

Le società a partecipazione pubblica

Rassegna di giurisprudenza (2010-2022)¹

Sommario: 1. Introduzione. Classificazione delle società. Interventi della Corte Costituzionale. Interventi in sede consultiva del Cons. St.. – 2. Precedenti sulla capacità di diritto privato. L'art. 4 TUSP e la strumentalità. Possibile nullità ex art. 2332 c.c.. – 3. Profili causali. Patto leonino e partecipazioni pubbliche speciali. L'assenza dello scopo di lucro in statuto. – 4. La costituzione della società. Gli artt. 3 e 4 TUSP. – 5. Partecipazioni minoritarie. Società miste. – 6. L'art. 5. La motivazione del provvedimento di autorizzazione alla costituzione. – 7. La vendita. La clausola di prelazione. – 8. I modelli organizzativi delle società partecipate. L'art. 16. Società in house. – 9. L'art. 17 d. lgs. 175/2016. La società a partecipazione mista. La gara a doppio oggetto. – 10. La competenza sulla gestione e sull'amministrazione. – 11. Gli organi. Il consiglio di amministrazione. La nomina e la revoca degli amministratori. – 11. Segue: assenza di giusta causa di revoca. – 12. Lo spoil system. – 13. Prorogatio. – 14. Il compenso degli amministratori delle società a partecipazione pubblica. – 15. La responsabilità degli amministratori. – 16. Il recesso "speciale" dell'ente pubblico. – 17. Collegio sindacale. Nomina del sindaco supplente e revoca del sindaco. – 18. Procedure concorsuali – 19. Responsabilità del socio. – 20. Articolo 2409. Gravi irregolarità gestionali nelle società in house in crisi. – 21. Diritto di accesso. – 22. Fattispecie particolari. La Rai.

1. *Introduzione. Classificazione delle società. Interventi della Corte Costituzionale. Interventi in sede consultiva del Cons. St..* – La produzione normativa sulle società a partecipazione pubblica è stata nel periodo 2010-2022 estesa e diretta verso gli scopi di limitare la costituzione di società, di assicurare protezione alle risorse pubbliche coinvolte, di evitare che la società pubblica possa competere a condizioni privilegiate con quella privata. Nel periodo è stato promulgato il D. lgs. 19 agosto 2016, n.175 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, di seguito TUSP), che intende introdurre una disciplina organica. Il TUSP si applica, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche.

Si tratta di questioni ineludibili che affiorano in tutta la giurisprudenza esaminata nella presente rassegna. La *ratio* della costituzione è quella di sfruttare un modello organizzativo meno burocratico, organizzato per uffici, usufruendo della maggiore elasticità prevista in materia assunzioni e rapporti anche temporanei di consulenza e collaborazione di impiego privato (ma con minori garanzie rispetto al pubblico impiego). L'ente può quindi procedere a condizione che la costituzione sia funzionale alla sua attività. Nel funzionamento, prevale il diritto societario. Tuttavia, alcune disposizioni di legge (ad es. la vendita secondo procedure competitive) fanno riemergere la natura pubblica – indisponibile – dell'interesse amministrato

¹ Sebbene il lavoro sia frutto delle riflessioni comuni degli Autori, a C.F.G. devono essere attribuiti i paragrafi **1**, 2, 3, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 22 e i paragrafi 4, 5, 6, 8, 15, 21 a F.P..

e l'agire funzionale dell'ente allorché costituisce la società. Sullo sfondo vi è il tema dell'amministrazione societarizzata, da una parte, e dell'impresa pubblica, dall'altra.

La *ratio* delle progressive limitazioni rispetto alla attività contrattuale può essere più agevolmente compresa alla luce di alcune preoccupazioni espresse dalla giurisprudenza, prima ancora che dal legislatore del 2016. In particolare, Cons. St., Adunanza plenaria, 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.* 2011, 7-8, III, 365, con nota di GRANIERI, relativa a società promosse e oggetto di operazioni straordinarie da parte dell'Istituto Universitario di Architettura di Venezia, ha individuato nel quadro normativo previgente all'intervento del 2016 "*un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche [...] di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie*". Tale disfavore muove dalla preoccupazione di evitare che soggetti dotati di privilegi, quali, appunto, le pubbliche amministrazioni, operassero nei mercati concorrenziali, anche in un'ottica di allineamento con i principi del diritto europeo. In particolare, il riferimento è all'art. 106 TFUE, che stabilisce il divieto per gli Stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle norme in materia di tutela della concorrenza e divieto di erogazione di aiuti di Stato.

In termini classificatori, anche prima di riconoscimenti normativi, la giurisprudenza distingue la costituzione di una società *in house*, da parte di un ente pubblico senza fine di lucro – fermo, tuttavia, il limite intrinseco rappresentato dal fatto che "ogni forma organizzativa è sempre e necessariamente strumentale al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente medesimo, e salvi specifici limiti legislativi" – dalla costituzione, da parte di un ente pubblico, di una società commerciale, destinata ad operare sul mercato, in regime di concorrenza con operatori privati e accettando commesse sia da enti pubblici che da privati (Cons. di Stato, Adunanza plenaria, 3 giugno 2011, n. 10). Nella specie si ritiene che le Università non possono costituire società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, al fine di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali.

Ne conseguono diversi filoni di contenzioso, tra i quali anche quello tra Regione-Stato, allorché la singola regione legiferi sulle proprie società.

Al riguardo, è importante la sentenza Corte Cost., 27 luglio 2013, n. 229 (Gallo-Tesauro), relativa a ricorsi presentati da Regioni che censuravano una disposizione statale che imponeva lo scioglimento delle società e quindi comprimeva la scelta delle Regioni in ordine alla forma giuridica da adottare per organizzare ed erogare i propri servizi, soprattutto con la previsione di una drastica riduzione delle ipotesi di ricorso all'affidamento *in house*. La Corte definisce rientrante nell'esercizio dell'autonomia organizzativa delle Regioni quello di continuare ad avvalersi di quelle società che, svolgendo esclusivamente "*attività amministrativa in forma privatistica*" nei confronti delle pubbliche amministrazioni, sono contraddistinte da un legame con le medesime, basato sulla sussistenza delle condizioni prescritte dalla giurisprudenza

comunitaria del "controllo analogo" e dell'"attività prevalente", tale da configurarle quali "longa manus delle amministrazioni pubbliche, operanti per queste ultime e non per il pubblico", come da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa (per tutte, Cons. St., Adunanza plenaria, sentenza 4 agosto 2011, n. 17).

La Corte ritiene che la legislazione statale che intende *"razionalizzare la spesa pubblica attraverso la riduzione delle spese per beni e servizi, garantendo al contempo l'invarianza dei servizi ai cittadini"*, può *"incidere su una materia di competenza della Regione e delle Province autonome (sentenze n. 188 del 2007, n. 2 del 2004 e n. 274 del 2003), come l'organizzazione ed il funzionamento dell'amministrazione regionale e provinciale"* (sentenza n. 159 del 2008), e quindi si tratta di verificare se le singole disposizioni impugnate dalle Regioni siano riconducibili a principi di coordinamento della finanza pubblica. Posto che la Corte ha ripetutamente ribadito che è consentito imporre limiti alla spesa di enti pubblici regionali alla duplice condizione: a) di porre obiettivi di riequilibrio della medesima, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; b) di non prevedere in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi (sentenza n. 289 del 2008), le disposizioni impugnate contenevano una disciplina puntuale e dettagliata che vincolava totalmente anche le amministrazioni regionali, senza lasciare alcun margine di adeguamento, anche a Regioni e Province autonome, con conseguente lesione dell'autonomia organizzativa della Regione, nonché della competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica.

E' in questo contesto che, nel rapporto con l'attività non amministrativa, la Corte Costituzionale ha ribadito che la disciplina delle società con partecipazione pubblica – consistente nel divieto (in ogni caso non assoluto) di partecipazione e nell'obbligo di dismissione delle partecipazioni possedute in violazione di tale divieto – mira ad impedire che le società partecipate costituiscano fattori di distorsione della concorrenza e pertanto ad evitare che gli enti pubblici *"svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse"*. (Corte Cost., 1° agosto 2008, n. 326; cfr. Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 148).

Successivamente, all'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008*) si è stabilito che *"al fine di tutelare la concorrenza e il mercato"*, le pubbliche amministrazioni *"non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"*. La disposizione riportata ha posto un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare, come, invero, dichiarato nella parte iniziale della disposizione stessa, la tutela della concorrenza quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico.

La materia è stata poi riorganizzata dal c.d. TUSP. Le disposizioni dell'art. 1-4, d.lgs. 175/2016, c.d. TUSP, tentano un'indicazione sistematica (anche se poi compromessa nelle successive

modifiche dell'art. 4 aventi ad oggetto la produzione lattiera o le società di finanza etica). L'art. 1 (Oggetto) fa chiaro che le norme si applicano a: la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta. Il comma 2 individua i fini nella efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, nella tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché nella razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica. Il comma 3 contiene una importante norma di rinvio quando stabilisce che *"Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato."*

Nell'art. 2 sono previsti i tipi (società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa) l'obbligo dell'organo di controllo oltre alla revisione legale esterna obbligatoria, per la società per azioni.

Infine, di grande importanza è l'art. 4, "Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche", che prevede che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Al comma 2, si prevede che nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento di servizi di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi, progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2; autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato.

Quello dell'attrazione alla funzione amministrativa ed alla necessità di evitare che la società pubblica consenta lo svolgimento di un'attività preclusa, è un orientamento rimasto attuale anche successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 175/2016, come evidenziato dal Tribunale Regionale Amministrativo della Lombardia, 2 settembre 2019, n. 1935.

Anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha espressamente tenuto conto del rischio di *"alterare le dinamiche concorrenziali"* derivante dal mantenimento di partecipazioni

in società che offrono servizi in regime di libero mercato e non finalizzati al raggiungimento di un prevalente interesse pubblico, con un conseguente *"indebito vantaggio concorrenziale per gli operatori che offrono tali servizi"* e ha individuato le dismissioni delle partecipazioni in società che non forniscono servizi necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico, ai sensi dell'art. 24 del d. lgs. n. 175/2016, come uno strumento necessario per la tutela della concorrenza (AGCM, *AS1553 – Legge di Bilancio 2019 – Osservazioni in merito agli articoli 41-bis e 51 del disegno di legge AC 1334*, 13 dicembre 2018).

Sempre con riferimento ai profili di raccordo, la costituzione di una società a partecipazione pubblica – secondo la disciplina dettata dall'art. 7 d. lgs. n. 175/2016 – si perfeziona mediante due distinti atti: l'atto deliberativo, ossia un atto amministrativo con cui l'amministrazione pubblica delibera la costituzione della società e l'atto costitutivo della società stessa, di natura negoziale. Sul punto, il Cons. St., nel parere sul d. lgs. n. 175/2016, ha osservato che mentre l'atto deliberativo *"si connota come tipico atto di organizzazione di natura discrezionale, sottoposto al controllo della Corte dei Conti, e in nessun caso può assumere la funzione di atto costitutivo della società pubblica, dotato del contenuto tipico degli atti negoziali"*, conseguentemente, *"l'atto deliberativo è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, [e] l'atto negoziale spetta alla cognizione del giudice ordinario"* (C.d.S., Ad. Commissione speciale, 21 aprile 2016, n. 968).

L'art. 32 del d.lgs. n. 163 del 2006 contempla un altro modello di società pubblica, anche non maggioritaria, diverso dall'organismo di diritto pubblico, che si caratterizza per il fatto che oggetto dell'attività è *"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"*. L'elemento qualificante per ritenere che la società agisca nell'esercizio di poteri pubblici è in questo caso rappresentato dal fatto che, come risulta chiaramente dalla riportata definizione codicistica, la relativa attività non si inserisce in un mercato concorrenziale. Si applica, pertanto, anche in questo caso il regime giuridico sopra riportato.

2. Precedenti sulla capacità di diritto privato. L'art. 4 TUSP e la strumentalità. Possibile nullità ex art. 2332 c.c. – Il Cons. St., Adunanza plenaria, 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.* 2011, 7-8, III, 365, con nota di GRANIERI, già visto sopra, ha ritenuto che nel quadro normativo previgente all'intervento del 2016 vigesse *"un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche [...] di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie"*. Il C.d.S. riteneva quindi illegittime le deliberazioni dello IUAV che aveva compiuto una serie di operazioni societarie (scissioni) per dar vita ad una società di engineering, a seguito dei ricorsi di diversi ordini degli ingegneri del Veneto.

Nella specie si riteneva che le Università, aventi finalità di insegnamento e di ricerca, possono dare vita a società, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali, e non per erogare servizi contendibili sul mercato,

in virtù di un principio che si desume dall'ordinamento, codificato dall'art. 27, co. 3, L. n. 244/2007, secondo il quale in assenza di disposizioni normative di specie, le amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) non possono costituire società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, al fine di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali (nella fattispecie, l'oggetto sociale includeva fra le attività esercitabili la somministrazione e vendita al pubblico di alimenti e bevande, la locazione di immobili, la concessione di fidejussioni e garanzie, la generica possibilità di partecipare al capitale di altre società. Il Consiglio ne ha dichiarato l'illegittimità poiché l'atto costitutivo e lo statuto non prevedevano limiti puntuali volti a garantire la stretta strumentalità rispetto ai fini istituzionali dell'Università).

Con riferimento al tema, invero alquanto problematico, dell'applicazione contestuale di principi giuridici propri della normativa in materia di enti pubblici e della disciplina societaria, il Consiglio chiarisce che l'annullamento degli atti prodromici "non poteva sortire alcun effetto sulla società in quanto ai sensi dell'art. 2332 c.c., una volta che la società viene iscritta nel registro delle imprese, non vi è più solo la società come negozio giuridico, ma anche la società come autonomo soggetto di diritto, sicché la nullità della società può essere pronunciata solo in casi tassativi." Tuttavia, il C.d.S. afferma che "l'ipotetica impossibilità di ottenere la declaratoria di nullità della società non esclude né i rimedi risarcitori né la possibilità di invocare l'autotutela pubblicistica (da parte di IUAV), dall'altro lato, avuto riguardo al tenore delle censure dedotte con i ricorsi di primo grado, può in astratto profilarsi una "illiceità dell'oggetto sociale" che è una delle cause di nullità della società ai sensi dell'art. 2332 c.c."

A seguito del TUSP, le previsioni di cui all'art. 4 d. lgs. n. 175/2016 mirano ad ovviare alle problematiche evidenziate sopra, rafforzando la distinzione tra l'esercizio di attività amministrativa in forma privatistica svolta da società che operano per una pubblica amministrazione, "*con effettivo carattere di strumentalità, configurandosi nei fatti quali mere modalità organizzative per l'esercizio di compiti tipici dell'Ente pubblico di riferimento*", e l'esercizio di attività d'impresa direttamente da parte di enti pubblici (Trib. Roma, 4 febbraio 2020, n. 2430, riprendendo quanto espresso con riferimento alla disciplina previgente in Corte Cost., n. 148/2009 *cit.*; C.d.S., n. 10/2011 *cit.*; Corte Cost., n. 229/2013 *cit.*).

Come detto, l'art. 4, comma 2 d. lgs. n. 175/2016 delimita ulteriormente l'utilizzo degli strumenti societari da parte delle pubbliche amministrazioni, specificando le attività che le stesse possono svolgere mediante la costituzione di società o l'acquisizione e il mantenimento di partecipazioni in società già esistenti. Al riguardo, la lett. a) contempla l'attività consistente nella "*produzione di un servizio di interesse generale*", espressione che va coordinata con la definizione di "*servizio di interesse generale*" fornita dall'art. 2, comma 1, lett. h) d. lgs. n. 175/2016 e di quella di "*servizio di interesse economico generale*" (lett. i) dello stesso articolo), che ne costituisce una sottocategoria.

Da ultimo, la Corte Costituzionale, 28 luglio 2022, n. 201, in *Foro it.*, 2022, 12, I, 35, ha affermato l'incostituzionalità dell' art. 3, comma 2, l. reg. Sicilia 26 maggio 2021 n. 12, nella

parte in cui prevede che i comuni della regione possono costituire o partecipare a società, anche con enti pubblici e privati, aventi finalità di promozione e tutela delle aree montane e delle relative aree sciabili o, comunque, aventi ad oggetto la gestione e la fruizione delle aree sciabili, con riguardo allo sviluppo delle attività economiche nelle località montane. La disposizione legittima attività meramente imprenditoriali e commerciali, non solo non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali municipali, ma anche diverse da quelle tipizzate dall'art. 4, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, TUSP, fatta eccezione per la costituzione o la partecipazione alle società (espressamente contemplate dall'art. 4 d.lg. n. 175 cit.) aventi per oggetto sociale prevalente la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico -sportiva in località montane.

Al riguardo, il Cons. St., Sezione V, 11 novembre 2016, n. 4688 ha osservato che ai fini della valutazione di compatibilità tra l'attività svolta dalla società partecipata e le finalità istituzionali perseguite dalla pubblica amministrazione imposto dall'art. 4 d. lgs. n. 175/2016, rileva non soltanto il tipo di attività svolta, ossia l'oggetto sociale, ma anche le modalità con le quali l'ente pubblico, eventualmente in modo congiunto con altri enti pubblici titolari di partecipazioni nella stessa società, può esercitare le proprie prerogative di azionista, indirizzando e coordinando l'attività sociale².

3. Profili causali. Patto leonino e partecipazioni pubbliche speciali. L'assenza dello scopo di lucro in statuto. – Il Tribunale di Roma 24 ottobre 2014 (data della decisione e non del deposito; Est. Scerrato) si occupa di una controversia tra SIMEST S.p.A. (società impegnata nel supporto finanziario alle società esportatrici) ed una società che aveva concluso un contratto per il quale Simest entrava nel capitale di una partecipata per un certo tempo e, allo scadere, avrebbe dovuto corrispondere quanto ricevuto dalla partecipata stessa, oltre ad un tasso di interesse agevolato.

Per sottrarsi all'obbligo di acquisto della partecipazione societaria la controparte di SIMEST, *medio tempore* fallita, contestava, tra l'altro la violazione del divieto di patto leonino. L'attrice allegava che le pattuizioni contrattuali concluse con SIMEST violavano il suddetto divieto sotto vari profili; in primo luogo, configuravano la violazione tanto l'obbligo della holding di corrispondere a SIMEST un interesse annuo calcolato sul valore dell'investimento della stessa SIMEST, quanto la mancata partecipazione di quest'ultima agli utili ed alle perdite della partecipata; l'obbligo della holding di riacquistare, quanto meno al valore di acquisto, la partecipazione detenuta da SIMEST dimostrava che questa non aveva in alcun modo assunto il rischio societario connaturato invece a qualsiasi investimento in capitale di rischio; tale profilo di illegittimità risultava ancora più evidente se si considerava che il contratto prevedeva che, in caso di incremento del valore della partecipazione, SIMEST avrebbe beneficiato di tale incremento.

² Come espresso dal Consiglio di Stato, "*In altri termini, per un'autorità amministrativa ha rilievo non solo "se" una società di diritto privato esercita un'attività economica e se pertanto è opportuno partecipare al suo capitale, ma anche "come" questa attività viene svolta, e quindi quale influenza sulla stessa è possibile esercitare, per assicurarne la coerenza con finalità di interesse pubblico*" (C.d.S., n. 4688/2016 cit.).

SIMEST, d'altro canto, escludeva la configurabilità del patto leonino non solo in ragione della finalità di sostegno finanziario sottesa all'operazione effettuata in base alla legge 24 aprile 1990, n. 100 (cioè la legge che disciplina i principi fondamentali dell'operatività della società, la cui attività è volta a promuovere, nonché sostenere finanziariamente, anche per il tramite di un supporto tecnico-economico ed organizzativo, le iniziative di investimento e di collaborazione commerciale poste in essere dalle piccole e medie imprese italiane), ma anche in ragione di quanto espressamente previsto nei contratti sottoscritti tra le parti, i quali escludevano espressamente l'intento associativo tra le due società.

Ricostruita la *ratio* sottesa al divieto di patto leonino, il Tribunale – con ragionamento condivisibile - osservava che, in forza del disposto dell'art. 2265 c.c., devono considerarsi nulle le clausole statutarie o, anche, i patti parasociali che comportino l'esclusione totale e costante di uno o di alcuni dei soci dalla partecipazione al rischio di impresa ed agli utili, ovvero da entrambe. Il Tribunale ritiene che esulano dal divieto posto dalla norma citata le pattuizioni che regolano la partecipazione alle perdite ed agli utili in misura difforme rispetto all'entità della partecipazione sociale del singolo socio; quanto detto vale tanto nel caso in cui le pattuizioni contemplino una misura di partecipazione difforme da quella inerente ai poteri amministrativi quanto nel caso in cui le stesse condizionino la partecipazione o la non partecipazione agli utili e/o alle perdite al verificarsi di determinati eventi giuridicamente rilevanti.

Con riferimento al caso di specie, il Tribunale riteneva che la clausola sulla corresponsione degli interessi annui calcolati sul valore dell'investimento e sulla previsione di opzione per il riacquisto, da parte del debitore-partner privato, delle partecipazioni a prezzi predeterminati, pur se astrattamente atti ad escludere la partecipazione dell'opposta al rischio di impresa, non potessero ritenersi come meramente elusive del divieto di cui all'art. 2265 c.c., essendo al contrario la disciplina pattizia sorretta da un'autonoma giustificazione causale, espressione di interessi di rilevanza pubblica, indubbiamente meritevoli di tutela. Sul punto il Tribunale richiama il disposto della citata l. 100/90, ed in particolare l' art. 3, 2° comma, come modificato dall'art. 20, 1° comma, lett. d, D. Lgs 143/98), in base al quale "*(l)'acquisizione di partecipazioni da parte della Simest S.p.a. è subordinata all'impegno degli altri azionisti o di terzi a riacquistare le partecipazioni stesse nei termini e al prezzo indicato al comma 1*", mentre al primo comma del medesimo art. 3 (come modificato prima dall'art. 5, 1° comma, L. 212/92 e poi dall'art. 20, 1° comma, lett. d, del D. Lgs. 143/98) è previsto che "*(l) partecipazioni acquisite dalla SIMEST S.p.a. ai sensi dell'articolo 1 non possono superare di norma la quota del 25 per cento del capitale o fondo sociale della società o impresa e devono essere cedute, a prezzo non inferiore a valori correnti, entro otto anni dalla prima acquisizione*".

È pertanto la stessa legge, nel testo introdotto nel 1998, a prevedere che dette operazioni di supporto finanziario con fondi pubblici sono condizionate, attraverso la previsione di opzioni di acquisto da parte dell'impresa finanziata, alla formale assunzione dell'impegno di riacquistare le partecipazioni a prezzo, come minimo, non inferiore ai valori correnti; quindi, fatto salvo questo limite minimo di legge, la previsione contrattuale in ordine al riacquisto al

costo maggiore fra l'importo storico di acquisto ed il valore corrente al momento del termine dell'operazione non è in contrasto – ed anzi è pienamente coerente - con la natura di società di capitali di SIMEST, rispondendo all'esigenza di evitare finanziamenti già in partenza in potenziale perdita.

Inoltre, ribadito che SIMEST è una società di capitale che tendenzialmente deve mirare all'utile, non va dimenticato che l'art. 3, 5° comma, della l. 100/90 (come modificato dall'art. 20, 1° comma, lett. e) del D.Lgs 143/98) prevede(va) espressamente, fino al citato D.L. 95/12 e successiva legge di conversione, che "*(g)li utili conseguiti dalla Simest S.p.a., anche per la parte degli stessi determinati da plusvalenze sulle cessioni di partecipazioni effettuate, possono essere distribuiti agli azionisti diversi dallo Stato. ...*". Detta disposizione conferma pertanto la legittimità della disposizione pattizia in ordine all'individuazione, quanto alla determinazione del prezzo di riacquisto, del valore maggiore fra il costo storico e il valore corrente di realizzo.

Si segnala poi, sempre in tema di finalità di lucro e società a partecipazione pubblica, Cass. 16 giugno 2011, n. 13234, che si occupa di una fattispecie con tratti di peculiarità (la controversia riguardava, in particolare, un Istituto case popolari costituito come società senza scopo di lucro, che gestiva edilizia popolare secondo una legge speciale regionale, nei confronti del quale venivano mosse contestazioni da parte di alcuni affittuari che volevano costituire un condominio). Per quanto qui interessa, nella pronuncia la Corte ha verificato che l'Istituto *non* aveva scopo di lucro in virtù di clausole statutarie inequivoche, e ciononostante non ne ha tratto alcuna conseguenza sul piano societario, respingendo pertanto il ricorso degli aspiranti "condomini".

Nella fattispecie decisa da Cons. St., 20 marzo 2012, n. 1574, in relativa alla società Porto Antico di Genova S.p.A., la ricorrente, esclusa da una gara per la realizzazione di un cinema su uno spazio della citata società pubblica, sosteneva che quest'ultima non potesse essere ritenuta una vera e propria società esercente impresa, quanto un organismo di diritto pubblico. Per quanto attiene all'attività della società, l'appellante contestava in particolare che il suo statuto prevedesse che "*la società tenderà al raggiungimento dell'equilibrio finanziario (...) in modo da assicurare un volume di entrate possibilmente almeno pari all'entità delle spese*" e che questa non opererebbe in regime di concorrenza, atteso che "*gestisce una infrastruttura assolutamente unica, per soddisfare bisogni ed interessi della cittadinanza insuscettibili di trovare sfogo, in forme analoghe, in altri contesti urbani genovesi con essa fungibili sul piano funzionale*".

Il C.d.S. ha invece ritenuto che l'appellante non avesse dimostrato che l'attività della società fosse svolta con metodo non economico e senza assunzione del rischio di impresa (la cui configurabilità viene di fatto equiparata alla presenza dello scopo di lucro).

Più nel dettaglio, riferendosi alla disposizione statutaria citata sopra in merito al volume delle entrate che avrebbe dovuto essere "*almeno pari all'entità delle spese*" (art. 3.1.), la presenza

dell'avverbio "*possibilmente*" consentiva di escludere il riconoscimento di una sorta di "licenza di perdere"; qualora, invece, questa fosse stata l'intenzione delle parti al momento della costituzione della società, le stesse avrebbero dovuto stabilirlo in maniera chiara ed inequivoca.

Allo stesso modo, al contrario, lo statuto della Società conteneva indici interpretativi contrastanti con l'assunto della parte appellante, nella parte in cui questo prevedeva, oltre quanto riportato al successivo punto, che "*la società tenderà al raggiungimento dell'equilibrio finanziario*" (art. 3.1, cit., parte prima).

Inoltre, il C.d.S. trova conferma di quanto affermato in merito alla presenza del rischio di impresa nella mancanza di meccanismi relazionali di tipo finanziario tra società ed amministrazione pubblica idonei a consentire un ripianamento delle perdite e in grado di permettere la stessa sopravvivenza della società. Per quanto attiene, invece, al fatto che la società deve agire per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico, il Consiglio ha ritenuto che detto elemento non fosse caratterizzante del solo organismo di diritto pubblico, bensì dell'attività di tutte le società che svolgono attività di impresa. Ne conseguiva che la circostanza, richiamata nell'atto d'appello, secondo cui la delibera comunale n. 116 del 2010 avesse imposto alla Società di svolgere "*attività strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente in base alle funzioni proprie del Comune*", non costituisca un elemento che potesse condurre a ritenere che la società svolgesse attività meramente amministrativa. A ciò si aggiunga, infine, che lo statuto esplicitamente stabiliva che la società potesse produrre utili, e che gli stessi "*saranno a disposizione per l'eventuale assegnazione di un dividendo ai soci in proporzione alle quote di partecipazione, salvo che l'assemblea disponga di rimandare ai successivi esercizi o di destinarli a speciali riserve*" (art. 38).

4. *La costituzione della società. Gli artt. 3 e 4 TUSP.* – Come detto, l'art. 4 TUSP stabilisce le condizioni e i limiti sia per la costituzione di società a partecipazione pubblica sia per l'acquisizione e il mantenimento di partecipazioni pubbliche da parte delle pubbliche amministrazioni, mediante la tipizzazione delle attività che possono essere svolte dalle società partecipate. In particolare, la norma si apre con una delimitazione in negativo, vietando, al comma 1, alle amministrazioni pubbliche di svolgere "*direttamente o indirettamente, [...] attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*".

Con la sentenza 22 aprile 2022, n. 86 la Corte costituzionale ha recentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 della legge della Provincia autonoma di Trento 17 maggio 2021, n. 7 per violazione dell'art. 4, commi 1 e 2, TUSP, in quanto ha ritenuto che la norma contrastasse con gli artt. 97, secondo comma, e 117, commi secondo, lettera l), e terzo, Cost.

In particolare, il comma 1 dell'art. 34 (rubricato "*Partecipazione della Provincia ad una società di mutua assicurazione a responsabilità limitata*") della legge prov. Trento n. 7 del 2021 disponeva che "*la Provincia è autorizzata a partecipare, direttamente o tramite Cassa del*

Trentino s.p.a., in qualità di socio sovventore, alla società di mutua assicurazione a responsabilità limitata "ITAS Istituto Trentino-Alto Adige per Assicurazioni Società mutua di assicurazioni". Il successivo comma 2 subordinava la partecipazione statutaria *"al fatto che sia riservato alla Provincia, anche indirettamente, il diritto di designare un proprio rappresentante nel consiglio di amministrazione"* di ITAS. La Presidenza del Consiglio ricorrente deduceva, anzitutto, la violazione dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016 che reciterebbe *"una elencazione tassativa, stabilendo che "le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa"*. Le mutue assicuratrici non sarebbero state classificabili fra i menzionati "tipi societari", poiché, *"pur essendo esse inquadrate (al pari delle cooperative) nell'ambito della disciplina di cui al Libro V, Titolo VI, del codice civile concernente "imprese cooperative e mutue assicuratrici", [...] sono disciplinate da un Capo (il secondo) diverso da quello dedicato alle cooperative"*. Le mutue assicuratrici rappresenterebbero, pertanto, secondo la Presidenza, *"un genus distinto dalle società cooperative in senso stretto"*, come confermerebbe anche l'art. 2547 c.c., ai sensi del quale le società di mutua assicurazione *"sono regolate dalle norme stabilite per le società cooperative, solo in quanto compatibili con la loro natura"*. L'attività svolta dalle mutue assicuratrici sarebbe, altresì, *"del tutto estranea alle finalità istituzionali della Provincia"*, onde il contrasto con l'art. 4, commi 1 e 2, TUSP. In particolare, i commi 1 e 2 conterrebbero un "vincolo di scopo pubblico" e un "vincolo di attività".

In primo luogo la Corte costituzionale ha respinto l'eccezione della difesa provinciale relativa all'asserita inidoneità degli artt. 3, comma 1, e 4, commi 1 e 2, TUSP a fungere da parametri interposti in ragione della loro illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost., in quanto non avrebbero rispettato i principi e i criteri direttivi posti dall'art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche). Ciò posto, la giurisprudenza della Corte ha ricondotto la disciplina in tema di società a partecipazione pubblica a diversi e concorrenti ambiti materiali, quali l'*"ordinamento civile"*, trattandosi di disposizioni *"volte a definire il regime giuridico di soggetti diversi di diritto privato"* (sentenza n. 227 del 2020); la *"tutela della concorrenza"*, in considerazione dello scopo di talune disposizioni di *"evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali"* (sentenza n. 251 del 2016); il *"coordinamento della finanza pubblica"*, *"trattandosi di norme che, in linea con le disposizioni in materia di riduzione del costo della pubblica amministrazione (cosiddetta spending review), pongono misure finalizzate alla previsione e al contenimento delle spese delle società a controllo pubblico per il loro funzionamento"* (sentenza n. 194 del 2020).

Nel caso di specie, la Corte ha evocato come parametri interposti gli artt. 3, comma 1, e 4, commi 1 e 2, TUSP, che individuano, rispettivamente, le forme societarie per le quali è ammessa la partecipazione pubblica e le finalità perseguibili mediante la loro acquisizione e gestione.

In particolare, secondo la Corte i commi 1 e 2 dell'art. 4 TUSP individuano i limiti che incontrano le partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, imponendo – quale vincolo generale – uno stretto nesso strumentale fra le attività esercitate dalla società e le finalità istituzionali del socio pubblico e – quali limiti specifici – quelli individuati nel catalogo di cui al comma 2. Nel caso oggetto della pronuncia l'oggetto della partecipazione prevista dall'impugnato art. 34, comma 1, della legge regionale – l'erogazione di servizi assicurativi, a pagamento, in tutto il territorio nazionale – avrebbe quindi ecceduto il menzionato limite generale, non essendo configurabile un legame di stretta necessità fra le attività esercitate dalla società ITAS spa e i fini istituzionali della Provincia autonoma di Trento, non potendosi ritenere in alcun modo rilevante il fatto che la società rappresentasse una realtà storicamente radicata nel territorio provinciale e che la Provincia autonoma, ai sensi degli artt. 8 e 9 dello statuto speciale, fosse titolare di competenza legislativa primaria in alcune materie che riguardano anche l'economia del territorio.

La partecipazione della Provincia autonoma nella società di mutua assicurazione ITAS spa si inseriva, sostiene poi la Corte, in un settore che poteva definirsi "*strettamente necessario*" al perseguimento dei fini istituzionali dell'Ente provinciale o allo svolgimento delle sue funzioni, non rientrando l'attività assicurativa nemmeno fra i "*beni o servizi strumentali all'ente*" partecipante (art. 4, comma 2, lettera d, TUSP); ne derivavano, pertanto, effetti potenzialmente lesivi della tutela della concorrenza, atteso che le norme che disciplinano restrittivamente le società pubbliche strumentali sono, tra l'altro, "*dirette ad evitare 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*" (sentenza n. 229 del 2013).

La scelta della Provincia autonoma, pertanto, si poneva in contrasto con una norma dettata nell'esercizio, al contempo, della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile e di quella concorrente del coordinamento della finanza pubblica, norma oltretutto finalizzata a dare attuazione al principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

Si è diffuso sia nella giurisprudenza di legittimità che nella giurisprudenza di merito un indirizzo in base al quale, ai fini della costituzione di società e dell'acquisizione e del mantenimento di partecipazioni da parte di un ente pubblico, non è più sufficiente che l'attività della società partecipata sia semplicemente compatibile o utile al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico. Ai sensi dell'art. 4, comma 1, TUSP è infatti necessario accertare che, qualora non potesse svolgere tale attività, l'ente pubblico (*i*) non sarebbe in grado di perseguire, in tutto o in parte, le proprie finalità istituzionali o (*ii*) sarebbe costretto a perseguire le proprie finalità istituzionali a condizioni più gravose o meno efficaci. La giurisprudenza non ha mancato di osservare come il vincolo di stretta necessità stabilito dall'art. 4, comma 1, TUSP costituisca una limitazione più stringente di quella in precedenza richiesta dalla giurisprudenza, che si limitava a valutare la compatibilità dell'attività svolta dalla società partecipata rispetto alle finalità istituzionali perseguite dall'ente pubblico. L'art. 4 oggi vigente richiede, infatti, uno "*stretto nesso*" di "*strumentalità necessaria*" tra finalità pubblica

e oggetto sociale (così in C.d.S., Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10; TAR Campobasso, 3 ottobre 2017, n. 331).

Inoltre, la sussistenza di tale rapporto tra l'attività svolta dalla società partecipata e le finalità istituzionali dell'ente pubblico va accertato avendo riguardo non solo all'oggetto sociale specificato nell'atto costitutivo, ma anche dell'attività in concreto posta in essere dalla società, in una prospettiva, peraltro, che verifica la compatibilità con il fine pubblico sia al momento della costituzione o dell'acquisizione della partecipazione sia successivamente, in quanto l'art. 4, comma 1, TUSP si riferisce espressamente anche al "*mantenimento*" di partecipazioni azionarie non strettamente necessarie alle finalità istituzionali. Si tratta di quello che la Corte Conti, Sez. reg. contr. Lombardia, 10 giugno 2020, n. 77 ha definito come il "*vincolo di scopo*", al quale si aggiunge il c.d. "*vincolo di attività*" di cui al comma 2, ossia la precisazione, in positivo, delle attività consentite alle società a partecipazione pubblica, elencate alle lett. a-e) del medesimo articolo 4. Nei commi successivi del suddetto art. 4 vengono poi indicate ulteriori finalità come ammesse le quali costituiscono, ad avviso della Corte dei Conti, ipotesi "*derogatorie ed eccezionali*" rispetto alle previsioni di cui ai primi due commi del medesimo articolo, fino alla previsione di chiusura di cui al comma 9, che "*consente di salvaguardare ipotesi singole di intervento pubblico mediante lo strumento societario in settori che coinvolgono rilevanti interessi della collettività, secondo un iter predefinito e con specifici provvedimenti motivati del Presidente del Consiglio dei ministri o dei Presidenti delle Regioni e Province Autonome*" (Corte Conti, n. 77/2020 cit.).

Nel caso oggetto della sentenza del Tribunale di Roma, 4 febbraio 2020, n. 2430, Est. Romano, in *DeJure*, era sorta controversia sull'esercizio della opzione di vendita (c.d. put) da parte del socio privato del Comune di Tivoli in una società (Acque Albule S.p.A.), laddove il Comune eccepiva di non potere mantenere o incrementare la propria partecipazione per effetto dell'art. 3, comma 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (poi recepita nel TUSP) in base al quale "*le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente [o indirettamente] partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*". In particolare, secondo il Comune l'oggetto sociale della società, finalizzato allo sfruttamento delle terme e delle strutture alberghiere correlate, non sarebbe stato coerente con il requisito della stretta necessità della partecipazione al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, con la conseguenza che anche la partecipazione maggioritaria di cui l'Ente era titolare rientrava tra le partecipazioni soggette all'obbligo di vendita ai sensi della normativa sopra richiamata.

Il Tribunale ha respinto l'argomento del Comune e ha ritenuto che l'attività termale (sia terapeutica che turistica) svolta da Acque Albule S.p.A. rientrasse, invece, inequivocabilmente tra le attività funzionali al perseguimento delle richiamate "finalità istituzionali" del Comune e, anzi, proprio in ragione dell'importanza e della notorietà assunta da quella attività, si "identificasse" con esse.

In particolare, il Tribunale ha sostenuto che il servizio termale fosse diretto a soddisfare un preminente interesse pubblico sulla base di numerosi indici, tra i quali il fatto che le terme gestite dalla società fossero convenzionate con il Sistema Sanitario Nazionale, fossero oggetto di una concessione mineraria (in scadenza nel 2031) e fossero inoltre riportate dallo stesso Comune sul proprio sito web tra i "Servizi" pubblici offerti. Oltre a questi elementi di carattere oggettivo, inoltre, lo stesso Comune aveva assunto numerose condotte che consentivano anch'esse di dimostrare, secondo il Tribunale, il nesso di strumentalità tra il perseguimento dei fini istituzionali dell'Ente e il mantenimento (e, dunque, anche l'accrescimento) della partecipazione sociale nella società; ciò anche considerando che, in ragione evidentemente della ritenuta strumentalità al raggiungimento delle finalità pubblicistiche, il Comune stesso non aveva mai avviato alcun processo di dismissione della partecipazione azionaria dallo stesso detenuta, né a seguito dell'entrata in vigore della disciplina del 2007 poi abrogata né a seguito dell'entrata in vigore del TUSP.

5. *Partecipazioni minoritarie. Società miste.* – Considerato che la società può svolgere o attività amministrativa o attività di impresa, purché necessaria, una partecipazione "*minoritaria*" da parte di un unico ente pubblico, in assenza di altri soci pubblici che assicurano il controllo della società da parte della pubblica amministrazione, non costituirebbe una partecipazione strategicamente orientata all'erogazione di un servizio di interesse generale tale da giustificare la partecipazione pubblica ai sensi dell'art. 4, comma 2, lett. a), TUSP. La partecipazione minoritaria non sarebbe sufficiente a garantire un'incidenza determinante sul governo della società partecipata, e pertanto ad assicurare l'erogazione del servizio in condizioni di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, come richiesto dall'art. 2, comma 1, lett. h), TUSP.

All'ipotesi di un unico socio pubblico titolare di una partecipazione minoritaria va equiparata quella di una pluralità di soci pubblici, ciascuno dei quali detiene una "*partecipazione pulviscolare*" del capitale sociale, qualora tali partecipazioni non siano in grado di influire sulle scelte strategiche della società, indirizzandola verso il perseguimento di finalità pubbliche. In entrambi questi casi la partecipazione pubblica "*assume nei fatti le caratteristiche di un semplice sostegno finanziario ad un'attività di impresa, che si realizza tramite la sottoscrizione di parte del capitale*", tuttavia non consente di indirizzare la società partecipata verso il perseguimento delle finalità istituzionali proprie dell'ente pubblico (TAR Venezia, 5 aprile 2018, n. 363; TAR Venezia, 18 aprile 2018, n. 426; condiviso in TAR Trieste, 11 luglio 2018, n. 245).

Secondo TAR Marche Ancona, 11 novembre 2019, n. 695, in *Foro it.*, 2020, 5, III, 308, *Giustizia Civile Massimario*, 2019, è illegittima e va annullata la delibera del consiglio comunale concernente la "razionalizzazione periodica" delle partecipazioni societarie, nella parte in cui classifica come "società a controllo pubblico" (tenuta, in quanto tale, ad adempiere le prescrizioni degli art. 3, 6, 11 e 22 t.u. società pubbliche) una società mista pubblico-privata (affidataria, nella specie, del servizio pubblico locale di gestione dei rifiuti a favore dei comuni partecipanti alla parte pubblica del capitale), nella quale, benché i soci pubblici (titolari del

50,41 per cento delle quote) detengano la maggioranza dei voti in assemblea e nel consiglio di amministrazione, la gestione compete, per statuto, a un amministratore delegato espresso dai soci privati e la volontà di tali soci è necessaria per la convocazione dell'assemblea straordinaria e, quindi, per le modificazioni statutarie.

A sua volta, il TAR Lazio, 13 gennaio 2020, n. 338 ha confermato che il c.d. Servizio Scolastico Integrato di Roma Capitale rientra nella nozione di servizio di interesse generale *ex art. 4, comma 2, lett. a) TUSP*, che può essere svolto con il modello della società mista.

Secondo Cass. sez. un., 20 maggio 2010, n. 12339, in *Foro amm. CDS*, 2010, 6, 1214 (s.m) *Giust. civ. Mass.* 2010, 5, 787, quando la p.a. intenda dar vita ad una società mista a partecipazione pubblico-privata, l'accertata violazione delle regole da seguire nel procedimento (di evidenza pubblica) di scelta del socio privato non è tale da incidere sull'esistenza giuridica della società - nella specie, di capitali - ormai iscritta nel registro delle imprese: peraltro, l'indicato accertamento comporta l'impossibilità per detta società di operare secondo l'originario progetto statutario e, quindi, di conseguire il proprio oggetto, dovendo dunque essa, ancorché giuridicamente esistente, considerarsi in situazione di scioglimento e, per ciò stesso, non in condizione di perseguire utilmente lo scopo per cui era stata creata, con conseguente carenza di interesse ad agire o ad intervenire in giudizio per tutelare posizioni soggettive connesse a quello scopo.

6. *L'art. 5. La motivazione del provvedimento di autorizzazione alla costituzione.* – Nell'ambito della discrezionalità riconosciuta quanto alla scelta delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, l'ordinamento delinea un percorso di adeguatezza da rispettare, tenendo conto di fattori quali il tipo di servizio, la remuneratività della gestione, l'organizzazione del mercato, le condizioni delle infrastrutture e delle reti e, soprattutto, l'interesse degli utenti a godere del miglior servizio possibile alle condizioni più convenienti. Questo percorso è stato oggetto di una recentissima modifica normativa, che ha attribuito alla Corte dei Conti un ruolo di controllo più pervasivo, con effetti che si riverberano (pur con qualche dubbio interpretativo di cui si darà conto) sulla stessa efficacia della deliberazione (il riferimento è alla modifica dell'articolo 5 del d. lgs. n. 175/2016 di cui all'art. 11, comma 1, lett. a), n. 3), della legge 5 agosto 2022, n. 118).

In particolare, già nella versione precedente alla più recente modifica normativa l'art. 5 d. lgs. n. 175/2016 richiedeva che "*l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica [...] o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato*". Nella prospettiva della comunità locale, l'attuazione degli obblighi di servizio pubblico doveva pertanto necessariamente tradursi in condizioni più favorevoli di accesso ai servizi, quali l'applicazione di una tariffa di tutela, più vantaggiosa

rispetto a quella di mercato, la concessione di forme di pagamento agevolate mediante dilazioni non praticate dagli operatori economici del settore, o la stipulazione di convenzioni incentrate sul sostegno economico dei cittadini. Ed è proprio attraverso la dimostrazione di tali condizioni, a conferma del fatto che il mancato intervento sarebbe risultato in modalità di accesso ai servizi differenti e più gravose per gli utenti, che l'ente pubblico avrebbe assolto agli oneri di motivazione analitica imposti dalla norma (TAR Lombardia, n. 1935/2019 *cit.*).

Nel quadro normativo successivo alla novella del 2022, come anticipato, si rafforza il ruolo di controllo della Corte dei Conti che è ora chiamata a deliberare espressamente, entro sessanta giorni dal ricevimento della delibera da parte dell'ente, in merito alla conformità dell'atto con i requisiti imposti dal Codice in merito alla scelta dello strumento societario, con particolare riferimento, si legge espressamente nel novellato testo normativo del comma 3 dell'articolo 5 TUSP, "*alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*". La disciplina novellata prevede poi una sorta di silenzio assenso in favore dell'Amministrazione in caso di scadenza del termine di cui sopra; in caso di parere negativo, invece, l'Amministrazione può discostarsene, ma rendendo note pubblicamente, nel proprio sito internet istituzionale, le ragioni del dissenso rispetto a quanto stabilito dalla Corte (v. comma 4 novellato dell'articolo 5).

Immediatamente dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni, due pronunce delle Sezioni riunite in sede di controllo (la n. 16/SSRRCO/QMIG/2022 del 3 novembre 2022) e la n. 19/SSRRCO/QMIG/2022 del 19 novembre 2022) hanno fornito importanti chiarimenti in merito ai principi sottostanti la disciplina novellata³.

Nella deliberazione n. 16 si chiarisce, innanzitutto, che il controllo richiesto dalla norma alla Corte si inserisce "*nel passaggio*" tra la fase pubblicistica di deliberazione della costituzione o dell'acquisizione della partecipazione societaria e la successiva fase privatistica attuativa, con uno scopo specifico di prevenzione di eventuali effetti negativi derivanti dai possibili vizi dell'attività a rilievo pubblicistico, che come noto possono poi riverberarsi sulla stessa validità ed efficacia dei successivi atti privatistici (in termini, ad esempio, di possibile nullità ex art. 2332 c.c. della società neocostituita, ai sensi anche dell'articolo 7, c. 6, del Testo Unico, ovvero di inefficacia del contratto di acquisto delle partecipazioni, considerato il disposto dell'articolo 8, c. 2, TUSP).

Degno di nota è poi anche il secondo passaggio della deliberazione in esame, nel quale si chiarisce la natura "*atipica*" del provvedimento emesso dalla Corte all'esito dell'attività prevista dalla disciplina novellata, che sebbene sia letteralmente definito "*parere*" nel comma 4 della

³ Su cui vedi, per alcuni primi commenti, A. DI RIENZO, *L'articolo 5 del TUSP dopo la modifica della legge n. 118/2022. La giurisprudenza più significativa*, disponibile al sito www.dirittoeconomi.it, 2022. V. anche P. COSA, *Le Sezioni riunite in sede di controllo intervengono per indicare in modo chiaro e univoco le modalità di svolgimento e i limiti della funzione assegnata dall'art. 5 del Tusp alla Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 6, 2022, 85 ss.

disposizione in esame, presenta poi evidenti tratti di assimilabilità al controllo preventivo di legittimità, pur non essendo, tuttavia, del tutto riconducibile neppure a questo ambito di attività, in quanto la deliberazione pubblicistica – e questo è un altro elemento degno di nota, per i suoi effetti anche in termini di accoglibilità di eventuali ricorsi giudiziari – è da ritenersi, sostiene la Corte, *"un atto già perfetto ed efficace"*, rispetto al quale la decisione della Corte opera quale mero impedimento temporaneo alla piena esplicazione degli effetti in applicazione del principio di cui all'art. 21-*quater*, c. 1, della legge 241/90. Si tratta pertanto, conclude la Corte, di un *"parere"* a cui il legislatore ha conferito una *"fisionomia atipica"*.

Continua poi la Corte rilevando, in relazione all'esame richiesto dall'articolo 5 TUSP in merito ai parametri di sostenibilità finanziaria, convenienza economica e compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, che il controllo richiesto dalla disciplina novellata impone di verificare *"la completezza e l'adeguatezza degli approfondimenti condotti dall'Amministrazione"*, che dovrà essere valutata *"in ragione della complessità dell'operazione sottoposta ad esame"*, così come dovrà essere valutata *"l'affidabilità e l'attendibilità delle stime effettuate"*. Con riferimento alla nozione di *"sostenibilità finanziaria"*, la Corte precisa che, nell'ambito degli investimenti societari, tale parametro deve essere inteso da un lato in un senso oggettivo, cioè verificando la capacità che lo strumento societario ipotizzato dimostri di garantire l'equilibrio economico finanziario attraverso l'esercizio delle attività previste nel proprio oggetto sociale, dall'altro in un senso soggettivo, cioè valutando l'effettiva compatibilità della scelta operata dall'amministrazione rispetto alla specifica situazione di bilancio dell'Ente, anche tenendo conto del suo possibile impatto organizzativo in termini di controlli interni. Per quanto riguarda, invece, la *"convenienza economica"*, la Corte chiarisce che la motivazione fornita dall'Ente dovrà dare conto *"sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'Amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità)"*.

Si segnala, poi, la richiamata pronuncia n. 19/SSRRCO/QMIG/2022 del 19 novembre 2022, nella quale la Corte ha chiarito che l'ambito di applicazione dell'articolo 5 TUSP novellato riguarda le sole operazioni societarie nelle quali l'amministrazione acquisti *ex novo* la posizione di socio, senza ricomprendere, pertanto, le operazioni di trasformazione tra tipi societari, di fusione e di sottoscrizione di aumento di capitale sociale dalle quali non derivi l'effetto citato. Si tratta, precisa la Corte, di un principio da intendersi tassativamente, dal quale tuttavia non deriva, come è ovvio, la totale esclusione delle attività di controllo rispetto alle richiamate operazioni comunque straordinarie, che continueranno ad essere oggetto delle verifiche della Corte nell'ambito, ad esempio, delle verifiche di razionalizzazione periodica di cui all'articolo 20 TUSP.

7. *La vendita. La clausola di prelazione.* – Secondo il secondo comma, ultimo periodo, dell'art. 10 TUSP *"l'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza"*

economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente. È fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto".

La norma pone un tema di compatibilità tra gli obblighi procedurali di evidenza pubblica imposti alle pubbliche amministrazioni nella dismissione delle proprie partecipazioni sociali e il diritto dei soci, eventualmente previsto in statuto, di essere preferiti, a parità di condizioni, nell'acquisto delle predette partecipazioni. Occorre quindi garantire l'osservanza della clausola di prelazione contenuta nello statuto di società a partecipazione pubblica e, al contempo, il rispetto della disciplina prescritta per la dismissione delle partecipazioni sociali detenute dalle amministrazioni.

Il problema è stato trattato nel caso risolto dal Cons. St. 28 settembre 2016, n. 4014. La fattispecie concreta riguardava la cessione a seguito di procedura di evidenza pubblica delle azioni possedute da un comune in una società dallo stesso controllata insieme ad altri enti locali e deputata alla prestazione del servizio di trasporto pubblico. All'esito della gara, i soci privati della società partecipata avevano esercitato il loro diritto di prelazione con l'intenzione di acquistare la quota al diverso corrispettivo definito secondo le regole statutarie. Il Comune aveva invece stabilito di cedere la partecipazione all'aggiudicatario della gara, non tenendo quindi in considerazione la prelazione. Il Cons. St., appellandosi a ragioni di ordine pubblico, ha ritenuto nulla la clausola statutaria contenente il diritto di prelazione a favore dei soci privati, nonché tutti gli atti che vi hanno dato attuazione. Si è al riguardo precisato che la cessione di una partecipazione in una società mista da parte di un'amministrazione pubblica deve necessariamente avvenire tramite procedura di evidenza pubblica, che rimarrebbe esclusa laddove si consentisse l'operatività della clausola di prelazione. Quanto disposto dal comma 9 dell'art. 5 TUSP, ossia che "*nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica*", non può considerarsi riferito soltanto al momento di costituzione della società mista, ma va esteso anche alle ipotesi di cessione di partecipazioni sociali detenute da un'amministrazione pubblica. Sicché, osserva il Cons. St., la prelazione esercitata a un corrispettivo tale da frustrare la procedura ad evidenza pubblica contrasterebbe con il principio di concorrenza e con il principio del necessario rispetto della par condicio tra i concorrenti nel mercato, oltre che con i principi della trasparenza, del buon andamento e imparzialità della P.A. La sentenza sottolinea dunque l'obbligo di rispettare la regola dell'evidenza pubblica per l'alienazione di quote sociali detenute in una società mista, qualificata come "*principio di ordine pubblico economico (anche di matrice eurounitaria)*" alla luce del quale ha dichiarato nulla la clausola statutaria che prevede la prelazione in favore dei soci esercitata al corrispettivo risultante dai criteri statutari e non a quello risultante all'esito della procedura.

In precedenza, Cons. St., 1° marzo 2010, n. 1156, in *Foro amm. CDS*, 2010, 3, 583, *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 804, con nota di GOISIS, affermava che, nel caso di cessione di quote azionarie di società comunale, la capacità della p.a. di stipulare il relativo contratto sussisteva solo

quando esercitata conformemente alle procedure definite dal legislatore per il perseguimento di finalità di pubblico interesse. Pertanto, la violazione di norme imperative finalizzate ad assicurare i valori di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 cost., comporta il difetto della capacità di agire dell'Amministrazione e denota il vizio genetico della formazione della volontà e della scelta del contraente, in un ambito che attiene pur sempre all'assolvimento di funzioni amministrative, riflettendosi sulla validità dell'atto di alienazione, con le conseguenze di cui all'art. 1418 comma 1, c.c.

Il Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, nell'orientamento 68/2018, reperibile sul sito del Consiglio, si sofferma sulla clausola di prelazione al fine di superare la incompatibilità con la disciplina dell'evidenza pubblica. Nell'orientamento si prevede che negli statuti di società a partecipazione pubblica sia legittima, e necessaria, la previsione di una clausola di prelazione che preveda che, in caso trasferimento di partecipazioni mediante procedure ad evidenza pubblica, il diritto di prelazione possa essere esercitato al prezzo della proposta di aggiudicazione e che l'aggiudicazione verrà effettuata all'esito dell'esercizio del diritto di prelazione o dell'inutile decorso del termine per il relativo esercizio. Si ritiene opportuno che lo statuto affianchi alla disciplina "ordinaria" della prelazione quella relativa al trasferimento delle partecipazioni mediante procedure ad evidenza pubblica prevedendo in tal caso: i) che il diritto di prelazione possa essere esercitato al prezzo della proposta di aggiudicazione; ii) che il socio alienante debba dare avviso all'organo amministrativo dell'avvio della procedura a evidenza pubblica entro un determinato termine dalla pubblicazione del bando; iii) che il bando e comunque gli atti di gara segnalino l'esistenza del diritto di prelazione spettante agli altri soci; iv) l'obbligo per il socio alienante di dare notizia dell'intervenuta proposta di aggiudicazione all'organo amministrativo il quale provvederà a darne informazione agli altri soci affinché possano esercitare il diritto di prelazione.

Non è dubbio il meccanismo della prelazione nel caso, eccezionale e motivato, della alienazione con negoziazione diretta. Tuttavia, la prelazione nel caso di procedura a evidenza pubblica richiede una riflessione più attenta in ordine alla compatibilità tra detta procedura e il diritto di prelazione, in particolare con riguardo a clausole statutarie che prevedono la prelazione a favore del socio privato nel caso in cui la P.A. decida di cedere le proprie quote di partecipazione ad una società mista. La problematica è espressione delle difficoltà interpretative che caratterizzano un ambito quale quello in oggetto, in continua tensione fra regole privatistiche e regole pubblicistiche trattandosi di società, quelle a partecipazione pubblica, che, da un lato, soggiacciono alle disposizioni concernenti le procedure ad evidenza pubblica in quanto pur sempre strumenti a finalità pubblicistiche, e, dall'altro, sono disciplinate dal diritto comune societario, anche in base a quanto disposto, da ultimo, dal TUSP che ne ha addirittura previsto l'assoggettamento alle procedure concorsuali. La soluzione proposta nella Massima n. 68, consente di trovare un equilibrio tra i predetti poli: rispetto della procedura a evidenza pubblica quale espressione di un principio generale di ordine pubblico e la disciplina societaria ordinaria. In pratica, si conserva la inderogabilità della detta procedura a evidenza pubblica, la quale non può essere *ex se* derogata da una previsione statutaria, e si adatta la

prelazione, con la previsione che il prezzo di cessione sia parametrato sul valore di aggiudicazione.

8. *I modelli organizzativi delle società partecipate. L'art. 16. Società in house.* – Dalla scelta dell'ente pubblico discende l'applicazione di una diversa disciplina giuridica allo svolgimento del servizio di interesse generale. Corte cost., nella sentenza n. 326/2008, sopra citata, ha evidenziato i motivi sottostanti alla tradizionale distinzione tra le funzioni amministrative e la libertà di iniziativa economica di cui godono anche le pubbliche amministrazioni. Nell'ambito delle attività di società partecipate, tale principio comporta una disciplina giuridica differente per l'attività amministrativa in forma privatistica e l'attività d'impresa svolta da enti pubblici, per cui entrambe possono essere svolte attraverso società di capitali, ma in condizioni diverse. Infatti, mentre 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 in regime di concorrenza.

Sulla base di tali premesse il d. lgs. n. 175/2016 individua due forme organizzative per la gestione dei servizi di interesse generale da parte delle pubbliche amministrazioni al di fuori dei meccanismi del mercato. Si fa riferimento, in particolare, al modello delle società c.d. strumentali degli enti territoriali, costituite o partecipate da tali enti specificamente per lo svolgimento di una attività funzionale degli enti stessi, delle quali le Amministrazioni potranno avvalersi in via diretta, mediante l'affidamento della gestione di determinati servizi di interesse generale senza l'attivazione di alcuna procedura ad evidenza pubblica (c.d. affidamento diretto o *in house*, oggi disciplinato dall'art. 16 d. lgs. n. 175/2016). A questa si affianca la categoria delle società a partecipazione mista pubblica-privata (disciplinata dall'art. 17 d. lgs. n. 175/2016), nelle quali, al contrario, è sempre necessario il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per la scelta della società affidataria, in quanto si ritiene che in tali casi il rapporto della società partecipata con la sfera pubblica non comporti alcun privilegio e quindi alcuna alterazione della concorrenza⁴. In queste società, non risulta che il ruolo degli enti territoriali si differenzia da quello dell'azionista di una società per azioni (TAR Valle d'Aosta, 20 febbraio 2009, n. 8; TAR Valle d'Aosta, 23 aprile 2009 n. 35, entrambe in *DeJure*).

La società *in house providing* è caratterizzata dall'autoproduzione di beni e servizi all'interno della compagine organizzativa della società, senza ricorrere a terzi tramite gara pubblica – dunque senza ricorrere al mercato – in contrapposizione al fenomeno dell'esternalizzazione (c.d. *outsourcing*), nel quale la pubblica amministrazione si rivolge al mercato ai fini della produzione di beni e prestazione di servizi che fanno parte della funzione pubblica.

⁴ Sul punto, la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare che la partecipazione pubblica (e, più in generale, le sovvenzioni di cui possono beneficiare alcune società partecipanti alla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico) non attribuisce di per sé un vantaggio competitivo (CGUE, 7/12/2000, C-94/99, ARGE Gewässerschutz contro Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft, par. 25 e ss.). Tale ragionamento è stato successivamente ripreso dalla giurisprudenza italiana, la quale ha ammesso la partecipazione di società miste a partecipazione maggioritaria pubblica a gare pubbliche sia territoriali che extraterritoriali, senza che ciò possa rappresentare una lesione dei principi del diritto europeo (C.d.S., 28 settembre 2005, n. 5196).

La prima definizione della società *in house* è stata fornita dalla Corte di Giustizia (CGUE, Teckal S.r.l. contro Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, 18 novembre 1999, C-107/98, par. 50), stabilendo due requisiti, espressamente previsti cumulativamente: (i) che l'ente locale eserciti sulla persona giuridica un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi; (ii) che tale persona giuridica realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

Come evidenziato in Cons. St., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, ripreso dai Tribunali Regionali Amministrativi (si v., in particolare, TAR Brescia, 11 giugno 2013, n. 558 e TAR Napoli, n. 1925/2013, *cit.*), rispetto all'affidamento sul mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza, il modello dell'*in house* non presenta alcun carattere di eccezionalità.

Rispetto all'art. 16 come norma (in)idonea a consentire compressioni del potere gestorio del consiglio di amministrazione, v. Trib. Roma 2 luglio 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 3751, con nota di A. CAPIZZI, più avanti trattata.

9. *L'art. 17 d. lgs. 175/2016. La società a partecipazione mista. La gara a doppio oggetto.* – Ai fini dello svolgimento dei propri compiti istituzionali, la pubblica amministrazione può instaurare un rapporto di collaborazione stabile e di lunga durata con soggetti privati, mediante l'istituzione di un'organizzazione comune addetta alla gestione di determinati servizi a favore della comunità locale. Ciò si realizza mediante la costituzione di una società mista, cioè una società partecipata congiuntamente da un socio pubblico e un socio privato.

Appare evidente, pertanto, che, così come la società *in house*, anche il modello della partecipazione mista si distingue da quello dell'esternalizzazione della gestione di determinati servizi pubblici ad operatori economici estranei alla pubblica amministrazione (TAR L'Aquila, 30 marzo 2017, n. 153, in *DeJure*). La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto la possibilità per l'amministrazione pubblica di avvalersi del modello organizzativo della società mista per l'espletamento dei propri compiti, chiarendo al contempo la differenza tra il modello della società mista e quello della società *in house*. Mentre quest'ultima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione, in ragione dell'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività della società *in house* in favore dell'amministrazione stessa, la società mista a partecipazione pubblica maggioritaria presuppone la convergenza di interessi pubblici e privati all'interno di un modello nuovo (Cons. Stato, 16 marzo 2009, n. 1555). Il socio privato viene scelto attraverso una procedura ad evidenza pubblica.

Il modello comporta, in particolare, l'affidamento diretto ad una società costituita appositamente per l'erogazione di un determinato servizio da rendere a favore dell'autorità pubblica, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara in modo da non assicurare una esclusiva ad un privato.

Sulla base di tali osservazioni una decisione – relativa alla controversia tra concessionario ed amministrazione sulla validità di un contratto di servizio - è giunta alla conclusione, poco condivisibile, che la partecipazione societaria, la costituzione o l'acquisto di quote o azioni, finalizzati non ad un mero investimento finanziario ma alla gestione, seppure in una fase diversa e indiretta, di un'attività pubblicistica è operata attraverso accordi sostitutivi di provvedimento, da intendersi come sostituzione di attività provvedimento unilaterale con un modulo consensuale. (TAR Piemonte, 10 giugno 2010, n. 2750, in *Foro amm.*, 2010, 3069 (s.m.), con nota di GENESIN). Pertanto, secondo questo orientamento, lo statuto dei relativi atti è uno statuto pubblicistico, cui può aggiungersi l'applicazione di regole privatistiche (in particolare, di quelle sulle obbligazioni e sui contratti), in quanto compatibili. L'atto consensuale, secondo questa decisione, viene impropriamente denominato "contratto", ma in realtà costituisce esercizio del potere pubblico e, nella misura in cui sia destinato allo svolgimento di un'attività oggettivamente pubblicistica, ha natura di accordo sostitutivo, ai sensi dell'art. 11 della l. 7 agosto 1990 n. 241. Ne consegue, inoltre, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutto ciò che riguarda tale atto consensuale.

Le conclusioni cui è arrivata la giurisprudenza sono state recepite dal d. lgs. n. 175/2016⁵. In primo luogo, nel caso delle società miste trova applicazione l'art. 7, comma 5, d. lgs. n. 175/2016, secondo cui qualora sia prevista la partecipazione di soci privati all'atto costitutivo di una società a partecipazione pubblica, la scelta del socio avviene con procedure di evidenza pubblica, con il limite introdotto dall'art. 17, comma 1, d. lgs. n. 175/2016, in base al quale la quota di partecipazione societaria da parte del socio privato non può essere inferiore al trenta per cento. L'art. 17, comma 2, primo periodo stabilisce, inoltre, che *"il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita"*. In secondo luogo, lo stesso art. 17 fornisce una disciplina specifica della società mista con riguardo allo svolgimento della gara, prevedendo, in particolare, una gara a doppio oggetto, che aggiudica *"al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista"* (comma 1). La norma prosegue dettando una disciplina puntuale della gara (comma 2). In ogni caso, ai sensi dell'art. 17, comma 3, la durata della partecipazione privata non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione.

Il partenariato pubblico-privato comporta un problema di coordinamento tra quanto stabilito dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, d. lgs. n. 175/2016, e la disciplina derivante dal d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, c.d. codice dei contratti pubblici.

La giurisprudenza ha avuto occasione di intervenire in materia, chiarendo che deve ritenersi esclusa la possibilità di applicare l'istituto dell'avvalimento alle gare indette ai sensi dell'art.

⁵ G. PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel testo unico d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Giuffrè, 2017, pp. 34-35.

179 del d. lg. n. 50/2016 nell'ambito del partenariato pubblico-privato, quale quella indetta per la selezione del socio operativo della società mista affidataria del servizio pubblico (TAR L'Aquila, 30 marzo 2017, n. 153 *cit.*). Per giungere a tale conclusione, il Tribunale ha valorizzato il rapporto tra il socio pubblico e il socio privato alla base del partenariato pubblico-privato, che nasce dall'esigenza della pubblica amministrazione di avvalersi del *know how* di un'impresa privata ai fini della prestazione di un determinato servizio a favore della collettività. Conseguentemente, *"se il privato, al fine di aggiudicarsi un contratto pubblico, ha la necessità di avvalersi dell'esperienza e dei requisiti tecnico-organizzativi di un altro soggetto (c.d. ausiliario nel contratto di avvalimento), perché non li possiede, non potrà evidentemente apportare alcun 'know how' alla pubblica amministrazione"*.

Ne deriva che l'ente pubblico può legittimamente richiedere nel bando di gara il possesso di determinati requisiti di capacità, tecnica e organizzativa, in capo all'aspirante socio e di non consentire la partecipazione a soggetti che non siano singolarmente in possesso di detti requisiti. Del resto, l'art. 17, comma 2 d. lgs. 175/2016 stabilisce espressamente che il socio privato *"deve possedere i requisiti di qualificazione in relazione alle prestazioni per cui la società è stata costituita"*.

10. *La competenza sulla gestione e sull'amministrazione.* – La impostazione per la quale le società siano parte dell'amministrazione – infondata in senso assoluto e accettabile solo in relazione a specifiche circostanze – ha posto la questione della competenza esclusiva del consiglio di amministrazione sulla gestione. La giurisprudenza di merito aveva elaborato una cospicua casistica, poi tramutata nella previsione di legge di cui all'art. 16 d. lgs. 19 agosto 2016 n. 175, sulle deroghe statutarie al modello civilistico delle società di capitali, affermando che gli enti pubblici controllanti possano esercitare non solo poteri di direttiva e di indirizzo, ma anche di autorizzazione o annullamento di tutti gli atti sociali più significativi, poteri propulsivi nei confronti del consiglio di amministrazione della società affidataria, consistenti in proposte di specifiche iniziative inerenti l'esecuzione dei singoli contratti di servizio, e poteri di veto sulle deliberazioni del consiglio di amministrazione riguardanti l'attuazione dei contratti di servizi.

Il Tribunale di Roma 2 luglio 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 3751, con nota di A. CAPIZZI, decide sul ricorso del presidente del c.d.a. di una società comunale di servizi, a fronte del rifiuto di iscrizione del notaio, in sede di omologazione. Lo statuto della società prevedeva all'art. 20 "alcune modifiche introdotte nello statuto e segnatamente quelle che limitano i poteri dell'organo amministrativo alla sola amministrazione ordinaria che sono in netto contrasto con l'art. 2380-*bis* c.c.". Secondo la società, l'art. 16 d. lgs. 19 agosto 2016 n. 175 consente, espressamente, che "gli statuti delle società per azioni possano contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-*bis* e dell'art. 2409 *novies* c.c." al fine di realizzare l'assetto organizzativo proprio delle società *in house* di cui al 1° comma. Secondo il notaio, le deroghe statutarie ammesse dall'art. 16, 2° comma, lett. a), t.u. agli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c. non sono da intendersi in bianco, tali da rimetterne completamente il contenuto all'autonomia statutaria, e, presupponendo un rapporto di stretta strumentalità con l'esercizio del controllo

analogo, sono eccezioni a regole generali e in quanto tali da interpretarsi in senso restrittivo ex art. 14 disp. prel. c.c.; l'introduzione di siffatte deroghe statutarie non può mai giungere ad eliminare o compromettere, a scapito del principio di proporzionalità delle deroghe di cui alla legge delega, la competenza e l'autonomia decisionale dell'organo gestorio, ma solo a limitarle — anche attribuendo al socio pubblico il potere di avocare a sé la decisione su tutte le operazioni strategiche e significative per la società controllata — considerando anche che ai sensi dell'art. 12 TUSP gli organi di amministrazione delle società partecipate restano soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali per gli atti compiuti nonostante l'interferenza degli organi sociali e dei soci stessi.

Nel caso, l'art. 20 dello statuto disponeva che "il consiglio di amministrazione è investito dei soli poteri per la gestione ordinaria nei limiti previsti dall'art. 10 e 12 e nel pieno rispetto delle prescrizioni impartite dall'organo deputato al controllo analogo o direttamente dal socio e trasfuse in appositi atti o direttive formali e vincolanti".

Il Tribunale si occupa quindi dell'art. 16. La disposizione detta i principî e la disciplina speciale in tema di controllo analogo nelle società *in house* prevedendo, peraltro, che gli statuti delle società per azioni possano contenere clausole in deroga alle disposizioni di cui all'art. 2380 *bis* c.c. "ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al 1° comma".

Le deroghe statutarie al modello societario civilistico, infatti, devono reputarsi ammesse nei limiti del rapporto di strumentalità funzionale tra esse e il fine di realizzare il controllo analogo di cui al 1° comma, come sarebbe testimoniato anche dalla previsione dell'art. 16, 6° comma, secondo cui, "a seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo". Trattandosi di norme che fanno eccezione a regole generali, le stesse non possono che essere intese in senso restrittivo, come imposto dall'art. 14 disp. prel. c.c.

Il Tribunale ritiene quindi – del tutto condivisibilmente – che il "controllo analogo" sia una "influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata". Tenendo presente che l'influenza dell'ente pubblico controllante si estrinseca al livello della c.d. alta amministrazione della società controllata — senza annullare, cioè, l'autonomia gestionale ed esecutiva del suo organo amministrativo —, e che si attribuisce rilevanza all'esercizio effettivo del potere di controllo dell'ente controllante, cioè alla sua direzione gestionale e organizzativa, cui la società *in house* è assoggettata, il Tribunale riconduce il controllo analogo all'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c., sulla "eterodirezione strategica" della società controllata, piuttosto che ad una situazione di asservimento totale della controllata e degli organi di essa, tale da annullarne ogni autonomia.

Per legittimare il controllo, il Tribunale si fonda sulla sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. 28 marzo 2013, n. 50, *Foro it.*, 2013, I, 1377) che ha ricordato che "la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che sul soggetto concessionario deve essere esercitato un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve

trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti. Ciò non significa che siano annullati tutti i poteri gestionali dell'affidatario *in house*, ma che la "possibilità di influenza determinante" è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale".

Di contro, la giurisprudenza amministrativa ha statuito come occorra, in particolare, verificare che l'ente pubblico affidante eserciti, pur se con moduli su base statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della governance rispetto alla maggioranza azionaria, sicché risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2018, n. 182; 18 luglio 2017, n. 3554, e sez. III 24 ottobre 2017, n. 4902).

Il Tribunale valorizza anche che gli organi di amministrazione delle società partecipate restano soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali per gli atti compiuti nonostante l'interferenza degli organi sociali e dei soci stessi.

Si conclude quindi che è legittimo attribuire al socio del controllo delle decisioni strategiche o comunque particolarmente significative (ad es., mediante l'attribuzione di poteri di direttiva, indirizzo, autorizzazione, veto) in particolari materie funzionali all'esercizio del controllo analogo fino alla cessazione degli affidamenti diretti, è da escludersi che possa derogarsi completamente a una norma tipologica della società per azioni che, come noto, attribuisce la gestione dell'impresa esclusivamente all'organo amministrativo. "In presenza di un modello di organizzazione di tipo corporativo e, dunque, basato sul principio della specializzazione funzionale degli uffici", l'attribuzione della gestione alla competenza degli amministratori può essere, in vario modo, limitata attraverso poteri di direttiva, avocazione e controllo al fine di realizzare quella "eterodirezione strategica" di cui si è detto, ma mai completamente svuotata di contenuto come, invece, si realizzerebbe mediante la limitazione della competenza alla sola ordinaria amministrazione. Inoltre, pare particolarmente efficace l'argomento per il quale "attribuire all'organo gestorio la sola ordinaria amministrazione comporterebbe, necessariamente, la creazione di un sistema ibrido, non tipizzato, ove la stessa gestione societaria (e non solo un potere di indirizzo, di autorizzazione o di avocazione) sarebbe ripartita tra più organi". Sotto altro profilo, si afferma che "l'attribuzione all'assemblea dei poteri di straordinaria amministrazione e per converso la limitazione della competenza funzionale dell'organo amministrativo ai soli atti di ordinaria amministrazione lederebbero anche i principî su cui si fonda la responsabilità civile degli amministratori nei confronti della società e dei creditori sociali di cui agli art. 2392 ss. c.c. (definiti espressamente norme imperative inderogabili dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. 28 aprile 2010, n. 10215, *id.*, Rep. 2011, voce *Società*, n. 604)".

11. *Gli organi. Il consiglio di amministrazione. La nomina e la revoca degli amministratori.* – La giurisprudenza si è ripetutamente occupata dei poteri di nomina e revoca degli

amministratori di una società a partecipazione pubblica da parte dell'ente pubblico titolare di tali partecipazioni ed in particolare sulla giurisdizione ordinaria.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, *"la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto privato solo perché l'Ente pubblico ne possieda, in tutto o in parte, le azioni"* (Cass., SS.UU., 11 novembre 2019, n. 29078). In particolare, nella sentenza si decideva della revoca da parte della Giunta della Regione Calabria disponeva per giusta causa - secondo il disposto della L.R. 11 gennaio 2006, n. 1, art. 20, comma 6 e art. 2449 c.c. - dei componenti del consiglio di amministrazione della Fincalabra s.p.a., società a partecipazione maggioritaria della Regione costituita a norma della L.R. n. 7 del 1984, art. 1. Tali deliberazioni venivano impugnate dai tre consiglieri revocati, davanti al TAR Calabria. Il T.A.R., dopo aver sospeso con ordinanza cautelare la nomina dei sei nuovi amministratori, con sentenza n. 1983/2006 dichiarava inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo che la natura eminentemente privatistica del potere esercitato nella specie dalla Regione quale socia della Fincalabra s.p.a. imponesse la qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione giuridica azionata dai ricorrenti. Il Cons. St. con sentenza n. 4248/2017 ha accolto il gravame, annullando la sentenza di primo grado e rinviando la causa al TAR Calabria. Avverso tale sentenza la Regione Calabria ha proposto ricorso. La S.C. critica la sentenza del Cons. St.. Si parte da un principio "che ha ritenuto essere stato fatto proprio dalla Adunanza Plenaria 3 giugno 2011 n. 10, secondo cui ai fini del riparto della giurisdizione occorre distinguere gli atti prodromici attinenti al processo decisionale - prettamente pubblicistici e soggetti come tali alla giurisdizione amministrativa - dagli atti successivi negoziali con i quali l'ente pubblico spende la sua capacità di diritto privato ponendo in essere un atto societario". Secondo il C.d.S. la decisione della Regione Calabria di revocare i tre membri del consiglio di amministrazione della Fincalabra non appare di suo riducibile ad una mera vicenda di carattere infra-societario ma sia piuttosto un atto amministrativo, in quanto espressione di una valutazione prettamente pubblicistica di uso del potere discrezionale della pubblica amministrazione e dunque di cura degli interessi pubblici che istituzionalmente fanno capo a quella amministrazione pubblica. Sì che la cognizione in ordine alla impugnazione di tale atto deve ritenersi riservata al giudice amministrativo.

Secondo la Regione Calabria era erroneo l'assunto posto a base della statuizione impugnata, posto che, secondo la consolidata giurisprudenza di queste Sezioni Unite, la nomina e la revoca degli amministratori della società da parte dell'ente pubblico socio debbono essere ascritte agli atti societari "a valle" della scelta di fondo del modello societario e restano perciò interamente assoggettate alle regole proprie del modello recepito ed alla giurisdizione ordinaria. La Cass. ritiene la doglianza fondata *"alla luce dei principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza di queste Sezioni Unite (cfr., tra molte: Cass. S.U. n. 4989/1995; n. 7799/2005; n. 30167/2011; n. 1237/2015; n. 19676/2016; n. 24591/2016; n. 21299/2017; n. 16335/2019), oltre che dello stesso Cons. St. (cfr. Adunanza Plenaria 3 giugno 2011 n. 10), cui il Collegio ritiene di dare continuità"*.

Secondo la S.C. il principio di fondo da considerare è quello secondo cui la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto privato solo perché l'Ente pubblico ne possenga, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed Ente pubblico azionista è, in altri termini, di assoluta autonomia. Ciò significa che all'Ente pubblico non è consentito incidere unilateralmente sugli atti di gestione e sulla attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario dei quali dispone nella sua qualità di socio. Del resto, il richiamo alla disciplina del codice civile in materia di società di capitali - salve deroghe espresse - "trova esplicita e chiara conferma normativa nel D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13, quarto periodo, convertito nella L. n. 135 del 2012, oltre che nell'analogo D.Lgs. n. 175 del 2016, art. 1, comma 3: norme alle quali, se pure entrate in vigore successivamente ai fatti di causa, può ben attribuirsi, per la "clausola ermeneutica generale" di chiusura (in senso privatistico) che entrambe esprimono, rilevanza significativa".

La S. C. chiarisce anche il riferimento all'ormai consolidato criterio giurisprudenziale di riparto della giurisdizione nella materia in questione. Una volta scelto discrezionalmente il modello privatistico, in presenza di un atto da collocare "a valle" della scelta iniziale di avvalersi dello strumento societario, esso deve ritenersi interamente regolato dal diritto privato. Pertanto, l'atto di revoca, per giusta causa, degli amministratori nominati dall'Ente pubblico sia da collocare in questo secondo ambito non pare invero potersi dubitare, trattandosi all'evidenza di un atto compiuto *uti socius, non jure imperii*. L'art. 2449 c.c. del resto lo esprime chiaramente laddove, da un lato, individua nello statuto sociale, cioè in un atto fondamentale della società di natura negoziale, la fonte esclusiva della attribuzione al socio Ente pubblico della facoltà di nomina di amministratori in numero proporzionale alla propria partecipazione al capitale sociale, con la correlata facoltà di revoca degli stessi; dall'altro, precisa che gli amministratori nominati dall'Ente pubblico hanno i medesimi diritti e obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Da quest'ultima disposizione - che si mostra coerente con le altre nel delineare la soggezione del socio pubblico, al pari degli altri soci, alle regole di organizzazione del tipo societario prescelto - si trae la chiara conferma che, nella specie, non si verte in tema di lesione di interessi legittimi, bensì di diritti soggettivi, degli amministratori revocati. I quali infatti hanno, al pari degli amministratori di nomina assembleare, i soli diritti previsti dall'art. 2383 c.c., comma 3, tra i quali non potrebbe rientrare -senza violare il principio normativo di uguaglianza di diritti - la pretesa alla reintegrazione conseguente al sindacato sulla illegittimità del provvedimento di revoca, bensì solo il diritto al risarcimento dei danni ove il giudice ritenga che la revoca non sia sorretta da giusta causa.

Il consiglio può essere quindi nominato dall'ente o perché il socio pubblico ha la maggioranza dei voti oppure perché vi sono previsioni statutarie di attuazione dell'art. 2449, che al comma 1 stabilisce che lo statuto sociale può attribuire al socio-ente pubblico la facoltà di nominare un numero di amministratori, sindaci e componenti del consiglio di sorveglianza proporzionale alla propria partecipazione al capitale sociale. La possibilità di revoca è strettamente correlata al potere di nomina, dal momento che il comma 2 dell'art. 2449 c.c. concede il potere di revoca

dei soggetti nominati a norma del primo comma solamente agli enti pubblici che li hanno nominati.

Nei precedenti citati, in Cass. SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. comm.*, 2016, 5, II, 1041 con nota di K. MARTUCCI, in tema di società per azioni partecipata da ente locale, la revoca dell'amministratore di nomina pubblica, ai sensi dell'art. 2449 c.c., può essere impugnata presso il giudice ordinario, non presso il giudice amministrativo, trattandosi di atto "*uti socius*", non "*jure imperii*" e ogni dubbio è risolto a favore della giurisdizione ordinaria dalla clausola ermeneutica generale in senso privatistico di cui all'art. 4, comma 13, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135. L'amministratore revocato dall'ente pubblico, come l'amministratore revocato dall'assemblea dei soci, può chiedere al giudice ordinario solo la tutela risarcitoria per difetto di giusta causa, a norma dell'art. 2383 c.c., non anche la tutela "reale" per reintegrazione nella carica, in quanto l'art. 2449 c.c. assicura parità di "status" tra amministratori di nomina assembleare e amministratori di nomina pubblica

Sempre sulla giurisdizione, analogamente, per Cass., sez. un., 14 settembre 2017, n. 21299, la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato, poiché all'ente pubblico non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi, potendo esso avvalersi solo degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina pubblica presenti negli organi della società, sicché sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alla nomina degli amministratori, in quanto espressione di atti compiuti "*uti socius*" e non "*iure imperii*". (Nella specie, era contestata la conformità allo statuto sociale della nomina temporanea, da parte del presidente della giunta regionale, del presidente del consiglio di amministrazione di una società a capitale interamente pubblico).

Sempre in tema di giurisdizione, Cass. sez. un. 1° dicembre 2016, n. 24591, in *Giur. comm.*, 2017, 5, II, 809, anche in caso di *in-house*, le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario (analogamente, Cass. sez. un., 3 ottobre 2016, n. 19676, in questa rivista, 2017, II, 809). Sulla giurisdizione, TAR Lazio sez. Latina, 9 gennaio 2013, n. 17, in *Giur. merito*, 2013, 2, 441 afferma che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia avente ad oggetto la deliberazione con la quale il Consiglio comunale ha disposto la revoca di alcuni consiglieri dalla carica di amministratori di una società a prevalente partecipazione comunale, ove l'ente locale abbia agito nella veste di socio della società e lo statuto societario, nell'attribuire all'ente locale il potere di nomina della maggioranza degli amministratori della medesima società, contenga uno specifico riferimento e/o richiamo agli artt. 2449 e 2450 c.c. anche secondo TAR Campania sez. I Napoli, 10 marzo 2008, n. 1184, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3, 782 (s.m), il potere di nomina degli amministratori di società a capitale pubblico deve intendersi attribuito agli enti pubblici nella loro qualità di soci e, conseguentemente, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in merito alla controversia relativa alla nomina, da parte dell'assemblea totalitaria e da parte

del Sindaco, dei componenti del consiglio di amministrazione di una società a partecipazione pubblica.

Anche in precedenza alle decisioni sopra riportate, la giurisprudenza ha sostanzialmente confermato la prevalenza del rapporto societario nel rapporto nomina e revoca (salva la eccezione della cessazione per effetto della legge speciale). Secondo Trib. Sez. spec. Impresa Napoli, 7 agosto 2015, in *Redazione Giuffrè*, 2015, in tema di società per azioni con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, ai sensi dell'art. 2449 c.c., lo statuto è un atto fondamentale della società di natura negoziale (art. 2328 c.c. comma 3), la fonte esclusiva dell'attribuzione allo Stato o all'Ente pubblico della facoltà di nomina degli amministratori (e dei sindaci) in numero proporzionale alla propria partecipazione al capitale sociale, ed esprime i principi sia della irrilevanza personale del socio di capitali, sia della parità di status di tutti gli amministratori (e di tutti i sindaci).

Secondo Trib. Catania, 20 novembre 2012, in *Vita not.*, 2013, 1, 267, l'ambito applicativo della disciplina speciale dettata dal d.l. 293/94 (recepito dalla l. r. siciliana 22/95), in tema di proroga e decadenza degli organi - amministrativo e di controllo - di una società per azioni a prevalente controllo pubblico, si limita a quei casi in cui sussista la previsione statutaria della facoltà di nomina diretta di tali organi da parte dell'ente pubblico *ex art.* 2449 c.c.

Secondo Trib. Ragusa, 21 dicembre 2010, in *Vita not.*, 2011, 1, 381, è conforme al principio di proporzionalità fissato dall'art. 2449 c.c. la nomina, da parte di un ente pubblico che detiene una partecipazione pari al 35% del capitale di una s.p.a., di un numero pari a due componenti del consiglio di amministrazione su un totale di cinque.

11. *Segue: assenza di giusta causa di revoca.* – Nel caso deciso da Cass., 15 ottobre 2013, n. 23381, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1011 con nota di SALINAS, si trattava della revoca avvenuta in conseguenza di contestazioni del tutto particolari della società pubblica. In particolare, il comune che revocava sei dei sette amministratori censurava il rifiuto opposto dagli amministratori ad alcuni consiglieri comunali che avevano richiesto di accedere agli atti della società, il non aver ottemperato a direttive impartite alla società dal Comune di Casoria, l'aver proposto due citazioni in giudizio per crediti vantati dalla società ma contestati dal Comune, l'inottemperanza agli indirizzi formulati dall'assemblea del 2 dicembre 2004, la mancata presentazione della situazione reddituale e della relazione semestrale richieste dal bando per l'incarico di gestione del servizio affidato alla società. La società era soccombente in primo e secondo grado.

La S.C. respinge il ricorso della società con argomenti del tutto condivisibili. La società rilevava che la giusta causa riguardi anche l'accertamento dell'eventuale logoramento dei rapporti anche umani derivante da comportamenti ostili posti in essere dagli amministratori nei confronti della maggioranza che li ha eletti. La S.C. conferma che la giusta causa consiste non solo in fatti integranti un significativo inadempimento degli obblighi derivanti dall'incarico ma anche in fatti di carattere oggettivo che minino il *pactum fiduciae* elidendo l'affidamento riposto

al momento della nomina sulle attitudini e capacità dei gestori, cioè la correttezza e le attitudini gestionali dell'amministratore. Viene anche respinto l'argomento per il quale per quella società, costituita per il raggiungimento di un oggetto sociale, consistente nello svolgimento di un servizio pubblico e partecipata in via maggioritaria da un ente pubblico territoriale, il rapporto di fiducia che lega l'assemblea dei soci agli amministratori presenta profili di delicatezza maggiori rispetto alle società di capitali che non hanno come oggetto sociale lo svolgimento di un servizio pubblico e impone al giudice di merito una valutazione più ampia ai fini dell'accertamento della giusta causa di revoca, comprendendo anche il semplice logoramento dei rapporti fra amministratori e soci.

La S.C. rileva che la società pretende di imporre una fedeltà degli amministratori al socio pubblico che snaturerebbe completamente la natura privata della società in danno degli interessi della società e della minoranza oltre che, in ipotesi, nel caso di società partecipata per motivi di pubblico interesse, anche degli *stakeholders* a cui vantaggio la partecipazione pubblica è prevista. Così, nel caso in esame, la Corte di appello ha ben messo in rilievo come il comportamento degli amministratori, risultato sgradito a una componente dell'amministrazione comunale sia pure maggioritaria, sia stato coerente con i doveri assunti a seguito del mandato ad amministrare la società. In particolare, a fronte di un comportamento inadempiente del Comune quale contraente della società, gli amministratori non potevano che agire in giudizio perché fossero rispettati i diritti della società derivanti dal rapporto contrattuale con il Comune. Allo stesso modo la pretesa dei consiglieri comunali di accedere direttamente alla contabilità sociale è incontestabilmente una pretesa giuridicamente illegittima e un comportamento collusivo degli amministratori avrebbe posto in essere una violazione delle norme che regolano i rapporti fra società e soci. Si chiude con la censura di una inesistente soggezione degli amministratori alle direttive del Comune quale socio di maggioranza.

Nel caso deciso da Cass. 14 maggio 2012, n. 7425, l'amministratore contestava la revoca dalla carica in una società di assicurazioni a totale partecipazione comunale. La S.C. respinge il ricorso dell'amministratore in quanto non aveva vigilato sufficientemente su fatti gravi commessi da altri e sull'osservanza del dovere di vigilanza da esercitare nel corso del mandato, in particolare sull'attività del direttore generale, che era stata censurata in una relazione ispettiva dell'ISVAP.

12. *Lo spoil system*. – La Cassazione stabilisce che anche la revoca derivante dall'esercizio di poteri pubblicistici di revoca previsti da legge appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e chiarisce alcuni elementi del diritto speciale della società pubblica.

Con riferimento allo *spoil system*, Cass. sez. un.. 18 giugno 2019, n. 16335, in questa rivista, 2020, II, 1344, con nota di K. MARTUCCI, *Spoils system e giusta causa di revoca degli amministratori di nomina pubblica*, si occupa della previsione dell'art. 50, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 267 del 2000, che attribuisce al Sindaco il potere di revoca degli amministratori delle società partecipate dal Comune entro 45 giorni dal suo insediamento. La S.C. cassa la decisione della corte d'appello di Milano che aveva condannato la società al risarcimento agli

amministratori. Secondo la S.C., l'esercizio del potere di revoca previsto dalla legge integra di per sé una giusta causa di detta revoca, poiché tale disposizione ha una propria autonoma rilevanza rispetto alle prescritte regole statutarie ed assembleari e, fra l'ente locale e i menzionati amministratori, sussiste un rapporto di natura fiduciaria fondato sull'*intuitus personae*.

Affermata la giurisdizione del giudice ordinario, la S.C. afferma l'indubitabile connotazione societaria "interna" dell'atto, attraverso il quale il Sindaco si fa portatore della volontà del Comune di procedere alla sostituzione degli amministratori della partecipata. Le disposizioni di legge - commi 8 e 9 dell'art. 50 TUEL – sono norme etero - integrative dell'art. 2449 c.c., che, nei limiti temporali previsti, consentono all'ente pubblico, in deroga alla previsione statutaria di durata minima dell'incarico, di revocare i componenti dell'organo di gestione in precedenza nominati.

Il ragionamento è fondato sulle decisioni precedenti della S.C. tutte nel senso dell'assoggettamento al diritto societario, che include l'art. 2449 c.c. In particolare, si afferma che il potere attribuito al Sindaco dall'art. 50, commi 8 e 9, TUEL, di nomina, di designazione e di revoca dei rappresentanti del Comune presso le aziende (oltre che presso enti ed istituzioni) non è limitato alle sole ipotesi in cui queste siano soggette al controllo analogo dell'ente territoriale (stabilire se possa essere attribuita natura di società *in house* è dunque del tutto irrilevante). Sulla base del principio giurisprudenziale, per il quale "a partire da Cass. n. 58/79, che una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale; (Cass. SS.UU. nn. 4989 del 1995, 5085 del 1997, 8454 del 1998 e, fra le più recenti, Cass. SS.UU. 24591 del 2016, 19676 del 2016, 21299 del 2017)" il rapporto tra società ed ente pubblico è di assoluta autonomia, posto che l'ente può incidere sul funzionamento e sull'attività della società non già attraverso l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei componenti degli organi sociali di sua nomina. Ciò detto, è chiarito che l'ente pubblico, quando nomina e revoca gli amministratori della società, non esercita un potere a titolo proprio ma esercita l'ordinario potere dell'assemblea, ad essa surrogandosi, quale organo della società, per autorizzazione della legge o dello statuto; che l'amministratore di designazione pubblica non è soggetto agli ordini dell'ente nominante ed anzi, per testuale previsione del codice civile (art. 2449 c.c.), ha i medesimi diritti ed i medesimi obblighi dell'amministratore di nomina assembleare (Cass. n. 23381 del 2013). Ne consegue che "Sia l'amministratore di nomina pubblica sia l'amministratore di nomina assembleare null'altro possono ottenere se non la monetizzazione della funzione (Cass. S.U. n. 1237 del 2015); che l'inquadramento privatistico delle società in mano pubblica, col relativo assoggettamento alla giurisdizione ordinaria, emerge dalla L. n. 145 del 2002, art. 6 (che ha tipizzato il sistema dello *spoil system*), dal D.Lgs. n. 6 del 2003, art. 1, (che ammette il riconoscimento statutario del potere di nomina e revoca anche in capo a soggetti privati) e (pur se con disposizioni entrate in vigore in data successiva all'adozione del provvedimento di cui si discute) dal D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13, convertito dalla L. n. 135 del 2012 (che, individuando nella distorsione

pubblicistica una causa di distorsione di pubbliche risorse, fissa, in sede di spending review, una regola ermeneutica di chiusura, orientata al diritto societario comune) e dal D.Lgs. n. 175 del 2016, art. 1, comma 3, (a tenore del quale, per tutto quanto non espressamente derogato, le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme sulle società contenute nel codice civile)".

Viene infine rigettato l'argomento per il quale il potete di revoca sussiste solo quando fra i membri del consiglio della partecipata e l'amministrazione comunale in carica intercorre un rapporto di esponenzialità politica od eminentemente pubblicistica. La revoca rimane efficace e l'atto, anche se, come nel caso di specie, non motivato da ragioni che esplicitino le eventuali carenze dimostrate dagli amministratori o la loro incapacità di mutare indirizzo secondo le nuove linee indicate dall'ente, ha una *giusta causa* nella previsione di cui all'art. 50, commi 8 e 9 TUEL, cioè una giusta causa oggettiva di revoca degli amministratori. Diversamente, l'art. 50 TUEL sarebbe inutile, qualora anche la potestà del Sindaco di revoca e di nomina degli amministratori, da esercitare entro il breve termine di 45 giorni dall'insediamento, dovesse essere sorretta da una motivazione atta a giustificarla. Considerato il termine breve, non è possibile che il Sindaco sia in grado non solo di verificare la professionalità tecnica degli amministratori in carica, ma persino di prevederne la futura incapacità gestionale. Attraverso le disposizioni in esame, continua la sentenza, il legislatore ha dunque inteso farsi carico della necessità della nuova amministrazione di poter contare sull'immediata disponibilità di soggetti che si rendano interpreti delle sue nuove linee di indirizzo e delle diverse finalità della gestione, senza dover sottostare ai tempi lunghi occorrenti per verificare se gli amministratori in carica, "eredità" del precedente governo cittadino, siano in grado di corrispondere a tali mutate esigenze.

Radicalmente difforme la decisione (in linea con quella cassata dalla S.C.), con riferimento ad una società del comune di Varese, Trib. Milano, 16 maggio 2019, in questa rivista, 2020, II, 1358, con nota di A. SANTONI, *Revoca degli amministratori di società per azioni pubblica e spoils system*, e in questa rivista, 2021, 3, II, 665, con nota di M. COSSU, *Revoca anticipata degli amministratori di società a partecipazione pubblica locale e limiti di legittimità dello spoils system*, Tribunale Milano, 16 maggio 2019, condanna società e socio al risarcimento del danno per disapplicazione del regolamento comunale che consentiva la sostituzione degli amministratori, che non riceveva copertura legislativa dall'art. 50 TUEL.

Gli amministratori della spa lamentavano che dopo le elezioni amministrative del 2016 e l'elezione di un Sindaco di diverso colore politico di quello che li aveva nominati, era stato indetto un nuovo bando per le candidature alla stessa carica di componenti del consiglio della spa comunale, bando al quale essi hanno partecipato. Il nuovo Sindaco ha poi dato atto della loro cessazione dalla carica, nell'assemblea della s.p.a. e nominato i nuovi componenti del consiglio. I consiglieri lamentavano l'applicazione di un meccanismo di *spoils system*, di per sé dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale da ultimo con la sentenza n.20/2016. Il Tribunale richiamava l'art.10 primo comma del Regolamento per le nomine e le designazioni dei rappresentanti del comune di Varese, regolamento emesso il 16.11.2011 e non impugnato

dagli attori, secondo il quale: "i nominati e i designati restano in carica sino alla scadenza o alla cessazione del mandato amministrativo del Sindaco che ha provveduto alla nomina o alla designazione. Possono successivamente essere confermati nell'incarico ai sensi dell'art.7 del Regolamento".

Il Tribunale accoglie la pretesa dei consiglieri, in quanto ritiene che l'art. 50 TUEL, di per sé non espressamente prevede alcun meccanismo di *spoils system* ma si limita ad indicare la competenza del Sindaco e del Presidente della Provincia alla nomina dei rappresentanti dei rispettivi enti presso, tra l'altro, le società da essi partecipate e ad indicare l'arco temporale nel quale tali nomine devono avvenire. L'art. 50 deve essere oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata, che escluda la lettura della norma quale disponente la automatica decadenza -al momento del rinnovo elettorale degli organi comunali- dei soggetti nominati dal Sindaco quali amministratori nelle società partecipate dal Comune, trattandosi di soggetti di per sé destinati allo svolgimento di funzioni non comportanti collaborazione nella formazione dell'indirizzo politico ma bensì di attuazione dello stesso e la cui decadenza "automatica" viene quindi a scontrarsi con i principi di cui all'art. 97 Cost, interpretazione costituzionalmente orientata, "del resto, già seguita -in relazione a profili contigui- ad esempio da Cons. Stato n.6691/2009 e da Cass. n.11015/2017". Posta dunque tale lettura dell'art. 50 TUEL, ne consegue che il Regolamento comunale così come gli atti amministrativi applicativi dello stesso -id est il bando del 2016 e il provvedimento sindacale recante la nomina dei nuovi amministratori di AVT- rimangono privi della copertura normativa "speciale" invocata dai convenuti e sono da considerare "non conformi" alla norma costituzionale, quindi da disapplicare ai fini della decisione della presente controversia. Non si configura quindi la "giusta causa" della cessazione degli attori dalla carica gestoria, con conseguente diritto al risarcimento del danno ai sensi del terzo comma dell'art. 2383 c.c.

In precedenza, secondo Trib. Napoli, 8 marzo 2016, in *IlSocietario.it*, 216, 17/06, in tema di revoca degli amministratori di società partecipate dallo Stato o altri enti pubblici, la q.l.c. sollevata in relazione all'art. 2383, comma 2, c.c. deve ritenersi infondata, potendo al più rilevare una eventuale disposizione statutaria che deroghi all'art. 2449 c.c. Laddove lo statuto non preveda in tal senso, ma anzi preveda una durata limitata della carica con possibilità di rielezione, deve ritenersi legittimo lo *spoils system* allorquando si tratti di nomine politiche fiduciarie (come quella che lega l'amministratore al socio-ente che l'ha nominato).

13. Prorogatio. – Secondo Trib. Terni, 22 agosto 2011, in questa rivista, 2013, II, 253 con nota di M. COSSU, alla scadenza del mandato dell'amministratore nominato dall'ente pubblico nel consiglio di amministrazione di una società a partecipazione pubblica maggioritaria non trova applicazione l'art. 2385, comma 2, c.c., sulla "prorogatio" degli amministratori di s.p.a., ma l'art. 1 l. 15 luglio 1994 n. 444, sulla "prorogatio" degli organi amministrativi dello Stato, degli enti pubblici e delle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica.

14. *Il compenso degli amministratori delle società a partecipazione pubblica.* – La decisione della Corte Conti, Friuli-Venezia Giulia, 30 aprile 2020, n. 15, stabilisce che fino

all'emanazione del decreto ministeriale previsto dall'art. 11, comma 6, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, il costo annuale dei compensi dovuti agli amministratori di società in controllo pubblico non può superare l'80% del costo complessivamente sostenuto nel 2013 (c.d. costo storico) e ciò anche per gli amministratori investiti di particolari cariche. Tuttavia, ove detto parametro risulti inadeguato, l'amministrazione deve determinare tali compensi nel rispetto di criteri di ragionevolezza, in modo che essi, "*tenendo conto di altre realtà societarie di dimensioni analoghe, possano considerarsi congrui anche in una logica di contenimento della spesa*".

15. *La responsabilità degli amministratori.* – Nei tempi antecedenti all'approvazione del Testo Unico sulle Società Partecipate il dibattito in merito alla possibile configurabilità di una responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica si è sviluppato di pari passo alla progressiva estensione dell'ambito applicativo della responsabilità amministrativo-contabile in quanto tale, ed in particolare in parallelo al progressivo distacco di quest'ultima dal modello tradizionale della responsabilità da rapporto "di impiego" a favore di una responsabilità da rapporto "di servizio", basata cioè su un rapporto funzionale, e non più formale e organico, tra rappresentante ed ente pubblico⁶.

Tuttavia, sebbene già in occasione dell'approvazione della legge 20/1994 tale allargamento abbia trovato un primo riconoscimento esplicito a livello normativo – il riferimento è, in particolare, all'articolo 1, comma 4, della legge citata, che sancisce la configurabilità di responsabilità erariale anche nel caso in cui il danno sia stato cagionato ad un'amministrazione diversa dall'amministrazione di appartenenza - ancora nella giurisprudenza degli anni Novanta dello scorso secolo non si ritrovano applicazioni diffuse del nuovo indirizzo "estensivo" in materia di responsabilità, laddove, al contrario, continuava a sostenersi il legame, allora ritenuto inscindibile, tra utilizzo dei moduli organizzativi societari privatistici e responsabilità privatistica (v., *ex multis*, Cass. Sez. Un., 2 ottobre 1998, n. 9780, nella quale si è affermato che spettava al giudice ordinario la giurisdizione in merito alla responsabilità degli amministratori di un ente pubblico economico – ENI – per il preteso danno causato all'ente mediante decisioni assunte nell'esercizio dell'attività di impresa).

È solo con la sentenza Sez. Un. n. 19667 del 22 dicembre 2003 (preceduta per la verità da qualche pronuncia isolata della Corte dei Conti, quale Sez. Giur. Regione Marche, n. 469/2002, in cui la Corte aveva affermato la propria giurisdizione in relazione agli illeciti commessi di un dipendente dell'Ente Tabacchi Italiani S.p.A. anche nel caso in cui i fatti non fossero conseguenza di reati) che inizia ad affermarsi nella giurisprudenza di legittimità un indirizzo differente, in base al quale si riteneva sussistente la giurisdizione contabile, e quindi di conseguenza la responsabilità erariale, in capo a dipendenti ed amministratori di enti pubblici economici (quali i consorzi per la gestione di opere), proprio attraverso l'attribuzione al citato articolo 1, comma 4, della l. 20/94 del ruolo di completamento della riserva normativa di legge prevista dall'articolo 103 Cost.. Si è ritenuto, cioè, che fosse configurabile un esercizio di

⁶ Sul punto, v. le riflessioni di B. GILBERTI, *Il rapporto di servizio*, in *La Corte dei Conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, a cura di A. Canale et alii, Milano, 2022, 103 ss.

attività amministrativa, in quanto tale possibile oggetto di giudizio contabile, anche nel caso in cui le finalità istituzionali proprie dell'amministrazione fossero conseguite non attraverso lo svolgimento di pubbliche funzioni o poteri autoritativi, quanto attraverso attività disciplinate dal diritto privato, slegando così la giurisdizione dal dato formale del modello normativo applicato e concentrandosi, piuttosto, sul dato oggettivo della natura del danno provocato a carico dell'amministrazione pubblica.

Questa direzione espansiva era destinata a trovare una sua sistematizzazione, ed anche limitazione, solo con la pronuncia Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2009, n. 26806, che ha invece ribadito che non sussiste un legame necessario tra danno da *mala gestio* cagionato direttamente al patrimonio di una società partecipata da ente pubblico e giurisdizione erariale. Ed è significativo, in considerazione di quanto premesso in apertura sul tema, che a questa conclusione la Corte giunga proprio perpetrando la riflessione in materia di rapporto di servizio, in quanto la conclusione negativa è conseguenza proprio dell'esclusione della sussistenza di un rapporto funzionale all'interesse pubblico tra amministratore di società partecipata da capitali pubblici ed ente pubblico partecipante, dovendosi piuttosto riconoscere il rapporto di servizio ad un livello più alto, tra la società e il medesimo ente socio. D'altro canto, la pronuncia ha ribadito la configurabilità dell'azione del procuratore contabile nei confronti dell'amministratore o del componente dell'organo di controllo di società partecipata nel caso in cui la condotta di questi ultimi avesse provocato un pregiudizio "diretto" al patrimonio dell'ente partecipante, come nell'ipotesi – esplicitamente citata nella sentenza in esame – del danno all'immagine dell'ente pubblico che derivasse da atti illegittimi dei rappresentanti della società partecipata (configurando così una responsabilità, di fatto, extracontrattuale a carico degli amministratori di una società pubblica, tenuti questi ultimi a esercitare doveri di protezione non soltanto del patrimonio sociale in senso stretto, ma anche degli interessi pubblici sottostanti la partecipazione dell'ente pubblico)⁷. Ciò in quanto solo in quest'ultimo caso sarebbe configurabile un pregiudizio a un patrimonio pubblico, laddove, invece, il patrimonio della società, nonostante la partecipazione pubblica, "*è e resta privato*" (così Cass. 26806/2009, *cit.*), essendo esso riferibile a un soggetto formalmente e sostanzialmente caratterizzato da natura privatistica, senza alcuna confusione, secondo gli ordinari modelli organizzativi societari, con i patrimoni dei soci stessi.

Il percorso di elaborazione dei principali indirizzi in materia di responsabilità trova poi un altro passaggio fondamentale nella c.d., e ormai celebre, sentenza "Rordorf" del 2013 (v. Cass. Sez. Un. 25 novembre 2013, n. 26283, in *Società*, 2014, 55 s. con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*).

Qui si assiste, in una direzione per certi versi opposta rispetto all'arresto di quattro anni prima, ad un'espansione della configurabilità della responsabilità erariale degli amministratori della società pubblica anche al di là del dato formale dell'utilizzo del modulo privatistico, sulla scorta

⁷ V. sul punto le riflessioni di C. BASSOLINO, *Responsabilità erariale e società a partecipazione pubblica*, in *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità e controllo*, a cura di A. Canale et alii, Milano, 2022, 376.

della rilevazione dell'anomalia rappresentata dalla società *in house*, vera e propria articolazione dell'organizzazione pubblica in considerazione non solo della natura pubblicistica quantomeno predominante dei soci, ma soprattutto per la presenza del c.d. controllo analogo. Ai fini dell'affermazione della giurisdizione ritorna prevalente sul dato formale, cioè, il dato funzionale dell'esercizio di un potere pubblico gerarchicamente assoluto sull'identificazione dei fini e dei modi del governo della società privatistica, così che l'alterità patrimoniale tra ente e veicolo societario diventa un mero simulacro, privo di effettiva rilevanza sistematica e strutturale.

L'approdo degli indirizzi sommariamente descritti nell'articolo 12 TUSP, che pure avrebbe dovuto svolgere una funzione chiarificatrice, ha lasciato aperti alcuni fronti interpretativi, tanto che l'applicazione giurisprudenziale non può dirsi ancora veramente consolidata⁸.

Ancora dibattuta, in primo luogo, è l'effettiva portata del riconoscimento, avvenuto a livello normativo a chiare lettere nel primo comma della disposizione citata, della specialità del regime di responsabilità degli amministratori delle società *in house*, gli unici espressamente sottratti ai moduli ordinari di responsabilità così come derivanti dall'utilizzo del modello societario privatistico e dal riconoscimento del valore pregnante dell'alterità patrimoniale tra ente pubblico partecipante ed ente societario. Tuttavia, è da ritenersi ormai prevalente la posizione che esclude che tale specialità debba leggersi in termini di esclusività, arrivando cioè a sostenere che amministratori e rappresentanti di una società *in house* non possano essere soggetti ad altra responsabilità, e conseguente giurisdizione, che non quella strettamente amministrativa; al contrario, è stata ripetutamente affermata in tempi anche recentissimi, non solo nella giurisprudenza di legittimità ma anche nella giurisprudenza di merito, la possibilità che le ordinarie azioni civili di responsabilità concorrano con l'azione erariale, con particolare riferimento, ad esempio, alla proponibilità dell'azione di responsabilità del curatore ai sensi dell'articolo 146, comma 2, l. fall., finalizzata a garantire una più effettiva tutela dei creditori di società sulla cui fallibilità, come noto, il dettato del TUSP ha ormai dipanato ogni possibile dubbio (v. sul punto Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22406, in *DeJure*, con nota di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2019, 67 s.; nello stesso senso Cass., Sez. Un., 10 aprile 2019, n. 10019; Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 614; nella giurisprudenza di merito, v. da ultimo Trib. Milano Sez. spec. imprese, 4 aprile 2022, n. 2899, in *Società*, 2022, nota di F. FIMMANÒ. In dottrina, per utili riferimenti, v. sempre di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione concorrente sulle azioni di responsabilità nelle società pubbliche*, in *Riv. Corte Conti*, 2019, 1, 3). Ne consegue che il problema della sovrapposibilità delle due azioni non è più un tema di giurisdizione quanto di mera proponibilità della domanda, dovendo naturalmente essere esclusi i possibili profili di duplicazione del danno (sul punto, v. da ultimo Cass. Sez. Un. 15 gennaio 2021, n. 614. Sul tema della responsabilità di amministratori della

⁸ V. per un'interessante rassegna in merito agli indirizzi più recenti, F. LORENZETTI, *La responsabilità degli amministratori delle società partecipate e il riparto di giurisdizione tra la Corte dei conti e il giudice ordinario*, in www.federalismi.it, 2022.

società *in house*, v. anche la recente Cass. Sez. Un., Ord., 1 ottobre 2021, n. 26738, in *Società*, 2022, con nota di F. FIMMANÒ, in cui si ribadiscono, replicando un principio ormai consolidato, i tre parametri identificatori della società *in house*, la cui verifica dovrà svolgersi in maniera particolarmente rigorosa avendo attenzione, in particolare, alla sussistenza al momento del compimento della condotta illecita a) capitale sociale integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, con statuto che vieti la cessione delle partecipazioni a soggetti privati; b) la società espliciti statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo tale che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; c) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici, con modalità ed intensità di comando non riconducibili alle facoltà spettanti al socio ai sensi del codice civile).

Il tema della specialità della responsabilità di amministratori di società *in house*, di cui al comma 1 dell'articolo 12 TUSP, ritorna poi in una recentissima sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 18 maggio 2022, n. 15979, in *Società*, 2022, 11, con nota di F. FIMMANÒ, *Il sistema delle responsabilità derivanti dalla "mala gestio" delle partecipate pubbliche*. Per un ulteriore commento alla sentenza, v. sempre dello stesso autore *Le "pluri-responsabilità" connesse e collegate di organi sociali delle partecipate e degli amministratori e dirigenti degli enti pubblici soci nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Riv. Corte dei conti*, 5, 2022, 1 ss.).

Nel quadro di una rilettura complessiva della norma in esame, la Corte ha innanzitutto escluso che una lettura congiunta del primo e del secondo comma imponga di individuare nella responsabilità degli amministratori della società *in house* l'unica e sola fattispecie coperta dal dato normativo, arrivando così, all'opposto, ad attribuire all'espressione "*costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale subito dagli enti partecipanti*", di cui al comma 2, un valore di principio generale, rispetto al quale le precisazioni contenute nell'articolo in merito alla responsabilità degli amministratori di una società *in house* (comma 1) e alla responsabilità dei rappresentanti degli enti (comma 2) rappresentano mere esemplificazioni a valore ricognitivo-interpretativo.

Si conferma, pertanto, nella più recente lettura della Corte, le potenzialità espansive della responsabilità erariale in materia di società pubbliche, laddove il secondo comma dell'articolo 12 TUSP giustifica, nel caso in cui si accerti la lesione del valore della quota di titolarità pubblica, la configurabilità di ipotesi di responsabilità a carico di rappresentanti degli enti per il mero fatto di avere impersonificato la volontà dell'ente, ovvero, *rectius*, per non avere tutelato a dovere l'interesse pubblico a fronte di operazioni di carattere societario – quali, nel caso oggetto della pronuncia citata, l'approvazione di atti di sostegno finanziario in favore della partecipata – da ritenersi sindacabili, e quindi illegittime, in quanto adottate in contrasto con criteri di razionalità, logicità e congruenza rispetto ai fini pubblici (v. anche, per un caso analogo in cui veniva in questione la configurabilità della responsabilità erariale del sindaco e degli assessori comunali, concorrente con quella dei rappresentanti della società, per il rilascio

di lettere di *patronage* in favore di una società *in house*, Corte conti, Sez. I centr. app., 24 maggio 2021, n. 197, in *Riv. Corte dei conti*, 2021, 3, 197, con nota di E. TOMMASINI, *La responsabilità degli enti locali per le garanzie rilasciate alle partecipate e le lettere di patronage. Un caso di scuola*). All'ipotesi dell'illegittimo sostegno finanziario (nelle quali il danno diretto a carico dell'ente partecipante è stato riconosciuto, ad esempio, nella mancata o minore disponibilità di dividendi) si affiancano, in giurisprudenza, fattispecie di responsabilità quali la mancata revoca di amministratori a fronte di ripetute perdite di esercizio (v. Cass. Sez. Un. 12 febbraio 2019, n. 4132, in *Riv. Corte conti*, 1, 2019, 265 ss., con nota di L. A. CHESTA, *Perdita di dividendi societari: la giurisdizione spetta alla Corte dei conti*) e l'ingiustificato aumento del numero e del compenso dei membri del CdA (v. Cass. Sez. Un. 8 maggio 2017, n. 11139)⁹.

Resta aperto, poi, nell'analisi giurisprudenziale, il fronte delle c.d. società legali (cioè le società che svolgono attività amministrativa e che per tale ragione sono sostanzialmente equiparate a enti pubblici) e comunque, in senso più ampio, il tema della configurabilità della responsabilità erariale a carico di rappresentanti, a vario titolo, di enti diversamente legati all'esercizio di poteri amministrativi. A fronte di questioni ormai da ritenersi risolte (quali, ad esempio, la configurabilità della responsabilità erariale a carico dei rappresentanti di Anas S.p.A., Enav S.p.A. e Rai S.p.A., in considerazione di indici quali la designazione della società come concessionaria *ex lege*, la sottoposizione a penetranti poteri di vigilanza ad opera dell'apparato statale, la previsione di un canone con natura d'imposta per i servizi erogati all'utenza), in un interessante caso recente si è invece escluso che sussista giurisdizione erariale in ipotesi di asserite responsabilità di rappresentanti di una società pubblica non soltanto in quanto organizzata in forma privatistica, ma soprattutto in quanto svolgente attività a carattere commerciale e non amministrativo, peraltro in assenza di controllo analogo da parte degli enti partecipanti (il riferimento è al caso Eur S.p.A., affrontato nella decisione Cass. Sez. Un. 11 settembre 2109, n. 22712. Per la giurisprudenza relativa alle altre società legali richiamate nel corpo del testo, v. in riferimento alla Rai S.p.A. Cass., Sez. Un., 9/5/2011, n. 10063; Cass., Sez. Un. 22 dicembre 2009, n. 27092; in riferimento a Enav S.p.A. Cass., Sez. Un., 3 marzo 2010, n. 5032; in riferimento ad Anas S.p.A. Cass., Sez. Un., 9 luglio 2014 n. 15594; in riferimento a SCR Piemonte S.p.A. Cass. Sez. Un. 5 dicembre 2016, n. 24737; in riferimento a Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici S.r.l., Cass. Sez. Un. 15 maggio 2017, n. 11983).

16. *Il recesso "speciale" dell'ente pubblico.* – A seguito della disciplina speciale che impone la dismissione della partecipazione e la "cessazione" della partecipazione non venduta. L'art. 1, comma 569, l.n. 147 del 2013 ha fissato al 31 dicembre 2014 il termine ultimo per la dismissione, da parte degli enti pubblici, delle partecipazioni il cui mantenimento non era stato autorizzato entro il 31 dicembre 2010, e ha disposto che, dopo tale scadenza: "la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi

⁹ Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, v. anche C. BASSOLINO, *Responsabilità erariale e società a partecipazione pubblica*, cit., 386 ss.

successivi alla cessazione la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile".

Si pone il problema del procedimento applicabile in caso di contestazione del valore. Il Tribunale di Milano, 26 luglio 2018, in *DeJure*, rigetta l'istanza del Comune di Milano, titolare di una partecipazione pari al 18,60 % del capitale sociale di una società. La società chiede al Tribunale di nominare un esperto, ai sensi dell'art. 2437-ter, sesto comma, c.c., per la determinazione del valore di liquidazione della partecipazione stessa.

Il Comune deduce che la nomina dell'esperto si rende necessaria poiché il mantenimento di detta partecipazione non è stato autorizzato dal Consiglio Comunale di Milano entro il 31 dicembre 2010, termine questo stabilito dall'art. 3, commi 27 e ss., l.n. 244 del 2007. La società, con delibera del Consiglio di amministrazione, aveva stabilito di aderire alla disciplina civilistica del recesso anche mediante applicazione del procedimento disciplinato dall'art. 2437-*quater* c.c. e di "congelare sino alla liquidazione dei Soci, l'operatività delle condizioni assunte con la delibera del 28 febbraio 2017 [- reperimento da parte della Società di adeguata provvista finanziaria; - accettazione da parte degli azionisti recedenti di un pagamento rateale in cinque anni; - scomputo di eventuali posizioni di debito/credito esistenti tra la Società ed i soci recedenti], fermo restando il valore definito in quella sede di euro 2,29 per azione". Il Comune, tramite un proprio advisor (KPMG), aveva già in precedenza determinato il valore della partecipazione in € 2,72 per azione e pertanto aveva contestato la valorizzazione assunta da Milano Serravalle, ritenendola non congrua, e diffidato la stessa dal dar corso agli adempimenti di cui all'art. 2437-*quater* c.c. fino a che il valore della partecipazione non fosse stato determinato in via definitiva, salvo risarcimento dei danni; il Comune aveva proposto istanza *ex art.* 2437-ter, comma sesto, c.c.

Il Tribunale rigetta l'istanza del Comune. La questione si pone perché l'art. 1, comma 569, l.n. 147 del 2013, sopra citato, richiama, ai fini della determinazione del valore della partecipazione, soltanto i "criteri" di cui all'art. 2437-ter, secondo comma, c.c. e non invece anche il procedimento di soluzione della contestazione del socio in ordine al valore della partecipazione, di cui al sesto comma dello stesso articolo.

Il Tribunale ritiene che l'effetto di entrambi gli istituti (recesso e "cessazione") è costituito dalla cessazione del rapporto tra il socio e la società partecipata e dal diritto del socio alla liquidazione della partecipazione. Tuttavia, secondo il Tribunale, gli istituti non sono assimilabile sia con riguardo a rilevanti caratteristiche della fattispecie legittimante, sia con riferimento alla posizione giuridica che si forma in capo all'ente pubblico / socio "recedente".

Il recesso del Comune, previsto dalla legge speciale, è secondo il Tribunale determinato da normativa che ha una scelta di chiara impronta politica, costituita dalla ritenuta inopportunità di proseguire nel "coinvolgimento – spesso avvenuto in modo indiscriminato, asistemico, avulso dall'attuazione di predeterminati e precisi criteri generali di intervento pubblico in economia – degli enti pubblici nell'attività economica, al di là ed al di fuori di quanto necessario

al perseguimento dei loro fini istituzionali." In particolare gli interventi del legislatore risultano finalizzati al restringimento del perimetro dell'intervento pubblico nelle attività economiche, giustificato dall' intento di "rimuovere rendite di posizione e conflitti di interesse", e di evitare "elusione dei vincoli di finanza pubblica", citando la Corte dei conti, sez. reg. Lombardia, n. 79/2018/Par del 6.3.2018, doc. 14. Si tratta di una sorta di *factum principis*.

Anche con riferimento alla posizione giuridica che, per effetto della disciplina speciale, si forma in capo all'ente pubblico, il Tribunale non la ritiene assimilabile a quella del socio recedente *ex art. 2437 c.c.* Quest'ultimo, infatti, integrata la fattispecie, acquisisce il "diritto di recedere" e, dunque, può decidere a sua piena discrezione se esercitarlo o no. Diversamente, l'ente pubblico, ai sensi degli artt. 27 e ss. l.n. 244 del 2007 e l, commi 569 e 569-*bis*, l.n. 147 del 2013, è titolare di una discrezionalità tecnica, relativamente alla ricognizione del verificarsi in concreto della fattispecie – cioè la stretta necessità della partecipazione nella società rispetto alla realizzazione di un proprio interesse istituzionale. Una volta che la ricognizione abbia dato esito negativo, si trova in una posizione non già di diritto soggettivo, ma, al contrario, di mera soggezione agli effetti stabiliti direttamente dalla legge in termini di "cessazione" della partecipazione. Tale conclusione si pone, sul piano ermeneutico, in linea generale, quale ostacolo all'interpretazione analogica per giungere all'applicazione della disciplina codicistica del recesso alla fattispecie speciale di cessazione autoritativa del rapporto societario prevista dalla normativa speciale. Così, ad esempio, ma con riguardo ad altro aspetto della disciplina, è risultata pienamente giustificata l'estensione all'ipotesi speciale di cessazione del rapporto societario qui in questione, del procedimento di liquidazione della partecipazione di cui all'*art. 2437-quater c.c.*

Secondo il Tribunale, il procedimento di cui al sesto comma dell'*art. 2437 c.c.* non è utilizzabile. Anzitutto, i casi in cui è consentito al Tribunale, in sede di giurisdizione volontaria, di integrare la volontà delle parti – mediante il ricorso alla nomina dell'arbitratore *ex art. 1349 comma 1 c.c.* – o di sostituirsi ad esse sono tassativi. Inoltre, nel caso di specie, non si rinviene una lacuna ordinamentale: il contrasto tra ente pubblico socio "recedente" e società in ordine alla valorizzazione della partecipazione da liquidare ben può essere risolto in sede di giurisdizione contenziosa. In terzo luogo, in ogni caso, non ricorrono, nel caso di specie, data la diversità dei due istituti, gli estremi per l' estensione di disciplina. L'ipotesi speciale di cessazione del rapporto societario è caratterizzata in senso pubblicistico ed autoritativo, ed invece manca quella comune connotazione puramente privatistica che fortemente ricollega le ipotesi di recesso *ex art. 2437 c.c.* con la determinazione equitativa del valore della partecipazione ed i limiti di merito alla sua impugnabilità (manifesta iniquità o erroneità) *ex art. 1349 comma 1 c.c.*

L'argomento maggiormente condivisibile è il seguente. Secondo il Tribunale, la determinazione del valore della partecipazione a mezzo di arbitratore non si adatta alle esigenze pubblicistiche sottese all'istituto qui considerato, che non richiamano esigenze equitative ed invece una determinazione certa e precisa del valore della partecipazione, a garanzia sia

dell'interesse pubblico alla dismissione della partecipazione, sia dell'interesse della società che subisce autoritativamente il recesso.

Il Tribunale infine considera decisivo il riferimento all'art. 25 TUSP, che, per quanto inapplicabile *ratione temporis* al caso di specie, prevede, al comma 4, per il caso di mancata dismissione, nei termini previsti, della partecipazione in società aventi ad oggetto la produzione di beni o servizi non strettamente necessari al perseguimento dei loro fini istituzionali, che il socio ente pubblico non può esercitare i diritti sociali e la partecipazione (sempre salvo il diritto di alienazione) "è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, e seguendo il procedimento di cui all'articolo 2437-quater del codice civile". Anche l'art. 25 TUSP non richiama il sesto comma dell'art. 2437-ter c.c., e pertanto il Tribunale, sulla base della evoluzione della normativa concernente l'istituto, conclude che, per i motivi sopra indicati, il legislatore ha inteso rendere impraticabile la relativa procedura.

17. *Collegio sindacale. Nomina del sindaco supplente e revoca del sindaco.* – Anche per il collegio sindacale, si pongono problemi derivanti dal rapporto tra disciplina speciale, che protegge le prerogative del socio, e disciplina del codice, acuiti dalla funzione di controllo ed indipendenza rispetto al socio pubblico. Secondo Cass., sez. lav. 15 ottobre 2015, n. 20831, nelle società per azioni a "dominanza pubblica", in cui l'organo di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà sia designata da organismi di diritto pubblico, il meccanismo del subentro del sindaco supplente, di cui all'art. 2401 c.c., non può essere applicato per sostituire automaticamente un componente di nomina pubblica con un supplente di nomina private. Si deve quindi ritenere che il sindaco di nomina pubblica rimanga in carica provvisoriamente per assicurare che l'organo di vigilanza resti costituito in via maggioritaria dai componenti di riferimento degli enti pubblici.

Riafferma la disciplina di diritto comune, il Tribunale Sez. spec. Impresa Napoli, 7 agosto 2015, in questa rivista, 2016, II, 639 con nota di P. PETTITI, che considera inefficace la revoca del presidente del collegio sindacale di una s.p.a. in caso di modifica, nello statuto societario, dell'attribuzione del potere di nomina di tale organo a un diverso socio pubblico (Regione invece che Comune). Si tratta in effetti di una precisazione derivante dalla specificità della funzione. Posto che l'organo di controllo amministrativo e contabile non è chiamato ad attuare programmi e a realizzare obiettivi definiti dall'organo politico, non sono ravvisabili, pertanto, esigenze di coesione con quest'ultimo. Per altro verso, l'art. 2400, comma 2, c.c. è posto a presidio dell'indipendenza dei sindaci, con la conseguenza che la revoca, per giusta causa, è possibile solo in presenza di comportamenti dei sindaci che abbiano violato i doveri, o di lunga inattività, o di dissidi con la società. Il provvedimento di revoca del presidente del collegio sindacale, operato dal socio pubblico, ha natura privatistica, in quanto espressione di una facoltà inerente la qualità di socio, e ad esso deve pertanto applicarsi l'art. 2400, comma 2, c.c., con la conseguenza che la revoca è priva di efficacia finché non viene approvata dal Tribunale.

Analogamente, Tribunale - Palermo, 13 febbraio 2013, in *DeJure*, afferma, per ciò che attiene alla revoca dei sindaci, che l'art. 2449 c.c. non contiene una deroga espressa alla disciplina

delineata dal comma 2 dell'art. 2400 c.c. Pertanto, l'art. 2400 c.c. è da ritenere applicabile anche alle ipotesi di revoca dei sindaci di società partecipate da enti pubblici, con la conseguenza che pure per siffatta revoca devono ritenersi operanti il limite della "giusta causa" e la necessità di approvazione da parte del tribunale.

18. *Procedure concorsuali.* – Anche successivamente all'emanazione dell'art. 14 del TUSP è pacifico che le società pubbliche siano assoggettate alle procedure concorsuali. Oltre a provvedimenti di merito di ammissione al concordato preventivo o di dichiarazione di insolvenza propedeutica all'a.s. (ad es. Trib. Roma, 27 luglio 2018, sez. fall. relativa ad ATAC, inedito) la giurisprudenza più recente, nel confermare l'assoggettamento, ha chiarito anche la ratio della disciplina.

In relazione a fallimento del 2015, la S.C. 22 febbraio 2019, n. 5346, cassa la sentenza di corte d'appello de L'Aquila, 2 marzo 2015, in *Ilfallimentarista.it*, 2015, 29 maggio, che aveva annullato il fallimento dichiarato dal Tribunale di Pescara. La S.C. afferma che la società di capitali con partecipazione in tutto o in parte pubblica, è assoggettabile al fallimento in quanto soggetto di diritto privato agli effetti dell'art. 1 l.fall. La posizione dell'ente pubblico all'interno della società è unicamente quella di socio in base al capitale conferito. Non rileva l'influenza sul funzionamento della società avvalendosi di poteri pubblicistici, né la natura privatistica della società è incisa dall'eventualità del cd. controllo analogo, mediante il quale l'azionista pubblico svolge un'influenza dominante sulla società, così da rendere il legame partecipativo assimilabile ad una relazione interorganica. Questa relazione non incide sulla distinzione sul piano giuridico-formale, tra P.A. ed ente privato societario, che è centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante.

In relazione a fattispecie precedente al TUSP, Cass. 7 febbraio 2017, n. 3196, affermava che una volta adottato, anche da parte dell'ente pubblico, il tipo societario e introdotto la scelta di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali – e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico – comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza.

Anche secondo Trib. Palermo, 7 maggio 2018, n. 71, va dichiarata la soggezione alla disciplina del fallimento della società per azioni totalmente partecipata da enti pubblici avente quale oggetto sociale lo svolgimento di un pubblico servizio essenziale (*ex art. 43 Cost.*), qual è la raccolta e il trattamento dei rifiuti, ovvero altra attività di pubblico interesse. Tali società *in house* hanno la veste giuridica di società per azioni, agiscono nel mercato come imprenditori commerciali, ingenerando nei terzi con cui intrattengono rapporti un legittimo affidamento circa la loro natura (che deve essere tutelato secondo i principi generali dell'ordinamento) e come tali sono assoggettabili a fallimento. Infatti, la dichiarazione di fallimento del soggetto che rappresenta lo "strumento" non comporta alcuna ingerenza dell'organo giurisdizionale nell'ambito di competenza dell'ente pubblico, ed è conseguenza diretta della stessa scelta operata dall'ente pubblico ed espressamente consentita dal legislatore. L'ente pubblico scegliendo lo strumento della società per azioni assume i rischi connessi all'insolvenza della

società privata, consentendo in caso di fallimento che l'attività prosegua provvisoriamente ex art. 104 l.f., peraltro con le stesse modalità anteriori alla dichiarazione di fallimento.

19. *Art. 2497 e responsabilità da direzione e coordinamento. Responsabilità del socio.* –

Del tutto condivisibile, Trib. Civitavecchia, 24 giugno 2022, n. 747, in *Foro it.*, 2022, 9, I, 2847, afferma che l'ente pubblico non risponde dei debiti contratti dalla società *in house* alla quale partecipa l'ente pubblico non risponde dei debiti contratti dalla società *in house* alla quale partecipa, non potendo derivare da tale modello organizzativo una deroga alle regole del diritto societario con estensione illimitata e solidale della responsabilità dell'ente pubblico socio per le obbligazioni assunte dalla società partecipata.

Con la sentenza Cass., 1 giugno 2021, n. 15276, in *GiustiziaCivile.com* 7 febbraio 2022, con nota di G. RUGOLO, la corte si occupa della responsabilità da direzione e coordinamento da parte del Ministero dell'economia su Alitalia. In particolare, il Tribunale di Lecce aveva condannato lo Stato a risarcire due risparmiatori che avevano comperato titoli Alitalia, "in conseguenza dell'illecita condotta tenuta dal MEF che, in qualità di socio di maggioranza, aveva colposamente leso l'affidamento incolpevole degli investitori, diffondendo assicurazioni, rivelatesi poi infondate, in ordine al certo risanamento aziendale di una impresa che era da ritenere ormai irreversibilmente decotta, nonchè per avere indotto gli stessi soci-risparmiatori a conservare le azioni in loro possesso e ad acquistare nuovi titoli della società, garantendo la continuità industriale, nonostante difettasse alcun fattibile progetto di salvataggio della azienda, assicurazioni tutte successivamente smentite dalla decisione assunta da Borsa italiana, in data 5.6.2008, di sospendere e quindi, in data 20.1.2009, di non riammettere definitivamente i titoli della società alla quotazione di borsa". Successivamente, la Corte d'appello di Lecce, con sentenza in data 15 ottobre 2018, n. 1018, aveva ritenuto insussistente la prova della condotta illecita del MEF, denunciata dai danneggiati, non trovando riscontro nei documenti prodotti ed in particolare nella "Nota" del settembre 2008 redatta dal Commissario straordinario né in una successiva relazione. Il Commissario straordinario aveva individuato le cause della crisi dell'azienda nei molteplici e concomitanti fattori macroeconomici e di settore insorti già alla fine degli anni novanta, ed essendo ben nota alla platea dei risparmiatori ed investitori la incapacità dell'azienda a raggiungere un equilibrio strutturale di bilancio, resa evidente dai numerosi e ripetuti interventi di sostegno dello Stato, quale azionista di maggioranza, per sopperire alle esigenze di liquidità. La Corte d'appello aveva escluso, altresì, che fosse stata fornita la dimostrazione di una incidenza causale, dell'attività informativa svolta dal MEF, in ordine, sia alla induzione all'acquisto di "nuovi" titoli da parte degli investitori (avendo la C. acquistato azioni nel 1998, e dunque in periodo antecedente alla contestata attività del MEF; avendo il T. acquistato azioni nel periodo gennaio 2007-marzo 2008, quando la crisi di Alitalia era ben nota e, comunque, agevolmente verificabile dal socio, trattandosi di società quotata in borsa e soggetta ad obblighi di trasparenza ed informativi), sia anche alla scelta operata dai soci-risparmiatori di non dismettere gli investimenti, già effettuati, in titoli della società. Si escludeva anche la responsabilità per danni derivata dalla attività di "direzione e coordinamento" svolta, dal MEF in qualità di azionista di maggioranza, rilevando che ogni

indagine al riguardo rimaneva preclusa in considerazione della norma di legge di interpretazione autentica - alla quale doveva riconoscersi efficacia retroattiva - di cui al D.L. n. 78 del 2009, art. 19, comma 6, conv. in L. n. 102 del 2009, che limitava espressamente l'applicazione dell'art. 2497 c.c., comma 1, ai soli casi in cui l'attività di direzione della controllata fosse riferibile a società od "altri enti", comunque diversi dallo Stato, che agissero nell'ambito della propria attività imprenditoriale o per finalità di natura economica o finanziaria.

Nel rigettare il ricorso, la Corte si sofferma sulla norma di interpretazione autentica, di cui al D.L. 1 luglio 2009, n. 78, art. 19, comma 6, convertito con modificazioni dalla L. 3 agosto 2009, n. 102, che ha espressamente escluso lo "Stato-azionista" dalla nozione di "ente" contemplata dalla norma del codice civile e riferibile a quei soli "soggetti giuridici collettivi", detentori di partecipazioni sociali "nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria". I ricorrenti assumono che la norma di legge interpretativa, se applicata retroattivamente, e dunque con incidenza sui diritti al risarcimento dei danni già insorti, andrebbe incontro ad illegittimità costituzionale per violazione dei principi costituzionali dettati in materia di tutela del risparmio dall'art. 47 Cost., e dei principi generali in materia di risarcimento del danno: non potrebbe, infatti, ravvisarsi alcuna ragionevolezza nell'ipotetico presupposto su cui si fonda la norma interpretativa, e cioè che lo Stato non possa esercitare, attraverso le sue articolazioni, attività d'impresa, in quanto la stessa norma codicistica prescinde dalla qualità soggettiva pubblica o privata della società od ente, definendo attività d'impresa anche quella di mera "direzione e coordinamento", ed in ogni caso potendo rinvenirsi il presupposto legale dell'esercizio dell'attività d'impresa, nella stessa attività economica svolta dalle "società controllate" dallo Stato azionista. Secondo i ricorrenti, pertanto, anche dopo avere escluso la responsabilità del Ministero per illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c., la Corte d'appello avrebbe dovuto, comunque, imputare al MEF la responsabilità di natura "contrattuale" - così qualificata dai ricorrenti - prevista dall'art. 2497 c.c., per avere esercitato tale attività economica "abusando" del potere di controllo societario e dei poteri di "direzione e coordinamento" della società partecipata.

Nella sentenza erano descritte le condotte illecite che, in relazione all'art. 2497 c.c., comma 1, venivano ascritte al MEF, nell'atto di citazione della C., introduttivo del giudizio di primo grado: a) illegittima concessione di garanzia statale per l'ottenimento di ulteriori finanziamenti a favore della impresa in crisi; b) rifinanziamento abusivo della società, mediante la postergazione della scadenza delle obbligazioni; c) concessione abusiva, per due volte, di "prestiti ponte"); d) avere indotto gli amministratori della società a non adempiere ai doveri inerenti la conservazione della integrità del patrimonio aziendale; e) approvazione di bilanci di esercizio nonostante l'assenza di continuità aziendale; f) avere obbligato Alitalia ad operare sul mercato, dopo la cessione della partecipazione di controllo, dismessa dal MEF nel 2005, pure in assenza di un piano industriale e con componenti del Consiglio di amministrazione - nominati dal MEF - sprovvisti di competenze tecniche in materia di trasporto aereo.

La S.C. ritiene che l'approvazione del bilancio che ha consentito la continuazione dell'attività non integri attività di direzione e coordinamento. Inoltre, l'argomento per il quale il piano del Consiglio di amministrazione, approvato dalla assemblea il 28 giugno 2008, imponeva la prosecuzione dell'attività aziendale "pur non sussistendone le condizioni economiche-finanziarie", viene considerato complessivamente sfornito di prova. Ancora, non è ritenuto sufficiente, in particolare, ad integrare la "fattispecie abusiva" di cui all'art. 2947 c.c. il riferimento al perseguimento di tali interessi pubblici e finalità sociali da parte della Amministrazione dello Stato controllante, come evidenziati nei provvedimenti legislativi ed amministrativi adottati a sostegno della prosecuzione dell'attività di impresa di Alitalia ("assicurare senza soluzione di continuità la permanenza di Alitalia negli accordi LATA", "garantire la continuità aziendale" di Alitalia " e della società da questa controllate, in considerazione del preminente interesse pubblico alla necessità di assicurare il servizio pubblico di trasporto aereo passeggeri e merci in Italia, in particolare nei collegamenti con le aree periferiche ", e di salvaguardare la occupazione: DL n. 80 del 2008 conv. in L. n. 111 del 2008; D.L. n. 93 del 2008 conv. in L. n. 126 del 2008; D.L. n. 134 del 2008 conv. in L. n. 166 del 2008; D.P.C.M. 29 agosto 2008; D.L. n. 5 del 2009 conv. in L. n. 33 del 2009)."

La S.C. ritiene infatti che tali interessi pubblici "hanno superato il vaglio di costituzionalità in esito al complesso esame condotto dalla Corte costituzionale nella sentenza in data 23.6.2010 n. 270, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale ex artt. 41 e 3 Cost., del D.L. n. 347 del 2003, art. 4, comma 4 quinquies, conv. in L. n. 39 del 2004 - introdotto dal D.L. n. 134 del 2008, art. 1, comma 10, conv. in L. n. 166/2008 - che ha disposto una deroga "ad personam", a favore di ALITALIA quale grande impresa in crisi che opera nel settore dei servizi pubblici essenziali, alla disciplina della concorrenza e delle concentrazioni societarie". La Corte Costituzionale aveva ritenuto giustificata la legge-provvedimento da "l'intento di garantire la continuità del trasporto aereo su tutte le rotte nazionali, anche su quelle economicamente non convenienti, e di evitare la dissoluzione di una impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale" in quanto interesse corrispondente al "fine sociale" cui può essere indirizzata l'attività economica ex art. 41 Cost., con "mezzi proporzionali" e congrui ex art. 3 Cost..

Pertanto non è la considerazione anche di tali interessi a trasformare in "abusiva" l'attività deliberativa di quest'ultimo, quanto piuttosto il superamento del limite oggettivo oltre il quale la prevalenza attribuita a determinati interessi estranei "pubblici o fini sociali", che comportino una modifica dell'oggetto sociale-statutario o che limitino la massimizzazione del scopo di realizzazione dell'utile economico (ad esempio mantenendo introducendo talune disutilità, come quella di esercitare anche le tratte di volo non convenienti economicamente), risulti incompatibile con l'adozione di scelte imprenditoriali rispondenti ai criteri di corretta gestione aziendale e societaria e dunque in contrasto rispetto allo stesso interesse sociale della partecipata/eterodiretta.

La Corte osserva che il fenomeno non può essere assimilato a quello del bilanciamento tra interesse privato ed interesse pubblico, specificamente riconducibile agli schemi del diritto amministrativo: "nella specie è, infatti, lo Stato che scende sul terreno del diritto privato, operando nel mercato attraverso le forme organizzative societarie ed utilizzando gli strumenti dei privati", sicchè l'interesse "ulteriore" che viene tenuto in considerazione dal socio-Stato, nella espressione del proprio voto assembleare o nell'adozione delle scelte di indirizzo della società eterodiretta deve ritenersi del tutto equivalente all'interesse perseguito dal singolo socio-privato, che potrebbe quindi orientarsi anche per un diverso voto assembleare o non essere d'accordo con l'indirizzo imposto alla partecipata. Ne consegue che l'interesse del socio-pubblico potrà risultare prevalente rispetto a quello degli altri soci privati, in base alla normale dialettica che si sviluppa tra i soci, e dunque nell'ambito di quei medesimi poteri conferiti dai diritti di partecipazione alla società attraverso i quali è consentito al socio di maggioranza prevalere sui soci di minoranza (arg. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, ex art. 1, comma 3; in precedenza: D.L. 6 luglio 2012, n. 95, art. 4, comma 13, conv. L. 7 agosto 2012, n. 135).

Questo comporta che il socio pubblico di maggioranza, nel perseguire il proprio interesse, incontra gli stessi limiti ("bonae fidei") che incontra il socio privato-tiranno o dominante: dunque non può optare per scelte che distruggano il patrimonio societario, o che siano rivolte "intenzionalmente" o "soltanto" a danneggiare gli altri soci di minoranza (ad esempio differendo "sine die" la distribuzione di utili, o mantenendo l'attività d'impresa in perdita oltre ogni ragionevole durata consentita dalle condizioni aziendali e di mercato). Dalla ricerca di tale limite di equilibrio tra l'agire imprenditoriale della società partecipata ed il perseguimento dell'interesse proprio, riferibile al socio pubblico di maggioranza, deriva la esigenza di individuare, per l'Amministrazioni dello Stato shareholder, quali soggetti che esercitano poteri di direzione e coordinamento attraverso il controllo di società, criteri adeguati di imputazione della responsabilità civile derivante da colpa per inosservanza dei "principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria". Secondo la S.C. l'intervento del socio pubblico di maggioranza volto a tutelare l'interesse pubblico non esonera in ogni caso da responsabilità civile l'Amministrazione statale che, tramite i propri rappresentanti, esercita i poteri di direzione e coordinamento attraverso il voto nelle assemblee della società controllate, nel caso in cui l'esercizio del voto si sia risolto in un depauperamento della integrità del patrimonio della società eterodiretta, dovendo tuttavia a tal fine essere verificato: a) se ed in che modo il perseguimento dell'interesse pubblico generale abbia determinato uno scostamento dalle scelte strategiche e gestionali che apparivano corrette alla stregua dei criteri economico-aziendali; b) se l'eventuale scostamento dai predetti criteri abbia o meno determinato diseconomie tali da incidere sul patrimonio societario e, di riflesso, sul valore o sulla redditività delle partecipazioni intestate agli altri soci privati, occorrendo, al proposito, tenere conto di tutti gli eventuali interventi - anche esterni - volti a prevedere e determinare "misure compensative" idonee a ridimensionare od annullare gli effetti pregiudizievoli della scelta operativa imposta dal socio pubblico di maggioranza. Tuttavia, tali elementi dovevano essere allegati e supportati da prova, con la conseguenza che il ricorso risulta inammissibile ex art. 366 c.p.c., comma 1, n.3.

20. *Articolo 2409. Gravi irregolarità gestionali nelle società in house in crisi.* – Secondo Trib. Sez. spec. Impresa Napoli, 14 ottobre 2020, in *Giur. comm.*, 2021, 5, II, 1124, l'art. 2409 c.c. trova applicazione anche nel caso delle società *in house*, come emerge dalla espressa previsione di cui all'art. 13 d.lgs., n. 175/2016, in cui è contemplata anche una deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dalla disposizione codicistica. *Ex Art. 1, Comma 3, D.Lgs., N. 175/2016*, alle disposizioni sulle società contenute nel codice civile, i provvedimenti previsti dall'art. 2409 c.c. possono essere chiesti anche dal collegio sindacale.

21. *Diritto di accesso.* – Secondo TAR Trentino-Alto Adige sez. I Trento, 12 ottobre 2012, n. 305, in *Foro amm. TAR*, 2012, 10, 3070 (s.m), ai fini dell'identificazione della sostanziale natura pubblica di un soggetto la forma societaria è neutra, non ponendosi il perseguimento di uno scopo pubblico in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c. Nonostante la sua costituzione sotto forma di Società per azioni, Autostrada del Brennero S.P.A. continua, infatti, ad agire per il conseguimento di finalità anche pubblicistiche. È proprio siffatto vincolo finalistico che consente di ritenere che l'attività di diritto privato, al pari di quella pubblicistica, rimanga soggetta ai canoni di imparzialità e di buon andamento (in particolare, sotto il profilo della buona gestione di risorse e di contrasto ai benefici indebiti finanziati anche in parte e anche indirettamente con danaro della collettività) e dei correlativi strumenti di controllo propri del diritto amministrativo. Dunque, va escluso che la natura formalmente privatistica di società di capitali dell'Autostrada del Brennero possa, di per sé, impedire l'esercizio del reclamato diritto di accesso.

22. *Fattispecie particolari. La Rai.* – Con la sentenza n.307/2021 del 9.4.21, il TAR Liguria si è di recente pronunciato sul tema della configurazione degli "organismi di diritto pubblico" e, in particolare, sulla natura giuridica di RAI Pubblicità S.p.a., interamente partecipata da RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.a. ("RAI"), e se essa rientri nell'ambito soggettivo di applicazione del Codice dei Contratti.

Il TAR ha innanzitutto ricordato che, sia per la giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 54/2020 e n. 5460/2004) che per quella di legittimità (cfr. Cass. Civ. S.U., n. 28330/2011 e n. 10443/2008), è indubbio che la RAI sia ascrivibile alla categoria degli organismi di diritto pubblico. Tuttavia, in considerazione dei margini di incertezza dell'applicazione della c.d. "teoria del contagio", il Collegio ha ritenuto di dover verificare se i caratteri di RAI Pubblicità S.p.a siano riconducibili a loro volta a quelli fondanti gli organismi di diritto pubblico. Come noto, in forza dell'art. 3, comma 1, lett d) del Codice dei Contratti, per "organismo di diritto pubblico" si intende "*qualsiasi organismo, anche in forma societaria ... 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.*" La società in questione, per il TAR Liguria, non solo soddisfa i

requisiti sub. 2) e 3), essendo dotata di personalità giuridica ed essendo partecipata al 100% dalla RAI, ma presenta anche il carattere "teleologico" sub. 1), posto che è stata costituita "*per soddisfare esigenze di interesse generale della "società madre" alla quale garantisce, attraverso la raccolta pubblicitaria, una parte essenziale delle risorse necessarie per l'esercizio del servizio pubblico radiotelevisivo, non avente carattere esclusivamente commerciale*". A riguardo, è "*indifferente che, oltre alle attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, essa svolga anche attività a scopo di lucro sul mercato concorrenziale (cfr. CGUE, sez. IV, n. 567/2017)*". Stante quanto sopra, il TAR Liguria, sebbene abbia dichiarato il ricorso in oggetto irricevibile, ha comunque ricondotto la RAI Pubblicità S.p.a. nel novero degli organismi di diritto pubblico e, quindi, tra le amministrazioni aggiudicatrici, in relazione alle quali (i) risulta necessaria l'applicazione del Codice dei Contratti e (ii) il giudice amministrativo detiene giurisdizione esclusiva *ex art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) c.p.a.* Di fatto, quindi, nuovamente il requisito teleologico, con riferimento al quale è configurabile un maggior margine di apprezzamento discrezionale per il Giudice, risulta decisivo per qualificare un ente societario quale organismo di diritto pubblico o meno, a prescindere dalla partecipazione ad un contesto economico concorrenziale e dal sopportato rischio d'impresa.

Carlo Felice Giampaolino

Francesco Panetti