parte comprensibili.

Sono così maturati i tempi per una svolta, che si è avuta recentemente con una serie di provvedimenti pronunciati, su casi simili, dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nel dicembre del 2009.

Prima di esse il legislatore aveva già inteso ridurre lo spazio d'azione del giudice contabile, sottraendogli i casi di responsabilità degli amministratori di società quotate ed a certe soglie (non maggioritarie) di partecipazione e di condizioni. L'art. 16 *bis* della l. 28 febbraio 2008, n. 31, per questi casi ha previsto che *“la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario”*. Una disposizione ad effetto bivalente: se, per un verso, ha ristretto la sfera giurisdizionale della Corte dei conti, per altro verso ha confermato, stando all'interpretazione prevalente, la possibilità di una giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori delle società a partecipazione pubblica che sino ad allora un vasto schieramento dottrinale recisamente negava.

Si accennava, tuttavia, alla svolta dicembrina ¹⁵.

Tra le varie decisioni si menziona una delle prime, ossia quella della Corte di Cassazione, Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806. Il punto saliente del ragionamento sta nell'affermazione che il danno alla società

¹⁵ Cfr. M.A. SANDULLI, *L'art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti*, in www.giustamm.it, 22 febbraio 2008.

non è un danno erariale e che, pertanto, la giurisdizione della Corte dei conti non può svolgersi nei confronti degli amministratori delle società pubbliche quando siano in gioco conseguenze riferibili alla società in quanto tale; se di questo si trattasse, l'unico rimedio consisterebbe nell'azione di responsabilità civilistica, da promuoversi nelle forme e con la legittimazione di rito davanti al giudice ordinario.

Tuttavia, anche traendo argomento dal predetto art. 16 *bis* (e dunque dalla considerazione che è proprio il legislatore a prevedere che la Corte possa occuparsi della responsabilità di coloro i quali hanno la gestione di società pubbliche), si è ammesso che la Corte dei conti mantenga una giurisdizione per la responsabilità di tali amministratori. Essa scatterebbe quando costoro abbiano provocato un danno diretto all'ente pubblico socio e dunque un vero e proprio danno erariale. L'esempio proposto nella sentenza è quello del danno all'immagine.

Sicché i margini di intervento parrebbero ristretti a casi sporadici e di difficile dimostrazione.

Sennonché, quel che colpisce l'interprete e lo studioso è un passaggio della sentenza che sembra voler assumere anche un valore sistematico, a proposito dei rapporti tra socio pubblico e società. Si afferma che *“la presenza dell'ente pubblico all'interno della compagine sociale ed il fatto che la sua partecipazione sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed abbia implicato l'impiego di pubbliche risorse non può sfuggire agli organi della società e non può non comportare, per loro, una peculiare cura nell'evitare comportamenti tali da compromettere la ragione stessa di detta partecipazione sociale dell'ente pubblico o che possano comunque direttamente cagionare un pregiudizio al patrimonio di quest'ultimo”*.

La partecipazione sociale dell'amministrazione sembra quindi comunque una partecipazione *peculiare*. Ed altresì è *peculiare* la considerazione che l'amministratore deve avere dell'ente pubblico socio, nonché delle sue esigenze, della *ragione stessa di detta partecipazione sociale*. L'affermazione di tale peculiarità è in linea di continuità con l'idea che la relazione tra ente pubblico e società sia qualcosa di speciale e che di tale specialità si possa e si debba tener conto nella ricostruzione del suo regime.

Non si tratta, beninteso, di trarre conclusioni che insistano nel conservare il tratto pubblicistico di questo spaccato del regime delle società a partecipazione pubblica, a dispetto della direzione impressa dalle Sezioni unite a tutta questa vicenda; né di esprimere, per quanto mi riguarda, convinzioni personali. Basterebbe del resto menzionare

l'esempio del danno all'immagine, come detto, a circoscrivere le possibili preoccupazioni dei fautori di una soluzione "tutta civilistica". Si tratta piuttosto, allora, anche di ammonire sul fatto che l'interpretazione di questo nesso *peculiare* rimane comunque affidato, almeno in prima battuta, alla stessa Corte dei conti e che verosimilmente dovremo attendere un nuovo capitolo della vicenda per poter assegnare l'ultimo significato alle predette parole delle Sezioni unite.

6. Ancora un'altra notazione.

Mentre esclude che il danno al patrimonio sociale sia danno erariale e che possa innestarsi, per tale aspetto, una giurisdizione contabile sui comportamenti degli amministratori della società, le Sezioni unite tengono separata l'altra faccia della medesima vicenda, ossia il pregiudizio riflesso che risente l'ente pubblico socio come conseguenza della riduzione di valore della sua partecipazione sociale.

Su questo punto la Cassazione, per un verso, sottolinea l'esigenza che il socio pubblico rimanga vigile al fine di evitare che un tale pregiudizio possa verificarsi e quindi ne sollecita i poteri e diritti di socio per consolidare un controllo effettivo sugli amministratori; per altro verso, ribadisce la permanenza della giurisdizione della Corte dei conti sull'amministratore pubblico (dell'ente pubblico socio) il quale, con la propria inerzia o insufficiente vigilanza, abbia consentito che il pregiudizio si fosse verificato.

Ebbene, se ne trae una catena per cui il medesimo comportamento dell'amministratore della società pubblica che abbia cagionato un pregiudizio al patrimonio sociale potrebbe causare, a sua volta, una riduzione del valore della partecipazione sociale e questo integrerebbe, di necessità, un vero e proprio danno erariale e quest'ultimo, ancora, potrebbe essere imputato all'amministratore dell'ente pubblico che avesse omesso, quale socio, di esercitare ogni suo potere di vigilanza, indirizzo e/o interdizione, magari facendo valere la sua *peculiare* relazione con l'amministratore della società o ancora, pensando ad esempio allo spaccato delle c.d. società *in house providing*, facendo valere tutto il peso del *controllo analogo*.

Verificheremo in concreto cosa accadrà.

Però sembra che mediante questa combinazione tra una *peculiare* relazione tra amministratore sociale ed ente pubblico, da una parte, e l'accentuazione dei compiti di indirizzo e vigilanza dell'amministratore dell'ente pubblico dall'altra (e questi secondi "sanzionabili" dalla Corte

dei conti) si sia posta la premessa per continuare su una strada che condiziona, e non poco, la *governance* della società pubblica.

Infatti, la preoccupazione (e la possibile reviviscenza) della giurisdizione contabile potrà indurre il socio pubblico ad esercitare (od a pretendere di esercitare) penetranti poteri di indirizzo e controllo sugli amministratori sociali. Il che denota, al di fuori della stesura di speciali clausole statutarie, una specialità della partecipazione pubblica, una possibile distonia dal tipo comune di società ed un'atipica consistenza della *corporate governance*.

7. Andando alla ricerca dei tratti peculiari della società pubblica, è utile sottolinearne un profilo, che spesso viene trascurato sia nelle analisi dottrinali sia nei precedenti di giurisprudenza.

Intendo riferirmi alla circostanza che le società pubbliche si caratterizzano, sul piano generale, anche perché di consueto sono incaricate di eseguire prestazioni che si collegano ai compiti assunti dall'ente pubblico e che hanno i tratti del servizio pubblico.

La missione pubblica, dunque, sovente si accoppia alla partecipazione pubblica al capitale sociale.

La disciplina comunitaria e, poi, nazionale ne ha fatto menzione a proposito dei *bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale* che connotano l'organismo di diritto pubblico. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea continua ad ammettere la deroga alle norme sulla tutela della concorrenza all'art. 106 (ex art. 86) quando il soggetto sia chiamato ad espletare una missione di interesse pubblico. L'ordinamento nazionale, a partire dalla l. n. 142 del 1990 e sino alla novella del 2009 dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, includendovi anche le discipline di settore e quelle di fonte regionale, ha dedicato moltissime norme alle società cui viene affidata la gestione del servizio pubblico locale. Nel frattempo, la legge statale sembra avere in qualche misura addirittura imposto alla società pubblica, come preconditione per la sua stessa nascita, l'essere preordinata al raggiungimento di finalità di interesse pubblico e strumentali agli obiettivi dell'ente socio (art. 3, comma 27 cit.).

Nel linguaggio del legislatore e, di riflesso in quello del giurista e, segnatamente, del giurista che avesse consuetudine col diritto amministrativo, quando era in gioco l'espletamento di un servizio pubblico, era inevitabile in tali casi il ricorso alla nozione di concessione di pubblico servizio. Il che comportava la qualificazione dell'ente

pubblico come concedente, della società come concessionaria per la gestione del servizio e del loro rapporto come rapporto pubblicistico di concessione. Quest'ultimo rapporto, sebbene imperniato, nel modello delle concessioni-contratto, sulla duplice struttura dell'atto di concessione (unilaterale) e della convenzione o disciplinare di concessione (atto bilaterale), manifestava forti deroghe alla disciplina di diritto comune. Il concessionario godeva del potere di esercitare la revoca, di quello di comminare la c.d. decadenza sanzionatoria (quando, ad es., il concessionario non avesse adempiuto ai suoi obblighi puntualmente e non avesse assicurato il previsto *standard* qualitativo delle prestazioni), di quelli di acquistare mediante riscatto in tutto o in parte gli impianti del concessionario alla scadenza del rapporto. Ciò perché, appunto, il fine pubblico legato alla continuità ed efficacia del servizio penetrava nel rapporto concessorio, sovrapponendosi alla dinamiche strettamente "di parte" ed ai dati economici del sinallagma.

L'insieme di regole derivanti dalla natura concessoria del rapporto modificava dunque in modo molto evidente il diritto comune.

Oggi è più frequente che si parli di *affidamento* del servizio pubblico e persino di rapporto di affidamento ad una società, piuttosto che di concessione. Così come sovente l'accento è posto sul contratto di servizio, come fattispecie contrattuale che disciplina il rapporto tra l'ente pubblico, che ha posto preliminarmente un servizio come pubblico, di regola da gestire in esclusiva, assumendone direttamente la cura ed escludendo il suo "abbandono" alle logiche di puro mercato, da una parte, e la società pubblica incaricata della gestione del servizio, dall'altra parte.

Parimenti, nel dibattito sembrerebbe talora essere invalsa l'affermazione che questo rapporto sia un rapporto di tipo contrattuale in senso stretto, il che lo allontanerebbe di necessità dalla concessione amministrativa; e che sia tale perché anche la concessione di servizi è, essa stessa, al pari dell'appalto di servizi, un contratto. Si richiamano, in proposito, l'art. 3, comma 12 e l'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Qui va fatta una precisazione indispensabile, al fine di correggere quello che, portato altrimenti alle sue ultime conseguenze, sarebbe un errore di impostazione.

La qualificazione di contratto della fonte di questo rapporto, così come l'accostamento all'appalto, deriva effettivamente dall'ordinamento comunitario, il quale, sia a livello normativo sia a livello giurisprudenziale, ha voluto così semplificare il problema di qualificazione. Tuttavia, ciò

l'ordinamento comunitario ha fatto esclusivamente perché mirava a risolvere un problema (il "suo" problema) molto specifico, che non assorbiva affatto la complessità del fenomeno giuridico in questione. Il problema, su cui possiamo misurare l'*effetto utile*, era quello di assicurare i principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione nella scelta dei prestatori di servizi da parte dell'amministrazione, dato che anche il concessionario, come l'appaltatore, riceve di regola un beneficio economico quale conseguenza dell'instaurarsi del rapporto con la P.A.. L'esigenza di proteggere il buon funzionamento del mercato interno e la tradizionale preoccupazione che l'ente pubblico potesse esser tentato, per ovvie ragioni, di compiere una discriminazione a vantaggio delle imprese nazionali e a danno di quelle degli altri Stati membri, ha suggerito di vincolare la selezione del concessionario di servizi a regole procedimentali analoghe a quelle dell'appaltatore e, quindi, di classificare anche la concessione come *contratto* al pari dell'appalto.

Insomma, il percorso che conduce all'attuale formulazione di legge, che equipara concessione di servizi ed appalto come altrettante figure di contratto, vuole unicamente regolare il profilo della scelta del contraente. Sicché è come se si dicesse: la concessione di servizio pubblico è un contratto al pari dell'appalto pubblico di servizi per (ed al solo fine di) assicurare che il contraente sia selezionato mediante un procedimento che risponda ai predetti principi generali.

Quel che all'ordinamento comunitario è rimasto estraneo e che è rimasto in ombra in tutto il resto dei lavori preparatori del codice dei contratti pubblici è la sostanza di questo rapporto interno tra amministrazione e società¹⁶. Questo profilo interno, che va oltre la gara e che segna la fase esecutiva del rapporto, ha mantenuto (e non poteva che mantenere) tutta la sua specialità: il servizio è assunto come pubblico dall'ente pubblico; questi ne assume la cura e la responsabilità ultima secondo un filo conduttore che porta direttamente alla responsabilità di indirizzo politico; il rapporto ha sempre conservato quelle peculiarità che riguardano, come accennato a titolo esemplificativo, i poteri di revoca, di vigilanza, di decadenza, di riscatto spettanti all'ente pubblico.

Per tutto questo aspetto, allora, la concessione di servizi non è affatto un contratto di diritto privato. Il diritto comunitario segna l'equiparazione tra concessione ed appalto solo per quanto attiene alla

¹⁶ Questo passaggio viene chiarito in maniera molto efficace da F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici, I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, vol. I, 277 e ss., cui si rinvia anche per le esaustive citazioni di dottrina.

selezione del “contraente” e la celebrazione della gara, ma oltre questo limite si disinteressa del fenomeno. Il resto, ossia la natura giuridica del rapporto, appartiene al diritto interno e soprattutto appartiene anche al diritto amministrativo.

La dottrina ha colto bene questa distinzione e si è soltanto divisa sulla più precisa qualificazione del rapporto tra amministrazione e società affidataria della gestione del servizio pubblico.

Talvolta essa ha preferito richiamare integralmente l'istituto della concessione di servizio pubblico e riprendere l'intera elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che nel corso dei decenni ha contribuito alla sua formazione. Talvolta ha incentrato la sua attenzione sull'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241, dedicato agli accordi di diritto pubblico tra P.A. e privato per descrivere il fenomeno in esame.

Questa diversità di approccio, però, mantiene dei punti comuni e, per quel che qui interessa, tali punti comuni sono quelli che servono a spiegare il problema che ci siamo posti e a dare, per esso, una risposta unitaria. Il rapporto tra P.A. e società affidataria del servizio pubblico è un rapporto di tipo pubblicistico, nel quale si esprimono altrettanti poteri provvedimentali della P.A., i quali hanno fonte nei principi generali, nella legge (si pensi, a titolo di sunto di tutte le altre numerosissime disposizioni sparse nelle leggi statali di settore e in quelle regionali, al potere di recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico di cui al comma 4 dell'art. 11 citato).

Questo ragionamento, a ben vedere, colma uno dei tasselli della *corporate governance* delle società pubbliche, se è vero che esse, per legge e per prassi assumono come oggetto esclusivo o prevalente (per volontà di legge o per esigenze legate al quadro del c.d. *in house providing*) proprio la gestione di un servizio pubblico o di attività comunque strumentali all'interesse pubblico. Il rapporto di affidamento è conformato dall'interesse pubblico; ne subisce la dimensione concreta e soprattutto le sue possibili variazioni nel tempo; è inevitabilmente condizionato da questo dato che, in fondo, è esterno alla naturale corrispettività delle prestazioni. E tale interesse, che appunto influisce in modo così forte sulle vicende del rapporto e sull'unico (o prevalente) oggetto sociale, è istituzionalmente rappresentato dal socio pubblico.

Sicché la società pubblica, ancora una volta, ci appare come una società il cui interesse sociale è non solo fortemente legato a quello di un socio (o del socio unico), ma addirittura connotato secondo esigenze e finalità che eccedono lo stesso oggetto sociale e la ragion d'essere della

società (così come essa appare dal suo statuto letto in una col regime civilistico ordinario). Tale interesse sociale è infatti influenzato e persino modellato dai principi generali che guidano l'azione amministrativa e dai fini pubblici che, entrambi, concretamente vengono a concentrarsi sull'ente pubblico socio.

8. Il terzo oggetto delle mie considerazioni riguarda la disciplina relativa agli affidamenti dei servizi pubblici locali alle società *in house* ed alle società miste¹⁷. L'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008 che si è più volte citato costituisce, ad oggi, il risultato di una normativa che, pur tra qualche incoerenza, da tempo si dirige verso l'obiettivo di limitare i casi di affidamento diretto e di affermare come regola l'affidamento mediante procedimento di gara, nel segno della c.d. concorrenza *per* il mercato.

Questo è un tema amplissimo ed è qui impossibile anche farne solo una sintesi¹⁸.

Quel che invece deve esser sottolineato è che, per effetto della disciplina oggi vigente e delle connesse interpretazioni della giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria, e dell'AGCM (Autorità Garante della concorrenza e del Mercato), l'affidamento diretto è effettivamente consentito solo in casi molto particolari.

Perché possa aver luogo un affidamento diretto legittimo ad una società *in house*, oltre ai requisiti previsti dalla legislazione nazionale e legati alle caratteristiche strutturali, territoriali ed economiche del servizio, è necessario che sussistano i tre requisiti scolpiti per la prima volta nel ben noto caso *Teckal*. In primo luogo, la società deve essere interamente partecipata dall'ente pubblico. In secondo luogo la società deve essere sottoposta ad un controllo analogo a quello che l'ente pubblico esercita sui propri uffici. Quindi, si postula un tratto che condiziona e connota in modo peculiare la *governance* della società, perché, al di là dell'ordinario e fisiologico rapporto tra socio e società e tra assemblea ed organo di gestione, deve esservi un potere effettivo di controllo dell'ente pubblico

¹⁷ Sia consentito, su questo tema, un ampio rinvio, anche per le relative citazioni di dottrina e giurisprudenza, al mio *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in www.giustamm.it, 4 dicembre 2009, nonché in corso di pubblicazione in Scritti in onore di G. Palma.

¹⁸ Oltre alla precedente nota, per avere un quadro delle riflessioni sull'assetto giuridico delle società miste e sui servizi pubblici locali, cfr. in particolare G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 41 e ss.; cfr. anche G. CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge finanziaria 2002*, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali (art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326 ed art. 4, comma 234° della legge 24 dicembre 2003, n. 350)*.

che ricalchi i presupposti, i modi e le finalità del controllo che esso esercita sui propri uffici. Questo inciso potrebbe anche tradursi nella affermazione che l'ente socio deve poter esercitare i poteri di coordinamento, vigilanza e, fors'anche, di sostituzione che sono propri dei rapporti organici e interorganici conosciuti sì al diritto pubblico ma certamente non anche al diritto societario per quanto attiene alle relazioni tra socio e società¹⁹. In terzo luogo, la società deve dedicarsi con prevalenza allo svolgimento del servizio pubblico, sicché eventuali altri oggetti sono possibili solo se mantengono, e secondo una logica funzionale e non meramente quantitativa, un rilievo marginale. La giurisprudenza nazionale e l'AGCM ritengono, in proposito, che il requisito della prevalenza sia escluso persino quando, già solo a livello di previsioni formali dell'oggetto sociale, sia consentito (così come accade normalmente nella prassi statutaria) alla società di svolgere più attività oltre a quella legata alla missione di interesse pubblico. Basterebbe questa apertura formale, insomma, anche a prescindere da una indagine sull'effettivo spettro dell'attività sociale, a negare la qualifica di società *in house*.

Dal momento che l'affidamento diretto presuppone tali rigorosi requisiti e che la società, di necessità, nasce o si struttura in modo tale da poter conseguire nei singoli casi un tale affidamento, la previsione di tali presupposti corrisponde ormai ad un complessivo modello, potremmo dire quasi ad uno statuto tipico di società. Siffatto modello comporta l'esistenza del controllo analogo e di una forte limitazione allo spettro delle attività sociali possibili. In definitiva, la figura del c.d. *in house providing*, dall'essere un insieme di circostanze meramente fattuali alla cui ricorrenza la giurisprudenza ha inteso ammettere la possibilità di un affidamento senza gara del servizio pubblico è divenuta una nozione avente una valenza qualificatoria di una fattispecie di società.

Il regime speciale di tale società si compone altresì della misura asimmetrica prevista dal comma 9 dell'art. 23 *bis*, il quale vieta alla società *in house* che abbia goduto dell'affidamento diretto di poter svolgere la sua attività al di fuori del territorio dell'ente territoriale socio e di impegnarsi in altre attività d'impresa diverse da quella consistente nella gestione del servizio.

Quest'ultima disposizione si applica anche alla società mista che abbia avuto un affidamento diretto della gestione, nonostante il socio

¹⁹ Più in generale, sul tema dei controlli sulle società a partecipazione pubblica G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia* cit., 257 e ss.

privato sia stato scelto mediante una gara con il c.d. duplice oggetto (volto a ponderare sia la qualità del socio sia il tipo specifico di contributo che è chiamato a dare alla società) e ferma la necessità che tale privato si veda intestato almeno il 40 per cento del capitale sociale. Anche la società mista, d'altronde, nascendo con un oggetto ben delimitato, a sua volta già identificato puntualmente nella gara finalizzata alla selezione del socio privato, e potendo essere affidataria diretta solo grazie a queste circostanze e ad una restrizione dell'oggetto sociale, sembra configurare un parallelo e peculiare modello sociale per la cura di interessi pubblici accanto alle società *in house*. Lì dove, beninteso, tale peculiarità trascende il mero oggetto sociale e contamina il rapporto tra l'interesse impersonato dall'amministrazione socio e l'interesse della società²⁰.

All'interno di questo quadro d'insieme si deve tener conto anche dell' art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 e s.m.i., ai sensi del quale anche le società per la produzione di beni e servizi strumentali per l'ente socio, sebbene estranee alla gestione dei veri e propri servizi pubblici, sono sottoposte a limiti di extraterritorialità ed al divieto di svolgimento di altro tipo di attività. Così come deve altresì collocarsi l'art. 3, comma 27, della citata l. n. 244 del 2007, la quale tende ad ammettere la costituzione di nuove società pubbliche solo quando esse hanno per oggetto una attività di produzione di beni e servizi strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico.

La considerazione generale che se ne può trarre è che la concorrenza *per* il mercato e la finalità di privatizzazione perseguite dal legislatore influenzano a tal punto il regime giuridico di tali società pubbliche dal produrre queste conseguenze: i) la determinazione di un oggetto sociale delimitato; ii) la configurazione di un rapporto "peculiare" tra socio pubblico e società, nel quale emerge una speciale considerazione dell'interesse pubblico.

Si deve aggiungere che l'interesse pubblico che gode di questo peculiare privilegio sembra avvicinarsi, più che all'interesse collettivo in senso ampio, proprio l'interesse del socio-amministrazione. Una volta che la società si connota, per volontà di legge, per via del controllo analogo esercitato su di essa dal socio o per la vincolante destinazione all'attività sociale di servizio pubblico, con esclusione di ogni altra iniziativa d'impresa che non sia davvero marginale, i poteri e gli interessi del socio

²⁰ Condivide la qualificazione statutaria peculiare di tale società, quasi come una particolare *societas unius negotii* e ciò in dipendenza dell'obiettivo consistente nel conseguire l'affidamento diretto, F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in www.giustamm.it, 2 febbraio 2010. Proprio a questo scritto si deve lo spunto sviluppato nel presente paragrafo.

pubblico ben potrebbero essere modellati sulla falsariga di esigenze tipiche del soggetto-ente pubblico piuttosto che orientati alla realizzazione dell'interesse pubblico "desoggettivato". Così, ad esempio, il socio pubblico potrebbe comunque esser tentato di utilizzare i suoi poteri anche per massimizzare il profitto. La deroga al regime societario di diritto comune potrebbe (almeno, nei fatti, se non negli intendimenti del legislatore) persino direttamente combaciare con un simile intento.

Se effettivamente così fosse, però, avremmo che in questa vicenda si verrebbe ad affermare una nozione di interesse pubblico in senso strettamente soggettivo ed un corrispondente e latente principio di primato dell'interesse pubblico in senso soggettivo che la scienza giuridica del diritto amministrativo ha da tempo posto in crisi. Da molti decenni la dottrina riconosce che l'amministrazione non è più soggetto *totale*, in grado cioè di impersonare col suo agire imperativo sempre e comunque l'unico fine pubblico e l'unico interesse pubblico meritevole di attuazione, assorbendo infallibilmente l'interesse della collettività; essendo venuta meno l'intima compenetrazione tra ordinamento ed amministrazione pubblica, questa è invece soggetto *parziale*, perché il suo *potere* si fa *funzione*, perché essa agisce nella dialettica tra autorità e libertà e perché, quindi, l'interesse pubblico è sì un dato che permea di sé il rapporto tra la P.A. ed il privato senza però essere un attributo soggettivo della prima ²¹. Dato che l'interesse pubblico non è, in breve, dell'amministrazione in quanto tale, il regime giuridico dell'azione di quest'ultima deve procedere nella costante salvaguardia delle libertà e dei diritti che con essa s'incrociano.

Detto questo, sarebbe ancor più significativo poter riflettere su come e sul perché l'ordinamento finisca per ammettere tali peculiari interferenze dell'interesse pubblico sul rapporto sociale e soprattutto su come un tale interesse pubblico vada qualificato e commisurato.

9. Le conclusioni di fondo di questo scritto non possono che essere incomplete.

Il quadro che si è tentato di tratteggiare infatti testimonia di una forte contaminazione esercitata dal diritto pubblico sul regime giuridico e quindi sulla *governance* delle società a partecipazione pubblica, specie per quelle società che sono incaricate della gestione di un servizio pubblico e che hanno ottenuto in via diretta il relativo affidamento dalla P.A..

²¹ Su tali concetti, per tutti, A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo) (ad vocem)*, *Enc. dir., agg.* II, Milano, 1998, 966 e ss., in part. a pag. 969.

Il quesito di fondo ricostruttivo che ne deriva, allora, come preannunciato, non può che richiedere l'ausilio degli studiosi di diritto commerciale: si tratta di appurare se la contaminazione di diritto positivo determini anche, ed in quale misura, la contaminazione della causa sociale; e se, ed in qual misura, l'interesse del socio pubblico e la sua proiezione finalistica possa influire sul regime giuridico *tipico* della società al punto da generare, addirittura, un nuovo *tipo*; se quindi esista nell'ordinamento, accanto ai contratti *ad evidenza pubblica*, anche una particolare *species* di società *ad evidenza pubblica* ²².

Facendo incursione in un lessico consueto ai privatisti, potremo perciò dire che l'interrogativo concreto che si accompagna al detto quesito è il seguente: se l'interesse della società pubblica sia ancora quello "di far navigare i battelli sul Reno" o se sia invece quello di curare gli interessi e di tener conto delle esigenze della P.A. socio e di attuare il relativo interesse pubblico. Il che, beninteso, non significa affatto presupporre necessariamente l'adesione ad una visione istituzionalistica dell'interesse sociale e, su questa premessa, porre problematicamente il raffronto tra il modello normativo della società capitalistica e questo strano operare dell'interesse della P.A.-socio che l'ordinamento va in qualche misura legittimando ai nostri giorni. Infatti una tale problematicità permane, indubbiamente, anche se si muove da una visione contrattualistica dell'interesse sociale.

Da una variabile fondamentale come questa, potrebbe, tra l'altro, ad esempio, discendere la soluzione ai problemi interpretativi che sin da principio sono stati generati dall'espressione *enti* di cui al comma 1 dell'art. 2497 c.c. ²³.

A chi parte dall'angolo visuale del diritto amministrativo non resta che affidarsi agli insegnamenti tradizionali del diritto delle società. Questi ultimi ci forniscono una serie di indicazioni e ci dicono: che quel che caratterizza le società di capitali è anzitutto il loro "rilievo reale"; che le norme sull'organizzazione delle società sono di ordine pubblico e mirano alla tutela dell'interesse dei terzi, specie soci e creditori sociali, e del mercato; che anche il predetto art. 2497 vuol tutelare gli interessi di queste categorie di soggetti; che rimane ferma, per l'ordinamento, l'esigenza di identificabilità del *tipo* sociale per ricondurlo alla sua precipua disciplina.

²² Riprendo la domanda finale e la classificazione di G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 157 e ss., in part. 167.

²³ Su questo problema interpretativo, cfr. C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, *Riv. soc.* 2005, 1 e ss. in part. 6 e ss.

Tenendo conto di tutto questo, verrebbe da dire che, se alla società pubblica davvero non interessasse di “far navigare i battelli sul Reno”, forse essa non sarebbe neppure una vera società.